

I contratti segreti nel Codice appalti

1. La disciplina dei contratti segreti nel d.lgs. n. 50/2016: il provvedimento di segretezza.

I contratti segreti sono disciplinati dall'art. 162 del d.lgs. n. 50/2016, nel Titolo VI, relativo ai "Regimi particolari di appalto", pertanto essi non rientrano più tra i contratti esclusi in tutto o in parte dall'ambito di applicazione del Codice come nella disciplina previgente. Nonostante ciò, la disciplina è rimasta sostanzialmente invariata rispetto a quella dell'art. 17 del d.lgs. n. 163/2006.

Si tratta di contratti caratterizzati dalla possibilità di derogare alle procedure di affidamento disciplinate dal Codice al fine di evitare la diffusione di notizie che possano pregiudicare interessi nazionali o interessi vitali per la salvaguardia dello Stato.

In particolare, le disposizioni del Codice *"possono essere derogate:*

a) per i contratti al cui oggetto, atti o modalità di esecuzione è attribuita una classifica di segretezza;

b) per i contratti la cui esecuzione deve essere accompagnata da speciali misure di sicurezza, in conformità a disposizioni legislative, regolamentari o amministrative".

Per l'esercizio della deroga di cui alla lett. a) è necessario che le amministrazioni o gli enti utenti attribuiscano, con provvedimento motivato, la classifica di segretezza, ai sensi dell'art. 42 della l. n. 124/2007¹; mentre per la deroga di cui alla lett. b), occorre la dichiarazione, con provvedimento motivato, dei lavori, servizi o forniture eseguibili con speciali misure di sicurezza.

Pertanto, la stazione appaltante è tenuta a valutare la sussistenza di rischi in merito all'eventuale pubblicità della procedura e, nel caso, a trasmettere un'istanza motivata di segretazione all'Ufficio centrale per la segretezza, così da ricevere l'autorizzazione e l'elenco degli operatori economici in possesso del nulla osta di segretezza, c.d. NOS.

Il provvedimento attributivo del carattere di segretezza deve essere adottato prima dell'avvio della procedura di aggiudicazione del contratto, come precisato dal Consiglio di Stato², dal dirigente generale dell'amministrazione o dell'ente usuario, come disposto dall'art. 8, comma

¹ Art. 42, l. n. 124/2007: *"Le classifiche attribuibili sono: segretissimo, segreto, riservatissimo, riservato"*.

² Consiglio di Stato, sez. IV, n. 6491/2004.

10, del d.l. n. 78/2010, convertito in l. n. 122/2010. In merito si è pronunciata anche la Corte dei Conti con la Deliberazione n. 22 del 21 ottobre 2010, stabilendo che *“l’art. 8, comma 10, del decreto legge 78/2010 (innovando rispetto alla consolidata giurisprudenza della Sezione del controllo preventivo di legittimità di questa Corte, la quale aveva costantemente manifestato l’orientamento che i decreti di cui all’art. 17, comma 2, del decreto legislativo 163/2006 fossero di competenza dell’autorità politica) ha stabilito che i suddetti provvedimenti rientrano nella competenza dei direttori generali [...]”*.

Il decreto dichiarativo di segretezza deve riguardare il singolo caso, non essendo ammessa la segretezza per blocchi di materie, e deve essere motivato, ai sensi dell’art. 3 della l. n. 241/90. In merito alla motivazione del provvedimento, la Corte dei Conti si è più volte pronunciata affermando la necessità che esso fosse *“adeguatamente motivato secondo i principi generali del procedimento amministrativo”* e che recasse *“una adeguata ponderazione con riferimento alle specifiche circostanze che rendono necessario il ricorso al procedimento derogatorio”*, infatti *“la necessità della segretezza o riservatezza, che conducono all’adozione di procedure contrattuali in deroga al principio della concorrenza e della parità contrattuale, deve trovare effettivo riscontro, oltre che nei requisiti soggettivi, anche nelle caratteristiche oggettive dell’opera”*.

2. Il rispetto dei principi di cui all’art. 4 del d.lgs. n. 50/2016

Nella disciplina previgente l’art. 17 andava coordinato con l’art. 27, rubricato *“principi relativi ai contratti esclusi”*. Con il nuovo Codice l’art. 162 va letto in combinato disposto con l’art. 4, che ha sostituito il richiamato art. 27. Infatti, nonostante ora i contratti segreti non rientrino più tra i contratti esclusi sono comunque annoverati tra i regimi particolari di appalto. Proprio la segretezza, la particolarità che li contraddistingue, fa sì che per essi le stazioni appaltanti possano ricorrere ad un regime derogatorio, che è comunque vincolato al rispetto dei principi di economicità, efficacia, trasparenza, imparzialità, parità di trattamento, proporzionalità, pubblicità, tutela dell’ambiente ed efficienza energetica sanciti, per l’appunto, dall’art. 4.

L’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, n. 1 del 2008, per prima, pronunciandosi in merito all’esecuzione di prestazioni sociosanitarie, non rientranti nella disciplina relativa ai contratti di pubblici servizi, aveva stabilito che pur trattandosi di contratti esclusi in parte dall’ambito di

applicazione del Codice si doveva applicare l'art. 27 ed in particolare i principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento e proporzionalità.

Il TAR Veneto con la sentenza n. 1316 del 2014 in merito all'affidamento del servizio di intercettazioni telefoniche e ambientali, connotato dal carattere di riservatezza da parte della stazione appaltante, si è conformato alla decisione dell'Adunanza plenaria affermando che il regime di affidamento di tale servizio *“non si sottrae completamente alla disciplina comunitaria né alle statuizioni dell'art. 97 Cost., oltre e conseguentemente ai principi della trasparenza, economicità, imparzialità ed efficacia, previsti nella normativa di cui all'art. 27 del d.lgs. n. 163 del 2006 per i c.d. contratti esclusi”*.

Da ultimo, con la sentenza n. 5786/2017 il TAR Campania ha confermato la precedente impostazione per cui, in linea di continuità con l'art. 27 del vecchio Codice, l'art. 4 impone il rispetto dei principi anche per i contratti segreti.

3. La scelta del contraente e la procedura di affidamento del contratto

Possono partecipare alla procedura gli operatori economici che, ai sensi dell'art. 162, comma 3, siano in possesso dei requisiti previsti dal codice e del NOS, nulla osta di sicurezza.

I requisiti di ordine generale, prima disciplinati dall'art. 38, sono ora contenuti nell'art. 80, rubricato *“motivi di esclusione”*, pertanto l'operatore economico per poter partecipare alla procedura non deve trovarsi in nessuna delle situazioni che ne determinerebbero l'esclusione. L'amministrazione, in particolare, può tener conto di eventuali inadempienze e negligenze poste in essere dalla società esercente il servizio, essendo l'affidabilità del contraente un requisito ineliminabile per l'affidamento dei contratti. Trova quindi applicazione l'art. 80, comma 5, lett. c), che dispone l'esclusione degli operatori economici che abbiano commesso illeciti professionali tali da mettere in dubbio la loro affidabilità o integrità.

Con riferimento al NOS, si tratta di un requisito oggettivo di ordine speciale, di cui l'operatore economico deve essere in possesso a pena di esclusione e che comporta, ai sensi dell'art. 2 D.P.C.M 7 giugno 2005, la possibilità per la Pubblica Amministrazione, la società, l'ente di diritto privato, l'associazione, l'organismo di impiegare una persona in attività che comportano la necessità di trattare informazioni classificate come *“segretissimo”*, *“segreto”*, *“riservatissimo”*.

Come affermato dal TAR Umbria nella sentenza n. 204/2012 e poi confermato dal Consiglio di Stato con sentenza n. 3059/2013, la titolarità del NOS può essere dimostrata anche facendo

ricorso all'avvalimento, trattandosi di un requisito speciale attinente alla capacità tecnica dell'operatore economico. Pertanto, ai sensi dell'art. 89, comma 1, del nuovo Codice (prima art. 49, comma 1, del d.lgs. n. 163/2006), il possesso di tale requisito può essere dimostrato *"in modo indiretto, utilizzando i requisiti posseduti da altri"*. L'impresa ausiliaria comunque non si limita a fornire il nulla osta, ma si obbliga a mettere a disposizione dell'ausiliata *"il personale, le proprie risorse organizzative, tecnologiche e gli altri elementi necessari ad assicurare gli indispensabili livelli di segretezza nell'esecuzione dell'appalto"*.

L'art. 162, comma 4, così come il previgente art. 17, comma 4, dispone che l'affidamento di tali contratti *"avviene previo esperimento di una gara informale a cui sono invitati almeno cinque operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti qualificati in relazione all'oggetto del contratto e sempre che la negoziazione con più di un operatore economico sia compatibile con le esigenze di segretezza e sicurezza"*.

La previsione della gara informale con invito di almeno 5 operatori economici ha l'obiettivo di salvaguardare il rispetto dei principi di concorrenza, parità di trattamento e non discriminazione.

L'Amministrazione gode di ampia discrezionalità nella scelta della procedura da espletare in concreto, avendo la facoltà e non l'obbligo di ricorrere alla procedura derogatoria. Tuttavia, qualora decida di ricorrervi deve dichiarare di volersene avvalere e la procedura stessa deve risultare idonea alla realizzazione delle misure di sicurezza, non essendo sufficiente la dichiarazione di segretezza. In caso contrario devono applicarsi le procedure ordinarie. Trattandosi di una procedura derogatoria non si applicano le disposizioni del codice relative ai criteri per la selezione della migliore offerta, all'offerta economicamente più vantaggiosa ed alla commissione giudicatrice. La giurisprudenza aveva decretato la portata non cogente degli artt. 81, 83 e 84 del vecchio Codice, ora artt. 77 e 95, i quali pertanto non trovano diretta applicazione ma devono essere espressamente richiamati nella lettera di invito, essendo la stazione appaltante vincolata al solo rispetto dei principi generali di cui all'art. 4 del nuovo.

4. L'accesso agli atti

L'art. 53 del d.lgs. n. 50/2016 disciplina l'accesso agli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici, rinviando, per quanto non espressamente previsto dal Codice, alle disposizioni della legge sul procedimento amministrativo, che, all'art. 24, comma

2 lett. a), esclude l'esercizio di tale diritto nei casi di segreto o di divieto di divulgazione previsti dalla legge.

Fatta salva la disciplina prevista per i contratti segreti, ai sensi del comma 2 dell'art. 53, il diritto di accesso è differito *"in relazione all'elenco dei soggetti che sono stati invitati a presentare offerte e all'elenco dei soggetti che hanno presentato offerte, fino alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte medesime; ai soggetti la cui richiesta di invito sia stata respinta, è consentito l'accesso all'elenco dei soggetti che hanno fatto richiesta di invito o che hanno manifestato il loro interesse, dopo la comunicazione ufficiale, da parte delle stazioni appaltanti, dei nominativi dei candidati da invitare"*.

L'esercizio del diritto, fatta sempre salva la disciplina dei contratti segreti, è escluso, ai sensi del comma 5, in relazione ad alcuni atti, quali le relazioni riservate del direttore dei lavori, del direttore dell'esecuzione e dell'organo di collaudo.

Il TAR Calabria con la sentenza n. 830/2017 si è pronunciato sul ricorso proposto da una società, partecipante alla gara per l'affidamento dei servizi di intercettazione, che aveva presentato domanda di accesso alla quale l'amministrazione si era opposta con diniego tacito. Ferma la natura segretata dell'appalto, il TAR ha affermato che dalla lettura dei commi 2 e 5 sembrerebbe che l'art. 162 disciplini il diritto di accesso per tali appalti, mentre il Codice nulla dispone in tal senso, lasciando, pertanto, all'interprete il compito di bilanciare l'interesse alla segretezza, e quindi alla tutela di interessi vitali dello Stato, con il diritto di difesa. Tale bilanciamento deve essere svolto attenendosi alla fattispecie concreta.

Nel caso esaminato il TAR ha stabilito il dovere per l'amministrazione aggiudicatrice di garantire l'accesso a tutti gli atti che non contengano informazioni sulle modalità di prestazione dei servizi, avendo ricevuto la società ricorrente lettera di invito alla procedura, ed essendo pertanto a conoscenza dell'oggetto dell'appalto. Il TAR ha quindi ordinato all'amministrazione di consentire l'esame e l'estrazione dei verbali di gara, della documentazione amministrativa e delle offerte economiche.

5. Il controllo e la vigilanza sui contratti segreti: il protocollo di legalità stipulato tra l'ANAC e la Corte dei Conti.

Il controllo e la vigilanza sui contratti segreti sono svolti dall'Autorità Nazionale Anticorruzione, ai sensi dell'art. 213, comma 3, lett. a), e dalla Corte dei Conti che, ai sensi

dell'art. 162, comma 5, svolge un controllo preventivo sulla legittimità e sulla regolarità di tali contratti, attraverso un ufficio organizzato in modo da garantire la riservatezza.

L'ANAC e la Corte, dovendo svolgere entrambe funzioni di controllo e vigilanza, hanno stipulato a febbraio 2017 un Protocollo d'intesa volto ad individuare momenti di scambio di dati e informazioni in base al principio di leale collaborazione tra le amministrazioni. A tal fine è stato istituito un tavolo di consultazione permanente tra il Presidente della Corte e il Presidente dell'ANAC per stabilire le linee di tale collaborazione.

Il Protocollo d'intesa dispone che le parti sono tenute a scambiarsi segnalazioni, informazioni, esposti, denunce riguardanti i contratti segretati, nel rispetto delle esigenze di segretezza e della normativa sul segreto, e ad individuare casistiche rilevanti così da permettere l'elaborazione di un compendio sulle attività della Corte e l'emanazione delle linee guida da parte dell'Autorità.