

Questa pubblicazione ha per oggetto i recenti sviluppi della legislazione comunitaria in materia di appalti pubblici nei settori "sensibili" della difesa e della sicurezza. In particolare, l'autore analizza in modo dettagliato la direttiva 2009/81/CE, uno strumento giuridicamente vincolante destinato a rivoluzionare norme e prassi nazionali in materia di procurement per la difesa. Anche gli attori privati dovranno rivedere alcune strategie di mercato. Grazie alla nuova direttiva, in un arco di tempo stimabile in un decennio, potrà essere realizzato un mercato unico europeo della difesa. La valutazione dell'impatto dell'applicazione delle nuove norme dimostra che, nonostante alcuni aspetti critici, dovrebbero prevalere le ricadute positive sulla competitività internazionale delle industrie, sulla base tecnologica e sulle capacità militari europee.

Contestualmente, il Quaderno mette in luce il progressivo affermarsi di un'interpretazione restrittiva dell'art. 296 del Trattato Ce (eccezione di sicurezza nazionale). In passato gli Stati membri si sono avvalsi di questa deroga per proteggere i mercati e le industrie nazionali.

LA DIRETTIVA EUROPEA SUL PROCUREMENT DELLA DIFESA

Nicola Di Lenna



Quaderni IAI

ISTITUTO AFFARI INTERNAZIONALI

LA DIRETTIVA EUROPEA SUL PROCUREMENT DELLA DIFESA

Nicola Di Lenna



Quaderni IAI

ISTITUTO AFFARI INTERNAZIONALI

Nicola Di Lenna ha partecipato nel corso del 2008/2009 al programma di formazione laureandi nel campo della sicurezza e difesa, avviato dallo IAI nel 1998, e ha preparato questo Quaderno IAI, che rappresenta un estratto della sua Tesi di Laurea. L'autore si è poi laureato in "Studi Europei – Politiche dell'Unione europea" presso la facoltà di Scienze Politiche dell'Università di Padova.



Quaderni IAI

Direzione: Natalino Ronzitti
Redazione: Sandra Passariello

Istituto Affari Internazionali
00186 Roma – Via Angelo Brunetti, 9
Tel. 39-6-3224360 Fax 39-6-3224363
<http://www.iai.it> – e-mailiai@iai.it
Per ordini: iai_library@iai.it

© Istituto Affari Internazionali

Finito di stampare nel mese di settembre 2009
dalla Tipografia Città Nuova della P.A.M.O.M.via San Romano in Garfagnana, 23 - 00148 Roma
Telefono & fax 06.65.30.467
e-mail: segr.tipografia@cittanuova.it

INDICE

Introduzione	5
1. Il defence procurement nell'Unione europea	11
1.1 <i>Defence procurement</i> : definizione e caratteristiche	12
1.2 Gli ostacoli all'integrazione dei mercati nazionali della difesa	15
1.3 L'eccezione di sicurezza nazionale ex art. 296 del Trattato Ce	21
1.4 La Comunicazione interpretativa della Commissione europea	34
2. Il defence package: la direttiva 2009/81/Ce	45
2.1 La nuova iniziativa comunitaria per il mercato europeo della difesa	46
2.2 La direttiva 2009/81/Ce relativa agli appalti pubblici nei settori della difesa e della sicurezza	49
2.3 Il campo di applicazione	53
2.4 La sicurezza delle informazioni	62
2.5 La sicurezza degli approvvigionamenti	63
2.6 Le procedure di aggiudicazione	66
2.7 Norme sulla pubblicazione di avvisi e bandi	69
2.8 I criteri di selezione qualitativa dei candidati e di aggiudicazione dell'appalto	71
2.9 La disciplina relativa ai subappalti	73
2.10 La disciplina in materia di ricorso	75
2.11 L'impatto esterno della direttiva	79
Conclusioni	83
Lista degli acronimi	95

INTRODUZIONE

In Europa, fino ad oggi, il mercato della difesa è rimasto escluso dalle regole e dalle procedure comuni che disciplinano il mercato interno e ne garantiscono la concorrenza. Attualmente non esiste un mercato unico europeo della difesa, bensì una complessa struttura fondata su 27 mercati nazionali, controllati da 27 politiche e legislazioni diverse. La stretta relazione che lega il mercato della difesa alla sicurezza nazionale ha portato gli Stati membri dell'Unione europea a considerare questo settore come rientrante nel proprio dominio riservato e ad escluderlo dal processo di integrazione europea.

Per quanto riguarda gli acquisti, gli Stati membri hanno sottratto in modo sistematico tutte le attività di approvvigionamento di beni della difesa dalla disciplina comunitaria in materia di appalti pubblici. Gli Stati ancora oggi applicano le norme nazionali, molto diverse fra loro, rendendo difficile l'ingresso di operatori stranieri nei mercati nazionali. Tale comportamento si spiega in due modi: da un lato, le direttive comunitarie che regolano gli appalti pubblici nel campo civile non prendono in considerazione alcuni aspetti particolari che possono caratterizzare gli appalti in un settore così sensibile come quello della difesa. Soprattutto non consentono un'adeguata protezione delle informazioni sensibili e non offrono sufficienti garanzie in materia di approvvigionamento. Il rischio che le informazioni riservate siano rese pubbliche, rappresenta una seria minaccia per la sicurezza nazionale; le forniture militari devono essere sicure e garantite in ogni momento, a fronte di ogni evento, anche non previsto.

Il più delle volte, però, gli Stati europei hanno applicato le norme nazionali (disapplicando quelle comunitarie) per avvantaggiare e per proteggere le industrie nazionali, non certo per motivi riconducibili alla protezione della loro sicurezza, come invece prevedono le norme del Trattato Ce e quelle degli atti comunitari vigenti in materia di appalti pubblici.

Alla frammentazione della domanda si aggiunge un altro importante ostacolo all'integrazione del mercato della difesa su scala continentale, ovvero

la presenza di ostacoli, sproporzionati, alla circolazione dei beni della difesa sul territorio comunitario.

La libera circolazione delle merci è una condizione necessaria per la creazione di un mercato comune. L'ipotesi di una totale abolizione dei controlli ai confini nazionali, ovvero una completa libertà nella circolazione dei beni per la difesa tra Stati membri, non è realistica per il semplice fatto che le merci in questione non possono essere equiparate alle altre merci (hanno una diretta incidenza sulla sovranità nazionale e sulla sicurezza nazionale). Gli ostacoli amministrativi rappresentati dalle licenze nazionali necessarie per il trasferimento di un bene della difesa da uno Stato membro all'altro, appaiono comunque sproporzionati rispetto ai rischi presenti nell'attuale scenario strategico europeo. Pertanto è auspicabile un avvicinamento delle norme nazionali che regolano il rilascio di tali licenze, nonché l'introduzione di nuovi strumenti più flessibili.

La frammentazione normativa ostacola le industrie del settore, sempre più spesso impegnate in programmi internazionali e dotate di linee di produzione transnazionali; ogniqualevolta queste intendano trasferire un singolo materiale della difesa da uno Stato membro ad un altro devono ottenere un'autorizzazione statale. Per le Piccole e medie imprese (Pmi) tali ostacoli rappresentano un onere insostenibile in termini di tempo e di costi. I piccoli fornitori sono così costretti a operare solamente sul mercato domestico, divenuto ormai troppo piccolo per garantire la loro sopravvivenza. I c.d. *system integrators*, ovvero le grandi *Transnational Defence Companies* (Tdc) sono dotate di una struttura più flessibile che, insieme alla maggiore disponibilità di risorse finanziarie e umane, garantisce la possibilità di agire anche nei mercati stranieri.

I trasferimenti all'interno della Comunità (da Stato membro a Stato membro) sono regolati nello stesso modo in cui sono regolate le esportazioni verso l'esterno dell'Unione europea (da uno Stato membro verso uno Stato terzo). È evidente che un'esportazione in uno Stato terzo comporta maggiori rischi rispetto ad un trasferimento in uno Stato membro. Le norme in questione risalgono all'epoca della guerra fredda e a quel contesto strategico si riferivano. Va da sé che urge una revisione generale dei regimi nazionali di concessione delle licenze. Come spesso accade, lo stimolo per la riforma della legislazione nazionale proviene dalle istituzioni comunitarie. Il contesto normativo del mercato della difesa in Europa è destinato a modificarsi radicalmente nel prossimo futuro. L'aumento dei costi degli equipaggiamenti militari, dovuto all'utilizzo sempre più intensivo di nuove

tecnologie e agli ingenti investimenti in ricerca e sviluppo che tale impiego richiede, insieme alla generale diminuzione dei fondi che gli Stati europei decidono di destinare alla difesa, hanno preparato il terreno per un forte cambiamento di rotta che è destinato ad influenzare il mercato della difesa nei prossimi decenni e in particolare le attività delle industrie del settore. Questo cambiamento di rotta è stato possibile grazie alla convergenza degli interessi comunitari, rappresentati dalla Commissione europea, con quelli nazionali, sia industriali che statali (privati e pubblici), rappresentati dagli Stati membri. Da un lato la Commissione si è impegnata in un ambizioso progetto di riforma legislativa, proponendo una serie di iniziative, legislative e di indirizzo, finalizzate alla creazione di un mercato unico europeo della difesa, che andrà a sostegno della base industriale e tecnologica della difesa europea, ma anche della sua politica di difesa, ancora deficitaria in termini di mezzi operativi e di capacità. In particolare la Commissione, ha proposto una nuova direttiva sugli appalti pubblici che, pur riprendendo la struttura e i fini delle direttive in vigore per gli appalti civili, contiene degli elementi innovativi finalizzati alla tutela delle esigenze specifiche degli Stati nel settore della difesa e della sicurezza (sicurezza delle informazioni e degli approvvigionamenti). Precedentemente la stessa Commissione aveva pubblicato una Comunicazione interpretativa sull'applicazione dell'eccezione di sicurezza nazionale prevista dall'art. 296 del Trattato Ce che permette l'esenzione dalle regole comunitarie per la tutela di interessi nazionali; con questa Comunicazione, la Commissione, ha inteso contribuire a porre rimedio alla totale anarchia con la quale gli Stati si avvalevano di tale clausola derogatoria. Contestualmente e contemporaneamente all'attivismo della Commissione, gli Stati membri si sono progressivamente resi consapevoli del fatto che il mercato della difesa non poteva più essere limitato all'interno dei confini nazionali, pena il suo ridimensionamento e il conseguente indebolimento delle rispettive capacità di difesa. I vantaggi derivanti dalla competizione e dalla cooperazione fra le industrie a livello comunitario non erano più celabili dietro la maschera della sicurezza nazionale. Così gli Stati europei hanno accettato l'idea che i propri mercati siano aperti alla concorrenza delle imprese non nazionali, così beneficiando della riduzione dei costi legati alle attività di *procurement*.

La frammentazione del mercato indebolisce la competitività delle imprese europee nel mercato internazionale. I volumi di produzione, nettamente inferiori rispetto a quelli delle industrie americane, si ripercuotono infatti sui prezzi dei beni esportati, che devono essere tenuti ad un livello compa-

rativamente più alto. Inoltre in mancanza del sostegno pubblico, le attività per l'innovazione e gli investimenti in ricerca e sviluppo rischiano di venir meno, con ricadute ancor più deleterie sull'intero settore industriale e tecnologico europeo. La creazione di un mercato unico nel settore della difesa (e della sicurezza), dal punto di vista economico, grazie alla formazione di economie di scala e ad una riorganizzazione produttiva su scala continentale, migliorerebbe l'efficienza della spesa pubblica degli Stati europei. Dal punto di vista delle capacità militari, gli Stati membri potranno rifornirsi, a costi inferiori, di mezzi più moderni e adatti alle attuali minacce. Essi avranno le capacità per raggiungere i propri obiettivi militari e di sicurezza. Per questi e altri motivi, la loro responsabilità nella fase di trasposizione delle nuove direttive¹ e di adeguamento delle legislazioni nazionali, è particolarmente importante. L'occasione che si presenta è di portata storica.

La presente ricerca è stata condotta a partire da una serie di fonti di diversa natura. Anzitutto sono state consultate le (poche) fonti bibliografiche che trattano, almeno parzialmente, degli aspetti economici ed industriali della difesa europea. Successivamente sono state prese in considerazione alcune pubblicazioni specialistiche che affrontano le principali problematiche relative al mercato della difesa dal punto di vista politico, giuridico-istituzionale ed economico-industriale; in particolare sono state consultate diverse riviste editate da istituti di ricerca europei e dal Centro Militare di Studi Strategici (CeMiSS) del Ministero della Difesa. Per la parte relativa al *defence procurement* si sono inoltre consultati alcuni manuali di riferimento per la disciplina comunitaria. Nell'analizzare le forme di cooperazione già esistenti nel mercato della difesa (FA-LoI, Occar e Eda) si sono consultati i siti internet di riferimento. L'attività delle principali industrie europee del settore della difesa è stata monitorata attraverso la consultazione di fonti aperte disponibili su internet e la lettura dei quotidiani che in Europa seguono con più attenzione questo settore industriale. Infine, sono stati attentamente studiati i documenti ufficiali delle istituzioni della Comunità europea, indispensabili per l'analisi dell'evoluzione interpretativa sull'art. 296 e del *defence package*.

La ricerca risulta strutturata in due capitoli. Il primo tratta degli ostacoli all'integrazione dei mercati nazionali della difesa, con particolare attenzione a quelli giuridici costituiti dalle eccezioni di sicurezza nazionale, segna-

¹ Della direttiva sugli appalti pubblici nei settori della difesa e della sicurezza e della direttiva sui trasferimenti intracomunitari di prodotti destinati alla difesa.

tamente dall'art. 296 del Trattato Ce. Il secondo capitolo contiene una presentazione e una dettagliata analisi giuridica della direttiva 2009/81/Ce relativa agli appalti pubblici nei settori della difesa e della sicurezza². La direttiva in oggetto è stata approvata il 13 luglio 2009 secondo la procedura di codecisione³ ed è entrata in vigore il 21 agosto 2009 (il giorno successivo alla sua pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea). Infine, nelle conclusioni, grazie al contributo di alcuni esperti del settore, si cercherà di individuare il possibile impatto delle nuove norme europee sulle attività delle industrie della difesa e delle amministrazioni statali interessate. Come si avrà modo di vedere prevalgono gli aspetti positivi per entrambi i soggetti coinvolti, a condizione che diano avvio ad una profonda riforma cognitiva e organizzativa.

² Direttiva 2009/81/Ce del Parlamento Europeo e del Consiglio del 13 luglio 2009 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. La direttiva è stata pubblicata in Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea L 216/76 del 20.8.2009.

³ La procedura di codecisione (art. 251 del Trattato Ce) prevede l'approvazione congiunta del Consiglio dell'Ue e del Parlamento europeo.

1. IL DEFENCE PROCUREMENT NELL'UNIONE EUROPEA

L'integrazione del mercato della difesa su scala continentale incontra notevoli difficoltà sul piano giuridico. Il Trattato Ce contiene numerose deroghe alla disciplina del mercato interno di cui gli Stati membri tendono a servirsi in modo pressoché sistematico per sottrarre le proprie attività di approvvigionamento dalla competizione europea. Gli ostacoli giuridici hanno radici profonde, riconducibili a valutazioni di carattere politico ed economico. L'art. 296 del Trattato costituisce l'espedito tramite il quale gli Stati membri mantengono alte le barriere ai propri confini nazionali nei confronti degli operatori non nazionali. La Commissione europea ha individuato in questa norma uno dei maggiori ostacoli sulla via della costituzione di un mercato comune nel settore della difesa. La giurisprudenza della Corte di Giustizia della Comunità europea (Cgce) sull'interpretazione dell'art. 296 appare ancora incerta e contraddittoria. La Commissione europea sostiene che la deroga in questione viene utilizzata dagli Stati membri in modo abusivo e sproporzionato. Per questo motivo ha pubblicato una Comunicazione interpretativa finalizzata a conferire maggiore chiarezza circa il ricorso all'art. 296 e a limitarne ogni suo abuso da parte degli Stati membri.

1.1 *Defence procurement*: definizione e caratteristiche

Gli Stati membri dell'Unione europea spendono 204 miliardi di euro all'anno per la difesa, di questi il 15,8% è destinato alle attività di *procurement*⁴. La spesa per la difesa non è destinata ad un mercato unico (*European Defence Equipment Market* - Edem), ma è frammentata in 27 mercati nazionali; la frammentazione impedisce ai clienti (gli Stati), ma anche ai fornitori (le industrie del settore) di godere dei benefici (in termini di costi) derivanti dalla competizione e, inoltre, ostacola l'integrazione transfrontaliera necessaria per la costituzione di una solida *European Defence Technological and Industrial Base* (Edtib).

Con il termine *defence procurement* (o *procurement* per la difesa) si definiscono le procedure di approvvigionamento e di gestione dei programmi militari di armamento condotte dagli Stati attraverso propri organi competenti o agenzie appositamente create a tal fine. In sintesi si tratta delle modalità attraverso le quali ogni Stato rifornisce le proprie Forze Armate dei beni necessari affinché queste svolgano i compiti loro affidati. Il settore della difesa è caratterizzato da alcune peculiarità che inevitabilmente si riflettono anche sulle attività di *procurement*.

Dal punto di vista economico il *procurement* militare si distingue da quello civile in primo luogo perché gli unici clienti a cui si rivolge sono gli Stati (nei settori civili i Governi sono certamente clienti importanti, ma non sono gli unici). Non sempre l'acquisto avviene in forma diretta, talvolta i prodotti vengono acquistati da uno Stato e poi vengono esportati verso un altro Stato. In questo caso devono essere rispettate le norme nazionali (e/o internazionali) sulle esportazioni di armi o di materiali affini. Negli Stati dotati di una disciplina particolarmente restrittiva in materia di esportazione di "beni per la difesa", i Governi nazionali tendono ad assorbire l'intera produzione nazionale (è il caso per esempio di Germania e Olanda); in altri Stati, dove sono in vigore leggi meno restrittive, una quota considerevole della produzione nazionale è esportata (è il caso per esempio della Gran Bretagna).

I modelli di *defence procurements* si distinguono inoltre per il costo elevato degli equipaggiamenti, derivante dai tempi (lunghi) e dagli investimenti (ingenti) necessari per il loro sviluppo; in particolare lo sviluppo di aerei,

⁴ European Defence Agency, *Building Capabilities for a Secure Europe: Defence Data 2007*, Bruxelles, 2007.

elicotteri, componenti elettroniche e missili, è un processo che può richiedere molti anni di lavoro (la programmazione dei sistemi d'arma più complessi può durare anche alcuni decenni). L'incertezza sui tempi di consegna e sui risulti attesi può far lievitare notevolmente i costi inizialmente previsti. Il programma per la costruzione dell'aereo militare da trasporto A400M rappresenta un esempio lampante di come i continui rinvii dovuti alle difficoltà tecniche possono fare incrementare i costi in modo esponenziale; fonti di Eads, il gruppo industriale responsabile del programma, hanno ammesso l'errore di aver fissato la data di consegna dell'aereo non in funzione del suo sviluppo ma delle esigenze militari. Nel caso specifico il rinvio delle consegne costerà a Eads circa 5 miliardi di euro⁵. Ai costi fissi devono poi essere aggiunti i costi di gestione e per la manutenzione che, tenuto conto della lunghezza del ciclo di vita dei beni in questione, hanno un peso non secondario.

Il *defence procurement* si distingue anche dal punto di vista politico. La difesa rappresenta il cuore della sovranità nazionale e l'autarchia in campo militare è spesso considerata una questione di orgoglio e di prestigio nazionale, soprattutto per gli Stati che hanno una base industriale della difesa significativa. I *defence procurements* sono politicamente molto sensibili sia dal punto di vista della sicurezza, sia da quello economico, in quanto essi sono strettamente collegati alla sicurezza nazionale, all'occupazione, allo sviluppo tecnologico-industriale e, in ultima analisi, al peso politico di una nazione. Per questo motivo, solitamente, gli Stati non vogliono dipendere da altri Stati per le forniture sensibili, preferiscono assicurarsi la sicurezza degli approvvigionamenti e la compatibilità con gli equipaggiamenti nazionali già in uso. Gli Stati tendono a mantenere uno stretto riserbo sulle loro attività in materia di equipaggiamenti della difesa.

Dal punto di vista tecnologico, gli equipaggiamenti della difesa attualmente in uso presentano un elevato contenuto di tecnologia che deve essere aggiornato in continuazione. Per questo motivo le attività di R&S sono strettamente legate ai *defence procurements*. Nel prossimo futuro il contenuto tecnologico degli equipaggiamenti militari aumenterà ulteriormente, per questo saranno necessari ingenti investimenti nel settore della ricerca.

Il *gap* esistente fra gli Stati Uniti e l'Europa è in primo luogo di natura tecnologica. I primi investono in attività di ricerca una quota molto maggiore

⁵ Mara Monti, "Eads sconta i danni sui ritardi dell'A400", *Il Sole 24 Ore*, 11 febbraio 2009.

del bilancio destinato alla difesa rispetto a quanto fanno gli Stati europei. La partecipazione a programmi internazionali gestiti da *prime contractors*⁶ americani, com'è il caso del Jsf F-35, rappresenta un'opportunità per le imprese europee di acquisire nuove conoscenze; spesso però le regole che disciplinano le attività nell'ambito di simili programmi sono particolarmente restrittive per quanto riguarda il trasferimento tecnologico. Per esempio la tecnologia *stealth* (bassa osservabilità) che sarà applicata agli F-35, viene messa a punto in stabilimenti ad accesso limitato e dotati di alti *standard* di sicurezza⁷. Analogamente gli Stati Uniti hanno adottato misure di protezione che impediscono ai *partner* europei di accedere e modificare i codici *software* alla base della gestione computerizzata del sistema d'arma.

Il *procurement* militare è un processo complicato in cui le fasi della concezione, della ricerca e dello sviluppo rivestono un'importanza cruciale. Normalmente questo tipo di *procurement* si divide nelle seguenti fasi⁸: a) fase di concezione (preparazione ed esame del progetto); b) fase di fattibilità (se il progetto iniziale è risultato idoneo ad essere sviluppato, si studiano la sua fattibilità tecnica, i requisiti, i costi e la durata previsti, nonché i possibili rischi); c) fase di definizione del progetto (i dettagli vengono definiti con maggiore precisione); d) fase di sviluppo (gli ingegneri definiscono il progetto e creano un prototipo con l'ausilio di test); e) fase di produzione (produzione di un esemplare); f) entrata in servizio e produzione di altri esemplari; g) fase di vendita. In estrema sintesi il *defence procurement* si può sintetizzare in questo *project cycle*: concezione, ricerca, sviluppo, produzione e vendita⁹. Esiste una seconda modalità di acquisizione dei materiali della difesa definita *off-the-shelf*. Si tratta di un'acquisizione di un equipaggiamento già in commercio e spesso anche già in uso o comunque disponibile in tempi rapidi.

⁶ Con il termine *prime contractor* si indica l'operatore economico principale aggiudicatario di un appalto pubblico (o commessa). Gli appalti per la fornitura di sistemi d'arma complessi possono coinvolgere anche altri operatori economici, a cui l'operatore principale affida la realizzazione di una o più parti dell'appalto (c.d. *subcontracting*). L'operatore principale mantiene la responsabilità giuridica derivante dalla firma del contratto con l'amministrazione aggiudicatrice pubblica; gli operatori secondari sono responsabili nei confronti dell'operatore principale.

⁷ M. Nones, G. Gasparini, A. Marrone, "Il programma F-35 Joint Strike Fighter e l'Europa", in *Quaderni IAI*, n. 31, ottobre 2008, p. 59.

⁸ M. Trybus, *European Defence Procurement Law – International and National Procurement Systems as Models for a Liberalised Defence Procurement Market in Europe*, The Hague, Kluwer Law International, 1999, p. 26.

⁹ Il *procurement* di altri prodotti ad alto contenuto tecnologico, per esempio i prodotti spaziali, ha caratteristiche del tutto simili a quelle del *procurement* per la difesa.

Questa modalità di approvvigionamento alternativa al *procurement* "classico", consente di risparmiare gli ingenti costi di sviluppo, ma non consente alcun beneficio in termini di sovranità operativa (migliore conoscenza del bene in questione e possibilità di integrarlo con altri sistemi), di trasferimento tecnologico ed industriale e di ritorno economico per il sistema paese¹⁰.

1.2 *Gli ostacoli all'integrazione dei mercati nazionali della difesa*

La liberalizzazione e l'integrazione europea delle attività nazionali di approvvigionamento per la difesa sono ostacolate da una serie di ostacoli di diversa natura (economici, politici, storici e giuridici).

Dal punto di vista economico il protezionismo esistente in Europa nel mercato della difesa e la reticenza degli Stati membri ad aprire i propri mercati della difesa ai fornitori non nazionali, rappresentano gli ostacoli di fondo all'integrazione del mercato. I motivi alla base di questo comportamento sono molteplici e in parte sono già stati considerati: le industrie della difesa hanno un impatto significativo sull'andamento dell'economia nazionale e in particolare sull'occupazione; inoltre vengono toccate sensibilità quali la sicurezza nazionale, il prestigio nazionale e il calcolo elettorale. Anche le differenze in materia di *standard* tecnici, di relazioni Stato-industria e di norme sulle esportazioni, rendono difficile concepire il mercato della difesa in termini diversi da quelli strettamente nazionali.

Gli ostacoli politici sono riconducibili alla difesa della sovranità nazionale: gli Stati difendono l'identità nazionale e mantengono un comportamento autarchico in materia di *procurement*, invocando esigenze di sicurezza nazionale e di segretezza delle scelte strategiche. Questa attitudine degli Stati si è riflessa in diversi ambiti internazionali¹¹. Anche i differenti indi-

¹⁰ M. Nones, G. Gasparini, A. Marrone, "Il programma F-35 Joint Strike Fighter e l'Europa", in *Quaderni IAI*, n. 31, ottobre 2008, p. 8.

¹¹ Per esempio nel Gatt, dove, in seguito ai negoziati internazionali condotti nell'ambito dell'Uruguay Round, il 15 aprile 1994, è stato firmato un accordo internazionale sugli appalti pubblici denominato *Agreement on Government Procurement* (Gpa). Tale accordo plurilaterale, entrato in vigore il 1° gennaio 1996, non è obbligatorio per tutti gli Stati membri dell'Omc; la Ce ne è Parte e con essa tutti gli Stati membri dell'Ue. L'accordo mira all'applicazione di procedure antidiscriminatorie nella concessione degli appalti, al fine consentire un'equa competizione tra il maggior numero possibile di fornitori qualificati. L'accordo impone una procedura d'appalto trasparente e statuisce un obbligo generale di pubblicazione dei bandi di concorso per gli appalti pubblici. Ogni Parte ha la facoltà di escludere determinati beni o servizi dal campo di applicazione dell'accordo.

rizzi di politica industriale (ad esempio Gran Bretagna tendenzialmente favorevole alla competizione, Francia più incline a mantenere uno stretto controllo statale sulle industrie nazionali) e il differente peso che le industrie della difesa hanno nei diversi Stati membri, costituiscono degli ostacoli di natura politica al processo di integrazione del mercato della difesa.

Non mancano le ragioni “storiche”, come la mancanza di esperienza di alcuni Stati membri nella gestione collettiva dei processi di fornitura. Ancora oggi i programmi comuni non rappresentano la regola e la domanda è ancora fortemente caratterizzata in termini nazionali: salvo alcuni grandi programmi, in cui con difficoltà, ritardi e costi aggiuntivi, alcuni Stati sono riusciti a mettersi d'accordo per commissionare alla industrie lo stesso prodotto (o quanto meno prodotti con un alto numero di parti in comune), ogni Stato europeo ha mantenuto fino ad ora le proprie priorità e i propri requisiti. Le abitudini sedimentatesi nel corso di numerose generazioni non possono essere cambiate dall'oggi al domani.

Nell'ultimo decennio gli Stati membri hanno dimostrato una maggiore volontà politica nell'aprire i propri mercati della difesa alla competizione internazionale; il cambiamento nell'indirizzo politico si è verificato in un contesto di riduzione delle risorse pubbliche destinate alla difesa e di aumento dei costi dei programmi di difesa. Le industrie hanno giocato un ruolo decisivo rispondendo alle mutate condizioni con la creazione di un tessuto industriale sempre più intrecciato a livello internazionale, anticipando le mosse dei Governi ed esercitando forti pressioni a favore di una maggiore apertura dei mercati nazionali. Gli Stati non sono più in grado, da soli, di garantire i finanziamenti necessari per l'approvvigionamento delle proprie Forze Armate, pertanto hanno iniziato, pur con prudenza, ad accettare che i mercati della difesa si sviluppino anche “attraverso” i propri confini nazionali. Nonostante questo cambio di indirizzo, imposto da esigenze pratiche, permangono numerosi ostacoli sulla strada del processo di integrazione del mercato della difesa; di questi ostacoli, i più rilevanti hanno una natura giuridica.

I principi e le regole alla base del processo di integrazione economica europea, che disciplinano l'unione doganale, il mercato comune e le quattro libertà di circolazione, in linea di principio si applicano anche ai beni della difesa. La nozione di merce rilevante ai fini della disciplina comunitaria è molto ampia. Essa comprende tutti i prodotti valutabili in denaro e per ciò stesso idonei ad essere oggetto di una transazione commerciale¹². È innega-

¹² Giuseppe Tesaro, *Diritto comunitario*, Cedam, 2008, Padova.

bile però che la protezione della sicurezza nazionale determini punti di frizione con l'affermazione delle regole comunitarie e per questo motivo nel Trattato Ce sono state inserite alcune clausole di salvaguardia, finalizzate alla tutela della sicurezza nazionale, che permettono agli Stati membri di assumere comportamenti derogatori rispetto alle disposizioni del Trattato stesso. In particolare si anticipa che i prodotti che riguardano la sicurezza in senso stretto (armi, munizioni e materiale bellico), inseriti in uno specifico elenco predisposto dal Consiglio, soggiacciono alla speciale previsione dell'art. 296 del Trattato e sono pertanto fuori dalla sfera di applicazione materiale delle norme sul mercato comune e sulla libera circolazione delle merci.

L'applicazione delle deroghe è soggetta al soddisfacimento di determinate condizioni. Il principale problema legale che ostacola il processo di liberalizzazione del mercato europeo della difesa e in particolare delle attività di *procurement*, è costituito dalla presenza di tali clausole derogatorie (o eccezioni), dalla loro interpretazione e applicazione.

Il *procurement* per la difesa è caratterizzato dalla presenza di numerose deroghe rispetto ai regimi "tradizionali" non solo in ambito comunitario, ma più in generale in ambito internazionale. Per esempio l'art. 21 del Gatt consente agli Stati membri di sottrarre lo sviluppo, la produzione ed il commercio di materiale bellico dall'applicazione delle norme (primarie o derivate) e dagli accordi stipulati in materia di liberalizzazione degli scambi e del commercio¹³. Proprio a questo articolo del Gatt si sono ispirate altre deroghe inserite in accordi sulla liberalizzazione degli scambi internazionali, sia a livello mondiale, sia regionale; fra questi, quello della Cee (ora Ce), della Ceca e dell'Euratom (articoli 296, 4 e 93 dei rispettivi trattati istitutivi)¹⁴.

¹³ L'art. 21 del Gatt prevede che: "Nessuna disposizione del presente Accordo sarà interpretata:
a) nel senso di imporre ad una parte contraente l'obbligo di fornire delle informazioni la cui divulgazione sarebbe, a suo avviso, contraria agli interessi essenziali della sua sicurezza;
b) o nel senso di impedire ad una parte contraente di prendere tutte le misure che giudicherà necessarie per la protezione degli interessi essenziali della sua sicurezza:
- relative alle materie fissili o alle materie che servono alla loro fabbricazione;
- relative al traffico d'armi, di munizioni e di materiale da guerra e a qualsiasi commercio d'altri articoli e materiale destinati direttamente o indirettamente ad assicurare l'approvvigionamento delle forze armate;
- applicate in tempo di guerra o in caso di grave tensione internazionale;
c) o nel senso di impedire ad una parte contraente di prendere delle misure in applicazione dei suoi impegni ai sensi della Carta delle Nazioni Unite, al fine di mantenere la pace e la sicurezza internazionale".

¹⁴ Allo stesso modo l'art. 21 dell'*Agreement on Government Procurement* (Gpa) e l'art. 1.2 dello *United Nations Commission on International Trade Law* (Uncitral) contengono clausole derogatorie per i beni della difesa.

È chiara la riluttanza degli Stati a sottomettere le proprie attività economiche legate alla difesa a forme di regolazione internazionale.

In ambito comunitario l'eccezione di sicurezza nazionale è prevista, in via generale, dall'art. 296 del Trattato Ce. L'art. 296 però non è l'unica disposizione che nel diritto dell'Unione europea riconosce il carattere peculiare della sicurezza nazionale, sono presenti altre clausole di esclusione. Limitatamente al diritto primario¹⁵, la Corte di Giustizia nella sentenza *Johnston*¹⁶ ha individuato nel Trattato Ce cinque eccezioni di sicurezza: artt. 30, 39, 46, 296 e 297¹⁷.

L'art. 30¹⁸ prevede alcune deroghe applicabili alla disciplina della libera circolazione delle merci e in particolare al divieto, rivolto agli Stati, di porre restrizioni quantitative o misure di effetto equivalente all'importazione o all'esportazione fra Stati membri. Fra i motivi che possono giustificare la presenza di divieti o restrizioni all'importazione, all'esportazione e al transito delle merci, è prevista la "pubblica sicurezza". Ciò significa che uno Stato membro, qualora ritenga che l'esportazione di un certo materiale (legato alla difesa) o il suo transito sul proprio territorio nazionale, costituisca una minaccia per la pubblica sicurezza, esso ha il diritto di vietare o di porre dei limiti alla sua esportazione o alla sua circolazione sul proprio territorio. Potrebbe farlo, in linea teorica, nel caso in cui ritenga che lo Stato membro verso il quale il materiale è destinato non offra sufficienti garanzie circa l'utilizzo o la riesportazione del materiale in questione.

L'art. 39 assicura la libera circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità e vieta qualsiasi discriminazione fondata sulla nazionalità tra i

¹⁵ Nel diritto dell'Ue, le norme di diritto primario sono quelle derivanti direttamente dalle disposizioni del Trattato Ce (fonte primaria), mentre le norme di diritto secondario (o derivato) sono quelle derivanti dagli atti che le istituzioni della Comunità europea hanno il potere di adottare in virtù del Trattato Ce (fonti secondarie).

¹⁶ Caso 222/84, *Marguerite Johnston*. Paragrafo 26 della sentenza.

¹⁷ Per quanto riguarda il diritto secondario, ci si limita a ricordare che gli Stati membri non sono tenuti ad applicare la disciplina comunitaria in tema di valutazione di impatto ambientale se ne ritengono l'applicazione pregiudizievole per la difesa nazionale (art. 1.4 della direttiva 85/337/Cee concernente la valutazione dell'impatto ambientale di determinati progetti pubblici e privati successivamente modificata dalle direttive 97/11/Ce e 2003/35/Ce).

¹⁸ L'art. 30 del Trattato Ce prevede che: "Le disposizioni degli articoli 28 e 29 lasciano impregiudicati i divieti o restrizioni all'importazione, all'esportazione e al transito giustificati da motivi di moralità pubblica, di ordine pubblico, di pubblica sicurezza, di tutela della salute e della vita delle persone e degli animali o di preservazione dei vegetali, di protezione del patrimonio artistico, storico o archeologico nazionale, o di tutela della proprietà industriale e commerciale".

lavoratori degli Stati membri, ma fa salve le limitazioni giustificate da motivi di ordine pubblico, pubblica sicurezza e sanità pubblica.

L'art. 46 consente agli Stati membri di applicare, in deroga con le norme relative al diritto di stabilimento, *le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative che prevedano un regime particolare per i cittadini stranieri e che siano giustificate da motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza e di sanità pubblica.*

L'art. 296 contiene una clausola di sicurezza nazionale di portata generale che verrà analizzata nel prossimo paragrafo. L'art. 297 consente comportamenti derogatori in presenza di circostanze eccezionali, come la guerra¹⁹.

Gli artt. 296 e 297 godono di un carattere del tutto eccezionale; la procedura di infrazione "speciale" prevista dall'art. 298, diversa da quella prevista dagli artt. 226 e 227, conferma tale carattere²⁰. Le eccezioni di sicurezza di cui agli artt. 30, 39 e 46 si distinguono da quelle contenute negli artt. 296 e 297 perché, come si è visto, hanno una portata limitata ad uno specifico regime del mercato interno e richiedono una giustificazione puntuale per essere attivate, la quale è soggetta al giudizio della Corte; si tratta di deroghe "particolari". Al contrario, gli artt. 296 e 297 sono deroghe generali, valide nei confronti di tutto il Trattato Ce. La capacità di giudizio della Corte, come si vedrà, non risulta essere priva di obiezioni da parte degli Stati.

Un'altra deroga al regime di libera circolazione è contenuta nell'art. 45 del Trattato Ce, il quale esclude dalle norme in favore del diritto di stabilimento (nel territorio di uno Stato membro diverso da quello d'origine della per-

¹⁹ L'art. 297 dispone che: "Gli Stati membri si consultano al fine di prendere di comune accordo le disposizioni necessarie ad evitare che il funzionamento del mercato comune abbia a risentire delle misure che uno Stato membro può essere indotto a prendere nell'eventualità di gravi agitazioni interne che turbino l'ordine pubblico, in caso di guerra o di grave tensione internazionale che costituisca una minaccia di guerra ovvero per far fronte agli impegni da esso assunti ai fini del mantenimento della pace e della sicurezza internazionale".

²⁰ L'art. 298 prefigura una procedura di infrazione diversa rispetto a quella valida per gli altri settori del Trattato Ce. Esso prevede che: "Quando delle misure adottate nei casi contemplati dagli articoli 296 e 297 abbiano per effetto di alterare le condizioni di concorrenza del mercato comune, la Commissione esamina con lo Stato interessato le condizioni alle quali tali misure possono essere rese conformi alle norme sancite dal presente trattato. In deroga alla procedura di cui agli articoli 226 e 227, la Commissione o qualsiasi Stato membro può ricorrere direttamente alla Corte di giustizia, ove ritenga che un altro Stato membro faccia un uso abusivo dei poteri contemplati dagli articoli 296 e 297. La Corte di giustizia giudica a porte chiuse". Nella procedura d'infrazione *standard ex artt. 226 e 227*, il ricorso alla Corte non avviene in modo diretto, bensì può avvenire solamente in seguito all'emissione da parte della Commissione di un parere motivato destinato allo Stato accusato della violazione.

sona fisica o giuridica interessata) *le attività che partecipano, sia pure occasionalmente, all'esercizio dei pubblici poteri*. Altre deroghe riconducibili alla tutela della sicurezza nazionale sono previste nell'ambito della cooperazione giudiziaria (art. 33), in materia di servizi (art. 55), di circolazione dei capitali e pagamenti (art. 58) e di visto e asilo (art. 64).

Le direttive sugli appalti pubblici civili (2004/18/Ce e 2004/17/Ce) contengono anch'esse delle disposizioni che escludono dal proprio campo di applicazione gli appalti c.d. sensibili.

La giurisprudenza della Corte di Giustizia nel riferirsi alle disposizioni del Trattato (incluso l'art. 296) contenenti deroghe da applicare in situazioni che possano compromettere la pubblica sicurezza, ha sancito che esse "riguardano ipotesi eccezionali, chiaramente delimitate" e che "in ragione del loro carattere circoscritto, detti articoli non si prestano ad un'interpretazione estensiva"²¹. Le disposizioni che introducono deroghe di portata "particolare" assumono una certa valenza nei confronti dei materiali cosiddetti *dual-use*²²; questi non rientrano nel campo di applicazione dell'art. 296 e pertanto possono essere esclusi dall'applicazione del diritto comunitario solamente tramite il ricorso a tali deroghe. Nel riferirsi alle deroghe "particolari" la Corte di Giustizia ha interpretato in modo estensivo il concetto di sicurezza nazionale, allargandolo anche alla sicurezza esterna²³. La Corte si è inoltre espressa favorevolmente all'utilizzo di strumenti economici per il raggiungimento degli obiettivi di sicurezza previsti in queste deroghe, compresi i contratti concessi per proteggere le capacità industriali nazionali di difesa, sia in riferimento a beni *hard-defence* sia *dual-use*²⁴.

²¹ Caso C-414/97, *Spagna c. Commissione*; caso C-285/98, *Kreil*; caso C-186/01, *Dory*. Nella sentenza C-414/97 la Corte ha affermato che le deroghe alla disciplina sul mercato interno fondate su motivi di pubblica sicurezza (in particolare, gli artt. 30, 39, 46 e 296) costituiscono "ipotesi eccezionali chiaramente delimitate", dalle quali "non è lecito dedurre una riserva generale, inerente al Trattato, che escluda dall'ambito d'applicazione del diritto comunitario qualsiasi provvedimento adottato per motivi di pubblica sicurezza" (paragrafo 16 della sentenza).

²² I prodotti per la difesa si dividono in due categorie: gli *hard-defence material* (cari armati, aerei da combattimento, navi da guerra, missili, ecc.) che possono essere utilizzati esclusivamente a fini militari; i *dual-use material* o *soft-defence material* (veicoli, aerei da trasporto, navi di salvataggio, tende, ecc.) sono invece materiali che possono essere utilizzati per scopi sia militari che civili. I primi possono essere esclusi dall'applicazione del Trattato Ce ai sensi dell'art. 296.1 lett. b, mentre i secondi non sono coperti da tale norma. Da qui deriva che la Comunità ha giurisdizione sul mercato dei beni civili e *dual-use* mentre ha una posizione piuttosto debole in materia di *hard-defence material*.

²³ Caso 367/89, *Ministero delle Finanze francese c. Richardt*.

²⁴ Caso 72/83, *Commissione c. Irlanda*.

La presenza di numerose deroghe in materia di sicurezza e difesa ha indotto una parte della dottrina ad avanzare l'ipotesi di un nuovo trattato internazionale specificatamente rivolto alla difesa e comprendente anche i suoi aspetti commerciali ed economici; in alternativa è stata avanzata l'ipotesi di emendare o di abolire l'art. 296 del Trattato Ce in modo tale da far ricadere anche gli *hard-defence materials* nel campo di applicazione del Trattato Ce²⁵. Queste posizioni non sono mai state prese in considerazione da alcuno Stato membro e tutt'ora nulla fa pensare ad una modifica della norma. Probabilmente gli Stati europei non avrebbero mai firmato il Trattato Ce senza l'art. 296.

1.3 *L'eccezione di sicurezza nazionale ex art. 296 del Trattato Ce*

L'art. 296 del Trattato Ce è la norma invocata più spesso dagli Stati membri per sottrarre le proprie attività di approvvigionamento di beni della difesa e della sicurezza dalle norme del mercato interno e in particolare da quelle contenute nella direttiva sugli appalti pubblici civili²⁶. L'applicazione della disciplina comunitaria relativa al mercato unico e alla concorrenza ha trovato un limite ben preciso in questa disposizione del Trattato.

L'art. 296 del Trattato Ce stabilisce che:

1. Le disposizioni del presente trattato non ostano alle norme seguenti:

- a) nessuno Stato membro è tenuto a fornire informazioni la cui divulgazione sia dallo stesso considerata contraria agli interessi essenziali della propria sicurezza,*
- 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 comune per quanto riguarda i prodotti che non siano destinati a fini specificamente militari.*

²⁵ M. Trybus, *European Defence Procurement Law – International and National Procurement Systems as Models for a Liberalised Defence Procurement Market in Europe*, The Hague, Kluwer Law International, 1999, p. 95 e pp. 229 – 232.

²⁶ Direttiva 2004/18/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004 relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi (in Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea n. L 134/114 del 30.4.2004).

2. Il Consiglio, deliberando all'unanimità su proposta della Commissione, può apportare modificazioni all'elenco, stabilito il 15 aprile 1958, dei prodotti cui si applicano le disposizioni del paragrafo 1, lettera b).

Il testo dell'articolo è rimasto invariato in tutti i trattati successivi a quello di Roma del 1958; anche il Trattato di Lisbona riprende la medesima formulazione²⁷. La sicurezza nazionale era, è e rimarrà una responsabilità degli Stati membri.

La disposizione (art. 296) è da considerarsi come una *fundamental exception* al diritto comunitario in quanto permette agli Stati membri di derogare dall'intero *corpus* di norme della Comunità europea (Ce), nei casi in cui la loro applicazione rischi di indebolire la sicurezza degli Stati.

L'art. 296 trae origine da una duplice esigenza: a) di bilanciare gli interessi comunitari, e in particolare quello relativo al mercato interno, con gli interessi di sicurezza nazionale degli Stati membri; b) di conferire agli Stati membri il diritto di deroga dall'obbligo generale di fornire informazioni alle istituzioni dell'Ue nei casi in cui gli interessi essenziali di sicurezza risultino minacciati²⁸.

Gli Stati membri possono dunque invocare gli *interessi essenziali di sicurezza nazionale* per sottrarsi agli obblighi comunitari sotto un duplice profilo²⁹. Anzitutto, per giustificare l'inadempimento dell'obbligo di cooperazione con la Commissione: uno Stato può infatti rifiutarsi di fornire informazioni che reputi pregiudizievoli alla propria sicurezza (par. 1, lett. a), la quale, giova sottolinearlo, non è espressamente qualificata in chiave militare. Più in generale uno Stato ha il diritto di derogare dall'obbligo di fornire informazioni alle istituzioni dell'Unione se ritiene che, fornendo tali informazioni, i suoi interessi essenziali di sicurezza possono essere minacciati. In secondo luogo, riguardo questa volta ai "beni destinati a fini specificatamente militari", uno Stato può giustificare una certa condotta tenuta in violazione alle norme comunitarie: uno 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, munizio-

²⁷ Nel trattato di Lisbona, il cui destino rimane ancora incerto, il testo dell'art. 296 è stato riportato tale e quale all'art. 346.

²⁸ E. Aalto, "Interpretations of Article 296", in D. Keohane (edited by), *Towards a European Defence Market*, Paris, ISS, November 2008, pp. 13 – 49, p. 16.

²⁹ R. Baratta, "L'eccezione di sicurezza nazionale e i *defence procurement* nell'Unione europea", in *Studi sull'integrazione europea*, n. 1, 2008, pp. 75 – 92, p. 76.

ni o materiale bellico”; non gli è consentito comunque di assumere misure che alterino le condizioni della concorrenza fra i beni non destinati specificatamente a scopi militari (par. 1, lett. b).

In merito alla clausola di esclusione dell'art. 296.1 lett. b (*military equipment exemption*), adottando un'interpretazione letterale, si evince che agli Stati membri è conferito il diritto di adottare misure nazionali in deroga al diritto comunitario purché siano soddisfatte, cumulativamente, tre condizioni: le misure devono essere necessarie alla tutela degli interessi essenziali della sicurezza dello Stato che invoca l'eccezione; le misure adottate devono avere come oggetto la produzione o il commercio di armi, munizioni o materiale bellico (prodotti destinati a fini specificamente militari); le stesse misure non devono alterare la concorrenza fra prodotti non destinati a fini specificamente militari.

Risulta evidente che la portata della lettera a) è più ampia rispetto a quella della lettera b) nel senso che, mentre uno Stato che intende invocare l'eccezione ai sensi dell'art. 296 lett. b) deve preoccuparsi del soddisfacimento delle tre condizioni sopra citate, secondo la lettera a) dello stesso articolo, uno Stato può astenersi dal fornire informazioni semplicemente se lo reputa contrario ai propri interessi essenziali di sicurezza (il margine di discrezionalità in capo allo Stato non è limitato da ulteriori condizioni).

Oltretutto, la clausola derogatoria *ex art. 296 lett. b)* incontra un ulteriore limite nel riferimento all'elenco contenuto nel secondo paragrafo dello stesso articolo. Infatti, il Consiglio dell'Ue (e quindi gli Stati membri) ha voluto fin da subito stilare un elenco comune di prodotti destinati a fini specificatamente militari (armi, munizioni o altro materiale bellico) a cui poter applicare la deroga prevista dalla lettera b). Giova sottolineare che la presenza stessa di un simile elenco induce a ritenere che esso sia dotato del carattere dell'esaustività, nel senso che la clausola dovrebbe ritenersi applicabile solamente ai materiali in esso contenuti.

Le condizioni che una misura statale deve soddisfare per derogare il diritto comunitario ai sensi dell'art. 296 lett. b), diventano pertanto quattro: la misura deve essere necessaria alla tutela degli interessi essenziali della sicurezza dello Stato che la assume; deve riferirsi alla produzione o al commercio di armi, munizioni e altro materiale da guerra; l'arma, la munizione o l'altro materiale bellico a cui la misura si riferisce deve essere una di quelle contenute nell'elenco comune predisposto dal Consiglio (la presenza di questa lista trova la sua ragion d'essere nel fatto che esistono anche armi, munizioni e materiali bellici diversi da quelli contenuti nell'elenco comune; in particolare ci si riferisce a quei materiali che, pur utilizzati anche in ambito mili-

tare, non sono prodotti esclusivamente per fini militari); le misure in questione non devono alterare la concorrenza nel mercato dei prodotti non destinati a fini specificamente militari (diversi rispetto a quelli dell'elenco comune). La presenza dell'elenco dei prodotti militari³⁰, nonostante sia stata concepita per limitare la discrezionalità degli Stati membri, per motivo di uniformità e per prevenire abusi, ha generato una serie di divergenze interpretative. Una prima considerazione riguarda l'aggiornamento della "lista comune". Questa è stata adottata dal Consiglio il 15 aprile 1958 in forma di "decisione"³¹. Ai sensi dell'art. 296.2 la "lista comune" è modificabile dal Consiglio all'unanimità su proposta della Commissione, ma questo non è mai avvenuto. Nel 1978 è stata pubblicata un'interpretazione della "lista" al fine di tener conto dei progressi tecnici nel frattempo accorsi. Tenuto conto dell'evoluzione tecnologica degli ultimi decenni nel campo degli armamenti militari tale "lista" appare superata e non più adeguata ai moderni equipaggiamenti militari; tuttavia la genericità della lista, sottolineata dalla Commissione, ne potrebbe consentire un'interpretazione estensiva (la posizione della Commissione verrà meglio specificata quando si tratterà nello specifico della sua Comunicazione interpretativa sull'art. 296). Un altro aspetto problematico relativo alla "lista comune" riguarda il suo valore giuridico³². Alcuni autori hanno messo in dubbio la sua obbligatorietà dal momento che il suo contenuto non è mai stato reso pubblico in forma ufficiale³³. Tali dubbi sono stati alimentati dal fatto che gli organi giurisdizionali comunitari hanno evitato di soffermarsi sulla sua portata giuridica³⁴; d'altra parte però né la Commissione né gli Stati membri hanno mai posto la questione dinanzi alla Corte. Effettivamente la versione originale della "lista", pur essendo di dominio pubblico³⁵, non è mai stata pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale della Comunità europea³⁶.

³⁰ In seguito la "lista comune" o la "lista".

³¹ Ai sensi dell'art. 249 del Trattato Ce la decisione è "obbligatoria in tutti i suoi elementi per i destinatari da essa designati".

³² M. Trybus, *European Union Law and Defence Integration*, Oxford, Hart, 2005, p. 140.

³³ E. Aalto, "Interpretations of Article 296", in D. Keohane (edited by), *Towards a European Defence Market*, Paris, ISS, November 2008, pp. 13 – 49, p. 21.

³⁴ Vedi per esempio il caso T-26/01, *Fiocchi Munizioni c. Commissione*, in cui il Tribunale di prima istanza analizza la lista del 1958 senza pronunciarsi sul suo valore giuridico.

³⁵ Una riunione Coreper del 17-19 luglio 1963 stabilì che la decisione continuasse a restare riservata e, nel contempo, attribui ai Governi nazionali il potere di autorizzare l'accesso a coloro che avessero dimostrato un valido interesse.

³⁶ E. Aalto, "Interpretations of Article 296", in D. Keohane (edited by), *Towards a European Defence Market*, Paris, ISS, November 2008, pp. 13 – 49, p. 18.

Nel dicembre del 2001, in seguito a un'interrogazione del Parlamento europeo³⁷, la "lista" è stata riprodotta sulla Gazzetta Ufficiale della Comunità europea³⁸, ma questa versione (non originale) risulta più corta e meno dettagliata rispetto alla versione del 1958.

La "lista" comprende le seguenti categorie di armi, munizioni e materiale bellico³⁹:

1. Armi da fuoco portatili e automatiche, quali fucili, carabine, rivoltelle, pistole, pistole mitragliatrici, fucili mitragliatori e mitragliatrici ad eccezione delle armi da caccia, pistole e altre armi di piccolo calibro, di calibro inferiore a 7mm.
2. Materiale d'artiglieria e apparati fumogeni, lanciagas e lanciafiamme, quali:
 - a) cannoni, obici, mortai, pezzi d'artiglieria, armi anticarro, lanciarazzi, lanciafiamme, cannoni senza rinculo;
 - b) materiale militare per il lancio di cortine fumogene e dei gas.
3. Munizioni destinate alle armi di cui ai precedenti articoli 1 e 2.
4. Bombe, torpedini terrestri e siluri, razzi e ordigni teleguidati:
 - a) bombe, torpedini, granate, comprese le granate fumogene, marmitte fumogene, razzi, mine, ordigni teleguidati, bombe di profondità, bombe incendiarie;
 - b) apparecchi e dispositivi d'impiego militare, concepiti specialmente per la manutenzione, l'innesto, il disinnesto, lo scoppio o l'individuazione degli articoli di cui al precedente paragrafo a).
5. Materiale per la direzione del tiro per scopi militari:
 - a) calcolatori di tiro e apparecchi di puntamento con raggi infrarossi ed altro materiale di puntamento notturno;
 - b) telemetri, indicatori di posizione, altimetri;
 - c) dispositivi per l'osservazione, elettronici, giroscopici, ottici e acustici; apparati di mira per bombardamento e alzi di cannoni, periscopi per gli articoli di cui presente elenco.

³⁷ Si tratta di un'interrogazione dell'On. Bart Staes.

³⁸ Elenco delle "armi, munizioni e materiale bellico, comprese le armi nucleari cui si applicano le disposizioni dell'art. 296, par. 1, lettera b) del Trattato di Roma", Guce C 364 E, 20 dicembre 2001, p. 85-86.

³⁹ Si riporta l'elenco pubblicato in G. Gasparini (a cura di), *Il mercato europeo della difesa: normative e sviluppi*, CeMiSS, Osservatorio Strategico, marzo 2005, pp. 59 – 60.

6. Carri e veicoli specialmente concepiti per l'impiego militare:
 - a) carri;
 - b) veicoli di tipo militare, armati o corazzati, compresi i veicoli anfibi;
 - c) treni corazzati;
 - d) veicoli militari semi-cingolati;
 - e) veicoli militari per la riparazione dei carri;
 - f) rimorchi specialmente concepiti per il trasporto delle munizioni di cui ai paragrafi 3 e 4.
7. Agenti tossici e radioattivi:
 - a) agenti tossici biologici o chimici e agenti radioattivi adatti per produrre, in caso di guerra, effetti distruttivi sulle persone, sugli animali o sui raccolti;
 - b) materiale militare per la propagazione, l'individuazione o l'identificazione delle sostanze di cui al precedente paragrafo a);
 - c) materiale di protezione contro le sostanze di cui al precedente paragrafo a).
8. Polveri, esplosivi e agenti di propulsione liquidi o solidi:
 - a) polveri e agenti di propulsione liquidi o solidi, specialmente concepiti o fabbricati per il materiale di cui ai precedenti articoli 3, 4 e 7; esplosivi militari;
 - b) miscele incendiarie e congelanti per impiego militare.
9. Navi da guerra e relativi equipaggiamenti speciali:
 - a) navi da guerra di ogni tipo;
 - b) equipaggiamenti specialmente concepiti per l'ormeggio, l'individuazione e il dragaggio delle mine;
 - c) reti sottomarine.
10. Aeronavi e relativi equipaggiamenti per impiego militare.
11. Materiale elettronico per impiego militare.
12. Apparecchi per la ripresa di vedute, specialmente concepiti per l'impiego militare.
13. Altri equipaggiamenti e materiale:
 - a) paracadute o altro materiale per il lancio di paracadute;
 - b) materiale per il passaggio di corsi d'acqua, specialmente concepito per impiego militare;
 - c) proiettori a comando elettronico per impiego militare.
14. Parti e pezzi speciali del materiale contemplato nel presente elenco, per quanto presentino un carattere militare.
15. Macchine, equipaggiamenti e utensili esclusivamente concepiti per lo studio, la fabbricazione, la prova e il controllo delle armi, munizioni e ordigni per impiego unicamente militare, contemplati nel presente elenco.

Ritornando alla questione del valore giuridico della lista appena presentata, in seguito a una più attenta analisi, risulta che la non pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale della Comunità europea (successivamente rinominata Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea) non incide sul carattere obbligatorio dell'atto in questione.

I requisiti formali che gli atti delle istituzioni dell'Ue devono rispettare per entrare regolarmente in vigore sono stabiliti dall'art. 254 del Trattato Ce. Secondo il primo comma di questo articolo "i regolamenti, le direttive e le decisioni adottati in conformità della procedura di cui all'articolo 251 sono (...) pubblicati nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea. Essi entrano in vigore alla data da essi stabilita ovvero, in mancanza di data, nel ventesimo giorno successivo alla loro pubblicazione".

La "lista", come già detto, è una "decisione" adottata dal Consiglio, ma non secondo la procedura prevista dall'art. 251 (procedura di codecisione). I requisiti formali per gli atti adottati con procedura diversa da quella stabilita dall'art. 251, sono disciplinati dal comma 3 dell'art. 254 secondo il quale "le altre direttive e le decisioni sono notificate ai loro destinatari e hanno efficacia in virtù di tale notificazione". Il fatto che la "decisione" contenente la "lista" non sia mai stata pubblicata ufficialmente non vanifica quindi il carattere obbligatorio proprio dell'atto.

Una terza fonte di ambiguità della "lista", deriva dalla sua vaghezza. In particolare la categoria numero 13 "altri equipaggiamenti e materiale" consente al Consiglio e agli Stati membri di inserire materiali originariamente non presenti nella "lista". La "lista" in questo senso perde il suo carattere esclusivo e appare piuttosto aperta, recando un serio pregiudizio al principio fondamentale della certezza del diritto⁴⁰.

Gli Stati membri hanno approfittato della scarsa pubblicità e della vaghezza della "lista" per interpretarla in modo estensivo, includendo in essa anche i prodotti *soft* o *dual-use*. Da un punto di vista strettamente giuridico questi materiali non dovrebbero essere coperti dall'art. 296 ma, di fatto, la prassi degli Stati si è mossa nella direzione opposta. Per raggiungere un grado di chiarezza maggiore sarebbe quantomeno opportuna una definizione comune e puntuale di cosa si debba intendere per prodotti e servizi *dual-use*⁴¹.

⁴⁰ K. Eikenberg, "Article 296 (ex 223) E.C. and External Trade in Strategic Goods", in *European Law Review*, n. 25, 2000, pp. 117 – 38, pp. 128-29.

⁴¹ Vedi Council Regulation n. 1334/2000 of 22 June 2000 setting up a Community regime for the control of exports of *dual-use* items and technology.

Le incertezze interpretative relative all'art. 296 non riguardano solo la "lista comune" e i prodotti in essa contemplati. Altri termini, non riconducibili a precise definizioni giuridiche, hanno dato luogo ad interpretazioni divergenti che, a loro volta, hanno portato a un'applicazione non uniforme della disposizione nei diversi Stati membri dell'Ue.

Un forte elemento di debolezza riguarda la nozione di *interesse essenziale di sicurezza*, la cui definizione ed interpretazione è rilevante al fine dell'applicazione dell'articolo stesso. Come si definisce un *interesse essenziale di sicurezza*? Chi lo determina?

È evidente che il concetto ha una natura squisitamente politica e una sua definizione in termini giuridici risulta problematica se non impossibile. Non è possibile pensare ad una definizione comune per tutti gli Stati membri, ogni Stato ha i propri interessi essenziali di sicurezza. Inoltre, in un contesto globale come quello attuale, le minacce contengono elementi sia interni che esterni difficilmente distinguibili. Il concetto di sicurezza nazionale non può essere cristallizzato in formule predeterminate, ma deve piuttosto assumere contorni mobili e funzionali.

Mantenendo la questione su di un piano giuridico ci si può chiedere allora chi abbia il potere di definire gli *interessi essenziali di sicurezza*. A prima vista, sono gli Stati membri gli unici soggetti idonei a determinare i propri interessi, ivi compresi quelli essenziali e di sicurezza. Gli Stati avrebbero quindi una totale autonomia nel decidere la non soggezione di una certa fattispecie al diritto comunitario.

Il Tribunale di primo grado nella sentenza *Fiocchi*⁴² ha affermato che "l'art. 296.1 lett. b) attribuisce agli Stati membri un potere discrezionale particolarmente ampio nel valutare le esigenze che rientrano in tale tutela". La stessa Corte nella già citata sentenza *Commissione c. Spagna*⁴³ ha affermato che spetta agli Stati membri "stabilire le misure adeguate per garantire la loro sicurezza interna ed esterna". Nella stessa sentenza però la Corte ha ritenuto che l'esenzione dal pagamento dell'Iva, che il Governo spagnolo intendeva applicare ai propri acquisti militari, non fosse necessaria per raggiungere l'obiettivo di proteggere gli interessi essenziali di sicurezza.

Secondo la Corte quindi uno Stato è sì libero di definire i propri *interessi essenziali di sicurezza*, ma non gode di una totale discrezione circa i mezzi per

⁴² Caso T-26/01, *Fiocchi munizioni c. Commissione*, punto 58.

⁴³ Caso C-414/97, *Commissione c. Spagna*, punto 15. Si tratta del primo caso riguardante specificatamente l'eccezione prevista dall'art. 296.1 lett. b ad essere affrontato dalla Corte.

raggiungere tali interessi. Nel caso specifico la Corte ha ritenuto che le misure adottate dal Governo spagnolo non fossero necessarie per la protezione degli interessi essenziali di sicurezza dello Stato spagnolo. Una simile interpretazione costituisce un *vulnus* di non poco conto per la sovranità statale.

D'altra parte però un'analisi più attenta e critica rivela come il concetto di sicurezza nazionale sia utilizzato dagli Stati membri come scusa per proteggere le proprie industrie della difesa non competitive. Dal momento che quasi tutti gli Stati membri sono fra loro alleati nella Nato, collaborano in programmi di sviluppo di armamenti e che i sistemi d'arma includono componenti prodotti da industrie stabilite in Stati diversi, non è chiaro come un mercato comune nel settore degli *hard defence materials* potrebbe pregiudicare la sicurezza nazionale degli Stati membri⁴⁴.

L'art. 296 ha una portata generale nel senso che la deroga (o meglio le deroghe) in esso contenute sono attivabili nei confronti di tutto il Trattato Ce, ovvero applicabili a qualsivoglia settore del diritto comunitario; la collocazione nelle disposizioni finali ne è una conferma. Diversa è la questione della sua applicazione: la portata generale non costituisce necessariamente un argomento a favore della tesi (sostenuta dagli Stati membri) del dominio (statale) riservato.

Partendo dal presupposto che tutti i beni utilizzati a fini di difesa sono funzionali alla tutela degli interessi essenziali di sicurezza, gli Stati membri hanno interpretato l'art. 296 come una deroga applicabile in modo generale ed automatico⁴⁵; il risultato è stata l'esclusione automatica e a priori di tutti i materiali *hard defence* dal regime posto in essere dal Trattato Ce. Di fatto la prassi degli Stati segue questa linea interpretativa, pertanto l'intero campo della difesa e della sicurezza rimane essenzialmente nel dominio degli Stati membri.

Diversamente, la Commissione europea e la Corte di Giustizia della Comunità europea (Cgce), hanno considerato l'art. 296 e le altre deroghe di sicurezza come applicabili solamente in casi eccezionali e chiaramente definiti⁴⁶. Secondo le istituzioni comunitarie la deroga può essere applicata solo in seguito ad una valutazione del caso specifico; diversamente l'ef-

⁴⁴ M. Trybus, *European Union Law and Defence Integration*, Oxford, Hart, 2005, p. 152.

⁴⁵ Daniel Keohane, *The EU and Armaments Cooperation*, Centre for European Reform, London, 2002, p. 17.

⁴⁶ Caso C-222/84, *Marguerite Johnston*, paragrafo 26. La Corte ha ribadito il suo orientamento nei casi C-285/98, *Tanja Kreil c. Repubblica Federale tedesca* e C-273/97, *Sirdar*.

fettività del diritto comunitario sarebbe messa in dubbio⁴⁷. Secondo questa interpretazione restrittiva, gli Stati incontrano dei chiari limiti nell'escludere la produzione o il commercio di armi, munizioni e materiale bellico dal regime del Trattato e in ogni caso non possono farlo in modo automatico. Gli Stati membri possono invocare un'eccezione in determinate condizioni e sotto la supervisione della Corte. Oltretutto l'eccezione si dovrebbe applicare esclusivamente ai prodotti della lista del 1958⁴⁸.

Un ulteriore elemento di incertezza, soggetto ad interpretazioni contrastanti, riguarda la capacità della Corte di Giustizia di giudicare il comportamento degli Stati membri quando sono in gioco interessi di sicurezza nazionale. Nella prassi la Corte si è dimostrata piuttosto reticente nell'interferire in un settore così sensibile per la sovranità degli Stati membri come quello della sicurezza. Questo comportamento è giustificato dal fatto che *we are not talking about washing machines but about sovereignty and defence*⁴⁹.

Nella sentenza Commissione c. Spagna, la Corte ha preso posizione in merito ai mezzi utilizzati, in questo caso dal governo spagnolo, per tutelare i propri interessi essenziali di sicurezza. Dalla pronuncia della Corte si deduce che gli Stati membri non hanno una discrezionalità assoluta nel determinare i propri bisogni in materia di sicurezza e che la Corte è abilitata a sindacare la legittimità dell'azione statale. La procedura di infrazione speciale che prevede il ricorso diretto alla Corte (art. 298), rafforza questa interpretazione.

Non è chiaro però fino a che punto può spingersi il potere di giudizio della Corte nei confronti delle misure statali adottate per proteggere gli interessi essenziali di sicurezza. Se la competenza della Corte nel valutare le misure statali in base al principio di proporzionalità sembra indubbia, essa appare problematica per quanto riguarda le questioni di merito. In altre parole la Corte, come ha fatto nel caso spagnolo, può dichiarare una misura statale sproporzionata in quanto chiaramente inidonea e manifestamente inappropriata per assicurare l'interesse nazionale; al contrario poco può dire nei casi in cui le misure prese dallo Stato per la tutela della sicurezza nazionale siano

⁴⁷ Martin Trybus, "On the Application of the E.C. Treaty to Armaments", in *European Law Review*, vol. 25, n. 6, December 2000, p. 665.

⁴⁸ Martin Trybus, *European Defence Procurement Law – International and National Procurement Systems as Models for a Liberalised Defence Procurement Market in Europe*, The Hague, Kluwer Law International, 1999, p. 230.

⁴⁹ E. Aalto, "Interpretations of Article 296", in D. Keohane (edited by), *Towards a European Defence Market*, Paris, ISS, November 2008, pp. 13 – 49, p. 27.

idonee ed appropriate per la difesa dell'interesse nazionale. L'azione della Corte incontra dunque un limite ben preciso nel sindacare una misura nazionale adottata per la tutela degli interessi essenziali di sicurezza.

Un ulteriore problema interpretativo riguarda l'onere della prova. Nella sentenza Commissione c. Spagna la Corte ha affermato che lo Stato membro che invoca l'eccezione di sicurezza è tenuto a dimostrare che la misura adottata in virtù di tale eccezione non vada oltre il raggiungimento dell'obiettivo di sicurezza che intende perseguire. La Corte però non ha specificato su quale base giuridica si basi questa sua affermazione e la dottrina ha criticato questo punto. Nel caso specifico, la Corte ha respinto le eccezioni, giustificate sulla base dell'art. 296, sollevate dalla Spagna a favore della totale esenzione dal regime Iva delle operazioni relative a armi, munizioni e materiale d'uso esclusivamente militare. La Corte ha voluto sottolineare che la Spagna non aveva dimostrato che le esenzioni dell'Iva erano "necessarie alla tutela degli interessi essenziali della propria sicurezza".

Un problema interpretativo emerge anche per quanto riguarda le competenze esterne della Ce⁵⁰. Secondo il principio del parallelismo⁵¹, la Commissione, essendo competente per la regolazione del mercato interno dei beni della difesa nell'area in cui non si applica l'art. 296, dovrebbe acquisire una parallela competenza esterna. Detto in altri termini, il commercio con gli Stati terzi dei beni della difesa non contemplati nella "lista comune", dovrebbe essere una competenza comunitaria e rientrare nella politica commerciale comune (art. 133 del Trattato Ce)⁵². In alternativa, l'attribuzione della competenza alla Comunità, potrebbe basarsi sull'art. 301 del Trattato Ce, il quale prevede l'adozione di atti comunitari sulla base di preesistenti misure adottate nell'ambito della Politica Estera e di Sicurezza Comune (Pesc); nel caso specifico sulla base del Codice di condotta per le esportazioni di armi, adottato dal Consiglio dell'Ue il 2 giugno 1998. Peraltro la Corte sembra non avere dubbi circa la competenza ester-

⁵⁰ La competenza esterna della Comunità consiste nella sua competenza a concludere accordi internazionali. Si distinguono le competenze esterne normativamente previste (il Trattato Ce dispone espressamente che la Comunità può concludere accordi internazionali in una certa materia), dalle competenze esterne parallele (vedi nota successiva). Inoltre una competenza esterna può essere esclusiva o concorrente.

⁵¹ Il c.d. principio del parallelismo dei poteri comunitari interni ed esterni, è un principio d'origine giurisprudenziale secondo il quale la Comunità può concludere accordi internazionali nelle materie per le quali dispone del potere di adottare atti sul piano interno.

⁵² E. Aalto, "Interpretations of Article 296", in D. Keohane (edited by), *Towards a European Defence Market*, Paris, ISS, November 2008, pp. 13 - 49, p. 24.

na della Comunità in materia di esportazioni di beni *dual-use*. Nella sentenza Leifer⁵³ la Corte si è così espressa: “l’art. 133 del Trattato deve essere interpretato nel senso che disposizioni intese a limitare le esportazioni verso Stati terzi di merci a duplice uso rientrano nella sua sfera di applicazione e che la Comunità dispone di una competenza esclusiva in materia, la quale esclude pertanto la competenza degli Stati membri, salvo in caso di un’autorizzazione specifica rilasciata dalla Comunità”.

Al di là delle diverse interpretazioni, il nocciolo del dibattito, che vede contrapposta la visione degli Stati membri a quella della Commissione e della Corte di Giustizia, è costituito dall’attribuzione della competenza a regolare il settore dei beni militari. Se l’intero settore dei beni e servizi militari (armi, munizioni e materiale bellico), più in generale di tutti i beni strumentali alla difesa nazionale, dalla produzione al commercio, è di esclusiva competenza statale, agli Stati membri è sufficiente invocare l’eccezione di sicurezza nazionale per sottrarre una determinata fattispecie all’applicazione del diritto comunitario. Diversamente, se la competenza è comunitaria, fatte salve le puntuali deroghe previste, il diritto comunitario è presuntivamente applicabile, salvo che lo Stato interessato non dimostri che ciò rappresenti un rischio per la propria sicurezza.

Nel primo caso tutte le questioni che attengono alla sicurezza nazionale, comprese quelle inerenti alle relative merci, sarebbero riservate al dominio statale grazie alla clausola generale *ex art. 296*. Nella sentenza Fiocchi⁵⁴, il Tribunale di primo grado ha affermato che l’adozione di una misura di aiuto a favore della produzione o del commercio di armi, di munizioni o di materiale bellico contenuto nell’elenco del Consiglio del 15 aprile 1958, se legata a considerazioni di tutela degli interessi essenziali della propria sicurezza interna, rendeva inapplicabili le regole di concorrenza e conseguentemente, a suo giudizio, non sussisteva l’obbligo di notificare alla Commissione la progettata misura di aiuto.

Secondo l’approccio “comunitario”, invece, la norma, applicabile in casi eccezionali ed interpretabile solamente in modo letterale e restrittivo, si limiterebbe a conferire agli Stati il duplice potere di non divulgare le informazioni riservate e di adottare le misure necessarie a proteggere gli interessi essenziali della propria sicurezza⁵⁵. I beni della “lista” sarebbero esclusi

⁵³ Caso, C-83/94, *Leifer*, punto 13.

⁵⁴ Caso T-26/01, *Fiocchi Munizioni c. Commissione*, punto 59.

⁵⁵ R. Baratta, “L’eccezione di sicurezza nazionale e i *defence procurement* nell’Unione europea”, in *Studi sull’integrazione europea*, n. 1, 2008, pp. 75 – 92, p. 83.

dall'applicazione del diritto comunitario e rientrerebbero nel dominio esclusivo degli Stati non in modo automatico, ma solamente in presenza del collegamento con gli interessi essenziali della sicurezza nazionale. Allo stesso modo la Corte ha ritenuto che la compravendita di beni militari, inclusi quelli contenuti nella lista, deve essere soggetta al regime Iva, alla stregua delle altre merci⁵⁶, salvo che ciò non si riveli incompatibile con gli interessi essenziali della sicurezza nazionale. Secondo la tesi opposta, quella del dominio riservato, i beni militari dovrebbero poter godere di un regime Iva agevolato rispetto a quello previsto per le altre merci.

Parzialmente diverso è l'approccio (non giudiziale) sostenuto dalla Commissione in materia di aiuti di Stato ad imprese produttive di beni militari e civili. Nella decisione Lursen⁵⁷ la Commissione ha giudicato il comportamento tenuto dalla Germania contrario al diritto comunitario, in particolare alle regole sugli aiuti di Stato. La Germania aveva concesso degli aiuti senza applicare la relativa disciplina comunitaria, invocando l'eccezione di sicurezza nazionale, ma mancando di valutare *ex ante* la necessità di tali aiuti per la tutela dei suoi interessi essenziali di sicurezza. Quindi la Commissione riconosce agli Stati il diritto di invocare gli interessi essenziali di sicurezza nazionale se accompagnato da sufficienti motivazioni. Allo stesso tempo la Commissione si riserva di valutare gli effetti dell'aiuto concesso sul mercato dei prodotti diversi rispetto a quelli militari, cui è indirizzato l'aiuto. Se l'aiuto, concesso ad un'industria della difesa, comporta una distorsione della concorrenza nei mercati limitrofi, la disciplina comunitaria in materia di aiuti non può essere disapplicata in virtù dell'art. 296. La Commissione in sostanza si riserva di valutare se le misure statali provocano o minacciano di provocare una distorsione della concorrenza sui mercati dei prodotti che non rientrano nell'ambito di applicazione dell'art. 296. Nella sentenza Fiocchi munizioni, il Tribunale di primo grado ha seguito un approccio assai più favorevole agli interessi statali. Riferendosi esplicitamente alla lista del 1958, il Tribunale sembra attribuire all'art. 296.1 lett. b) una "portata generale" così da escludere *in toto* che le misure di aiuto in favore di beni contenuti nell'elenco siano soggette alle regole della concorrenza.

La ricerca di un ragionevole equilibrio tra la protezione della sicurezza nazionale, più precisamente degli "interessi essenziali" ad essa connessi, e

⁵⁶ Caso C-414/97, *Commissione c. Spagna*.

⁵⁷ Guce L 301, 24 novembre 1999, p. 8 ss.

l'applicazione delle regole del mercato interno, affinché si realizzi un'effettiva concorrenza⁵⁸, rappresenta l'intima essenza del problema interpretativo posto dall'art. 296⁵⁹.

1.4 La Comunicazione interpretativa della Commissione europea

In seguito alle consultazioni avviate con la comunicazione del 2003⁶⁰ e proseguite con il Libro Verde sui *defence procurements*⁶¹, è emerso che l'attuale quadro giuridico non è idoneo a regolamentare le attività del mercato della difesa in modo efficiente. Secondo le parole della Commissione europea il quadro normativo comunitario non è adeguato in particolare perché persistono incertezze relative al campo di applicazione dell'art. 296.

Per questo motivo la stessa Commissione ha adottato il 7 dicembre 2006 una Comunicazione interpretativa sull'applicazione dell'art. 296 del Trattato Ce⁶². La Comunicazione si riferisce quindi all'acquisto da parte degli Stati membri di "beni 296". Tale iniziativa è da ritenersi "riparatrice" di una certa inattività della Commissione nel suo ruolo di "guardiano dei trattati". Essa rafforza l'approccio comunitario a discapito della tesi del "dominio riservato".

Uno dei motivi per cui l'applicazione dell'art. 296 appare incerta è la mancanza di una giurisprudenza consolidata in merito. Nella Comunicazione le incertezze interpretative e i relativi effetti vengono presentati nei seguenti termini: "dato che il limite che divide gli acquisti nel settore della difesa che toccano gli interessi essenziali di sicurezza da quelli che non li toccano è vago, non è sempre chiaro quali norme debbano essere applicate all'uno o all'altro appalto. L'applicazione dell'articolo 296 del Trattato Ce rimane pertanto problematica e varia considerevolmente da uno Stato membro

⁵⁸ Un rapido sguardo alla giurisprudenza comunitaria in materia di appalti pubblici permette di rendersi conto che una compiuta realizzazione della concorrenza costituisce il generale criterio ispiratore sotteso a tale disciplina.

⁵⁹ R. Baratta, "L'eccezione di sicurezza nazionale e i *defence procurement* nell'Unione europea", in *Studi sull'integrazione europea*, n. 1, 2008, pp. 75 – 92, pp. 76 – 77.

⁶⁰ Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, Difesa europea – questioni industriali e di mercato. Verso una politica comunitaria in materia di equipaggiamenti militari. COM (2003) 113.

⁶¹ Commissione europea, Libro Verde: Gli appalti pubblici della difesa. COM (2004) 608.

⁶² Commissione europea, Comunicazione interpretativa sull'applicazione dell'articolo 296 del Trattato Ce agli appalti pubblici della difesa. COM(2006) 779.

all'altro (...). L'attuale direttiva sugli appalti pubblici (...) è giudicata inadeguata per molti contratti nel settore della difesa (...). Di conseguenza, molti Stati membri sono riluttanti ad applicare la direttiva sugli appalti pubblici agli equipaggiamenti militari, anche quando non sono soddisfatte le condizioni di applicazione dell'articolo 296".

Più precisamente, approfittando della mancanza di interpretazioni chiare e forti della Corte di Giustizia, e della conseguente incertezza giuridica, gli Stati membri abusano dell'art. 296 invocando la clausola di sicurezza ogni qual volta ciò risulti funzionale alla difesa degli operatori nazionali, estendendone l'applicazione anche a beni chiaramente non compresi nella lista del 1958. Con la Comunicazione interpretativa la Commissione ha inteso chiarire le condizioni, i limiti e le modalità applicative dell'eccezione di sicurezza nazionale in tema di norme comunitarie applicabili agli appalti di forniture e servizi militari; in breve, ha voluto precisare le condizioni, a suo dire estremamente rigorose, che consentono ad uno Stato membro di invocare la tutela di interessi essenziali in materia di sicurezza⁶³.

Dal momento che i recenti sviluppi relativi l'interpretazione dell'art. 296 derivano in primo luogo dalla Comunicazione interpretativa della Commissione, è opportuno aprire una breve parentesi sulla natura di un simile atto. Le comunicazioni della Commissione non appartengono né alla categoria dei c.d. atti tipici (gli atti delle istituzioni secondo l'art. 249 del Trattato Ce), né a quella dei c.d. atti atipici (atti diversi previsti da altri articoli del Trattato Ce, per esempio il bilancio della Comunità, o atti con denominazione identica a quelli previsti dall'art. 249, ma con caratteristiche proprie). Si tratta piuttosto di un tipo di atto affermatosi soltanto in via di prassi (quindi non espressamente contemplato dal Trattato), avente forme e contenuti variabili.

Le Comunicazioni più frequentemente utilizzate dalla Commissione sono quelle c.d. decisorie, relative a settori in cui la Commissione dispone di un potere di decisione anche discrezionale; adottate soprattutto in materia di concorrenza e di aiuti di Stato, hanno lo scopo di orientare i comportamenti degli Stati membri o delle imprese e di rendere noto il modo in cui essa intende applicare le norme del Trattato⁶⁴. Le comunicazioni in questione

⁶³ La Comunicazione "si limita (...) a fornire alle amministrazioni aggiudicatrici orientamenti che siano loro di ausilio nel valutare se il ricorso alla deroga è giustificato". Commissione europea, Comunicazione Interpretativa sull'applicazione dell'articolo 296 del Trattato Ce agli appalti pubblici della difesa, p. 3. COM(2006) 779.

⁶⁴ Luigi Daniele, *Diritto dell'Unione europea: Sistema istituzionale, Ordinamento, Tutela giurisdizionale, Competenze*, Giuffrè, Milano, 2007, p.151-152.

possono assumere la denominazione di “orientamenti, codici, disciplina, linee direttive”. Fra le comunicazioni della Commissione si distinguono poi le c.d. comunicazioni informative, destinate in particolare ad alimentare il dialogo tra istituzioni su temi e materie in cui si prefigura l’adozione di veri e propri atti normativi.

Infine, ed è questo il caso che interessa, le comunicazioni interpretative. Queste comunicazioni, giuridicamente non vincolanti⁶⁵, sono volte a far conoscere agli Stati ed agli operatori economici, i diritti e gli obblighi ad essi derivanti dal diritto comunitario, in particolare alla luce degli sviluppi giurisprudenziali registrati nel settore di cui si tratta⁶⁶. A titolo di esempio si ricordano la comunicazione interpretativa sulle conseguenze della sentenza C-120/78 “Cassis de Dijon” emessa dalla Corte di Giustizia il 20 febbraio 1979 e la comunicazione interpretativa concernente la libera circolazione dei servizi. Le comunicazioni interpretative della Commissione pur non essendo giuridicamente vincolanti, godono di un peso politico molto importante.

La Comunicazione interpretativa sull’art. 296 mira ad arginare abusi dell’eccezione di sicurezza nazionale nel campo dei *defence procurements* e a guidare gli Stati membri verso una corretta e uniforme interpretazione e applicazione della norma. Secondo la Commissione la chiarificazione del quadro giuridico esistente è il primo passo da compiere sulla via dell’apertura dei mercati della difesa nazionali. Ovviamente l’ultima parola circa l’interpretazione dell’art. 296 è nelle mani della Corte di Giustizia.

La Comunicazione è divisa in sei paragrafi: la base giuridica; interessi di sicurezza e obblighi derivanti dal trattato; l’ambito di applicazione; le condizioni di applicazione; come applicare l’art. 296; il ruolo della Commissione.

In merito alla *base giuridica* la Commissione ribadisce che i contratti stipulati nel campo della difesa sono soggetti alle regole del mercato interno e che le eccezioni devono essere autorizzate solo quando tutte le condizioni previste sono soddisfatte. La Commissione ritiene che, l’acquisizione di beni strumentalmente necessari alla protezione di interessi essenziali di difesa nazionale, compresi quelli della lista del 1958, non sia automaticamente esclusa dal diritto comunitario: “i beni militari inclusi nella lista del

⁶⁵ La Corte di Giustizia non ha dunque il potere di sanzionare eventuali comportamenti discordanti rispetto al contenuto di una comunicazione interpretativa.

⁶⁶ Giuseppe Tesaro, *Diritto comunitario*, Cedam, 2003, Padova, pp. 156 – 157.

1958 non sono automaticamente esclusi dalle regole del mercato interno⁶⁷. Quindi, secondo l'interpretazione della Commissione, la natura militare degli equipaggiamenti inclusi nella lista del 1958, non è un motivo sufficiente per giustificare l'esenzione dalle regole comunitarie sugli appalti pubblici⁶⁸. La Commissione specifica altresì che, mentre la lettera b) riguarda il *military procurement* in senso stretto, la lettera a) va oltre la difesa e contiene una clausola più generale finalizzata alla protezione di quelle informazioni che gli Stati membri non potrebbero diffondere senza recare un danno ai propri interessi essenziali di sicurezza.

La Comunicazione in oggetto è volutamente diretta a contrastare l'interpretazione estensiva della nozione di *interessi essenziali di sicurezza nazionale*. La Commissione riconosce che è responsabilità degli Stati definirli e proteggerli, ma ricorda anche che secondo una consolidata giurisprudenza ogni deroga al diritto comunitario deve essere interpretata in modo restrittivo. In particolare, secondo la Commissione, il ricorso all'eccezione dovrebbe essere limitato ai casi in cui gli Stati non abbiano altro mezzo per proteggere gli interessi essenziali di sicurezza nazionale⁶⁹. La Commissione, inoltre, nel sostenere la necessità di un'interpretazione non estensiva del concetto di interesse statale alla propria sicurezza, enfatizza la presenza dell'aggettivo *essenziale*: la protezione dell'interesse di sicurezza deve essere limitato ai suoi aspetti essenziali.

L'interpretazione restrittiva della deroga non è comunque idonea a comprimere la prerogativa statale di invocare l'eccezione di sicurezza nazionale. Lo Stato mantiene il proprio potere discrezionale nel determinare quale o quali siano gli interessi essenziali della sicurezza nazionale che intende proteggere. La Commissione sembra accettare l'idea che esista un nucleo intangibile di potere statale: anzitutto, ammette di non poter definire la nozione di *interessi essenziali di sicurezza nazionale*, né di poter determinare *ex ante* a quali appalti pubblici sia applicabile la corrispondente eccezione; in secondo luogo, riconosce che gli Stati dispongono di un largo margine di

⁶⁷ Commissione europea, Comunicazione interpretativa sull'applicazione dell'articolo 296 del Trattato Ce agli appalti pubblici della difesa, p. 6. COM(2006) 779.

⁶⁸ Commissione europea, Comunicazione interpretativa sull'applicazione dell'articolo 296 del Trattato Ce agli appalti pubblici della difesa, p. 7. COM(2006) 779.

⁶⁹ "Dette condizioni mirano (...) ad assicurare che la deroga resti un'eccezione limitata ai casi in cui gli Stati membri non hanno altra scelta che tutelare gli interessi della propria sicurezza a livello nazionale". Commissione europea, Comunicazione interpretativa sull'applicazione dell'articolo 296 del Trattato Ce agli appalti pubblici della difesa, p. 5. COM(2006) 779.

discrezionalità nell'invocare la deroga di cui all'art. 296, pur rammentando che la valutazione statale non è priva di restrizioni⁷⁰.

Inoltre, la Commissione auspica che, in seguito alla progressiva convergenza degli interessi nazionali degli Stati membri, in futuro, la sicurezza nazionale possa essere considerata secondo una prospettiva europea.

Con riferimento al *campo di applicazione*, la Commissione ribadisce che l'art. 296 lett. b) può essere applicato alle misure connesse alla produzione o al commercio di armi, munizioni e materiale bellico contenuti nella lista menzionata nel secondo paragrafo dello stesso articolo. La Commissione sottolinea che l'articolo non può essere applicato alle attività relative a merci diverse da quelle indicate nella "lista", che pertanto è da intendersi come esclusiva. D'altra parte però secondo la Commissione la lista del 1958 è sufficientemente generica per tener conto degli sviluppi recenti e futuri accorsi nel campo degli armamenti. L'interpretazione estensiva suggerita dalla Commissione compenserebbe la sua non attualità e consentirebbe l'applicazione dell'eccezione di sicurezza nazionale (art. 296) anche a beni non inclusi nella "lista", né ad essa immediatamente riconducibili, purché necessari per la protezione di interessi essenziali di sicurezza nazionale. È il caso per esempio dei beni sviluppati in seguito alle recenti ricerche e innovazioni tecnologiche come i *software* e le apparecchiature per l'addestramento. Un'interpretazione estensiva comprenderebbe anche il *procurement* di servizi e di lavori direttamente collegati ai beni contenuti nella lista.

La Comunicazione della Commissione sembra lasciare intendere che uno Stato possa avvalersi dell'eccezione di sicurezza nazionale in presenza di materiale, in uso alle Forze Armate o alle forze adibite alla sicurezza del territorio statale, che sia strumentale alla protezione di interessi essenziali di sicurezza nazionale. La presenza di un bene nella "lista" non è dunque da considerarsi un elemento decisivo⁷¹ ai fini della corretta applicazione dell'art. 296. Non necessariamente tutte le armi, le munizioni e il materiale bellico della "lista comune" sono funzionali alla protezione di interessi essenziali alla sicurezza nazionale. Ne risulta che non è possibile stabilire a priori tutti i beni militari cui è applicabile l'eccezione di cui all'art. 296. Appare invece ragionevole interpretare la normativa in esame caso per

⁷⁰ R. Baratta, "L'eccezione di sicurezza nazionale e i *defence procurement* nell'Unione europea", in *Studi sull'integrazione europea*, n. 1, 2008, pp. 75 – 92, p. 88.

⁷¹ R. Baratta, "L'eccezione di sicurezza nazionale e i *defence procurement* nell'Unione europea", in *Studi sull'integrazione europea*, n. 1, 2008, pp. 75 – 92, p. 80.

caso e in modo dinamico, funzionalmente alla protezione della sicurezza nazionale. Secondo la Commissione il criterio da considerare sarebbe piuttosto quello della strumentalità alla difesa nazionale: solo l'appalto di un bene sviluppato e prodotto per specifici scopi militari potrebbe essere esentato dall'applicazione delle norme comunitarie ai sensi dell'art. 296.1 lett. b)⁷². Di conseguenza l'appalto di beni non prettamente militari, come le cinture e le calzature in uso ai corpi militari, andrebbe escluso dalla sfera di applicazione dell'eccezione, anche nel caso in cui tali prodotti siano inclusi nella "lista".

Riguardo ai beni a duplice uso la Commissione sostiene che questi ricadrebbero nella sfera di applicazione della direttiva 2004/18/Ce, fatta salva la possibilità di invocare l'applicazione dell'art. 296.1 lett. a) se l'applicazione del diritto comunitario dovesse obbligare lo Stato a fornire informazioni pregiudizievoli nei confronti degli interessi essenziali della propria sicurezza. Secondo la Commissione quindi questi beni non sarebbero soggetti all'art. 296 lett. b). Tale affermazione contraddice però il criterio della strumentalità (poco prima sostenuto dalla stessa Commissione), secondo il quale anche i beni *dual-use* potrebbero essere compresi nella sfera d'applicazione dell'art. 296 lett. b) qualora questi siano funzionali alla sicurezza nazionale. Uno Stato che dimostra il nesso di strumentalità potrebbe allora invocare sia l'esigenza di non fornire informazioni la cui divulgazione ponga a rischio gli interessi essenziali della propria sicurezza (lett. a), sia adottare le misure necessarie alla tutela dei medesimi interessi (lett. b).

In estrema sintesi, secondo la Commissione, l'eccezione non include qualsivoglia bene che un'amministrazione statale intenda acquisire, bensì solo quelli strumentali alla protezione degli interessi essenziali della sicurezza nazionale⁷³. La Commissione non si è pronunciata sul valore giuridico della "lista comune" e non ha ritenuto opportuno fare chiarezza in merito alle diverse versioni disponibili.

Riguardo alle *condizioni di applicazione*, l'accento ricade sui limiti imposti agli Stati membri nel decidere di escludere le proprie attività economiche (nel settore della difesa) dalle regole del mercato interno. Il fatto che una

⁷² Commissione europea, Comunicazione interpretativa sull'applicazione dell'articolo 296 del Trattato Ce agli appalti pubblici della difesa, p. 6. COM(2006) 779.

⁷³ R. Baratta, "L'eccezione di sicurezza nazionale e i *defence procurement* nell'Unione europea", in *Studi sull'integrazione europea*, n. 1, 2008, pp. 75 – 92, p. 81.

condotta statale assunta in deroga al diritto comunitario debba essere *necessaria* alla tutela di un interesse essenziale di sicurezza, così come l'esistenza di una procedura di infrazione ad hoc (art. 298), sono la prova tangibile della non totale discrezionalità in capo agli Stati membri circa l'applicazione della norma in questione. Un'eccezione sulla base dell'art. 296 lett. b) può essere giustificata solo per il perseguimento di interessi essenziali di sicurezza, non per altri interessi come per esempio quelli industriali o economici, anche nel caso in cui questi siano collegati con la produzione o il commercio di armi, munizioni e materiale bellico.

Se è vero che spetta agli Stati membri definire i propri interessi di sicurezza, compresi quelli essenziali, la clausola di sicurezza nazionale non si riferisce a tutti gli interessi di sicurezza, bensì solamente a quegli interessi di sicurezza definiti, ancora una volta dagli Stati membri, come essenziali. Permangono dei dubbi in riferimento a quelle misure finalizzate al soddisfacimento sia di interessi di sicurezza che di altro genere (interessi economici o industriali).

La Commissione sostiene inoltre che gli interessi di sicurezza dovrebbero essere definiti secondo una prospettiva europea e non meramente nazionale. Questa affermazione appare poco vicina alla realtà; gli Stati membri mantengono una larga autonomia nelle scelte di difesa, assumendo misure nazionali sulla base della propria visione strategica e delle minacce segnalate dai propri servizi interni.

La Commissione ritiene che uno Stato membro non possa applicare la clausola in modo automatico e l'eventuale invocazione rimane comunque soggetta alla valutazione della Corte. In particolare, lo Stato che intende invocare l'art. 296 è tenuto ad indicare l'interesse essenziale di sicurezza che reputa minacciato e deve spiegare perché tale interesse sarebbe minacciato nel caso in cui si sottoponesse un dato acquisto alla normativa comunitaria in materia di appalti; lo Stato dovrebbe quindi fornire motivazioni sufficienti a giustificazione della sua condotta. In sede di controllo giurisdizionale la Corte potrebbe considerare il ricorso all'eccezione come abusivo se manifestatamente irragionevole ovvero se la motivazione addotta dallo Stato membro presentasse gravi ed evidenti carenze. Un ragionamento del tutto analogo potrebbe valere anche in riferimento alle misure di aiuto, di acquisizione e di concentrazione di imprese operanti nel settore della difesa.

Si sottolinea che, se il primo *step* è quello di definire l'interesse essenziale di sicurezza minacciato (definizione "politica" non riconducibile ad alcuna

espressione o formula giuridica) tutto il procedimento risulta viziato in origine dalla discrezionalità statale⁷⁴.

In estrema sintesi l'obbligo imposto allo Stato membro, secondo la Commissione, dovrebbe ridursi a dimostrare, tramite congrua spiegazione delle ragioni sottostanti, che l'applicazione del diritto comunitario è suscettibile di compromettere uno o più interessi essenziali della propria sicurezza nazionale.

La Commissione ritiene che l'*onus probandi* sia in capo allo Stato che invoca l'articolo 296; tale affermazione potrebbe ragionevolmente fondarsi sul generale obbligo di leale cooperazione previsto dall'art. 10 del Trattato Ce⁷⁵. Tale interpretazione è in linea con la giurisprudenza della Corte. Una puntuale dimostrazione dovrebbe essere fornita dallo Stato membro ogniqualvolta vi sia attrito tra l'applicazione della normativa comunitaria e l'eccezione di sicurezza nazionale. In riferimento alle attività di *procurement* nel settore della difesa lo Stato interessato è tenuto a provare che l'applicazione delle direttive comunitarie in materia di appalti costituisce una minaccia per gli interessi essenziali della propria sicurezza. Relativamente al tipo di prove, la Commissione si spinge a dire che non sono sufficienti riferimenti generali di tipo geografico, politico o storico e nemmeno l'invocazione degli impegni assunti in ambito Nato.

L'ultima parte della Comunicazione è riservata al *ruolo della Commissione*; essa può richiedere agli Stati membri di fornire le informazioni necessarie per provare che l'eccezione invocata è necessaria per la protezione degli interessi essenziali di sicurezza. La Commissione rassicura gli Stati membri garantendo che le informazioni riservate a lei fornite saranno trattate in modo confidenziale; tuttavia, se l'onere della prova fosse inteso in senso così esteso da potervi includere la comunicazione di informazioni riservate o addirittura segrete, entrerebbe in conflitto con la disposizione prevista alla lettera a) dell'art. 296, secondo il quale lo Stato può non rendere pubbliche notizie "la cui divulgazione sia dallo stesso considerata contraria agli interessi essenziali della propria sicurezza". La garanzia di segretezza data dalla Commissione potrebbe non essere sufficiente a convincere gli Stati a fornire informazioni segrete. Se, come afferma la Commissione, i beni *dual-use*

⁷⁴ E. Aalto, "Interpretations of Article 296", in D. Keohane (edited by), *Towards a European Defence Market*, Paris, ISS, November 2008, pp. 13 – 49, p. 33.

⁷⁵ R. Baratta, "L'eccezione di sicurezza nazionale e i *defence procurement* nell'Unione europea", in *Studi sull'integrazione europea*, n. 1, 2008, pp. 75 – 92, p. 89.

sono protetti dall'art. 296.1 lett. a) nei casi in cui l'applicazione delle norme comunitarie obbliga gli Stati membri a svelare informazioni pregiudizievoli agli interessi essenziali della sicurezza nazionale, a maggior ragione ciò dovrebbe valere per i beni ad uso esclusivamente militare.

La Commissione ha mantenuto un atteggiamento prudente sulla questione, politicamente molto sensibile, dei limiti del controllo giurisdizionale sull'invocazione dell'eccezione di sicurezza nazionale e, più in particolare, sul concetto di "interessi essenziali" ad essa correlati. Nella Comunicazione infatti non viene toccato questo punto.

Considerando l'assunto secondo cui l'acquisizione di beni necessari alla difesa nazionale, non è automaticamente esclusa dalla sfera d'applicazione del diritto comunitario, né dai poteri della Corte e della Commissione, insieme al fatto che l'onere della prova sia in capo agli Stati membri che intendono avvalersi della deroga di sicurezza nazionale, le procedure di infrazione e di indagine potrebbero aumentare considerevolmente nel prossimo futuro. Già nella Comunicazione la Commissione avvertiva che l'applicazione dell'art. 296 sarebbe stata valutata caso per caso e che tale verifica, concernente la ricorrenza dei suoi presupposti, sarebbe stata particolarmente rigorosa nei casi dubbi⁷⁶.

Con la Comunicazione appena considerata, la Commissione sembra voler esprimere il suo generale orientamento circa l'applicazione dell'eccezione di sicurezza nazionale in tutti i casi in cui la protezione del relativo interesse produca elementi di frizione con l'applicazione del diritto comunitario. Si pensi, ad esempio, alla materia della concorrenza nel settore degli aiuti di Stato destinati alla ricerca, alla produzione e allo sviluppo di armamenti e velivoli militari ovvero alle operazioni di fusione o di concentrazione⁷⁷ e agli accordi tra imprese attive nella fabbricazione di sofisticati beni militari destinati alla sicurezza di uno o più Stati membri⁷⁸.

Infine, nella Comunicazione la Commissione auspica l'approvazione di una nuova direttiva per gli appalti pubblici dei beni militari esclusi dall'applicazione dell'art. 296; la suddetta direttiva, che è stata approvata nel luglio

⁷⁶ Commissione europea, Comunicazione interpretativa sull'applicazione dell'articolo 296 del Trattato Ce agli appalti pubblici della difesa, pp. 7 e 8. COM(2006) 779.

⁷⁷ La clausola di sicurezza nazionale è già riconosciuta, almeno in materia di concentrazioni (vedi considerando 19 del regolamento Ce n. 139/2004 del Consiglio, del 20 gennaio 2004, relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese, Guue L 24, 29 gennaio 2004).

⁷⁸ R. Baratta, "L'eccezione di sicurezza nazionale e i *defence procurement* nell'Unione europea", in *Studi sull'integrazione europea*, n. 1, 2008, pp. 75 - 92, p. 82.

2009, verrà analizzata nel prossimo capitolo. La Comunicazione va pertanto intesa come un primo passo verso una normativa comunitaria vincolante che regoli l'appalto pubblico nel settore della difesa e della sicurezza, laddove non sia possibile invocare l'eccezione di sicurezza nazionale (beni e servizi "non 296", ovvero non riconducibili alla lista del 1958 o non strumentali alla difesa nazionale).

Alla luce della Comunicazione della Commissione, nonché della giurisprudenza della Corte di Giustizia, quest'ultima peraltro ancora incerta, l'eccezione di sicurezza nazionale non può essere considerata come appartenente all'esclusivo dominio degli Stati membri; ciò significa che la sua invocazione non è sottratta alla valutazione delle istituzioni deputate al controllo del rispetto del diritto comunitario (Commissione e Corte di Giustizia). Al contrario tale invocazione va considerata come un'eccezione rispetto al diritto comunitario e in quanto tale deve essere puntualmente giustificata. In concreto lo Stato che intenda avvalersi dell'eccezione di sicurezza nazionale deve dimostrare che l'applicazione del diritto comunitario, rispetto alla fattispecie in oggetto (per esempio un appalto pubblico per la fornitura di un bene per la difesa) costituisce un rischio per la propria sicurezza.

Il potere statale di invocare l'eccezione di sicurezza nazionale, pur limitato, non è comunque compromesso. La stessa Commissione sembra accettare l'esistenza di detto potere: per un verso, ammette di non poter definire *ex ante* la nozione di *interessi essenziali alla sicurezza nazionale*, per un altro, riconosce che gli Stati dispongono di un largo, seppur non illimitato, margine di discrezionalità nell'invocare la deroga di cui all'art. 296.

Certamente se, come auspicato dalla Commissione, gli Stati membri, o almeno alcuni di essi, fossero disposti ad elaborare un concetto "europeo" di sicurezza, risultante dalla convergenza degli interessi nazionali, le motivazioni alla base di un'eventuale invocazione dell'eccezione di sicurezza risulterebbero notevolmente indebolite. Tale scenario, pur possibile, risulta di difficile realizzazione nel prossimo futuro, almeno per due ordini di motivi: innanzitutto la prassi degli Stati membri non sembra suggerire che essi siano pronti a rinunciare ad una definizione strettamente nazionale della sicurezza nazionale; essi continuano a percepire le minacce in modo non del tutto coincidente e inoltre mantengono priorità strategiche differenti. In secondo luogo, come si è già avuto modo di sottolineare, spesso, alla base dell'invocazione della clausola di sicurezza nazionale, vi sono calcoli di tipo economico e politico finalizzati alla tutela della produzione industriale e della ricchezza nazionale.

Gli Stati nazionali in Europa sono ancora ben presenti e difficilmente rinunciano al controllo dei due elementi costituenti della loro sovranità: la difesa e il controllo dell'economia. Ciò non toglie che essi si impegneranno sempre di più in programmi comuni per la ricerca, lo sviluppo e la produzione di beni della difesa più efficienti e tecnologicamente più avanzati, a vantaggio delle Forze Armate e della competitività delle imprese europee nel mercato globale. Lo faranno senza rinunciare a tutte le garanzie necessarie per la protezione della loro sicurezza. È evidente che tutto si gioca su di un sottile equilibrio, variabile a seconda dei casi, fra l'interesse comunitario e quello nazionale.

2. IL DEFENCE PACKAGE: LA DIRETTIVA 2009/81/CE

L'iniziativa della Commissione europea denominata "pacchetto difesa" si inserisce in un più ampio contesto che ha visto e vede tutt'ora le istituzioni comunitarie, in primo luogo la Commissione europea, impegnate nel tentativo di regolamentare il mercato in settori sensibili come la sicurezza e la difesa. Il "pacchetto difesa" comprende la comunicazione "Una strategia per un'industria europea della difesa più forte e competitiva"; la "proposta di direttiva concernente la semplificazione delle modalità e delle condizioni dei trasferimenti all'interno delle Comunità di prodotti destinati alla difesa"; la "proposta di direttiva relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione di taluni appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi nei settori della difesa e della sicurezza"⁷⁹.

A differenza dei precedenti tentativi che non hanno portato ai risultati voluti, l'iniziativa in questione sembra garantire un quadro regolamentare idoneo ad una gestione efficiente e sicura delle dinamiche che caratterizzano il mercato della difesa. Certamente gli Stati membri, chiamati ad adeguare le norme interne, avranno un ruolo decisivo; dal loro comportamento dipenderà l'efficacia delle misure approvate in sede comunitaria.

La direttiva sul *procurement* costituisce l'elemento cardine dell'iniziativa. L'obiettivo di questa direttiva è quello di aprire i mercati nazionali a tutti gli operatori comunitari; questi dovranno competere a parità di condizioni

⁷⁹ Documenti COM(2007) 764, COM(2007) 765 e COM(2007) 766.

e senza discriminazioni fondate sulla nazionalità. Gli Stati membri non potranno più concedere commesse alle industrie nazionali senza tenere conto degli altri concorrenti europei. Al fine di soddisfare le esigenze di sicurezza degli Stati membri la nuova direttiva introduce alcune norme specifiche che la differenziano dalla direttiva sugli appalti pubblici civili. Durante i negoziati non sono mancati contrasti fra gli attori in gioco (Stati membri, Commissione e Parlamento europeo).

Il “pacchetto difesa” complessivamente inteso, così come le singole direttive che lo compongono, costituiscono un ragionevole compromesso fra l'esigenza di introdurre maggiore competizione nel mercato europeo nell'interesse delle Forze Armate acquirenti, nonché della stessa industria europea, e l'esigenza degli Stati membri di tutelare le proprie responsabilità nel campo della sicurezza e della difesa, fra cui il mantenimento delle capacità tecnologiche e industriali e il controllo sui trasferimenti dei materiali militari.

2.1 La nuova iniziativa comunitaria per il mercato europeo della difesa

La Commissione europea si è progressivamente ritagliata un ruolo importante in tema di politica industriale della difesa. Le iniziative della Commissione in questa materia sono ormai numerose. Già nel 1996 e nel 1997, la Commissione europea ha adottato due comunicazioni⁸⁰ volte ad incoraggiare la ristrutturazione industriale e una maggiore efficienza del mercato europeo degli equipaggiamenti militari. Tuttavia gli Stati membri hanno ritenuto prematura un'azione complessiva e vincolante a livello europeo, astenendosi dall'agire nei settori fondamentali. L'evoluzione del quadro istituzionale dell'Unione europea relativamente al secondo pilastro (Politica Estera e di Sicurezza Comune - Pesc) e in particolare l'avvio di una Politica Europea di Sicurezza e Difesa (Pesd), hanno favorito l'inserimento nell'agenda politica comunitaria di iniziative finalizzate all'integrazione del mercato europeo degli equipaggiamenti militari.

Il 10 aprile 2002, il Parlamento europeo, tramite una risoluzione, ha invitato la Commissione ad affrontare la questione del mercato degli armamenti con una nuova comunicazione. Ancor prima che la Commissione si pronunciasse nel merito, due avvenimenti dimostravano il rinato interesse per le questioni legate alla difesa: nell'autunno del 2002, nell'ambito dei lavori

⁸⁰ COM(96) 10 e COM(97) 583.

della Convenzione europea⁸¹, veniva istituito un gruppo di lavoro sulle questioni di difesa⁸², e nel luglio del 2004 veniva creata l'Agenzia europea per la difesa (*European Defence Agency - Eda*)⁸³.

Verificata la determinazione degli Stati membri a coordinare lo sviluppo delle proprie capacità di difesa, la Commissione pubblica la Comunicazione "Verso una politica dell'Unione europea in materia di equipaggiamenti di difesa"⁸⁴. In tale documento la Commissione definisce gli elementi fondamentali per una politica europea degli armamenti (o politica in materia di equipaggiamenti militari) e indica la via da seguire per "incoraggiare la ristrutturazione e il consolidamento dell'industria, per promuovere la creazione di un mercato europeo degli equipaggiamenti militari, per rafforzare la competitività dell'industria europea, nonché per conseguire più vasti obiettivi socioeconomici". Nello stesso periodo (marzo 2003) si assiste al lancio della *Preparatory Action on Enhancement of the European industrial potential in the field of Security Research*. L'iniziativa, che ha finanziato diversi progetti di ricerca finalizzati all'individuazione delle esigenze degli opera-

⁸¹ La Convenzione sul futuro dell'Europa è stata convocata dal Consiglio europeo di Laeken (dicembre 2001); il suo compito era quello di trovare una soluzione ai problemi di natura istituzionale non risolti dal Trattato di Nizza. I lavori della Convenzione, terminati nel luglio del 2003, hanno portato alla firma del "Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa" (ottobre 2004). In seguito all'esito negativo dei referendum in Francia e nei Paesi Bassi (2005) il processo di ratifica si è interrotto. Dopo un periodo di riflessione, gli Stati membri hanno convocato una nuova Conferenza Intergovernativa incaricata di adottare non più una Costituzione ma un "trattato di modifica" per l'Unione europea. Il testo definitivo del trattato è stato approvato in occasione del Consiglio europeo informale, che si è svolto a Lisbona il 18 e 19 ottobre 2007. Il Trattato di Lisbona è stato firmato dagli Stati membri il 13 dicembre 2007; il processo di ratifica è tuttora in corso.

⁸² Tale gruppo di lavoro ha prodotto una relazione finale sulla difesa: CONV461/02 del 16 dicembre 2002.

⁸³ L'Eda è stata istituita il 12 luglio 2004 dal Consiglio dell'Ue con un'azione comune Pesc, che ne costituisce la base legale; la sua sfera di attività è quindi riconducibile al secondo pilastro dell'Ue. La missione dell'Agenzia è quella di fornire al Consiglio dell'Ue il supporto necessario al perseguimento degli obiettivi della Pesc, in particolare per quanto riguarda la definizione e il soddisfacimento delle capacità. Il mezzo privilegiato è quello dello sviluppo di progetti di integrazione. L'Agenzia, che opera sotto l'autorità e il controllo del Consiglio dell'Ue, ha una struttura intergovernativa di cui fanno parte tutti gli Stati membri dell'Ue tranne la Danimarca. Le principali aree di intervento sono: *sviluppo delle capacità* di difesa attraverso l'armonizzazione dei requisiti militari, promozione della *cooperazione nel campo degli armamenti* per assicurare un approvvigionamento efficiente, rafforzamento della *base tecnologica ed industriale della difesa* a livello europeo, creazione di un *mercato europeo degli armamenti* e sostegno delle attività nel settore *ricerca e tecnologia* (R&T). L'Agenzia agisce pertanto su entrambi i lati del mercato, domanda e offerta.

⁸⁴ COM(2003) 113.

tori di sicurezza in Europa, è da considerarsi il punto di partenza del primo programma di ricerca specificamente dedicato alla sicurezza, inserito nel VII Programma Quadro (2007-2013)⁸⁵. A settembre 2004 viene pubblicato il già citato Libro Verde sul *procurement* per la difesa.

Facendo seguito a quanto indicato nella Comunicazione del 2003 sopra ricordata⁸⁶, il 5 dicembre 2007, la Commissione ha pubblicato il pacchetto legislativo noto come *defence package*. Esso è composto dalla Comunicazione “una strategia per un’industria europea della difesa più forte e competitiva”⁸⁷, da una proposta di direttiva “concernente la semplificazione delle modalità e delle condizioni dei trasferimenti all’interno delle Comunità di prodotti destinati alla difesa”⁸⁸ e da una proposta di direttiva “relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione di taluni appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi nei settori della difesa e della sicurezza”⁸⁹. L’assunto alla base dell’iniziativa è quello secondo il quale la “credibilità della politica europea di difesa dipende dall’esistenza e dallo sviluppo delle capacità europee e dal rafforzamento della base industriale e tecnologica del settore della difesa”⁹⁰, mentre la filosofia di fondo è riconducibile all’incondizionata fiducia nella concorrenza come strumento di miglioramento dell’efficienza del mercato e di tutela dell’innovazione. L’intento è quello di applicare le norme di concorrenza nel settore della difesa, senza escludere eventuali eccezioni compatibili con il Trattato, e di offrire un quadro regolamentare comunitario migliorato che disciplini il mercato degli armamenti in Europa. Per raggiungere questo obiettivo sono state considerate le specificità del mercato difesa, quali l’esistenza in ogni Stato membro di un solo cliente (il Governo), gli ingenti investimenti necessari per sviluppare sistemi d’arma altamente sofisticati e idonei a contrastare le attuali minacce complesse, il bisogno imperativo per le Forze Armate di garantire la continuità delle forniture a lungo termine, non solo degli equipaggiamenti, ma anche delle tecnologie a questi associate. Le due direttive, tenendo conto delle specificità del settore, mirano a bilanciare i benefici derivanti da un mercato più aperto con le garanzie di sicurezza richieste dagli Stati.

⁸⁵ Il nuovo programma di ricerca sulla sicurezza, fortemente voluto dalla Commissione, può contare su un *budget* di 1,35 miliardi di euro.

⁸⁶ COM(2003) 113.

⁸⁷ COM(2007) 764.

⁸⁸ COM(2007) 765.

⁸⁹ COM(2007) 766.

⁹⁰ COM(2007) 766.

2.2 La direttiva 2009/81/Ce relativa agli appalti pubblici nei settori della difesa e della sicurezza

Se il presupposto alla base dell'intero pacchetto legislativo proposto dalla Commissione è quello di considerare la creazione di un mercato europeo degli equipaggiamenti militari come un elemento chiave a sostegno della Pesd, la direttiva sugli appalti pubblici si fonda sul riconoscimento della centralità dei processi di approvvigionamento in tale mercato.

In ambito comunitario la materia degli appalti pubblici è regolata dalla direttiva 2004/18/Ce approvata dal Parlamento europeo e dal Consiglio il 31 marzo 2004 (direttiva relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi)⁹¹. Il campo di applicazione di tale direttiva (capo II), è limitato sia con riferimento al valore economico dell'appalto, sia dal punto di vista materiale. Per quanto riguarda il valore economico dell'appalto, la direttiva si applica agli appalti pubblici "il cui valore stimato al netto dell'imposta sul valore aggiunto (Iva) è pari o superiore" a determinate soglie indicate all'art. 7. Il campo di applicazione *rationae materiae* della direttiva è anch'esso limitato: la direttiva non si applica ad una serie di appalti "esclusi" (artt. da 12 a 18); fra questi appalti "esclusi" figurano "gli appalti segreti o che esigono particolari misure di sicurezza"⁹². L'art. 14 infatti stabilisce che la direttiva "non si applica agli appalti pubblici che sono dichiarati segreti, quando la loro esecuzione deve essere accompagnata da speciali misure di sicurezza secondo le disposizioni legislative, regolamentari o amministrative vigenti nello Stato membro di cui trattasi o quando ciò è necessario ai fini della tutela di interessi essenziali di tale Stato membro". Tale disposizione non esclude a priori tutti gli appalti pubblici nel settore della difesa bensì gli appalti (non importa di quale settore) che gli Stati decidono di tenere segreti per motivi di sicurezza e/o per tutelare i propri interessi essenziali.

⁹¹ La direttiva 2004/18/Ce "relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi" è pubblicata nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea L 134 del 30.4.2004, p. 114. Si segnala anche la direttiva 2004/17/Ce "che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali", pubblicata nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea L 134 del 30.4.2004, p. 1.

⁹² Gli altri "appalti esclusi" sono quelli aggiudicati nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali (art. 12); quelli del settore delle telecomunicazioni (art. 13); quelli aggiudicati in base a norme internazionali (art. 15); alcune tipologie specifiche di appalti pubblici di servizi (art. 16); le concessioni di servizi definite all'art. 1.4 della direttiva (art. 17); gli appalti di servizi aggiudicati sulla base di un diritto esclusivo (art. 18).

Più che l'oggetto dell'appalto è la sua incidenza nei confronti della sicurezza nazionale e degli interessi statali essenziali a determinare l'eventuale non applicazione della direttiva 2004/18/Ce. Va da sé che molti appalti della difesa presentano aspetti legati alla sicurezza nazionale di uno Stato e pertanto possono essere esclusi dal regime comune; è parimenti evidente che gli Stati dispongono di un ampio margine di discrezionalità nel dichiarare segreto un appalto pubblico in base alla definizione che essi stessi danno, in un dato momento, di sicurezza e di interessi essenziali. L'art. 10, specificando che "la presente direttiva si applica agli appalti pubblici aggiudicati dalle amministrazioni aggiudicatrici nel settore della difesa, fatto salvo l'articolo 296 del Trattato", conferma che, in via generale, la direttiva 2004/18/Ce si dovrebbe applicare agli appalti pubblici della difesa e della sicurezza.

Prima dell'entrata in vigore della direttiva 2009/81/Ce, gli appalti pubblici aggiudicati nei settori della difesa e della sicurezza, rientravano nel campo di applicazione della direttiva 2004/18/Ce. Le eccezioni corrispondenti alle situazioni previste dagli articoli 30, 45, 46, 55 e 296 del Trattato Ce⁹³ rimanevano comunque invocabili. Ai sensi dell'art. 14 della direttiva del 2004, gli appalti dichiarati "segreti" dagli Stati membri per motivi di sicurezza o per la tutela dei propri interessi essenziali, possono essere esonerati dall'applicazione della direttiva medesima.

POSSIBILI MOTIVI DI ESCLUSIONE DALL'APPLICAZIONE DELLA DIRETTIVA 2004/18/Ce DEGLI APPALTI PUBBLICI DELLA DIFESA E DELLA SICUREZZA

- Art. 296 [art. 10 della direttiva 2004/18/Ce].
- Appalti segreti o che esigono particolari misure di sicurezza (necessarie ai fini della tutela degli interessi essenziali di uno Stato membro) [art. 14 della direttiva 2004/18/Ce].
- Appalti aggiudicati in base a norme internazionali [art. 15 della direttiva 2004/18/Ce].
- Appalti il cui valore stimato al netto dell'imposta sul valore aggiunto (Iva) è inferiore alle soglie indicate all'art. 7 della direttiva 2004/18/Ce.

⁹³ Queste norme sono state analizzate nel secondo e nel terzo paragrafo del primo capitolo.

Quanto detto finora è vero dal punto di vista della teoria; la realtà dei fatti è ben diversa. Gli Stati membri raramente hanno applicato la direttiva 2004/18/Ce nel settore della difesa e della sicurezza. Essi, il più delle volte, si sono avvalsi delle deroghe previste dall'art. 296 e dall'art. 14 della direttiva 2004/18/Ce, per applicare le rispettive norme nazionali in materia di appalti; tali norme, essendo sostanzialmente diverse le une dalle altre, costituiscono degli ostacoli all'integrazione del mercato su scala continentale: le imprese incontrano enormi difficoltà per partecipare ad una gara d'appalto indetta in uno Stato membro diverso da quello in cui sono stabilite e gli Stati membri difficilmente possono acquistare i prodotti dalle imprese non nazionali sulla base di criteri economici⁹⁴. Gli Stati non possono sfruttare i vantaggi in termini di rapporto qualità/prezzo derivanti da una sana competizione; le industrie, non operando in un contesto competitivo, non sono incentivate a migliorare i propri processi produttivi e la qualità dei prodotti offerti; in questo modo le industrie europee perdono terreno nei confronti dei concorrenti extraeuropei, nordamericani in particolare. Il ricorso pressoché sistematico alle deroghe è avvenuto nonostante la Corte di Giustizia abbia più volte stabilito che il ricorso alle deroghe del diritto comunitario, ivi compresa quella prevista all'art. 296, deve essere limitato ad ipotesi eccezionali e chiaramente definite.

Il comportamento degli Stati era in parte giustificato dal fatto che la direttiva 2004/18/Ce "non prende adeguatamente in considerazione le esigenze specifiche che certi acquisti di beni e di servizi devono soddisfare nei settori della difesa e della sicurezza"⁹⁵. La nuova direttiva (2009/81/Ce) mira a soddisfare il bisogno manifestato dagli Stati, e dagli attori economici del settore, di un nuovo quadro legislativo europeo adeguato all'aggiudicazione degli appalti pubblici sensibili in materia di sicurezza e difesa, in particolare garantendo la sicurezza delle informazioni, degli approvvigionamenti e una maggiore flessibilità delle procedure di aggiudicazione degli appalti. Oltre che a colmare questo vuoto normativo, seguendo la logica del mercato interno⁹⁶, la direttiva si pone l'obiettivo di armonizzare i termini di pubblicazione, le procedure di presentazione delle offerte, i criteri di selezione

⁹⁴ La presenza di regole non armonizzate impedisce anche un'efficace cooperazione sia a livello governativo che industriale.

⁹⁵ COM(2007) 766.

⁹⁶ Si ricorda che la base giuridica della direttiva è costituita dall'art. 47.2 e dagli artt. 55 e 95 del Trattato Ce (libera circolazione delle merci, libertà di stabilimento, libera prestazione dei servizi).

e di attribuzione, e di diminuire i costi amministrativi, che gravano soprattutto sulle piccole e medie imprese. L'introduzione del principio di trasparenza, di parità di trattamento e di non discriminazione, dovrebbe consentire agli operatori economici del settore di partecipare alle gare di appalto in qualsiasi Stato membro dell'Ue su di un piano di parità. Conseguentemente le imprese più competitive potranno allargare le proprie attività e realizzare economie di scala. La riduzione dei costi unitari di produzione dovrebbe rendere i prodotti europei più competitivi sul mercato mondiale e dovrebbe mettere gli Stati membri dell'Ue in condizione di poter "spendere meglio", ovvero di soddisfare le esigenze operative delle rispettive Forze Armate a costi tendenzialmente inferiori.

Questo nuovo strumento legislativo, adeguato alle specificità degli acquisti nei settori c.d. sensibili, dovrebbe circoscrivere a casi eccezionali il ricorso alle deroghe previste dal Trattato Ce e dalla direttiva 2004/18/Ce, conformemente alla giurisprudenza della Corte di Giustizia. Il diritto degli Stati membri di non applicare le norme comunitarie per tutelare i propri interessi essenziali di sicurezza non viene meno, piuttosto dovrebbero divenire meno frequenti le circostanze in cui gli Stati percepiranno un pericolo per i propri interessi essenziali di sicurezza, nelle procedure di acquisto di beni per la difesa e la sicurezza. Rispetto a quanto avveniva prima dell'introduzione delle nuove norme, eventuali comportamenti opportunistici saranno più difficilmente giustificabili.

I principali gruppi industriali europei della difesa, che già avevano partecipato attivamente alle consultazioni avviate nel contesto del Libro Verde sui *defence procurement*, hanno manifestato la loro soddisfazione nei confronti dello sforzo operato dalla Commissione europea. In particolare l'*AeroSpace and Defence Industries Association of Europe* (Asd)⁹⁷, l'organizzazione che tutela gli interessi dei maggiori gruppi industriali della difesa in Europa, ha manifestato il proprio sostegno alle iniziative della Commissione, giudicate favorevoli alla creazione di un mercato europeo della difesa (*European Defence Equipment Market* - Edem), armonizzato e senza confini. Durante i negoziati non sono mancati alcuni momenti di attrito fra le posizioni delle industrie (impegnate in una forte azione di *lobbying* nei confronti dei rispet-

⁹⁷ L'*AeroSpace and Defence Industries Association of Europe* rappresenta le industrie aeronautiche dello spazio e della difesa in Europa. Fanno parte di Asd 30 associazioni stabilite in 20 Stati europei, in rappresentanza di oltre 2000 imprese con circa 80000 fornitori, molti dei quali Pmi. Le industrie italiane del settore sono rappresentate dalla Federazione Aziende Italiane per l'Aerospazio, la Difesa e la Sicurezza (Aiad).

tivi Governi nazionali) e quelle della Commissione. Complessivamente gli operatori economici del settore non possono che essere soddisfatti di un definitivo passo in avanti nella costruzione di un mercato unico europeo della difesa.

2.3 Il campo di applicazione

La direttiva 2009/81/Ce si basa in larga misura sull'architettura e sulla filosofia della direttiva 2004/18/Ce, ma presenta un certo numero di specificità adattate alle caratteristiche degli appalti pubblici sensibili nel campo della difesa e della sicurezza, a incominciare dal campo di applicazione. Il campo di applicazione della direttiva (art. 2) è stato a lungo discusso in sede di negoziato. L'oggetto dell'intenso dibattito è stata l'inclusione, nell'ambito di applicazione della direttiva, del settore della sicurezza (non militare).

Alcuni Stati membri, fra cui la Germania e il Regno Unito, si sono espressi con diffidenza a tale estensione. Secondo la visione di questi Stati, estendere l'applicazione della direttiva al settore della sicurezza, in assenza di una definizione comune del termine "sicurezza", avrebbe comportato un esplicito e indesiderato effetto di armonizzazione del concetto di sicurezza nazionale. Anche il "Gruppo di lavoro del Consiglio dell'Ue sul terrorismo" ha espresso alcune perplessità in merito alle disposizioni relative alla pubblicità e alla trasparenza dei contratti relativi ai beni della sicurezza. In un documento diffuso da questo gruppo di lavoro si avvisa che "la protezione delle informazioni sensibili utilizzate nell'ambito della lotta al terrorismo non sarebbe più assicurata in caso di applicazione della direttiva". Per esempio, se l'autorità competente di uno Stato membro decidesse di acquisire un nuovo sistema di intercettazione, in conformità con la nuova direttiva, dovrebbe pubblicare il contratto di fornitura, contenente informazioni sensibili relative alle capacità tecniche in uso nel campo delle intercettazioni ambientali. Queste informazioni potrebbero essere utilizzate dai terroristi per sviluppare equipaggiamenti in grado di eludere le attività investigative. Gli interessi essenziali di sicurezza degli Stati membri non sarebbero così adeguatamente salvaguardati. Ovviamente uno Stato membro è sempre libero di invocare l'art. 296, ma questa possibilità non è ritenuta una garanzia sufficiente a causa dell'incertezza giuridica sulla sua applicazione. In sostanza, chi era contrario all'estensione del campo di applicazione al settore della sicurezza, chiedeva, o la non applicazione della direttiva ai contrat-

ti nel campo della sicurezza, o almeno, la predisposizione di disposizioni volte a scongiurare l'obbligo di fornire informazioni la cui diffusione sia idonea a compromettere gli interessi essenziali di sicurezza. Tale posizione è rafforzata dall'assenza di una definizione comune di "sicurezza"; armonizzare le regole per l'acquisizione dei beni finalizzati alla sicurezza, avrebbe comportato un indesiderato effetto di armonizzazione del concetto di sicurezza.

Al contrario, altri Stati membri si sono da subito dimostrati favorevoli ad estendere l'applicazione della direttiva al settore della sicurezza. L'Italia, per esempio, ha ritenuto che l'inclusione del settore della sicurezza, "doterebbe le Forze di Polizia di uno strumento particolarmente agile e funzionale ai fini della più celere acquisizione di beni e servizi ad alta tecnologia, suscettibili di impiego *dual-use*, indispensabili all'azione di prevenzione e repressione del terrorismo".

La tesi favorevole all'inclusione si basa su due considerazioni, una di natura strettamente giuridica, l'altra politico-strategica. Dal punto di vista giuridico, come si è visto, i beni non propriamente militari, secondo l'interpretazione della Commissione e della Cgce, sono esclusi dall'ambito di applicazione dell'art. 296. Ciò comporta che gli acquisti di beni ad opera di enti non militari, come per esempio le Forze di Polizia, così come gli acquisti di beni *dual-use*, dovrebbe essere regolamentato dalla direttiva per gli appalti pubblici civili, uno strumento non adeguato ad equipaggiamenti sensibili. La nuova direttiva garantisce una protezione maggiore delle informazioni sensibili rispetto a quanto non sia possibile con la direttiva 2004/18/Ce (nonostante la presenza delle deroghe dell'art. 14⁹⁸). L'inclusione del *procurement* non militare sarebbe in sintonia con la più recente giurisprudenza della Cgce (restrizione dell'area di applicazione dell'art. 296); al contrario, una sua esclusione, potrebbe incoraggiare un ricorso eccessivo all'art. 296 da parte degli Stati membri, esponendoli così alle procedure di infrazione della Corte. Considerando le disposizioni della direttiva 2004/18/Ce da un lato, e la giurisprudenza della Corte sui limiti di applicabilità dell'art. 296 dall'altro, l'esclusione del settore della sicurezza dal campo di applicazione della nuova direttiva, paradossalmente, avrebbe l'effetto di indebolire i

⁹⁸ La Commissione ha osservato che l'art. 14 della direttiva 2004/18/Ce, in analogia all'art. 296, non consente di escludere in modo automatico dalle regole del mercato interno tutti i contratti di materiali sensibili. Pur restando la materia della "sicurezza" di pertinenza degli Stati membri, la decisione di ricorrere all'esclusione in base all'art. 14 può essere oggetto di richiesta di chiarimento o di indagine da parte della Commissione stessa, al fine di assicurare che le regole del mercato e la trasparenza siano garantite anche in questo settore.

mezzi a disposizione dei Governi nazionali per salvaguardare la propria sicurezza durante i processi di acquisizione.

Dal punto di vista strategico, l'emergere della minaccia terroristica e la natura delle odierne crisi internazionali, comportano un impiego sempre più spesso comune di mezzi civili e militari. In altre parole il confine fra il settore della difesa e quello della sicurezza è sempre più sfumato⁹⁹.

A livello politico, una forte e competitiva base industriale e tecnologica di difesa europea, fondamento di un'efficace Pesd¹⁰⁰, non può costituirsi separando le diverse entità operanti al suo interno; se così fosse l'*European Defence Technological and Industrial Base* (Edtib) risulterebbe indebolita sul piano dell'occupazione, della dimensione del mercato e della circolazione delle conoscenze.

A livello operativo, l'Ue si è fatta promotrice di un modello di intervento nelle aree di crisi fondato su una stretta connessione fra componente militare e di sicurezza, il che presuppone una certa interoperabilità fra le due componenti.

A livello industriale, i maggiori gruppi industriali attivi nel mercato della difesa forniscono beni sia per la difesa che per la sicurezza; se si considerano i sottosistemi, spesso lo stesso bene può essere utilizzato a fini di difesa così come di sicurezza.

A livello tecnologico, le innovazioni sono spesso applicabili in entrambi i settori, specialmente laddove siano prevalenti le componenti elettroniche.

A favore dell'inclusione si è espressa la Commissione europea, secondo la quale "le forze di sicurezza utilizzano equipaggiamenti che, da un punto di vista tecnologico, sono spesso paragonabili a quelle militari. Di conseguenza, gli acquisti per la sicurezza sono caratterizzati sempre più da una sensibilità, in particolare in termini di complessità e riservatezza, che li assimila agli acquisti destinati alla difesa"¹⁰¹.

La dicotomia fra le opposte posizioni è stata risolta con l'introduzione nel testo della direttiva di disposizioni che tengono conto delle particolari esigenze di riservatezza e di cautela richieste dal settore della sicurezza, senza

⁹⁹ Il Consiglio europeo, nella strategia europea di sicurezza *Un'Europa sicura in un mondo migliore* (2003), ha osservato che l'emergere di minacce transnazionali e asimmetriche, quali il terrorismo e la criminalità organizzata, tendono a cancellare il confine fra sicurezza esterna ed interna, militare e non militare.

¹⁰⁰ Comunicazione della Commissione europea, *Una strategia per l'industria europea della difesa più forte e competitiva*, COM(2007) 764, p. 2.

¹⁰¹ COM(2007) 766, p. 4.

per questo restringere l'obiettivo dello strumento legislativo. Si potrà così assicurare un'adeguata tutela anche agli acquisti di prodotti non militari ma legati alla sicurezza, divenuti così importanti nel contrasto delle nuove minacce terroristiche.

La direttiva si applicherà quindi ai contratti aggiudicati nel settore della difesa e in quello della sicurezza, senza pregiudicare il diritto degli Stati di avvalersi delle deroghe previste dagli artt. 30, 45, 46, 55 e 296 del Trattato Ce. Relativamente a quest'ultimo articolo, gli Stati membri potranno ancora invocare le deroghe da questo previste per quegli appalti che abbiano per oggetto prodotti e servizi con un livello di sensibilità tale che neppure le nuove norme siano in grado di tutelare.

Nel settore della difesa la direttiva si applicherà a quei contratti che hanno come oggetto la fornitura di materiale militare¹⁰² incluse parti, componenti e/o sottoassiemi, nonché i lavori, le forniture e i servizi direttamente legati a tale materiale¹⁰³ e tutti gli elementi del loro ciclo di vita¹⁰⁴; la direttiva si applica anche ai lavori e ai servizi per fini specificamente militari. La nuova direttiva si applicherà dunque al *military equipment* contenuto nella lista del 1958 (armi, munizioni e materiale da guerra), soggetto all'art. 296 del Trattato. Pertanto, gli Stati membri potranno ricorrere all'art. 296 per la protezione dei propri interessi essenziali di sicurezza solo nel caso in cui, né la direttiva del 2004, né questa nuova direttiva sulla difesa, risultino adeguate.

Nella proposta della Commissione era presente un esplicito riferimento (nell'articolato della direttiva) alla "lista comune" (decisione del Consiglio del 15 aprile 1958¹⁰⁵). Nella versione definitiva tale riferimento è rimasto solo nei considerandi, che comunque vanno intesi come parte integrante dell'atto legislativo. Un riferimento diretto, inserito nell'articolo dedicato al campo di applicazione, avrebbe potuto sollevare una serie di problemi inerenti al rispetto del principio della certezza giuridica: in primo luogo alcuni Stati membri hanno sottolineato come tale lista, non essendo stata

¹⁰² Il materiale militare è definito come *materiale specificatamente progettato o adattato per fini militari e destinato ad essere impiegato come arma, munizione o materiale bellico* (art. 1.6).

¹⁰³ Per esempio la fornitura dei prodotti destinati alla formazione del personale o alle prove dei prodotti in questione.

¹⁰⁴ In particolare ci si riferisce a quegli elementi necessari per la riparazione, il rinnovo e la manutenzione.

¹⁰⁵ Decisione che fissa l'elenco di prodotti (armi, munizioni e materiale bellico) a cui si applicano le disposizioni dell'articolo 223, paragrafo 1, lettera b) – divenuto articolo 296 del Trattato. Si veda il paragrafo 3 del primo capitolo.

aggiornata¹⁰⁶, non comprende alcuni prodotti e servizi militari sviluppati e sviluppabili in seguito ai progressi tecnologici; in secondo luogo è stato ricordato come siano in circolazione ben tre diverse versioni non perfettamente coincidenti di tale lista. La maggioranza degli Stati si è dimostrata comunque favorevole ad un riferimento alla “lista”, purché questa non sia considerata esaustiva (il campo di applicazione della direttiva potrebbe estendersi anche ad altri prodotti non presenti nella “lista”); la categoria 13¹⁰⁷ della “lista” consente un’interpretazione di questo tipo. Il considerando 10 ha recepito gli orientamenti espressi dagli Stati membri ricordando che *l’elenco è tuttavia generico e va interpretato in senso lato, alla luce dell’evolvere della tecnologia, delle politiche in materia di appalti pubblici e delle esigenze militari che portano allo sviluppo di nuovi tipi di materiale*. Sempre il considerando 10 prevede che il materiale militare dovrebbe *comprendere anche prodotti che, sebbene originariamente concepiti per uso civile, sono successivamente adattati a fini militari ed impiegati come armi, munizioni o materiale bellico*. Per analogia lo stesso dovrebbe valere per i prodotti militari suscettibili di applicazioni civili. I prodotti *dual-use* ricadono quindi nel campo di applicazione della direttiva. Per quanto riguarda il settore della sicurezza (non militare), in assenza di una definizione condivisa del concetto di sicurezza, nel testo definitivo si è volutamente evitato un riferimento diretto alla sicurezza dell’Unione e dei suoi Stati membri¹⁰⁸. Un riferimento, alquanto generico, è comunque presente nel considerando 11¹⁰⁹. Nel corpo della direttiva si è preferito utilizzare i termini “materiale sensibile”, “lavori sensibili” e “servizi sensibili” defi-

¹⁰⁶ Un’eventuale modifica o aggiornamento della “lista comune” potrebbe avvenire solamente nell’ambito del secondo pilastro dell’Ue, non nell’ambito comunitario in cui è stata approvata la direttiva in oggetto.

¹⁰⁷ La categoria 13 si riferisce in modo generico a “altri equipaggiamenti e materiale”.

¹⁰⁸ Nella proposta della Commissione si faceva riferimento a “lavori, forniture e/o servizi (...) la cui realizzazione è necessaria per la sicurezza dell’Unione e dei suoi Stati membri nei settori della protezione contro atti terroristici o di criminalità organizzata, della protezione delle frontiere e delle missioni di crisi”. In presenza di un simile testo, sarebbe stato necessario specificare (fra le definizioni o nei considerandi) il significato di nozioni quali sicurezza, protezione contro il terrorismo e operazioni di *crisis management*.

¹⁰⁹ Il considerando 11 recita: “Nel settore specifico della sicurezza non militare, la presente direttiva dovrebbe applicarsi agli appalti aventi caratteristiche simili a quelle degli appalti nel settore della difesa e che sono altrettanto sensibili. Può trattarsi, in particolare, di aree in cui forze militari e non militari cooperano per adempiere alle stesse missioni e/o in cui lo scopo dell’appalto è di proteggere la sicurezza dell’Unione europea e/o degli Stati membri sul loro territorio o al di là di esso da gravi minacce provenienti da attori non militari e/o non governativi. Ciò può comprendere, ad esempio, la protezione delle frontiere, le attività di polizia e le missioni per la gestione delle crisi”.

niti all'art. 1 come "materiale, lavori e servizi destinati alla sicurezza che comportano, richiedono e/o contengono informazioni classificate". Qui assume una certa importanza la definizione di "informazione classificata" che la direttiva fornisce sempre all'art. 1 (vedi il paragrafo sulla sicurezza delle informazioni); per inciso nella proposta della Commissione compariva solamente un generico riferimento alle "informazioni sensibili", non meglio definite. In sintesi, nel campo della sicurezza la direttiva si applicherà alle forniture di materiali sensibili (incluse parti, componenti e/o sottoassiemi), nonché ai lavori, alle forniture e ai servizi direttamente legati a tali materiali e a tutti gli elementi del loro ciclo di vita; la direttiva si applica anche ai lavori e ai servizi sensibili.

Per quanto riguarda gli "appalti misti", ovvero quegli appalti aventi come oggetto lavori, forniture o servizi che rientrano solo in parte nell'ambito di applicazione della direttiva 2009/81/Ce, essi ne sono esclusi se la parte non rientrante nell'ambito di applicazione della nuova direttiva è esclusa anche dall'ambito di applicazione della normativa comunitaria in materia di appalti civili (direttive 2004/18 e 2004/17); ne sono soggetti se la parte non rientrante nell'ambito di applicazione della nuova direttiva, è soggetta all'applicazione di una delle due direttive "civili". L'appalto unico deve essere giustificato da ragioni oggettive e, in particolare, non deve avere come fine quello di escludere gli appalti dall'applicazione delle disposizioni della direttiva 2009/81/Ce, della direttiva 2004/17/Ce o della direttiva 2004/18/Ce (art. 3.3).

Come le direttive civili, anche la "direttiva difesa" (2009/81/Ce), prevede una limitazione del campo d'applicazione in virtù del valore economico stimato dell'appalto. Le soglie minime al di sopra delle quali si applica la nuova direttiva sono fissate in 412.000 euro per gli appalti di forniture e servizi e in 5.150.000 euro per gli appalti di lavori (art. 8)¹¹⁰. Tali soglie non coincidono con quelle previste in ambito civile (Euro 162.000 o 249.000 per gli appalti pubblici di forniture e di servizi; euro 6.242.000 per gli appalti di lavori). La Commissione allineerà le soglie della "direttiva difesa" a quelle della direttiva 2004/17/Ce non appena queste ultime saranno riviste (art. 68). Al di sotto delle soglie gli Stati membri devono comunque garantire un certo livello di concorrenza e trasparenza, in conformità ai principi del diritto comunitario.

¹¹⁰ Le soglie sono valide indipendentemente dalla natura del soggetto che aggiudica l'appalto. Nelle "direttive civili" è presente una differenziazione delle soglie basata sulla natura dell'ente aggiudicatore.

La stima del valore dell'appalto si basa sulla valutazione dell'amministrazione/ente aggiudicatore. Per gli appalti pubblici di lavori il calcolo del valore stimato deve tener conto dell'importo dei lavori stessi nonché del valore complessivo stimato delle forniture necessarie all'esecuzione dei lavori, messe a disposizione dell'imprenditore dalle amministrazioni/enti aggiudicatori. La scelta del metodo per il calcolo del valore di un appalto non può essere fatta con l'intenzione di escluderlo dall'ambito di applicazione della direttiva.

Alcune tipologie di appalto sono escluse a priori dall'applicazione della direttiva, a condizione che non vi si faccia ricorso con il preciso intento di eludere le disposizioni della direttiva stessa. Si tratta anzitutto degli appalti aggiudicati in base a norme internazionali (accordi o intese internazionali)¹¹¹ concluse tra uno o più Stati membri e uno o più Stati terzi. Sono esclusi anche gli appalti necessari all'adempimento di obblighi internazionali in materia di stanziamento di truppe, gli appalti aggiudicati da un'organizzazione internazionale e gli appalti che uno Stato membro deve aggiudicare in base agli obblighi derivanti dalla sua partecipazione a un'organizzazione internazionale (art. 12).

Sono quindi esclusi dall'applicazione della direttiva sia gli appalti aggiudicati in ottemperanza agli accordi (internazionali) stretti fra gli Stati membri dell'Ue e il Ministero della Difesa americano (per esempio quelli concessi nell'ambito del programma internazionale F-35 *Joint Strike Fighter*), sia gli appalti aggiudicati da organizzazioni internazionali quali la Nato e l'Occar. Più in generale la direttiva non si applica ai programmi di cooperazione attivati nell'ambito di un'organizzazione internazionale, in seguito alla firma di un trattato internazionale e in adempimento ad accordi internazionali di altra natura.

Diversa invece è la fattispecie degli appalti aggiudicati direttamente dall'Agenzia Europea di Difesa (Eda) per mezzo degli strumenti da questa messi a disposizione. L'Eda è un'agenzia del Consiglio dell'Ue, da questo istituita tramite un'azione comune Pesc, pertanto non può essere considerata un'organizzazione internazionale. La fattispecie è regolata dall'art. 10

¹¹¹ La Commissione nella sua proposta utilizzava il termine "*international agreement*". In assenza di una sua definizione nella direttiva, gli Stati membri temevano di non poter interpretare questo termine in modo estensivo al fine di comprendere anche i memorandum d'intesa e gli accordi tecnici. Questi strumenti, più rapidi e flessibili, rispetto ai tradizionali trattati internazionali, sono spesso utilizzati per la gestione dei programmi internazionali. Gli stessi accordi di approvvigionamento raramente sono fissati in trattati internazionali. Nonostante le preoccupazioni della Commissione circa un abuso di tali strumenti, gli Stati membri sono riusciti ad ottenere che il testo finale prevedesse come fonte di esclusione non solo gli "*international agreements*" ma anche gli "*international arrangements*".

della direttiva il quale regola le attività delle c.d. centrali di committenza (*central purchasing bodies*), dalle quali le amministrazioni aggiudicatrici degli Stati membri possono acquistare lavori, forniture e/o servizi funzionali alla difesa e alla sicurezza¹¹². Gli appalti aggiudicati da queste centrali di committenza devono rispettare le disposizioni della “direttiva difesa”, comprese quelle relative alle procedure di ricorso.

La direttiva non si applica inoltre ad una serie di casi specifici elencati all’art. 13 (esclusioni specifiche). Le fattispecie più rilevanti sono: gli appalti *per i quali l’applicazione delle disposizioni della presente direttiva obbligherebbe uno Stato membro a fornire informazioni la cui divulgazione è considerata contraria agli interessi essenziali della propria sicurezza*¹¹³; gli appalti aventi per oggetto attività d’intelligence; gli appalti aggiudicati nell’ambito di un programma di R&S attivato fra almeno due Stati membri¹¹⁴; gli appalti aggiudicati da un Governo ad un altro Governo.

Gli Stati membri FA-LoI, guidati dal Regno Unito, avevano proposto l’inserimento di un articolo, simile all’art. 14 della direttiva civile, contenente un’ulteriore clausola di esclusione attivabile in casi del tutto eccezionali. In questo modo la flessibilità del sistema sarebbe aumentata ulteriormente, garantendo una terza possibilità, oltre a quelle già previste (applicazione della direttiva o ricorso all’art. 296). In ultima analisi però le soluzioni disponibili sono sembrate adeguate e non è stata inserita alcuna clausola di esclusione eccezionale.

¹¹² Una centrale di committenza è un’amministrazione aggiudicatrice o un ente pubblico europeo che acquista forniture e/o servizi destinati ad amministrazioni aggiudicatrici o aggiudica appalti pubblici o conclude accordi quadro di lavori, forniture o servizi destinati ad amministrazioni aggiudicatrici (art. 1.18 della direttiva).

¹¹³ Nel considerando 16 a tale proposito si legge: “ (...) *L’aggiudicazione di appalti che rientrano nell’ambito di applicazione della presente direttiva ne può essere esclusa per giustificati motivi di pubblica sicurezza o se ciò è necessario per la protezione di interessi essenziali di uno Stato membro in materia di sicurezza. Può trattarsi di appalti nei settori sia della difesa che della sicurezza che necessitano di così estremo rigore per la sicurezza dell’approvvigionamento o che sono talmente riservati e/o importanti per la sovranità nazionale che neppure le disposizioni specifiche della presente direttiva sono sufficienti per salvaguardare gli interessi essenziali degli Stati membri in materia di sicurezza, la cui definizione è di esclusiva competenza degli Stati membri*”.

¹¹⁴ I programmi di R&S sono esclusi dall’applicazione della direttiva anche se inseriti in un più vasto programma che comprende anche altre fasi del *procurement*, per esempio la produzione. Su questo punto la posizione di alcune grandi industrie della difesa era favorevole all’esclusione dal campo di applicazione della direttiva di tutti gli appalti concessi nell’ambito di un programma comprendente una parte dedicata ad attività di R&S. In realtà la direttiva prevede che le fasi successive allo sviluppo del nuovo prodotto siano escluse solamente *ove possibile*. La questione verrà approfondita nelle conclusioni.

IL CAMPO DI APPLICAZIONE DELLA DIRETTIVA 2009/81/Ce

Nel settore della difesa:

- Appalti pubblici per la fornitura di materiale militare, definito come *materiale specificatamente progettato o adattato per fini militari, destinato ad essere impiegato come arma, munizione o materiale bellico.*

[In linea generale si tratta dei prodotti (armi, munizioni e materiale bellico) elencati nella lista comune adottata dal Consiglio dell'Ue il 15 aprile 1958. Si deve comunque tenere presente che *l'elenco è tuttavia generico e va interpretato in senso lato, alla luce dell'evolvere della tecnologia, delle politiche in materia di appalti pubblici e delle esigenze militari che portano allo sviluppo di nuovi tipi di materiale; inoltre, sono compresi nel campo di applicazione della direttiva anche i beni c.d. dual-use*].

- Appalti di lavori e servizi per fini specificatamente militari.

Nel settore della sicurezza:

- Appalti pubblici per la fornitura di materiale sensibile, definito come materiale che *comporta, richiede e/o contiene informazioni classificate.*

[Si dice informazione classificata *qualsiasi informazione o materiale, a prescindere da forma, natura o modalità di trasmissione, alla quale è stato attribuito un livello di classificazione di sicurezza o un livello di protezione e che, nell'interesse della sicurezza nazionale e in conformità delle disposizioni legislative, regolamentari o amministrative in vigore nello Stato membro interessato, 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*].

- Appalti di lavori e servizi sensibili.

Gli appalti misti sono compresi nel campo di applicazione della direttiva se la parte dell'appalto "in principio esclusa", rientra nel campo di applicazione di una delle due direttive per gli appalti pubblici "civili" (direttive n. 17 e n. 18 del 2004).

Soglie:

- 412.000 euro per gli appalti per forniture e di servizi.

- 5.150.000 euro per gli appalti di lavori.

Appalti esclusi:

- Appalti aggiudicati in base a norme internazionali: accordi o intese conclusi tra uno o più Stati membri e uno o più Stati terzi; acquisti da parte di organizzazioni internazionali o di Stati membri in virtù della loro partecipazione ad un'organizzazione internazionale; accordi o intese relativi alla presenza di truppe.

- Appalti per i quali l'applicazione delle disposizioni della presente direttiva obbligherebbe uno Stato membro a fornire informazioni la cui divulgazione è considerata contraria agli interessi essenziali della propria sicurezza.
- Appalti aventi per oggetto attività d'intelligence.
- Appalti aggiudicati nel quadro di un programma di R&S coinvolgente almeno due Stati membri.
- Appalti aggiudicati in uno Stato terzo a operatori economici localizzati in loco.
- Appalti aggiudicati da un Governo ad un altro Governo.

2.4 La sicurezza delle informazioni

Gli Stati membri hanno accettato che il campo di applicazione della direttiva fosse esteso al settore della sicurezza a condizione che fossero introdotte nel testo alcune disposizioni funzionali alla loro sicurezza ed in particolare alla protezione delle informazioni sensibili.

Gli Stati membri conservano intatto il diritto di invocare l'art. 296 lettera a), qualora ciò risulti necessario per la protezione dei propri interessi essenziali di sicurezza. Nella direttiva sono previste disposizioni a tutela della sicurezza delle informazioni a livello di procedure di attribuzione, di criteri di selezione dei candidati e di requisiti contrattuali per partecipare alle gare d'appalto.

La direttiva definisce in modo puntuale le informazioni c.d. sensibili: mentre nella proposta della Commissione le "informazioni sensibili" erano genericamente definite "informazioni, conoscenze o materiali che devono essere protette da diffusione non autorizzata per motivi di sicurezza", la nuova direttiva le definisce con maggiore precisione, colmando così un'evidente lacuna giuridica. Si definisce "informazione classificata" *qualsiasi informazione o materiale, a prescindere da forma, natura o modalità di trasmissione, alla quale è stato attribuito un livello di classificazione di sicurezza o un livello di protezione e che, nell'interesse della sicurezza nazionale e in conformità delle disposizioni legislative, regolamentari o amministrative in vigore nello Stato membro interessato, richiede protezione contro appropriazione indebita, distruzione, rimozione, divulgazione, perdita o accesso da parte di un soggetto non autorizzato o contro qualsiasi altro tipo di pregiudizio.*

A tutela di queste informazioni del tutto particolari, l'art. 7 della direttiva (protezione delle informazioni classificate), prevede che *le amministrazioni/gli enti aggiudicatori possono imporre agli operatori economici condizioni*

intese a proteggere le informazioni classificate che essi comunicano nel corso della procedura d'appalto e di aggiudicazione. Possono anche chiedere agli operatori economici di garantire che i loro subappaltatori rispettino tali requisiti.

Sempre a tutela delle informazioni classificate, l'autorità o l'ente aggiudicatore può precisare nella documentazione dell'appalto (bando di gara, capitolato d'oneri¹¹⁵, documenti descrittivi o di supporto) i requisiti o le misure richieste per assicurare il livello di protezione richiesto (art. 22). In particolare può esigere:

- che l'offerente e gli eventuali subappaltatori già individuati mantengano segrete le informazioni classificate, anche in seguito alla scadenza del contratto (lett. a);
- che l'offerente si impegni ad imporre la medesima segretezza ad un eventuale subappaltatore individuato dopo la concessione dell'appalto (lett. b);
- le informazioni sugli appaltatori già individuati e in particolare sulla loro capacità di salvaguardare la riservatezza delle informazioni classificate (lett. c);
- che l'offerente si impegni a fornire le informazioni richieste in merito ad un eventuale appaltatore futuro prima di concedere a questo il subappalto (lett. d).

Un obbligo di riservatezza è imposto anche alle amministrazioni aggiudicatrici le quali non devono rivelare i segreti tecnici e commerciali o altri aspetti riservati legati alle offerte presentate dagli operatori economici (art. 6).

Il carattere spesso riservato delle informazioni legate agli appalti pubblici nel settore della difesa e della sicurezza impone salvaguardie non solo a livello di requisiti contrattuali, ma anche a livello di procedure di attribuzione e di criteri di selezione (si vedano i relativi paragrafi).

2.5 La sicurezza degli approvvigionamenti

La sicurezza degli approvvigionamenti (*security of supply*) indica la capacità di un attore (economico) a garantire la fornitura di articoli o servizi della difesa necessari per soddisfare gli impegni presi con l'attore statale (o con un altro attore privato nel caso di un subappalto)¹¹⁶. Gli Stati membri

¹¹⁵ Il capitolato d'oneri è quella parte del bando di gara che descrive in modo dettagliato il contenuto e i termini della gara d'appalto che l'amministrazione aggiudicatrice intende indire.

¹¹⁶ Dalla definizione Nato citata in D. Keohane (edited by), *Towards a European Defence Market*, Paris, ISS, November 2008, pp. 13 – 49, p. 16.

richiedono adeguate garanzie per la sicurezza dei loro approvvigionamenti nei settori della difesa e della sicurezza. Le necessità di difesa presuppongono infatti che le fonti di approvvigionamento siano garantite durante l'intero ciclo di vita dei programmi di armamento, dalla progettazione al ritiro dal servizio. Inoltre, la sicurezza delle forniture deve essere ragionevolmente garantita anche a fronte di situazioni di emergenza. A questo proposito nella direttiva 2009/81/Ce sono previste disposizioni specifiche sia a livello di requisiti contrattuali, sia di criteri di selezione dei candidati.

Per quanto riguarda i requisiti contrattuali, nella documentazione contrattuale (bando di gara, capitolato d'oneri, documenti descrittivi o di supporto) gli enti aggiudicatori possono richiedere agli offerenti particolari requisiti per la sicurezza degli approvvigionamenti (art. 23). In particolare può essere richiesto all'offerente di *dimostrare in modo soddisfacente che sarà in grado di rispettare gli obblighi in materia di esportazione, trasferimento e transito delle merci connesse al contratto*. L'amministrazione aggiudicatrice può anche pretendere che l'offerente dimostri che la sua organizzazione e la sua catena di approvvigionamento saranno idonee a soddisfare le condizioni previste in materia di sicurezza dell'approvvigionamento (per tutta la durata del contratto); può richiedere che l'offerente si impegni a predisporre o conservare la capacità necessaria a far fronte ad esigenze supplementari dovute a una crisi; può chiedere l'impegno dell'offerente a *garantire la manutenzione, la modernizzazione o gli adeguamenti delle forniture oggetto dell'appalto*. All'offerente può essere richiesto anche di informare l'amministrazione aggiudicatrice circa eventuali modifiche della sua organizzazione, della sua catena di approvvigionamento o della sua strategia industriale che possano incidere sui suoi obblighi. Inoltre, è prevista la possibilità di richiedere l'impegno dell'offerente a fornire *tutti i mezzi specifici necessari per la produzione di parti di ricambio, componenti, insieme e attrezzature speciali di prova, compresi disegni tecnici, licenze e istruzioni per l'uso*, nel caso in cui l'offerente non sia più in grado di provvedere alle forniture oggetto dell'appalto.

Nel corso dei negoziati consiliari, alcune delegazioni hanno fatto emergere la necessità di inserire, nella direttiva sugli appalti pubblici della difesa, un riferimento diretto all'altra direttiva compresa nel "pacchetto difesa", ovvero quella sui trasferimenti intracomunitari; il fine era quello di garantire che le forniture di un operatore economico verso uno Stato membro diverso da quello di stabilimento (del fornitore), non fossero ostacolate dalle diverse modalità di rilascio delle autorizzazioni statali necessarie per le esportazio-

ni dei beni sensibili. Effettivamente gli offerenti (operatori economici) non sarebbero in grado di garantire un sicuro e puntuale approvvigionamento alle amministrazioni aggiudicatrici di un altro Stato membro in assenza di un mercato in cui sia assicurata la libera circolazione delle merci in oggetto, o, quantomeno, una sufficiente uniformità delle procedure e dei tempi necessari per il rilascio delle licenze di trasferimento. Pur riconoscendo la complementarità fra i due atti normativi, si è ritenuto opportuno non introdurre alcun riferimento ad un atto la cui entrata in vigore non sarebbe coincisa con quella della direttiva sugli appalti pubblici nel settore della difesa e della sicurezza. Certamente, in presenza di una contemporanea applicazione delle due direttive, un collegamento diretto fra i due testi avrebbe facilitato gli operatori nel fornire le dovute garanzie richieste in materia di approvvigionamento. Fattori di incertezza come quello derivante dalla possibile non omogenea trasposizione negli Stati membri della direttiva sui trasferimenti, sia in senso sostanziale che temporale, hanno imposto l'assenza di ogni riferimento.

Un'altra questione è emersa circa il momento in cui l'offerente possa essere chiamato a dar prova della sua capacità di sostenere l'approvvigionamento, in particolare per quanto riguarda l'ottenimento delle autorizzazioni per il trasferimento oltre i confini nazionali dei beni prodotti: normalmente gli Stati membri concedono le licenze di esportazione agli operatori economici nazionali solamente in un momento successivo all'aggiudicazione dell'appalto, pertanto tali operatori sono impossibilitati a fornire simili garanzie (autorizzazioni ai trasferimenti necessari per l'approvvigionamento) in un momento precedente alla gara d'appalto. In quest'ottica vanno lette alcune modifiche rispetto al testo proposto dalla Commissione. In particolare alla lettera a) dell'art. 23 è stata eliminata la possibilità per l'amministrazione aggiudicatrice di richiedere agli offerenti la prova dell'impegno (preventivo) delle proprie autorità nazionali al rilascio delle autorizzazioni al trasferimento.

L'onere di dimostrare la capacità di rispettare le esigenze relative all'approvvigionamento è stato spostato dalle autorità nazionali competenti per il rilascio delle licenze alle imprese offerenti (è l'offerente a dover dimostrare di essere in grado di onorare i suoi impegni in materia di esportazione, trasferimento e transito delle merci connesse al contratto). Contestualmente, l'ultimo paragrafo dell'art. 23, stabilisce che *non può essere chiesto ad un offerente di ottenere da uno Stato membro un impegno che comprometterebbe la facoltà di tale Stato membro di applicare i propri criteri nazionali in materia di autorizzazioni per l'esportazione, il trasferimento o il transito.*

2.6 Le procedure di aggiudicazione

Al fine di conferire maggiore flessibilità alle amministrazioni aggiudicatrici negli appalti pubblici della difesa e della sicurezza, la direttiva prevede ben quattro procedure di aggiudicazione: procedura ristretta, procedura negoziata con pubblicazione del bando di gara, dialogo competitivo e procedura negoziata senza pubblicazione del bando di gara. La procedura aperta, che implica la distribuzione del capitolato d'oneri a tutti gli operatori economici che lo desiderano, è stata ritenuta inadeguata a fronte delle esigenze di riservatezza e di sicurezza delle informazioni connesse agli appalti in questione.

Con la prima tipologia di procedura (procedura ristretta), qualsiasi operatore economico può chiedere di partecipare, ma solo gli operatori economici invitati dalle amministrazioni aggiudicatrici possono presentare un'offerta. L'amministrazione aggiudicatrice sceglierà l'operatore aggiudicatario in base al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa oppure del prezzo più basso (vedi criteri di aggiudicazione dell'appalto).

La procedura negoziata¹¹⁷ con pubblicazione del bando di gara non pone vincoli particolari per la partecipazione alla gara d'appalto. Rispettando il principio della parità di trattamento, le amministrazioni aggiudicatrici negoziano le offerte con gli operatori economici offerenti per adeguarle alle esigenze indicate nel bando di gara; successivamente le offerte vengono valutate, sempre nel rispetto del principio di non discriminazione¹¹⁸, sulla base delle esigenze richieste nei documenti d'appalto; l'offerta migliore viene individuata secondo uno dei due criteri già indicati.

In alternativa alle due procedure "preferenziali", e solo in determinati casi, le amministrazioni aggiudicatrici possono ricorrere alle altre due tipologie di procedura: il dialogo competitivo e la procedura negoziata senza pubblicazione del bando di gara.

L'art. 27 prevede che *le amministrazioni/gli enti aggiudicatori, qualora ritengano che il ricorso alla procedura ristretta o negoziata con pubblicazione del bando di gara non permetta l'aggiudicazione dell'appalto, possano avvalersi del*

¹¹⁷ Si definisce *procedura negoziata* quella procedura in cui le amministrazioni/enti aggiudicatori consultano gli operatori economici da loro scelti e negoziano con uno o più di essi le condizioni dell'appalto.

¹¹⁸ Per esempio un'amministrazione aggiudicatrice potrebbe violare tale principio concedendo ad alcuni operatori economici informazioni più dettagliate sulle condizioni richieste dall'appalto.

*dialogo competitivo*¹¹⁹. Il ricorso a questa procedura è concesso nei casi di appalti “particolarmente complessi”, ovvero nei casi in cui l’amministrazione aggiudicatrice non sia in grado di definire i mezzi tecnici atti a soddisfare le sue necessità o i suoi obiettivi e/o di specificare l’impostazione giuridica e/o finanziaria di un progetto. Il ricorso a questa procedura comporta l’obbligo di aggiudicare l’appalto in base al criterio di aggiudicazione dell’offerta economicamente più vantaggiosa.

Il dialogo competitivo si svolge in tre fasi ben distinte: l’amministrazione/ente aggiudicatore pubblica un bando di gara in cui definisce le proprie necessità e in base a queste seleziona i candidati idonei (prima fase). Successivamente (seconda fase) l’amministratore/ente aggiudicatore avvia un dialogo con i candidati selezionati, *finalizzato all’individuazione e alla definizione dei mezzi più idonei a soddisfare le proprie necessità*. Gli operatori partecipano a tale dialogo su un piano di parità. Una volta individuate le soluzioni idonee a soddisfare le esigenze (terza fase), le amministrazioni/enti aggiudicatori invitano gli operatori selezionati a presentare le offerte finali in base alla o alle soluzioni da questi presentate e specificate nella fase del dialogo; quindi scelgono l’offerta economicamente più vantaggiosa.

L’inserimento della procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara è volto a proteggere le informazioni sensibili, laddove le altre procedure non lo consentono. Il ricorso a tale procedura è ammesso quando la pubblicazione del bando di gara comporterebbe la diffusione di informazioni che potrebbero essere utilizzate contro l’interesse pubblico, in particolare contro gli interessi in materia di difesa e/o di sicurezza. Inoltre, questa procedura di aggiudicazione può essere utilizzata solo in casi specifici. È possibile ricorrere a tale procedura¹²⁰:

- se in seguito all’espletamento di una delle altre (tre) procedure non sia stata presentata alcuna offerta o alcuna offerta appropriata o non sia stata depositata alcuna candidatura;

¹¹⁹ Il *dialogo competitivo* è una procedura alla quale qualsiasi operatore economico può chiedere di partecipare e nella quale l’amministrazione/ente aggiudicatore avvia un dialogo con i candidati ammessi a tale procedura al fine di elaborare una o più soluzioni atte a soddisfare le sue necessità e sulla base della quale o delle quali i candidati selezionati saranno invitati a presentare le offerte (art. 1.21).

¹²⁰ Si riportano le fattispecie più rilevanti. L’elenco completo e dettagliato dei casi in cui è possibile ricorrere alla procedura negoziata senza pubblicazione del bando di gara si trova nell’art. 28 della direttiva.

- in caso di offerte irregolari o di deposito di offerte inaccettabili a condizione che i termini del primo contratto non siano modificati sostanzialmente e che nella nuova procedura siano ammessi tutti e soltanto gli offerenti che erano risultati idonei per la prima procedura di aggiudicazione;
- in caso di urgenza determinatasi in seguito all'emergere di una situazione di crisi¹²¹;
- in caso di estrema urgenza, risultante da eventi imprevedibili per le amministrazioni/gli enti aggiudicatori e a queste non imputabili.

È possibile applicare la procedura negoziata senza pubblicazione anche per: appalti di servizi di R&S e di prodotti fabbricati unicamente a fini di R&S; forniture destinate al rinnovo o all'ampliamento di forniture o impianti esistenti, qualora il cambiamento di fornitore comporterebbe incompatibilità o difficoltà tecniche; forniture a condizioni particolarmente vantaggiose (per esempio in seguito a cessazione di attività o fallimento); per aggiudicare un appalto di lavori o servizi all'operatore già vincitore, nel caso in cui, a seguito di una circostanza imprevista, emergesse la necessità di servizi o lavori complementari rispetto a quelli originariamente previsti; per la ripetizione di lavori o servizi analoghi a quelli già affidati a un operatore economico.

Gli appalti nel settore della difesa e della sicurezza possono essere aggiudicati, secondo le stesse procedure sopra indicate, anche in conformità alle disposizioni di accordi quadro (*framework agreements*) conclusi dagli enti aggiudicatori; un accordo quadro è un *accordo concluso tra una o più amministrazioni aggiudicatrici e uno o più operatori economici al fine di stabilire le clausole relative agli appalti da aggiudicare durante un determinato periodo, in particolare per quanto riguarda i prezzi e, se del caso, le quantità previste* (art. 1.11)¹²². L'accordo, salvo casi eccezionali, non può avere una durata superiore ai sette anni. I criteri in base ai quali vengono scelte le parti di un accordo quadro sono quelli previsti per l'aggiudicazione degli appalti (offerte economicamente più vantaggiose o prezzo più basso).

¹²¹ È definita crisi *qualsiasi situazione in uno Stato membro o in un paese terzo nella quale si è verificato un evento dannoso che supera chiaramente la portata degli eventi dannosi della vita quotidiana e in tal modo metta seriamente in pericolo o comprometta la vita e la salute delle persone, ha un notevole impatto sui valori immobiliari ovvero richiede misure di approvvigionamento vitali per la popolazione; si considera crisi anche la situazione in cui il verificarsi di un siffatto evento dannoso è considerato imminente; conflitti armati e guerre sono considerati crisi ai sensi della presente direttiva* (art. 1.10). La definizione è sufficientemente ampia da comprendere, oltre agli atti provocati dall'uomo, anche le catastrofi naturali.

¹²² Le amministrazioni/gli enti aggiudicatori non possono ricorrere agli accordi quadro in modo abusivo o in modo da ostacolare, limitare o distorcere la concorrenza.

LE PROCEDURE DI AGGIUDICAZIONE DEGLI APPALTI

P. aperta: ogni operatore economico interessato può presentare un'offerta. Questa procedura non è prevista nella "direttiva difesa".

P. ristretta: ogni operatore economico può chiedere di partecipare e soltanto gli operatori economici invitati dalle amministrazioni aggiudicatrici possono presentare un'offerta.

P. negoziata: le amministrazioni aggiudicatrici consultano gli operatori economici da loro scelti e negoziano con uno o più di essi le condizioni dell'appalto. In determinati casi è possibile ricorrere a tale procedura senza pubblicare il bando di gara.

Dialogo competitivo: qualsiasi operatore economico può chiedere di partecipare; l'amministrazione aggiudicatrice avvia un dialogo con i candidati ammessi a tale procedura al fine di elaborare una o più soluzioni atte a soddisfare le sue necessità; i candidati selezionati saranno invitati a presentare le offerte che verranno valutate secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

2.7 Norme sulla pubblicazione di avvisi e bandi

Uno dei principi generali che ispirano la "direttiva difesa" è quello della trasparenza (art. 4). Al fine di rispettare tale principio è previsto un intero capitolo dedicato alle regole sulla pubblicità e sulla trasparenza, adattato alle particolari esigenze dei settori coinvolti. Le amministrazioni aggiudicatrici sono soggette ad una serie di obblighi in merito alla pubblicazione di alcuni documenti relativi all'appalto che intendono aggiudicare. In particolare si tratta dell'avviso di preinformazione (una comunicazione tramite cui si annuncia la prossima pubblicazione di un bando di gara), del bando di gara e, a gara conclusa, dell'avviso indicante i vincitori dell'appalto¹²³. Le modalità di redazione di questi documenti sono indicate nell'allegato IV (allegato V per i subappalti).

Relativamente ai bandi di gara veri e propri, la loro pubblicazione è sempre obbligatoria per tutte le amministrazioni aggiudicatrici che intendono

¹²³ La pubblicazione del bando di gara e dell'avviso indicante l'esito della gara è obbligatoria, mentre la pubblicazione dell'avviso di preinformazione è facoltativa.

aggiudicare un appalto o concludere un accordo quadro, tranne ovviamente nel caso in cui si decida di ricorrere alla procedura negoziata senza pubblicazione. Le amministrazioni sono obbligate a pubblicare anche un avviso contenente i risultati della procedura di aggiudicazione (non è necessario nel caso in cui l'appalto sia stato aggiudicato nell'ambito di un accordo quadro). Sia i bandi che gli avvisi devono essere comunicati, prima della loro pubblicazione a livello nazionale, alla Commissione europea e la loro pubblicazione a livello nazionale non può contenere informazioni diverse rispetto a quelle comunicate alla Commissione. I bandi possono essere pubblicati nella lingua scelta dall'amministrazione aggiudicatrice, purché questa sia una delle lingue ufficiali della Comunità; una sintesi è pubblicata nelle altre lingue ufficiali.

Per quanto riguarda il contenuto dei bandi, talune informazioni relative all'aggiudicazione dell'appalto o alla conclusione dell'accordo quadro, possono non essere pubblicate qualora la loro divulgazione ostacoli l'applicazione della legge, sia contraria all'interesse pubblico, *in particolare agli interessi in materia di difesa e/o sicurezza*, pregiudichi i legittimi interessi commerciali di operatori economici pubblici o privati oppure possa recare pregiudizio alla concorrenza leale tra questi.

A tutela dei principi della certezza del diritto e della parità di trattamento, i bandi devono prevedere chiari termini temporali per la ricezione delle domande di partecipazione e per la ricezione delle offerte. Inoltre i candidati selezionati a presentare le rispettive offerte o a negoziare o, nel caso del dialogo competitivo, a partecipare al dialogo, devono essere informati per iscritto e simultaneamente.

Dopo lo svolgimento della gara d'appalto, le amministrazioni sono tenute ad informare i candidati circa l'aggiudicazione dello stesso; gli "esclusi" possono chiedere informazioni sui motivi per i quali è stato preferito un altro candidato.

Per garantire la sicurezza delle informazioni, le comunicazioni, gli scambi e l'archiviazione delle informazioni devono essere realizzati in modo da salvaguardare l'integrità dei dati e la riservatezza delle domande di partecipazione e delle offerte.

Un altro onere in capo all'amministrazione aggiudicatrice, finalizzato al rispetto dei principi di trasparenza e di non discriminazione, consiste nel redigere, per ogni appalto affidato, un verbale scritto contenente le informazioni rilevanti sull'appalto e in cui si conferma che la procedura di selezione sia stata condotta in maniera trasparente e non discriminatoria.

2.8 I criteri di selezione qualitativa dei candidati e di aggiudicazione dell'appalto

Precedentemente alla fase di aggiudicazione dell'appalto vera e propria, avviene la selezione qualitativa dei candidati. I candidati o gli offerenti possono essere esclusi dalla gara a causa di motivi attinenti alla propria situazione personale (art. 39), quali la presenza nell'organico di condannati con sentenza definitiva per partecipazione a un'organizzazione criminale, corruzione, frode, reato terroristico o reato connesso alle attività terroristiche e altri reati simili¹²⁴. L'amministrazione aggiudicatrice è abilitata a richiedere informazioni e a svolgere indagini sulla situazione personale dei candidati/offerti, anche all'estero, presso le autorità competenti. Può essere escluso dalla partecipazione all'appalto anche l'operatore economico che si trova in stato di o a carico del quale è in corso un procedimento per: fallimento, liquidazione, cessazione d'attività, amministrazione controllata o concordato preventivo; l'esclusione può avvenire anche per una serie di altri motivi fra cui la presenza nell'organico dell'impresa di persone condannate per violazione delle vigenti disposizioni di legge sull'esportazione di equipaggiamenti di difesa e/o sicurezza oppure per le violazioni, commesse in appalti precedenti, degli obblighi in materia di sicurezza delle informazioni o di sicurezza degli approvvigionamenti. Inoltre, l'amministrazione aggiudicatrice può escludere un candidato o un offerente se esso *risulta privo dell'affidabilità necessaria per escludere rischi per la sicurezza dello Stato membro*.

Gli operatori economici possono essere esclusi anche se non soddisfano determinati criteri relativi alla propria capacità economica e finanziaria (art. 41)¹²⁵ o alle capacità tecniche e professionali (art. 42)¹²⁶. Livelli mini-

¹²⁴ In presenza di persone condannate per questi reati, definiti anche in precisi atti dell'Ue, l'esclusione è obbligatoria. Altri motivi di esclusione sono da ritenersi facoltativi, cioè applicabili a discrezione dell'autorità appaltatrice.

¹²⁵ L'amministrazione/ente aggiudicatore può chiedere all'operatore economico di dimostrare tramite referenze (dichiarazioni bancarie, bilanci, fatturato globale) la sua capacità economica e finanziaria.

¹²⁶ Le capacità tecniche degli operatori economici possono essere provate per esempio dalla presentazione dell'elenco dei lavori eseguiti negli ultimi cinque anni o dalla presentazione di un elenco delle principali forniture o dei principali servizi effettuati, ma anche da una verifica eseguita dall'amministrazione/ente aggiudicatore o, per suo conto, da un organismo ufficiale competente, dall'indicazione dei titoli di studio e professionali dell'operatore economico e/o dei dirigenti dell'impresa, dalla descrizione della strumentazione, del materiale e delle attrezzature tecniche, ecc.

mi di capacità possono essere richiesti dall'amministrazione/ente aggiudicatore e devono essere precisati nel bando di gara. Un operatore economico può far valere le capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi, a condizione che dimostri che disporrà dei mezzi necessari per la realizzazione dell'appalto, ad esempio presentando l'impegno del soggetto secondario a mettere a disposizione dell'operatore economico principale i mezzi necessari.

Gli Stati membri possono poi richiedere che gli operatori economici godano del nulla osta di sicurezza rilasciato dalle autorità competenti dello Stato in cui sono stabiliti. In assenza di un'armonizzazione a livello comunitario dei regimi nazionali di nulla osta di sicurezza, gli Stati membri possono pretendere che le garanzie siano conformi alle pertinenti disposizioni delle rispettive legislazioni nazionali.

Al fine di limitare gli oneri amministrativi dovuti agli accertamenti necessari per verificare le capacità operative e di sicurezza degli operatori economici e al fine di creare un clima di fiducia reciproca, gli Stati membri sono invitati a predisporre, nonché a riconoscere reciprocamente, degli elenchi ufficiali di operatori economici nazionali che soddisfano determinati requisiti comuni minimi (sistema di certificazione). In questo modo, per dimostrare la propria idoneità all'esecuzione di un appalto, gli operatori economici potranno presentare alle amministrazioni/enti aggiudicatori non nazionali, il certificato rilasciato da un organismo nazionale attestante la loro iscrizione in un elenco ufficiale. Si tratta di una misura importante perché, sebbene limitatamente alla certificazione delle imprese, introduce il principio del mutuo riconoscimento in un settore in cui gli Stati sono tradizionalmente restii a fidarsi gli uni degli altri.

Nelle procedure ristrette, negoziate con pubblicazione nel bando di gara, e nel dialogo competitivo, gli enti aggiudicatori possono limitare (in base a criteri non discriminatori indicati nel bando) il numero di candidati idonei che inviteranno a presentare un'offerta o a dialogare. Se però l'ente aggiudicatore ritiene che il numero dei candidati idonei sia troppo basso per garantire una reale concorrenza, può sospendere la procedura e ripubblicare il bando di gara iniziale fissando un nuovo termine per la presentazione delle domande di partecipazione; i candidati selezionati mediante la prima pubblicazione sono comunque invitati.

Per quanto riguarda la fase di aggiudicazione degli appalti, questa avviene in base ai criteri di cui all'art. 47. Nel caso in cui si decida di aggiudicare l'appalto in base al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa,

vengono presi in considerazione diversi elementi collegati all'oggetto dell'appalto in questione: la qualità, il prezzo, il pregio tecnico, la funzionalità, le caratteristiche ambientali, il costo d'utilizzazione, la redditività, il servizio successivo alla vendita e l'assistenza tecnica, la data di consegna e il termine di consegna o di esecuzione, la sicurezza dell'approvvigionamento, l'interoperabilità e le caratteristiche operative (art. 47.1 lett. a). A ciascun elemento deve essere attribuito un certo peso che viene precisato nei documenti dell'appalto; qualora per ragioni tecniche ed obbiettive non fosse possibile un'esatta ponderazione dei requisiti, deve essere almeno stabilito il loro ordine decrescente d'importanza.

In alternativa al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa l'amministrazione aggiudicatrice può decidere di aggiudicare l'appalto esclusivamente in base al prezzo più basso. In presenza di un'offerta anormalmente bassa rispetto alla prestazione richiesta dall'appalto, l'amministrazione aggiudicatrice è tenuta a chiedere all'offerente precisazioni circa gli elementi costitutivi dell'offerta¹²⁷; solo in seguito alla verifica delle giustificazioni portate dall'offerente, l'amministrazione aggiudicatrice può respingere l'offerta. Nel caso in cui l'offerta risulti anormalmente bassa in seguito all'ottenimento di un aiuto di stato, questa viene respinta, a meno che l'offerente dimostri di avere ottenuto l'aiuto in modo lecito.

Infine si segnala che è prevista la possibilità per le amministrazioni/gli enti aggiudicatori di ricorrere ad aste elettroniche. Tale scelta deve essere chiaramente indicata nel bando di gara.

2.9 La disciplina relativa ai subappalti

Il legislatore comunitario ha voluto tutelare gli interessi delle piccole e medie imprese attive nel mercato della difesa europeo, garantendo la concorrenza anche a livello di subfornitori; questi devono avere uguali possibilità di partecipazione indipendentemente dalla loro nazionalità (considerando 40).

Una volta che l'appalto è stato aggiudicato ad un certo operatore economico, non è detto che sia quest'ultimo a portarlo a termine interamente. L'operatore economico principale aggiudicatario dell'appalto (*prime con-*

¹²⁷ Sulla costruzione e sulla fabbricazione dei prodotti, sulla prestazione dei servizi, sulle soluzioni tecniche che l'offerente intende adottare, sull'originalità, sul rispetto delle disposizioni relative alla protezione e alle condizioni di lavoro e su eventuali aiuti di stato.

tractor), pur mantenendo la responsabilità integrale, rimane libero di affidare una o più parti dell'appalto a uno o più operatori esterni al contratto principale. Per arginare la discrezionalità dell'operatore principale nella scelta dei subfornitori, l'amministrazione aggiudicatrice, a garanzia della sicurezza nazionale, può imporre condizioni particolari in merito all'esecuzione dell'appalto, in particolare può richiedere particolari garanzie sulle capacità di eventuali subfornitori (art. 20).

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

È prevista anche la possibilità che sia la stessa amministrazione aggiudicatrice, su indicazione dello Stato membro di appartenenza, a chiedere che una parte dell'appalto, non superiore al 30% del valore del contratto¹²⁸, sia affidata dall'aggiudicatario a terzi. Tale disposizione, a sostegno dello sviluppo di un rete di piccole e medie imprese, è stata introdotta su richiesta di alcuni Stati membri, fra cui la Francia, in cui è già ampiamente diffusa la prassi di vincolare l'aggiudicazione di un appalto al coinvolgimento di operatori economici "secondari" rispetto a quello principale.

In materia di pubblicità, l'operatore principale deve comunicare all'amministrazione/ente aggiudicatore la propria intenzione di assegnare un subappalto, se il valore di questo non è inferiore alle soglie considerate per il contratto principale (art. 8); se il valore è inferiore si applicano i principi del Trattato Ce in materia di trasparenza e concorrenza. L'avviso di subappalto (bando), redatto secondo i modelli della Commissione europea e pubblicato secondo le stesse disposizioni valide per i bandi di appalto, deve contenere, fra l'altro, i dati "personali" dell'aggiudicatario principale, l'indicazione

¹²⁸ In determinati casi l'offerente può eccedere tale limite.

del luogo di esecuzione e di realizzazione dei lavori o di consegna dei prodotti o di prestazione dei servizi, l'indicazione della natura, della quantità e dell'entità dei lavori da effettuare e le caratteristiche generali dell'opera. Nell'avviso di subappalto devono altresì essere indicati i criteri di selezione qualitativa che l'operatore principale intende applicare per la selezione dei subappaltatori. Tali criteri devono essere obiettivi, non discriminatori e coerenti con i criteri applicati dall'amministrazione aggiudicatrice per la selezione dei candidati nella gara principale. Nel caso in cui nessuno dei subappaltatori candidati risulti idoneo a soddisfare i criteri indicati nell'avviso di subappalto, l'operatore principale non è tenuto a subappaltare. Si ricorda che l'aggiudicatario del contratto principale rimane l'unico responsabile nei confronti dell'amministrazione aggiudicatrice e al rispetto del contratto stesso.

Complessivamente intesa, anche la disciplina in materia di subappalto appare idonea a garantire, da un lato, la sicurezza delle informazioni e degli approvvigionamenti, dall'altro la concorrenza. Eventuali subappalti molto sensibili riconducibili alle "esclusioni specifiche" (art. 13) sono sottratti dall'obbligo di pubblicazione del bando di gara.

La politica proattiva nei confronti delle Pmi introdotta dalla direttiva 2009/81/Ce con le disposizioni sui subappalti, è da considerare una facoltà per gli Stati membri; questi, in fase di trasposizione della direttiva, rimangono liberi di non avvalersi della facoltà prevista. Ma nel momento in cui essi decidono di avvalersene, ne saranno vincolati e dovranno adattare la propria normativa interna in modo da garantire la concorrenza fra tutte le Pmi comunitarie che desiderano partecipare ad una gara di subappalto.

2.10 La disciplina in materia di ricorso

È stato in primo luogo il Parlamento europeo a portare al centro del dibattito la questione relativa alle procedure di ricorso applicabili ai contratti concessi in base alla nuova direttiva sui *defence and security procurements*. Sul punto si è manifestato un generale consenso a garantire il diritto di ricorso (*right of review*) anche nei settori sensibili. Le opzioni procedurali a disposizione erano due: introdurre nella nuova direttiva un riferimento alle direttive sul ricorso applicabili in campo civile¹²⁹, con annesse alcune clau-

¹²⁹ Si tratta delle direttive 89/665/Cee, 92/13/Cee e 2007/66/Ce, applicabili ai contratti conclusi in ottemperanza delle direttive 2004/18/Ce e 2004/17/Ce.

sole derogatorie applicabili nei casi delicati; oppure, ed è stata questa l'opzione seguita, introdurre nella nuova direttiva un capitolo *ad hoc* in cui riprendere la disciplina sul ricorso applicabile in materia civile, adattandola alle specificità dei settori sensibili. Contenere in un unico testo il regime di governo degli appalti pubblici nel settore della sicurezza e della difesa, incluse le procedure di ricorso, è stato ritenuto più idoneo rispetto al principio della certezza del diritto e alla trasparenza.

Come si evince dal considerando n. 72, si è voluta introdurre la possibilità di impugnare la procedura di aggiudicazione prima della firma del contratto; l'efficienza del ricorso è garantita tramite un periodo di *standstill* (termine sospensivo). La stessa possibilità è stata garantita nei confronti delle concessioni dirette illegali e dei contratti già conclusi in violazione con le norme della direttiva. Il legislatore non ha mancato di tenere in considerazione la protezione degli interessi di difesa e di sicurezza, in particolare per quanto riguarda la soggettività degli enti abilitati a condurre tali procedure di ricorso (art. 56.10), la scelta delle misure temporanee e delle sanzioni previste per punire le violazioni degli obblighi di concorrenza e trasparenza (considerando n. 73).

Le norme relative alle procedure di ricorso (titolo IV, artt. 55 - 64) si riferiscono agli appalti compresi nel campo di applicazione della direttiva (art. 2). Sono quindi esclusi gli "appalti aggiudicati in base a norme internazionali" (art. 12) e gli appalti compresi in uno dei casi di "esclusione specifica" (art. 13).

Un'eventuale procedura di ricorso ha come oggetto una decisione presa dall'amministrazione/ente aggiudicatore. Il richiedente può invocare il diritto comunitario in materia di appalti o le norme nazionali che recepiscono tale diritto (che si presume violato). La direttiva prevede che ogni impresa partecipante ad una procedura di aggiudicazione di un appalto debba avere le stesse possibilità di ricorrere, indipendentemente dalla propria nazionalità. In termini pratici, ciò significa che un'impresa stabilita in uno Stato membro diverso rispetto a quello dell'amministrazione aggiudicatrice dell'appalto non può essere svantaggiata, rispetto alle imprese stabilite in questo secondo Stato, nell'accedere ad una procedura di ricorso. La questione andrà risolta dagli Stati membri nel contesto del diritto processuale internazionale, segnatamente con le norme volte all'individuazione della legge applicabile e del giudice competente e con quelle a tutela della c.d. "parte debole".

Gli Stati membri dovranno garantire adeguati rimedi alle violazioni commesse, impedire il manifestarsi di ulteriori danni (anche tramite la sospen-

sione della procedura di aggiudicazione dell'appalto) e dovranno prevedere la possibilità di annullare le decisioni illegittime. Per riparare la violazione uno Stato membro potrà ricorrere allo strumento dell'ingiunzione di pagamento nonché alla disciplina interna in materia di risarcimento del danno. La direttiva 2009/81/Ce prevede che nel momento in cui il richiedente presenta un ricorso all'amministrazione aggiudicatrice, la procedura di aggiudicazione del contratto venga sospesa automaticamente. La procedura deve essere parimenti sospesa, o meglio il contratto non può essere stipulato, se a ricevere il ricorso è un organo di prima istanza indipendente dall'amministrazione aggiudicatrice; tale divieto cade solo dopo la pronuncia (favorevole) dell'organo.

Tenuto conto della delicatezza dei settori in cui le norme sul ricorso verranno applicate, il legislatore ha introdotto un elemento di flessibilità. È previsto infatti che l'organo responsabile delle procedure di ricorso possa considerare le conseguenze che i provvedimenti cautelari possono avere sull'interesse pubblico e su quelli di sicurezza e difesa. Qualora le conseguenze negative siano dominanti, esso può decidere di non prendere tali provvedimenti. La sensibilità degli interessi in gioco è tutelata anche in materia di sicurezza dell'informazione. Il comma 10 dell'art. 56 prevede che *gli organi responsabili delle procedure di ricorso competenti assicurino un livello adeguato di riservatezza delle informazioni classificate e delle altre informazioni contenute nei fascicoli trasmessi dalle parti e agiscano conformemente agli interessi di difesa e/o di sicurezza durante l'intera procedura*. A tal fine, gli Stati membri possono decidere di conferire una giurisdizione esclusiva sul ricorso negli appalti della difesa e della sicurezza ad un organo specifico e dotato di determinati requisiti. In ogni caso, gli Stati membri possono stabilire che solamente alcuni organi di ricorso autorizzati possano esaminare le proposizioni di ricorso in questi settori. In sostanza le legislazioni nazionali dovranno garantire da un lato la riservatezza della informazioni sensibili, dall'altro i diritti della difesa; l'equilibrio dovrà essere raggiunto nel contesto di un processo equo e tramite un ricorso efficace e il più rapido possibile. Inoltre si dovranno limitare i ricorsi ingiustificati.

Al fine di garantire, a chiunque abbia o abbia avuto interesse ad ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto, la possibilità di presentare un ricorso efficace, per una presunta violazione delle regole di aggiudicazione, gli Stati membri sono tenuti a prevedere dei limiti temporali tali da garantire la possibilità di ricorrere in modo efficace prima della firma del contratto di aggiudicazione dell'appalto (art. 57.1). In particolare, la firma di un

contratto non può avvenire prima dello scadere di un termine di almeno dieci giorni civili a decorrere dal giorno successivo alla data in cui la decisione di aggiudicazione dell'appalto è stata inviata agli offerenti e ai candidati interessati (termine sospensivo o *standstill period*)¹³⁰.

L'attenzione particolare riservata all'oggetto degli appalti in questione si evince anche in riferimento alla privazione degli effetti di un contratto stipulato in violazione della presente direttiva. L'organo di ricorso ha infatti la facoltà di non considerare un contratto privo di effetti, nonostante questo sia stato aggiudicato illegittimamente, se *l'organo di ricorso rileva che il rispetto di esigenze imperative legate ad un interesse generale*¹³¹, *connesso in primo luogo agli interessi di difesa e sicurezza, impone che gli effetti del contratto siano mantenuti. Analogamente, un contratto, comunque, non può essere considerato privo di effetti qualora le conseguenze di detta privazione mettano seriamente a repentaglio l'esistenza stessa di un programma di difesa o sicurezza più ampio indispensabile per garantire gli interessi di sicurezza di uno Stato membro.*

In questi casi gli Stati prevedono sanzioni alternative (l'irrogazione di sanzioni pecuniarie all'amministrazione/ente aggiudicatore oppure la riduzione della durata del contratto). Si segnala che le esenzioni di cui sopra non appaiono definite in modo puntuale e in merito potrebbero consumarsi comportamenti "abusivi" da parte degli Stati.

La Commissione è investita di un potere di controllo: se ritiene che sia stata commessa una grave violazione del diritto comunitario in materia di appalti pubblici può attivare un "meccanismo correttore" finalizzato alla riparazione della violazione (art. 63)¹³².

In sintesi, i requisiti di confidenzialità delle materie trattate hanno imposto alcune modifiche alle misure di ricorso e al trattamento delle informazioni

¹³⁰ I termini variano leggermente se la spedizione dell'avviso non è avvenuta per fax o per via elettronica.

¹³¹ Di norma gli interessi economici legati direttamente al contratto (costi derivanti dal ritardo nell'esecuzione del contratto, costi derivanti dalla necessità di indire una nuova procedura di aggiudicazione, costi derivanti dal cambio dell'operatore economico che esegue il contratto e costi degli obblighi di legge risultanti dalla privazione di effetti) non costituiscono esigenze imperative legate ad un interesse generale. Gli interessi economici possono essere presi in considerazione come esigenze imperative legate ad un interesse generale soltanto se la privazione degli effetti del contratto conduce a conseguenze sproporzionate.

¹³² Tale procedura, attivabile prima della stipula di un contratto, consiste in una notifica inviata dalla Commissione allo Stato membro interessato, in cui si chiede la correzione della violazione con provvedimenti appropriati. Lo Stato membro interessato può riparare la violazione, non riparare la violazione e giustificare tale condotta, oppure sospendere la procedura di aggiudicazione dell'appalto. In tutti i casi è tenuto a comunicarlo alla Commissione.

sensibili. In particolare, è concesso agli Stati di incaricare un ente specializzato nelle procedure di ricorso nel campo dei *defence and security procurements*, e di prevedere che solamente organi incaricati possano esaminare documenti contenenti informazioni sensibili.

In merito alle procedure di ricorso che hanno luogo prima della conclusione dei contratti è previsto un certo grado di flessibilità: gli Stati membri possono optare per l'annullamento della procedura di aggiudicazione o per penalità finanziarie (art. 56.1) e gli organi di ricorso possono prendere in considerazione gli interessi di sicurezza e di difesa nel momento in cui adottano misure provvisorie (art. 56.5).

Per quanto riguarda le procedure di ricorso finalizzate all'annullamento di contratti già conclusi, un contratto non può essere dichiarato privo di effetti se interessi di primaria importanza relativi ad un interesse generale, inclusi gli interessi di difesa e sicurezza, sono in pericolo; un contratto stipulato in violazione alle norme della direttiva può essere dichiarato comunque idoneo a produrre effetti se, gli interessi economici direttamente collegati al contratto, sono indispensabili per mantenere in vita un programma di sicurezza e difesa (art. 60.3)¹³³.

2.11 L'impatto esterno della direttiva

La direttiva 2009/81/Ce non avrà ripercussioni sulle relazioni commerciali degli Stati membri nei settori della difesa e della sicurezza¹³⁴. Gli Stati Uniti, tramite l'azione dell'*American Chamber of Commerce*, hanno seguito con molta attenzione l'*iter* legislativo che ha portato alla direttiva comunitaria sugli appalti pubblici in materia di difesa e di sicurezza. La preoccupazione americana riguardava la possibile chiusura del mercato europeo nei confronti dei fornitori americani. In effetti nel corso dei negoziati europei non sono mancate alcune proposte favorevoli all'inserimento di una clausola di "preferenza europea" per gli acquisti di materiali sensibili.

Nella versione definitiva rimangono solo alcune tracce, piuttosto annacquate, di tali proposte di ispirazione protezionistica. Nei *considerandi*, sono presenti alcuni riferimenti alla progressiva formazione di un mercato europeo degli equipaggiamenti militari e alla necessità di promuovere, sviluppare e

¹³³ In sostanza si vuole prendere in considerazione il caso in cui i costi derivanti dall'ineffettività di un contratto possono provocare seri danni ad un programma di sicurezza e difesa.

¹³⁴ COM(2007) 766, p. 7.

sostenere una base tecnologica e industriale europea nel settore della difesa (Edtib). Le amministrazioni aggiudicatrici conservano intatto il diritto di invitare nelle gare d'appalto operatori economici stabiliti in paesi terzi. Al di là degli interessi delle industrie americane, è prevalso un approccio realistico che tiene conto del progressivo aumento dei programmi transatlantici per la realizzazione di sistemi di difesa avanzati e sempre più complessi. Imporre una preferenza europea avrebbe comportato l'allargamento del *gap* tecnologico esistente fra le due sponde dell'Atlantico e in ultima analisi un indebolimento delle capacità di difesa europee. Inoltre, non si sarebbe fatta attendere un'analogia risposta americana, tendente a rendere più restrittiva la già severa legislazione nazionale in materia di partecipazione straniera alle attività nel mercato della difesa americano.

Dal punto di vista giuridico, gli Stati membri dell'Ue sono soggetti all'accordo sugli appalti pubblici (Aap)¹³⁵, concluso nel quadro dell'Omc dalla Comunità europea.

Tale accordo non si applica in modo automatico a tutti gli appalti pubblici delle parti che lo hanno ratificato. Ciascuna parte contraente stabilisce, tramite un allegato¹³⁶, il campo di applicazione dell'accordo per gli appalti da essa concessi. Inoltre ciascuna parte può inserire deroghe specifiche nelle note generali dell'accordo stesso.

L'allegato relativo alla Comunità europea contiene una deroga che esclude dal campo di applicazione dell'accordo l'approvvigionamento di materiali per la difesa (armi, munizioni e materiale da guerra). Gli acquisti dei Ministeri della difesa degli Stati membri dell'Ue (di materiali per la difesa) sono pertanto esclusi dall'ambito di applicazione dell'Aap, senza necessità di fornire giustificazioni. In termini pratici ciò significa che uno Stato membro dell'Ue è libero di escludere dalla partecipazione a una gara d'appalto i fornitori stranieri non comunitari¹³⁷.

¹³⁵ Si tratta dell'*Agreement on Government Procurement* (Gpa), un accordo multilaterale compreso nell'allegato 4 dell'accordo di Marrakech che istituisce l'Omc. L'accordo, vincolante solo per i membri dell'Omc che l'hanno ratificato, stabilisce un quadro concordato di diritti ed obblighi tra le parti riguardo alle disposizioni legislative e regolamentari, alle procedure e alle pratiche nazionali sugli appalti pubblici. Esso si prefigge di liberalizzare gli scambi vietando ogni discriminazione nei confronti di fornitori, merci e servizi stranieri. Si veda anche la nota 11.

¹³⁶ Tali allegati sono contenuti nell'appendice I dell'Aap e risultano da negoziati fra le parti condotti secondo criteri di reciprocità.

¹³⁷ Potrebbe escluderli, preferendo le industrie europee, per qualsiasi motivo, compresi motivi economici quali la necessità di mantenere un'industria europea della difesa.

Per quanto riguarda gli appalti nel settore della sicurezza (non militare)¹³⁸, questi non sono esclusi a priori dal campo di applicazione dell'accordo previsto per la Ce, ma è prevista una deroga generale (art. 23.1) che consente a una parte di attuare misure derogatorie o di mantenere riservate determinate informazioni *qualora essa lo ritenga necessario per la tutela dei suoi interessi essenziali in materia di sicurezza, in relazione a contratti relativi ad armi, munizioni o materiale bellico oppure a contratti indispensabili alla sicurezza nazionale o ai fini della difesa nazionale*. Gli Stati membri dell'Ue possono avvalersi di questa deroga per escludere dall'applicazione dell'Aap i propri acquisti di beni per la sicurezza. Con l'entrata in vigore della direttiva 2009/81/Ce, e la conseguente creazione di un mercato interno degli appalti nel settore della sicurezza, è possibile che, in pratica, diventi più difficile per uno Stato membro invocare la deroga relativa alla sicurezza di cui all'art. 23.1 dell'Aap¹³⁹. Sarà infatti più difficile sostenere che l'apertura del mercato alle parti dell'Aap possa mettere in pericolo gli interessi essenziali in materia di sicurezza di un determinato Stato membro. Potrebbe diventare problematico per gli Stati membri dell'Ue escludere gli operatori "non europei" dagli appalti della sicurezza. Il problema potrebbe essere superato se la Comunità europea modificasse il suo allegato sul campo di applicazione dell'accordo Aap, escludendo espressamente gli appalti nel settore della sicurezza di tipo non militare, alla stregua di quanto avviene per gli appalti della difesa. Tale modifica sarebbe possibile in conformità dell'art. 24.6 lett. a) dell'accordo. Per inciso alcune parti (Usa e Norvegia) hanno già escluso dal rispettivo campo di applicazione i contratti nel settore della sicurezza di tipo non militare.

Come precisato dal considerando n. 18 della direttiva 2009/81/Ce, gli Stati membri mantengono il potere di decidere se aprire o meno i propri appalti della difesa agli operatori stabiliti in paesi terzi. Mantengono lo stesso potere anche nel settore della sicurezza non militare. In questo caso però l'esclusione degli operatori "non comunitari" deve essere giustificata. Gli Stati valuteranno le offerte da un punto di vista non solo economico ma anche strategico, riconosceranno la necessità di una base industriale e tecnologica di difesa europea competitiva a livello globale, e agiranno con i *partner* terzi sulla base della reciprocità.

¹³⁸ In particolare gli appalti riguardanti la sicurezza di tipo non militare nei settori della protezione dal terrorismo o dalla criminalità organizzata, della protezione delle frontiere e delle operazioni di gestione delle crisi.

¹³⁹ Parere del servizio giuridico del Consiglio dell'Ue al Gruppo "Appalti pubblici". Doc. 8306/08 del 10 aprile 2008.

CONCLUSIONI

La progressiva creazione di un “mercato unico europeo della difesa” svolge una funzione strategica per lo sviluppo delle capacità militari europee a sostegno del ruolo internazionale dell’Ue; inoltre, è anche un importante fattore di crescita per l’economia e la tecnologia europea e per le imprese attive nel settore della difesa e della sicurezza.

Attualmente il mercato della difesa europeo è caratterizzato da un’elevata frammentazione a livello nazionale che provoca duplicazioni nella produzione e un non efficiente utilizzo delle scarse risorse a disposizione. Tale gestione del mercato penalizza anzitutto l’efficacia degli investimenti in R&S che, in questo settore, sono di fondamentale importanza. In passato a livello europeo è mancato un quadro normativo adeguato, in cui potesse svilupparsi un mercato della difesa continentale. I passati tentativi di comunitarizzazione del settore non hanno avuto successo. Gli Stati membri hanno preferito mantenere un controllo esclusivo in materia di armamenti trascurando le opportunità che il più vasto mercato europeo avrebbe offerto alle proprie industrie nazionali; al più, hanno deciso di impegnarsi in forme di cooperazione intergovernativa.

La pubblicazione da parte della Commissione del cosiddetto “pacchetto difesa”, avvenuta nel dicembre 2007, costituisce un’azione strutturale in grado di creare un vero e proprio “mercato unico europeo della difesa” senza pregiudicare gli interessi di sicurezza degli Stati membri. Tale azione si inserisce in un contesto contraddistinto dal progressivo consolidamento di un’interpretazione restrittiva sull’utilizzo della clausola di sicurezza nazionale prevista dall’art. 296 del Trattato Ce, che permette l’esenzione dalle regole comunitarie per la tutela di interessi nazionali.

Il quadro giuridico offerto dalla direttiva sugli appalti pubblici (2009/81/Ce) e da quella complementare sui trasferimenti intracomunitari, consente l'applicazione dei principi e delle norme comunitarie, semplifica la circolazione dei prodotti militari tra i paesi dell'Ue e individua un sistema di regole comuni per l'acquisizione di prodotti militari. Allo stesso tempo sono previsti accorgimenti particolari per tutelare la sensibilità dei settori interessati (sicurezza delle informazioni e degli approvvigionamenti). L'esito del processo legislativo tuttora in corso dipenderà dalla volontà politica e dalla visione strategica degli Stati membri, chiamati a recepire le direttive nell'ordinamento giuridico interno. Se anche questa volta prevarrà una visione miope, le industrie europee della difesa perderanno competitività sui mercati internazionali, il divario tecnologico ed industriale con gli Stati Uniti non potrà che aumentare, le capacità operative e il ruolo internazionale dell'Ue saranno indebolite.

Il quadro giuridico offerto dalle due direttive proposte dalla Commissione europea, rappresenta un'opportunità unica per creare un mercato europeo della difesa integrato senza pregiudicare gli interessi di sicurezza degli Stati membri.

Nella seconda metà degli anni novanta, la Commissione europea, spinta dal consolidarsi del mercato interno per i beni civili, ha tentato di estendere la propria competenza regolamentare anche al settore della difesa, tradizionalmente riservato al dominio degli Stati membri. Il presupposto era che i beni della difesa erano pur sempre delle merci e in quanto tali dovevano rispettare le regole del mercato comune. All'epoca la Commissione scontava però un *deficit di expertise* in materia di difesa e sicurezza; soprattutto, trascurava il fatto che i beni della difesa non possono essere trattati alla stregua delle altre merci in quanto direttamente collegati alla sicurezza nazionale degli Stati. Dal punto di vista industriale, la spinta liberalizzatrice e il processo di consolidamento dell'industria della difesa non erano ancora maturi, le attività industriali erano ancora prevalentemente nazionali e pertanto gli operatori del settore non avvertivano l'esigenza di un quadro normativo di coordinamento delle discipline nazionali. Il mancato riconoscimento delle peculiarità dei settori della difesa e della sicurezza, insieme con l'assenza di incentivi industriali per una regolazione comune, hanno portato gli Stati membri a non rispondere alle sollecitazioni comunitarie. In sintesi un'azione legislativa comune e vincolante nel mercato della difesa era prematura.

In seguito ad approfonditi dibattiti con i rappresentanti degli Stati membri e delle principali industrie europee, la Commissione ha progressivamente preso atto delle specificità del settore, colmando la sua lacuna cognitiva originaria.

L'esito di questo lungo processo è il "pacchetto difesa", presentato il 5 dicembre 2007. Tale documento abbandona la logica delle precedenti iniziative mirante a liberalizzare tutto e subito, adottando un approccio più graduale e applicabile. L'istituzione comunitaria ha assunto una competenza di cui non disponeva in passato. Nonostante ciò, da un punto di vista giuridico, la competenza comunitaria non è stata esente da critiche; le disposizioni contenute nel pacchetto difesa, pur essendo relative ai soli aspetti economici ed industriali, possono avere evidenti ripercussioni su aspetti inerenti alla sicurezza e alla difesa degli Stati membri, aspetti che al più possono essere soggetti alle forme di cooperazione volontaria attivabili nel contesto del secondo pilastro. Alla Commissione europea va riconosciuto il merito di essersi impegnata in un difficile compito, quello di ricercare un compromesso fra i divergenti interessi in gioco, degli Stati membri, delle singole industrie, delle alleanze industriali e della Commissione stessa. Il pacchetto difesa è un "compromesso del compromesso". La mole dei documenti preparatori (per esempio della valutazione d'impatto) testimonia la complessità della materia trattata, la grande quantità di note apposte nelle versioni provvisorie (tramite cui i diversi attori manifestavano i propri interessi) testimonia l'alta sensibilità dei contenuti in gioco.

Proprio questo ultimo fattore è stato determinante nella scelta dello strumento legislativo. Un regolamento avrebbe assicurato un'applicazione certa e uniforme delle nuove regole in tutti gli Stati membri. La maggioranza degli Stati ha invece preferito lo strumento della direttiva per conservare un certo margine di discrezionalità nella fase di trasposizione nell'ordinamento interno.

Solo il tempo potrà dirci quale sarà l'impatto del pacchetto legislativo comunitario sul mercato della difesa europeo. Quello che è possibile fare è mettere in evidenza diversi aspetti, alcuni dei quali "critici".

La direttiva 2009/81/Ce (appalti pubblici della difesa e della sicurezza), dovrà essere recepita dagli Stati membri nei rispettivi ordinamenti giuridici entro il 21 agosto 2011. Gli Stati membri avranno dunque due anni di tempo per adeguare la propria legislazione in materia di appalti; al momento dell'attuazione, gli Stati membri sono liberi di prevedere un'unica normativa applicabile a tutti gli appalti pubblici, ivi compresi gli acquisti sensibili nel campo della difesa e della sicurezza. La fase di recepimento è molto delicata ai fini degli effetti di una direttiva. La direttiva è infatti un atto comunitario che *vincola lo Stato membro cui è rivolta per quanto riguarda il risultato da raggiungere, salva restando la competenza degli organi nazionali in merito*

alla forma e ai mezzi. Gli Stati membri godono quindi di un certo margine di autonomia nella fase di trasposizione dell'atto nell'ordinamento interno. Da questo punto di vista, la direttiva 2009/81/Ce, contenendo disposizioni molto dettagliate, tanto da farla assomigliare almeno nei contenuti ad un regolamento, presenta un rischio di recepimento e di applicazione disomogenea più basso rispetto a quanto potrebbe avvenire per l'altra direttiva del pacchetto difesa, ovvero quella sui trasferimenti intracomunitari. In ogni caso se le disposizioni della direttiva dovessero essere applicate in modo non omogeneo, gli obiettivi che essa si prefigge verrebbero meno. Tuttavia, alcune disomogeneità nell'applicazione potrebbero non impattare negativamente sugli obiettivi finali, a condizione che non incidano sui diversi interessi nazionali e siano limitate ad alcuni aspetti specifici. In questo senso i meccanismi comunitari di controllo svolgeranno un ruolo importante¹⁴⁰. Inoltre, i sei Stati impegnati nella cooperazione FA/LoI (Francia, Germania, Italia, Spagna, Regno Unito, Svezia), potrebbero coordinare fra di loro alcuni aspetti della direttiva. Per esempio potrebbero predisporre una lista comune dei criteri richiesti alle imprese per la sicurezza degli approvvigionamenti.

La direttiva 2009/81/Ce, introducendo il principio della trasparenza e imponendo l'omogeneità delle regole nazionali di attribuzione delle gare d'appalto, consentirà alle industrie più competitive di incrementare il proprio giro d'affari. Con le nuove regole comuni le industrie avranno maggiori possibilità di vincere le gare d'appalto indette in Stati membri diversi da quello in cui sono stabilite; parteciperanno a tali gare alle stesse condizioni (su un piano di parità) rispetto alle concorrenti stabilite nello Stato membro aggiudicante. Un regime concorrenziale come quello che dovrebbe imporsi nei prossimi anni comporterà che le industrie nazionali non potranno più essere automaticamente favorite nell'aggiudicazione delle commesse, le industrie straniere comunitarie non potranno essere discriminate rispetto a quelle nazionali. Pertanto, se da un lato aumenteranno le opportunità, dall'altro aumenteranno anche i rischi. Solo le industrie più competitive vedranno aumentare i propri ricavi.

Il motore alla base dello sviluppo industriale rimane l'investimento nei progetti di ricerca, senza i quali un'industria non può essere competitiva. Le

¹⁴⁰ La direttiva 2009/81/Ce prevede l'instaurazione di un rapporto di collaborazione tra Stati membri e Commissione. I primi, tra l'altro, sono tenuti a trasmettere alla seconda, annualmente, un prospetto statistico sugli appalti aggiudicati, con l'indicazione del valore dell'appalto e delle procedure utilizzate per la sua concessione.

nuove regole rappresentano gli strumenti per entrare nei mercati esteri e per raggiungere gli obiettivi fissati. Sarà responsabilità delle industrie adeguare le proprie scelte strategiche al mutato contesto normativo per penetrare nei mercati non nazionali.

Con riferimento alle procedure di aggiudicazione la nuova direttiva appare uno strumento flessibile ed adeguato alla sensibilità dei beni della difesa. Gli Stati potranno scegliere la procedura più adeguata a seconda delle proprie esigenze, di segretezza e di urgenza. Per esempio potranno utilizzare la trattativa privata per soddisfare le esigenze di urgenza che talvolta possono manifestarsi da parte delle Forze Armate e per i servizi di manutenzione o sostituzione di prodotti già in uso. Della stessa procedura (negoziata senza pubblicazione del bando di gara) potranno avvalersi per aggiudicare appalti particolarmente sensibili per la sicurezza nazionale. Per i beni e servizi meno sensibili gli Stati dovranno utilizzare procedure più trasparenti, tramite cui le amministrazioni aggiudicatrici dovranno concedere le commesse sulla base di criteri concorrenziali e senza discriminazioni fondate sulla nazionalità. Gli Stati membri potranno comunque tutelare la propria sicurezza nazionale, servendosi degli strumenti che la direttiva mette a disposizione in materia di sicurezza delle informazioni e degli approvvigionamenti.

Probabilmente a ricevere i maggiori benefici dall'applicazione delle nuove norme saranno le Pmi, segnatamente quelle stabilite nei nuovi Stati membri dell'Europa centro-orientale. La direttiva 2009/81/Ce consente infatti la possibilità di introdurre un obbligo di subappalto (*subcontracting*)¹⁴¹. A discrezione degli Stati membri, le amministrazioni aggiudicatrici potranno essere obbligate ad imporre al vincitore dell'appalto l'affidamento di una sua parte (non superiore al 30% del valore totale dell'appalto) ad uno o più subappaltatori. In questo caso anche la scelta degli appaltatori "secondari" dovrà avvenire su base competitiva e a parità di condizioni. In sé la pratica del *subcontracting* è già ampiamente diffusa, in Francia in modo particolare. La vera novità è costituita dal fatto che i *prime contractor* perderanno la totale discrezionalità con cui potevano scegliere i soggetti cui subappaltare parte dell'appalto vinto; questi dovranno essere selezionati tramite una gara di subappalto ispirata dai medesimi principi che la direttiva impone per la gara principale (trasparenza, non discriminazione, pubblicità, ecc.); i candidati verranno valutati in base a criteri qualitativi e di sicurezza, senza discriminazioni riconducibili alla loro nazionalità. I subappaltatori stranieri, oltre ad essere compe-

¹⁴¹ Si veda il paragrafo 9 del secondo capitolo.

titivi dovranno offrire sufficienti garanzie di sicurezza e di approvvigionamento, altrimenti continueranno ad essere privilegiati quelli domestici, più controllabili e tutelabili in caso di difficoltà finanziarie¹⁴², quindi più sicuri nelle forniture. In questo segmento di mercato potranno inserirsi nuovi operatori, fra cui le Pmi stabilite negli Stati di più recente annessione all'Ue. Per sfruttare le nuove opportunità, tali imprese dovranno colmare il *deficit* di *expertise* che attualmente scontano rispetto agli operatori "occidentali", sia in termini di capacità industriali che di garanzie di sicurezza. Il primo passo da compiere potrebbe essere quello della predisposizione di certificazioni nazionali basate sugli *standard* validi nel resto d'Europa. In prospettiva gruppi di Pmi potrebbero dar vita ad aggregazioni in grado di competere con gli attuali grandi gruppi industriali europei, sia su scala continentale che transatlantica.

La direttiva 2009/81/Ce presenta due elementi critici, riconducibili all'esclusione dal suo campo d'applicazione di due tipologie d'appalto, rilevanti dal punto di vista quantitativo e degli investimenti. Si tratta degli appalti aggiudicati in base a programmi internazionali e degli appalti aggiudicati nel quadro di un programma di R&S.

In primo luogo, la programmazione avviene sempre di meno su scala nazionale, mentre sono sempre più frequenti i programmi internazionali. Questi, da un lato, attraverso la specializzazione produttiva consentono il contenimento dei costi, dall'altro vanno incontro alle crescenti esigenze di interoperabilità delle strutture militari nazionali. Il fatto che gli appalti concessi nell'ambito di programmi internazionali, che prevedono il coinvolgimento di almeno uno Stato non membro dell'Ue, siano esclusi dall'applicazione della direttiva, ne limita considerevolmente la portata oggettiva. Con ciò non si vuole dire che la direttiva 2009/81/Ce non avrà un impatto anche rilevante sulle dinamiche industriali del mercato della difesa, piuttosto si mette in evidenza che l'impatto si manifesterà soprattutto sulle attività pianificate a livello nazionale, attività destinate ad essere quantitativamente meno rilevanti rispetto a quelle internazionali. I recenti programmi, quali Jsf, Meads e A400M, testimoniano una evoluzione delle attività di programmazione oltre i confini nazionali. Le regole comuni in materia di appalti, insieme con la semplificazione e il riavvicinamento dei sistemi di licenza per i trasferimenti, dovrebbero incentivare non solo la competizione, ma anche la collaborazione fra operatori industriali europei.

¹⁴² Ci si riferisce alla possibilità di sostenere un'impresa nazionale in difficoltà tramite qualche forma di aiuto statale (agevolazioni fiscali, prestiti governativi, ecc.). In tal caso, per non incorrere in una condanna della Corte di giustizia della Ce, si dovrà rispettare la disciplina comunitaria in materia di aiuti di stato.

Un secondo aspetto critico della direttiva sul *procurement* riguarda le attività di R&S, che, come detto, rivestono un ruolo fondamentale nello sviluppo industriale e nella conquista di nuove quote di mercato al di là dei confini nazionali. Gli investimenti nei progetti di ricerca pesano in gran parte sui bilanci pubblici nazionali (l'Eda gestisce *budget* nazionali spendibili per progetti di R&S, ma dispone a tal fine di risorse estremamente limitate).

La nuova direttiva potrebbe ostacolare gli investimenti in R&S e quindi la base tecnologica e della difesa in Europa¹⁴³. L'effetto collaterale trae origine dal fatto che la direttiva, in linea con la logica del mercato interno, separa nettamente la fase di R&S da quella della produzione. La prima è esclusa dalla direttiva e dal regime concorrenziale che ne deriva, mentre la seconda ne è soggetta. Il risultato potrebbe essere quello di scoraggiare gli investimenti in R&S, già per natura rischiosi. Infatti, quale industria avrebbe incentivi ad investire in un progetto di R&S per la produzione di un nuovo prodotto, se poi la sua realizzazione potrebbe essere affidata ad un'impresa straniera o diversa da quella che effettua l'investimento iniziale? Il rischio concreto è quello di incentivare l'utilizzo di tecnologie importate o non aggiornate. Le ricadute sull'efficacia delle capacità militari europee saranno inevitabili.

A ben vedere però, il rischio appena illustrato riguarda esclusivamente gli investimenti privati (delle aziende). Per quanto riguarda gli investimenti pubblici (statali) in R&S, potrebbe verificarsi un effetto contrario agli obiettivi delle direttive, ma non sugli investimenti, che saranno garantiti, bensì sulla produzione. Gli Stati potranno continuare a finanziare le rispettive industrie nazionali per lo svolgimento di progetti di ricerca finalizzati allo sviluppo di nuovi prodotti ad alto contenuto tecnologico, conformemente alle proprie esigenze operative (la direttiva, come detto, non impone alcun obbligo per quanto riguarda l'aggiudicazione di appalti in R&S, fase esclusa dai suoi scopi). L'esclusione dalla competizione comunitaria della fase di R&S, potrà avere importanti ricadute sulle fasi successive, su quella di produzione in particolare. Uno Stato che affida ad un'industria nazionale dei fondi per lo sviluppo di un nuovo prodotto¹⁴⁴, inevitabilmente, per non perdere l'investimento, sarà incentivato ad affidare alla stessa azienda (nazionale) anche la commessa per la produzione del nuovo prodotto, discriminando gli eventuali concorrenti stranieri.

¹⁴³ Il rafforzamento della *European Defence Technological and Industrial Base* (Edtib) è uno degli obiettivi dichiarati dalla Commissione alla base del *defence package*.

¹⁴⁴ Va detto che il più delle volte il finanziamento statale arriva a coprire le attività più avanzate di R&S, compresa la costruzione e il collaudo di prototipi.

In estrema sintesi, l'esclusione della R&S dall'ambito di applicazione della direttiva 2009/18/Ce, comporta un duplice rischio: da un lato il ridimensionamento delle risorse interne delle industrie destinate all'innovazione, dall'altro una non completa apertura dei mercati nazionali. Per quanto riguarda il primo aspetto, le industrie dovranno specializzarsi e concentrare i propri investimenti in particolari segmenti di mercato; in questo modo, non solo gli investimenti potranno tradursi in vantaggi competitivi per le aziende, ma potrà realizzarsi anche l'auspicata razionalizzazione produttiva su scala continentale, l'elemento fondante per un mercato europeo della difesa che funzioni in modo efficiente e che sia di sostegno alla politica di sicurezza e di difesa dell'Ue, con particolare attenzione all'interoperabilità degli equipaggiamenti. Per quanto riguarda il secondo aspetto, il possibile mantenimento di nicchie d'eccellenza nazionali, visto nella stessa ottica di specializzazione, non potrà che essere un fattore positivo. Certo è che anche gli investimenti pubblici dovranno essere maggiormente mirati, mentre si dovrà abbandonare qualsiasi logica assistenziale, certamente improduttiva in un regime concorrenziale come quello che dovrebbe crearsi.

Da un punto di vista teorico, l'aumento della competizione *cross-border* dovrebbe tradursi nella possibilità per i Ministeri della difesa nazionali di procurarsi beni della difesa a prezzi inferiori (o ad un migliore rapporto qualità/prezzo). In realtà, e nonostante l'attuale contrazione delle risorse destinate alla difesa, non è per nulla scontato che il "nazionalismo" in materia di armamenti sia destinato a diminuire; gli Stati potrebbero continuare a servirsi delle deroghe *ex art.* 296 e di quelle previste nella direttiva stessa per favorire gli operatori nazionali. Inoltre, se la competizione da un lato fa aumentare le possibilità di *business*, dall'altro fa aumentare anche i rischi. La diminuzione dei prezzi non è una conseguenza automatica della maggiore concorrenza che verrà a crearsi nel mercato della difesa europeo. Altri fattori potrebbero influenzare i prezzi. Per esempio se un'industria produce un certo prodotto in quantità superiore a quella che poi riesce effettivamente a vendere¹⁴⁵, i prezzi dei prodotti venduti successivamente potrebbero essere rivisti al rialzo per poter "riparare" i costi della produzione invenduta. La competizione in questo senso agisce come fattore di incertezza sulle vendite, prima garantite quantomeno in ambito nazionale, e sulle attività di pianificazione.

¹⁴⁵ Altri produttori potrebbero infatti offrire lo stesso bene o un "bene sostitutivo" a condizioni migliori.

Si può valutare l'impatto della direttiva in modo decisamente più favorevole, sia per le industrie, sia per gli Stati membri. Se con il precedente regime l'industria nazionale poteva contare su una quota di vendite garantite, assorbite dalla domanda nazionale, ma difficilmente poteva andare oltre tale quota, ora, con l'apertura dei mercati nazionali, potrebbe rifornire, a prezzi più bassi, il cliente nazionale e, potenzialmente, anche altri clienti europei, incrementando in questo modo il volume delle vendite e dei ricavi. Ovviamente tutto si gioca sulla competitività.

L'applicazione della direttiva 2009/81/Ce dovrebbe comportare un minor utilizzo da parte degli Stati membri della deroga prevista all'art. 296 del Trattato Ce, in linea con l'orientamento espresso dalla Commissione nella sua Comunicazione interpretativa. Sarà possibile invocare l'eccezione di sicurezza nazionale solamente nei casi, ben definiti, in cui né la direttiva sugli appalti pubblici civili, né quella sugli appalti pubblici nel settore della difesa e della sicurezza, saranno in grado di garantire un livello di sicurezza adeguato. Gli Stati membri manterranno un certo margine di discrezionalità nel decidere quando i propri interessi essenziali di sicurezza sono minacciati; eventuali abusi risulteranno però più evidenti e verranno sanzionati dalla Corte di Giustizia.

La restrizione del campo d'applicazione dell'art. 296 comporterà anche la marginalizzazione del "Codice di condotta" istituito dall'Eda, la cui applicazione è possibile solamente per i beni soggetti alla clausola di sicurezza nazionale prevista dall'art. 296 del Trattato Ce¹⁴⁶. Gli Stati potranno anche deci-

¹⁴⁶ Il Codice di Condotta per i *defence procurements* è entrato in vigore il 1 luglio 2006. Oggi partecipano al regime 25 dei 26 Stati membri dell'Eda, solamente la Romania non è coinvolta (la Danimarca non fa parte dell'Eda). L'obiettivo che l'iniziativa si propone è quello di assicurare che tutte le industrie europee della difesa possano competere su di un piano di parità per l'aggiudicazione dei contratti di fornitura di beni della difesa, quindi quello di introdurre una maggiore trasparenza e concorrenza negli appalti pubblici della difesa. Il funzionamento del codice è piuttosto semplice: gli Stati che accettano la sua applicazione ad un certo programma, si impegnano ad aprire tutte le gare d'appalto di un valore superiore a 1 milione di euro agli offerenti stranieri. Per rendere operativa questa iniziativa l'Eda ha creato un bollettino elettronico in cui vengono pubblicizzati tutti i contratti soggetti alla disciplina prevista dal codice e a cui possono accedere i potenziali fornitori indipendentemente dalla loro nazionalità. Il punto debole dell'iniziativa risiede nel fatto che l'assoggettamento alle regole del codice rimane volontario e non giuridicamente vincolante; gli Stati che lo sottoscrivono possono recedere in qualsiasi momento e senza limitazione alcuna. Inoltre, non sono previste sanzioni in caso di violazione delle norme in esso contenute. I dati relativi al primo anno di attività del codice confermano la scarsa propensione degli Stati membri nell'aprire i propri mercati della difesa a fornitori non nazionali. La direttiva 2009/81/Ce rappresenta l'evoluzione dell'iniziativa lanciata dall'Eda nel senso che le disposizioni in essa contenute avranno un carattere vincolante e si applicheranno a tutti i beni della difesa, non solamente a quelli soggetti all'art. 296.

dere di servirsi dell'art. 296 e, contemporaneamente, di non applicare il "Codice di condotta", uno strumento non giuridicamente vincolante. Le amministrazioni aggiudicatrici avranno quindi a disposizione ben 4 possibilità per aggiudicare un appalto pubblico nel settore della difesa o della sicurezza:

- applicare la direttiva civile (direttiva n.18 del 2004);
- applicare la "direttiva difesa" 2009/81/Ce appositamente predisposta per gli appalti pubblici nei settori della difesa e della sicurezza;
- invocare l'art. 296 del Trattato Ce e applicare il "Codice di condotta" dell'Eda;
- invocare l'art. 296 del Trattato Ce e applicare esclusivamente la normativa nazionale (o derivante da un accordo internazionale).

Con il regime giuridico precedente, le possibilità erano limitate all'applicazione della direttiva civile o all'invocazione dell'art. 296; in questo modo gli Stati membri andavano incontro a due situazioni indesiderate. Nel primo caso essi concedevano un appalto (sensibile) senza le dovute garanzie in materia di sicurezza delle informazioni e delle forniture (la direttiva civile non contiene disposizioni funzionali alla tutela delle esigenze di segretezza che talvolta si rendono necessarie nei settori della difesa e della sicurezza). Nel secondo caso, il rischio era rappresentato dalla possibilità di incorrere in una condanna della Corte di Giustizia. Ora, con una direttiva che considera le esigenze particolari dei settori sensibili, gli Stati tenderanno ad applicare regole comuni senza per questo pregiudicare i propri interessi di sicurezza. Nonostante alcune criticità, la valutazione del "pacchetto difesa" non può che essere positiva. Dopo più di cinquant'anni dalla firma del Trattato istitutivo della Comunità europea, i principi del mercato interno si applicheranno anche nel settore della difesa, senza pregiudizi per le esigenze di sicurezza degli Stati membri. In un arco di tempo stimabile in dieci anni, potrà essere superata l'attuale struttura del mercato europeo della difesa, frammentata in 27 mercati nazionali e potrà realizzarsi un vero "mercato unico europeo della difesa". Ne beneficeranno le industrie europee che avvieranno una razionalizzazione delle proprie capacità tecnologiche e produttive (adeguamento della struttura produttiva) e potranno così diventare più competitive, anche su mercati extraeuropei. Ne beneficeranno gli Stati membri che potranno acquistare beni per la difesa a prezzi più bassi secondo il principio del *best value for money*. Ne beneficeranno le Forze Armate europee che potranno dotarsi di equipaggiamenti più omogenei e quindi meglio interoperabili e integrabili fra loro.

Il rafforzamento dell'Europa della difesa che si intende realizzare con l'applicazione del "pacchetto difesa" indica che ci si sta muovendo sulla strada del completamento dell'integrazione europea.

LISTA DEGLI ACRONIMI

Aiad	Federazione aziende italiane per l'aerospazio, la difesa e la sicurezza
Aap	Accordo sugli appalti pubblici
Asd	AeroSpace and Defence Industries association of Europe
Ce	Comunità europea
Ceca	Comunità economica del carbone e dell'acciaio
Cee	Comunità economica europea
CeMiSS	Centro Militare di Studi Strategici
Cgce	Corte di giustizia della comunità europea
Eads	European Aeronautic Defence and Space Company
Eda	European Defence Agency
Edem	European Defence Equipment Market
Edtib	European Defence Technological and Industrial Base
Euratom	European Atomic Energy Community
FA/LoI	Framework Agreement / Letter of Intent
Gatt	General Agreement on Tariffs and Trade
Gpa	Agreement on Government Procurement
Gmes	Global Monitoring for Environment and Security
Guue	Gazzetta ufficiale dell'Unione europea
Iva	Imposta sul valore aggiunto
Meads	Medium Extended Air Defence System
Nato	North Atlantic Treaty Organization
Omc	Organizzazione mondiale del commercio
Onu	Organizzazione delle Nazioni Unite
Pesc	Politica estera e di sicurezza comune
Pesd	Politica europea di sicurezza e difesa
Pmi	Piccole e medie imprese
Jsf	Joint Strike Fighter
Occar	Organisation conjointe de Coopération en matière d'Armement
R&S	Ricerca e Sviluppo
R&T	Ricerca e Tecnologia
Tdcs	Transnational Defence Companies
Ue	Unione europea
Uncitral	United Nations Commission on International Trade Law

Index (1996-2009)

- *La nuova iniziativa europea per lo spazio: Global Monitoring for Environment and Security*, Federica Alberti (n. 32, ottobre 2008, pp. 157)
- *Il programma Joint Strike Fighter F-35 e l'Europa*, Michele Nones, Giovanni Gasparini, Alessandro Marrone (n. 31, ottobre 2008, pp. 93)
- *Cooperazione transatlantica nella difesa e trasferimento di tecnologie sensibili*, di Alessandro Marrone (n. 30, giugno 2008, pp. 132)
- *Le prospettive dell'economia globale e il ruolo delle aree emergenti*, *Global Outlook 2007, Rapporto finale*, Laboratorio di Economia Politica Internazionale (n. 29, novembre 2007, pp. 155)
- *Il Golfo e l'Unione Europea. Rapporti economici e sicurezza*, a cura di Roberto Aliboni (n. 28, settembre 2007, pp. 117)
- *Un bilancio europeo per una politica di crescita*, Maria Teresa Salvemini e Oliviero Pesce (n. 27, giugno 2007, pp. 104)
- *La politica europea dell'Italia. Un dibattito aperto*, a cura di Raffaello Matarazzo (n. 26, novembre 2006, pp. 153)
- *Integrazione europea e opinione pubblica italiana*, a cura di Michele Comelli e Ettore Greco (n. 25, maggio 2006, pp. 72)
- *Nuove forme di procurement per la difesa*, Sara Mezzio (n. 24, giugno 2005, pp. 85)
- *Francia-Italia: relazioni bilaterali, strategie europee/France-Italie: relations bilatérales, stratégies européennes*, di Jean-Pierre Darnis (n. 23, marzo 2005, pp. 96)
- *La Politica europea di vicinato*, di Riccardo Alcaro e Michele Comelli, (n. 22, marzo 2005, pp. 68)
- *La nuova Costituzione dell'Unione e il futuro del Parlamento europeo*, Collegio europeo di Parma, Centro studi sul federalismo, Istituto Affari Internazionali (n. 21, giugno 2004, pp. 127)
- *L'articolo 296 Tce e la regolamentazione dei mercati della difesa*, Riccardo Monaco (n. 20, gennaio 2004, pp. 109, pp. 109)
- *Processi e le politiche per l'internazionalizzazione del sistema Italia*, a cura di Paolo Guerrieri (n. 19, novembre 2003, pp. 130)
- *Il terrorismo internazionale dopo l'11 settembre: l'azione dell'Italia*, di Antonio Armellini e Paolo Trichilo (n. 18, luglio 2003, pp. 120)
- *Il processo di integrazione del mercato e dell'industria della difesa in Europa*, a cura di Michele Nones, Stefania Di Paola e Sandro Ruggeri (n. 17, maggio 2003, pp. 34)
- *Presenza ed impegni dell'Italia nelle Peace Support Operations*, di Linda Landi, (n. 16, gennaio 2003, pp. 83)
- *La dimensione spaziale della politica europea di sicurezza e difesa*, a cura di Michele Nones, Jean Pierre Darnis, Giovanni Gasparini, Stefano Silvestri, (n. 15, marzo 2002, pp. 48)
- *Il sistema di supporto logistico delle Forze Armate italiane: problemi e prospetti-*

- ve, a cura di Michele Nones, Maurizio Cremasco, Stefano Silvestri (n. 14, ottobre 2001, pp. 74)
- *Il Wto e la quarta Conferenza internazionale: quali scenari?*, a cura di Isabella Falautano e Paolo Guerrieri (n. 13, ottobre 2001, pp. 95)
 - *Il Wto dopo Seattle: scenari a confronto*, a cura di Isabella Falautano e Paolo Guerrieri (n. 12, ottobre 2000, pp. 86)
 - *Il ruolo dell'elicottero nel nuovo modello di difesa*, a cura di Michele Nones e Stefano Silvestri (n. 11, settembre 2000, pp. 81)
 - *Il Patto di stabilità e la cooperazione regionale nei Balcani*, a cura di Ettore Greco (n. 10, marzo 2000, pp. 43)
 - *Politica di sicurezza e nuovo modello di difesa*, di Giovanni Gasparini (n. 9, novembre 1999, pp. 75)
 - *Il Millennium Round, il Wto e l'Italia*, a cura di Isabella Falautano e Paolo Guerrieri (n. 8, ottobre 1999, pp. 103)
 - *Trasparenza e concorrenza nelle commesse militari dei paesi europei*, di Michele Nones e Alberto Traballesi, (n. 7, dicembre 1998, pp. 31)
 - *La proliferazione delle armi di distruzione di massa: un aggiornamento e una valutazione strategica*, a cura di Maurizio Cremasco, (n. 6, maggio 1998, pp. 47)
 - *Il rapporto tra centro e periferia nella Federazione Russa*, a cura di Ettore Greco (n. 5, novembre 1997, pp. 50)
 - *Politiche esportative nel campo della Difesa*, a cura di Michele Nones e Stefano Silvestri (n. 4, ottobre 1997, pp. 37)
 - *Gli interessi italiani nell'attuazione di un modello di stabilità per l'Area mediterranea*, a cura di Roberto Aliboni (n. 3, ottobre 1996, pp. 63)
 - *Comando e controllo delle Forze di Pace Onu*, a cura di Ettore Greco e Natalino Ronzitti (n. 2, luglio 1996, pp. 65)
 - *L'economia della Difesa e il nuovo Modello di Difesa*, a cura di Michele Nones (n. 1, giugno 1996, pp. 35)

English Series

- *Coordinating Global and Regional Efforts to Combat WMD Terrorism*, edited by Natalino Ronzitti (n. 15, March 2009, pp. 189)
- *Democracy in the EU and the Role of the European Parliament*, edited by Gianni Bonvicini (n. 14, March 2009, pp. 72)
- *Talking Turkey in Europe: Towards a Differentiated Communication Strategy*, edited by Nathalie Tocci (n. 13, December 2008, pp. 283)
- *Re-launching the Transatlantic Security Partnership*, edited by Riccardo Alcaro (n. 12, November 2008, pp. 141)
- *Talking Turkey in Europe: Towards a Differentiated Communication Strategy*, edited by Nathalie Tocci (n. 13, December 2008, pp. 283)

- *Strengthening the UN security system. The role of Italy and the EU*, edited by Nicoletta Pirozzi (No 11, April 2008, pp. 108)
- *The Tenth Anniversary of the CWC's Entry into Force: Achievements and Problems*, edited by Giovanni Gasparini and Natalino Ronzitti (n. 10, December 2007, pp. 126)
- *Conditionality, Impact and Prejudice in EU-Turkey Relations – IAI TEPAV Report*, edited by Nathalie Tocci (n. 9, July 2007, pp. 163)
- *Turkey and European Security. IAI-Tesev Report*, edited by Giovanni Gasparini (n. 8, February 2007, pp. 103)
- *Nuclear Non-Proliferation: The Transatlantic Debate*, Ettore Greco, Giovanni Gasparini, Riccardo Alcaro (n. 7, February 2006, pp. 102)
- *Transatlantic Perspectives on the Broader Middle East and North Africa, "Where are we? Where do we go from here?"*, Tamara Cofmaqn Wittes, Yezid Sayigh, Peter Sluglett, Fred Tanner (n. 6, December 2004, pp. 62)
- *Democracy and Security in the Barcelona Process. Past Experiences, Future Prospects*, by Roberto Aliboni, Rosa Balfour, Laura Guazzone, Tobias Schumacher (n. 5, November 2004, pp. 38)
- *Peace-, Institution- and Nation-Building in the Mediterranean and the Middle East. Tasks for the Transatlantic Cooperation*, edited by Roberto Aliboni, (n. 4, December 2003, pp. 91)
- *North-South Relations across the Mediterranean after September 11. Challenges and Cooperative Approaches*, Roberto Aliboni, Mohammed Khair Eiedat, F. Stephen Larrabee, Ian O. Lesser, Carlo Masala, Cristina Paciello, Alvaro De Vasconcelos (n. 3, March 2003, pp. 70)
- *Early Warning and Conflict Prevention in the Euro-Med Area. A Research Report by the Istituto Affari Internazionali*, Roberto Aliboni, Laura Guazzone, Daniela Pioppi (n. 2, December 2001, pp. 79)
- *The Role of the Helicopter in the New Defence Model*, edited by Michele Nones and Stefano Silvestri (n. 1, November 2000, pp. 76)

Istituto Affari Internazionali
00186 Roma - Via Angelo Brunetti, 9
Tel. 39-6-3224360 Fax 39-6-3224363
<http://www.iai.it> - e-mail: iai@iai.it
Per ordini: *iai_library@iai.it*