

# SENATO DELLA REPUBBLICA

## COMMISSIONE 8<sup>A</sup> LAVORI PUBBLICI

AUDIZIONE 15 GENNAIO 2015

**Fabrizio Fracchia,**  
Ordinario di diritto amministrativo  
presso l'Università L. Bocconi - Milano

I. In primo luogo, anche in qualità di Direttore dell'Osservatorio sui contratti pubblici istituito dalle Università di Pavia e L. Bocconi di Milano, ringrazio per l'opportunità che mi è concessa di poter interloquire con Voi.

Desidero sottolineare l'estrema importanza e delicatezza del compito che codesto Parlamento si accinge a svolgere predisponendo la legge delega per il recepimento delle nuove Direttive europee.

Proprio in seno all'Osservatorio sui contratti pubblici che ho testé richiamato è spesso emerso con estrema chiarezza come tra i rischi più temuti dagli operatori vi sia quello dell'incertezza normativa.

La continua manutenzione cui è stato sottoposto il codice, la prassi delle deroghe (su cui tornerò appresso) e l'incessante fibrillazione legislativa hanno generato dubbi interpretativi e difficoltà applicative, a tacere del fatto che tutto ciò ha costituito un importante freno agli investimenti, anche stranieri.

Per altro verso, è sufficiente ricordare che gli appalti rappresentano circa il 19 % dell'intero PIL europeo per rendersi conto della rilevanza strategica del settore, soprattutto in un periodo di crisi economica (v. anche Strategia Europa 2020).

In Italia, poi, le commesse pubbliche sono purtroppo state spesso occasione di comportamenti illeciti e di corruzione: ciò costituisce un'ulteriore ragione per porre

mano alla disciplina, ma, al contempo, rende necessaria un'estrema attenzione nella produzione di regole adeguate.

Va altresì ricordato che il settore dei contratti pubblici, sotto il profilo giuridico, ha conosciuto una sorta di costante e significativo “arricchimento funzionale”. In estrema sintesi, mentre in passato la disciplina era finalizzata soprattutto a garantire la miglior cura dell'interesse pubblico, negli anni più recenti si è assistito all'irrompere (attestato anche da Corte cost., n. 401/2007 e generato proprio dalle direttive europee) del principio della concorrenza, fino a giungere all'accentuazione delle esigenze del buon uso delle risorse pubbliche (*spending review*) e a declinazioni differenti del valore della concorrenza (che guarda anche alla protezione delle piccole e delle medie imprese), senza dimenticare la trasparenza, la lotta alla corruzione e la cura di interessi ambientali e sociali.

Tutto ciò ha reso ancora più mosso il quadro di riferimento, arricchendo le istanze che il legislatore deve considerare e rendendo ancor più difficile il compito di intervenire sul tessuto normativo.

Tra l'altro, questa stratificazione funzionale spesso ha condotto all'adozione di soluzioni giuridiche non in linea con quelle introdotte da norme precedenti che tendono a curare interessi diversi. Per citare un solo esempio, mentre la “sanzione” della violazione delle regole sulla concorrenza è costituita dall'inefficacia del contratto (v. codice del processo amministrativo, artt. 121 e ss.), nel caso della violazione delle disposizione sulla *spending review* il legislatore ha utilizzato la categoria della nullità. Il d.l. 95/2012, conv. nella l. 135/2012, ad esempio, prevede che i contratti stipulati in violazione dell'art. 26, c. 3, l. 488/1999 (che contempla convenzioni per l'acquisto di beni e di servizi) e in violazione degli obblighi di approvvigionarsi attraverso gli strumenti di acquisto messi a disposizione da Consip S.p.A. sono nulli, costituiscono illecito disciplinare e sono causa di responsabilità amministrativa (ma vi è la possibilità di dimostrare che il contratto è stato stipulato ad un prezzo più basso di quello derivante dal rispetto dei parametri di qualità e di prezzo degli strumenti di acquisto messi a disposizione da Consip S.p.A., ed a

condizione che tra l'amministrazione interessata e l'impresa non siano insorte contestazioni sulla esecuzione di eventuali contratti stipulati in precedenza). Una disciplina in parte analoga è posta, con riferimento a talune categorie merceologiche (energia elettrica, gas, carburanti rete e carburanti extra-rete, combustibili per riscaldamento, telefonia fissa e telefonia mobile), dal c. 7 del medesimo articolo. Non solo: sempre con l'obiettivo di realizzare risparmi di spesa, la disciplina incide pesantemente sul regime del contratto, in particolare sulla stabilità delle pattuizioni, anche di quelli già stipulati, avvicinando gli stessi agli accordi di cui all'art. 11, l. 241/1990: il cit. art. 1, al c. 13, d.l. 95/2012, ad esempio, dispone che le amministrazioni pubbliche che abbiano validamente stipulato un autonomo contratto di fornitura o di servizi hanno diritto di recedere in qualsiasi tempo dal contratto, previa formale comunicazione all'appaltatore con preavviso non inferiore a quindici giorni e previo pagamento delle prestazioni già eseguite oltre al decimo delle prestazioni non ancora eseguite, nel caso in cui, tenuto conto anche dell'importo dovuto per le prestazioni non ancora eseguite, i parametri delle convenzioni stipulate da Consip S.p.A. ex art. 26, l. 488/1999 successivamente alla stipula del predetto contratto siano migliorativi rispetto a quelli del contratto stipulato e l'appaltatore non acconsenta ad una modifica delle condizioni economiche tale da rispettare il limite di cui alle convenzioni testé citate. Inoltre, ogni patto contrario è nullo e il diritto di recesso si inserisce automaticamente nei contratti in corso ai sensi dell'art. 1339 c.c., anche in deroga alle eventuali clausole difformi apposte dalle parti.

Un'ulteriore difficoltà deriva dal fatto che il recepimento delle nuove Direttive inciderà su di un tessuto normativo costituito da una disciplina pregressa molto minuziosa, che ha dato luogo a un codice dei contratti molto "pesante", che irrigidisce in modo deciso i comportamenti delle amministrazioni, completato da un regolamento altrettanto complesso. Le nuove Direttive, viceversa, paiono esprimere un orientamento di favore nei confronti di una maggior flessibilità dell'azione pubblica.

La testé richiamata complessità del quadro normativo, poi, ha alimentato un contenzioso amministrativo spesso accusato di essere concausa dei problemi di ritardi nell'esecuzione delle opere, anche se non si deve dimenticare che il giudice, oggi dotato di strumenti nuovi e più flessibili, ha svolto un'importante funzione di definizione e affinamento di importanti istituti.

Infine, esistono innumerevoli problemi più specifici che la nuova disciplina dovrà affrontare, che vanno dal regime delle varianti al controllo nella fase esecutiva, dall'assenza di una disciplina compiuta della allocazione dei rischi alla valorizzazione del profilo dell'innovazione.

II. Ciò detto in generale, volgerò ora la mia attenzione al disegno di legge, offrendo alla riflessione alcune osservazioni generali, per poi giungere a talune considerazioni più specifiche, pur conscio che non tutti i punti che saranno trattati possono essere recepiti in una legge delega, al contempo però convinto che la conoscenza del quadro generale possa essere in ogni caso utile al legislatore.

Intanto, non si può non rilevare come la soluzione di molti problemi sia già contenuta nelle direttive che, sul punto, potrebbero essere semplicemente trasposte (si pensi alla procedura negoziata e al partenariato).

In secondo luogo, merita una considerazione specifica il tema degli spazi di scelta che residuano in capo agli Stati membri (ma anche alle amministrazioni): è sufficiente fare una ricerca per parola chiave all'interno dei files delle Direttive, introducendo i termini "Stati membri possono" e ci si potrà rendere conto di quanti ampi essi siano (spesso ulteriormente delineati nei "considerando"). Potrebbe essere utile verificare se il disegno di legge delega abbia effettuato al riguardo scelte chiare o (e entro quali limiti) se lasci al Governo piena libertà.

In terzo luogo, il disegno di legge delega in esame valorizza soltanto alcuni degli interessi, valori o finalità contenuti nelle direttive europee. Ad esempio, nell'ambito di un deciso rafforzamento del ruolo delle Autorità di vigilanza del

settore, le direttive si riferiscono esplicitamente non solo ai profili concernenti la lotta alla corruzione, ma anche a quelli relativi alla frode, al clientelismo e ai conflitti d'interesse (art. 45 della direttiva sulle concessioni). Questi ultimi elementi non sembrano, invece, emergere dal testo del disegno di legge delega, il quale, nell'ambito dell'implementazione della trasparenza e della pubblicità delle procedure di gara (e non solo di queste), avverte la sola esigenza di definire misure idonee alla lotta alla corruzione nel settore degli appalti pubblici (art. 1, lett. e) del ddl).

In quarto luogo, il disegno di legge ha ad oggetto la delega per l'attuazione delle Direttive. Sembra dunque doversi inferire che non dovrà essere scritto un nuovo codice dei contratti (vedi, infatti, la lettera b, che parla di codice degli "appalti"), anche se, alla lettera p, si prevede l'abrogazione dell'attuale d.lgs. 163/2006 (con formula che pare riferirsi a tutte le disposizioni del codice attuale, che, giova ricordarlo, concerne i "contratti pubblici"). Di interesse, a questo riguardo, è anche il raffronto con la più ampia formulazione di cui all'art. 25, della l. 62/2005 che conteneva la delega poi esercitata con l'emanazione dell'attuale codice dei contratti: là si parlava di emanazione di uno o più decreti legislativi "volti a definire un quadro normativo finalizzato al recepimento della direttiva...".

Vero è che la lettera b) dell'articolato oggi in esame fa riferimento alla necessità di garantire il coordinamento con altre disposizioni di settore (ciò non potrebbe però comportare un ampliamento dell'oggetto della delega); tuttavia, sarebbe utile comprendere se l'idea è quella di scrivere un codice onnicomprensivo.

In questa seconda ipotesi (a tacere dell'ulteriore problema, che qui non verrà affrontato, degli spazi eventualmente sussistenti a favore delle Regioni, sia ordinarie, sia a Statuto speciale), in particolare, nel codice potrebbero trovare ospitalità le norme sul regime dei contratti emanati in violazione delle regole sulla *spending review*; si potrebbero poi introdurre regole relative ai contratti attivi che procurano entrate (sui quali la giurisprudenza è invero abbastanza consolidata, ma non sarebbe inopportuno un chiarimento), così come si potrebbero esattamente definire i concetti di contratti esclusi e quelli estranei. A tale ultimo riguardo, si ricordi che Cons. Stato,

ad. plen., n. 16/2011 ha statuito che gli appalti aggiudicati dagli “enti aggiudicatori” (e, dunque, non già da un’amministrazione) in ambiti diversi dalle attività rientranti nei settori speciali (tali appalti sono qualificati come “estranei”, in quanto del tutto al di fuori dei settori di intervento delle Direttive e dell’ordinamento dell’Unione europea) sfuggono all’applicazione dei principi del Trattato e sono soggetti alla giurisdizione del giudice ordinario.

Si potrebbe inoltre cogliere l’occasione per disciplinare ulteriormente alcune figure oggi già presenti nel codice dei contratti.

Sia sufficiente fornire due esempi al riguardo, relativi al leasing e alle sponsorizzazioni.

Quanto al leasing, sarebbe opportuno chiarire se debba essere posta in essere una doppia gara (per scegliere sia il locatore/finanziatore, sia il realizzatore), ovvero se sia sufficiente un’unica procedura (opzione che pare preferibile alla luce della normative attualmente in vigore).

In ordine al contratto di sponsorizzazione, va ricordato che si tratta di una figura negoziale con cui l’amministrazione mira a ottenere un risparmio di spesa, mentre il privato sponsor punta alla valorizzazione del proprio logo/marchio/immagine durante lo svolgimento di determinate attività. L’acquisizione o la realizzazione di lavori, servizi e forniture, a cura e spese dello sponsor, è sottratta al regime ordinario del codice, dovendosi semplicemente farsi applicazione degli obblighi di trasparenza e di pubblicità. Quella testé ricordata è la c.d. sponsorizzazione tecnica; essa va distinta dalla sponsorizzazione pura o di puro finanziamento, nella quale lo sponsor si impegna nei confronti della stazione appaltante esclusivamente al riconoscimento di un contributo (in cambio del diritto di sfruttare spazi per fini pubblicitari: molto nota è la vicenda relativa al Colosseo) e non anche allo svolgimento di altre attività. La sponsorizzazione pura, diversamente da quella tecnica (rientrante nel novero dei contratti “esclusi” ai sensi dell’art. 27 del Codice: cfr. Cons. Stato, sez. VI, n. 5378/ 2013), “sfuggirebbe” a qualsiasi norma codicistica (v. AVCP, del. 9/2012), ammettendosi al più l’applicazione della

normativa sulla contabilità pubblica; in materia di beni culturali, vi è infine una disciplina specifica che abbraccia le due ipotesi di sponsorizzazione (art. 199-bis, d.lgs. 163/2006). Nell'ottica di una disciplina onnicomprensiva sarebbe opportuno, anche in questo caso, chiarire taluni di questi problemi interpretativi, precisando, ad esempio, quali delle figure negoziali summenzionate rientrino o meno nello spettro di applicazione del Codice.

Si tenga altresì conto che la disciplina di recepimento andrà ad incidere indirettamente su altre normative: ad esempio, la direttiva sugli appalti si occupa, tra le altre cose, anche degli accordi tra pubbliche amministrazioni (v. considerando n. 31). Ciò potrebbe richiedere un "raccordo" della relativa disciplina con quella contenuta nella l. 241/1990.

Sempre nell'ottica dell'onnicomprendività del Codice e della futura disciplina assume particolare rilevanza il Regolamento attuativo. In proposito, anche per scongiurare gli stessi problemi già avuti in passato, appare necessario che tale normativa entri in vigore in tempi abbastanza ristretti rispetto all'emanazione del Codice.

III. Un altro elemento importante che emerge dalla lettura del disegno di legge, anche alla luce del fatto che spesso le direttive europee sono caratterizzate da un significativo grado di dettaglio, è quello di cui alla lettera a) dell'art. 1, riguardante il divieto di introdurre o mantenere livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive, ai sensi dell'art. 14, comma 24-ter, della legge n. 246/2005. Quest'ultima disposizione prevede, in particolare, che: « costituiscono livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive comunitarie: a) l'introduzione o il mantenimento di requisiti, standard, obblighi e oneri non strettamente necessari per l'attuazione delle direttive; b) l'espansione dell'ambito soggettivo o oggettivo di applicazione delle regole rispetto a quanto previsto dalle direttive ove comporti maggiori oneri amministrativi per i destinatari; c)

l'introduzione o il mantenimento di sanzioni, procedure o meccanismi operativi più gravosi e complessi di quelli strettamente necessari per l'attuazione delle direttive ». Sono ammessi livelli di regolazione superiori al minimo solo se l'amministrazione dà conto delle circostanze eccezionali, valutate con metodi d'analisi d'impatto, che richiedono il superamento di quanto richiesto dalla regolazione europea.

In merito a tale profilo, una prima osservazione che si impone riguarda il condizionamento che uno strumento comunque ricavabile dalla tecnica legislativa (e, cioè, dall'analisi di impatto della regolazione, ch , secondo quanto dispone la Direttiva di cui al DPCM 16 gennaio 2013, gli esiti della valutazione sono inseriti in apposita sezione della Relazione AIR denominata «Rispetto dei livelli minimi di regolazione europea») produce nei confronti del futuro decreto delegato, costituendone un parametro di legittimit .

In secondo luogo, un problema, forse pi  di carattere teorico, potrebbe nascere avendo riguardo all'interpretazione del diritto europeo.

Ad esempio, l'art. 17 della direttiva sulle concessioni disciplina, e ci  costituisce una novit , l'istituto di origine pretoria dell'*in house providing*, il cui ricorso da parte delle amministrazioni consente di escludere l'applicazione della disciplina sui contratti pubblici.

In via generale, ci    possibile quando tra amministrazione e imprese sussista un legame tale per cui il soggetto non possa ritenersi "distinto" dal punto di vista decisionale; pi  nel dettaglio debbono sussistere due requisiti: la struttura realizza la parte pi  importante della propria attivit  con l'ente o con gli enti che la controllano (cd. vincolo di prevalenza) e l'ente pubblico esercita sulla persona giuridica un controllo analogo a quello da esso esercitato sui propri servizi.

L'art. 17 della direttiva in questione specifica il requisito del cd. vincolo di prevalenza, precisando che « oltre l'80 % delle attivit  della persona giuridica controllata sono effettuate nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore controllante o da altre persone giuridiche controllate dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente



aggiudicatore di cui trattasi ». In proposito pare potersi ritenere che il legislatore nazionale, salvo circostanze eccezionali, non possa ulteriormente irrigidire in sede di recepimento della direttiva il requisito quantitativo dell'80%, in quanto tale operazione non sarebbe compatibile col dettato di cui alla lett. a) del disegno di legge delega (si sarebbe al cospetto di un onere non strettamente necessario per l'attuazione delle direttive).

La stessa disciplina sull'*in house* contenuta nell'art. 17 della direttiva sulle concessioni ha, peraltro, introdotto, rispetto al passato, la possibilità per i soggetti privati di partecipare alla compagine sociale della società controllata ove ciò non si traduca in un'influenza dominante da parte di tali soggetti nei confronti della società medesima. Qui non è peregrino chiedersi se l'eventuale previsione di una fonte statale (a tacere poi del problema ulteriore del vincolo che da ciò deriverebbe sulle Regioni: v. Corte cost. n. 229/2013) che richiedesse, senza eccezioni, la partecipazione pubblica totalitaria nella società *in house*, sarebbe comunque giustificata invocando il superiore valore della concorrenza.

A prescindere da tale ultima questione, più in generale andrebbe evitato l'"irrigidimento" della disciplina al momento del recepimento: il rischio è presente in tema di concessioni (di lavori e di servizi), che vengono per la prima volta regolate in maniera organica dalla Direttiva 2014/23, la quale, costituendo una sorta di "direttiva di prima generazione", contiene una normativa "*light*" che lascia ampi spazi di manovra al legislatore interno (in particolare, con riferimento alle concessioni di lavori). Sarebbe un errore, anche sulla scorta dell'esperienza precedente, introdurre una disciplina di recepimento eccessivamente minuziosa e rigida.

La lett. d) dell'art. 1 del disegno di legge delega enuncia il criterio direttivo specifico della «semplificazione e armonizzazione delle disposizioni in materia di affidamento degli appalti pubblici e delle concessioni, anche attraverso la promozione di soluzioni innovative nelle materie disciplinate con particolare riguardo allo sviluppo delle infrastrutture e degli insediamenti produttivi strategici di preminente interesse nazionale, nonché degli interventi in materia di mitigazione del

rischio idrogeologico, anche al fine di evitare il ricorso a sistemi derogatori rispetto alla disciplina ordinaria».

Intanto sarebbe opportuno chiarire meglio il concetto di “semplificazione”, che ricorre spesso e con significati differenti nel nostro ordinamento.

Dalla lettura di tale disposizione emerge poi il riferimento esplicito alle infrastrutture e agli insediamenti strategici di preminente interesse nazionale: in proposito, il nostro Codice contiene una normativa molto complessa in tema di finanza di progetto, che potrebbe essere semplificata con la nuova normativa di recepimento, soprattutto nelle sue fasi procedurali.

In merito al profilo in esame, l'impressione generale è che quanto più ci si muova verso il polo di un interesse pubblico forte (es. grandi infrastrutture strategiche) tanto più emerga l'esigenza di tutelare tale interesse a prescindere dalla cura di altri valori o interessi: in tali casi, infatti, aumentano sia gli “spazi” per le modifiche ad opera dell'amministrazione, sia quelli per la negoziazione con gli offerenti. Questo profilo sembra essere confermato dalla Direttiva sulle concessioni, che prevede, ad esempio, la possibilità per le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori di condurre negoziazioni con candidati ed offerenti, a condizione che l'oggetto della concessione, i criteri di aggiudicazione e i requisiti minimi non siano modificati nel corso della negoziazione (art. 37, par. 6). Anche nella Direttiva sugli appalti, in ogni caso, vengono valorizzati strumenti quali il dialogo competitivo e la nuova procedura negoziata con bando.

Ancora indugiando sulla lettera d) del disegno di legge, si nota come esso faccia giustamente cenno all'esigenza di evitare sistemi derogatori.

Questo obiettivo può intanto essere conseguito disciplinando con maggior flessibilità gli strumenti ordinari del codice: spesso, infatti, a fronte della necessità di eseguire comunque l'opera, e nell'impossibilità di usare gli strumenti ordinari, il sistema preme per l'introduzione di deroghe.

In secondo luogo, il codice medesimo dovrebbe incaricarsi di disciplinare i margini della deroga, senza necessità di invocare discipline diverse o *ad hoc*.

IV. La lettera e) fa opportunamente riferimento alla lotta alla corruzione, a conferma dell'arricchimento funzionale cui facevo cenno in precedenza (sub I).

Nell'attuale ordinamento giuridico è evidente la tendenza all'aumento degli strumenti di prevenzione e di repressione nel "diritto degli appalti": le commesse pubbliche vengono soprattutto viste come occasione di pratiche collusive piuttosto che come modalità per conseguire il miglior risultato pubblico.

Questo atteggiamento, va detto a scampo di equivoci, è largamente giustificato dall'esperienza recente e dagli scandali che hanno coinvolto il settore.

Parrebbe quasi che il diritto amministrativo debba cedere il passo a una regolamentazione maggiormente contigua al diritto penale.

Questa è un'opzione legittima, ma occorre essere consapevoli del fatto che, in tal modo, si valorizza solo uno dei profili e una delle anime del diritto degli appalti.

Per altro verso, se si decide di muoversi lungo il versante della prevenzione e della sanzione, è necessario ricordare la necessità di rispettare le garanzie che soprattutto il diritto Cedu delinea, secondo una linea (pragmatica) che non distingue tra diritto penale e diritto amministrativo.

E' poi curioso che la lotta all'illegalità venga soprattutto combattuta su questo piano, mentre appaia quasi dequotata la rilevanza del giudice amministrativo, anch'esso istituzionalmente chiamato a sindacare la legittimità dell'operato delle amministrazioni: questa dequotazione avviene non già sul piano degli strumenti processuali, bensì in forza di una misura molto più prosaica, quale è l'elevazione del contributo unificato, che costituisce un'indubbia barriera all'accesso alla giustizia.

La lettera g) richiama la centralizzazione delle committenze.

Si tratta di uno strumento assai importante per la riduzione delle spese.

Tuttavia, a tacere dei rischi di collusione segnalati dal considerando 59 della direttiva 2014/24 e della possibile limitazione degli spazi a favore delle PMI in

ragione dei maggiori volumi di spesa, vorrei ricordare che le scelte di acquisto sono anche uno strumento di legittimazione nel rapporto con i cittadini, in particolare per gli enti locali, e l'esautoramento di una funzione per loro molto importante (che dovrebbe comunque restare di indole tecnica) può avere anche riflessi più generali, sul piano istituzionale prima ancora che sul disegno risultante dall'art. 118 Cost.

Circa i rischi di collusione, comunque, un'efficace soluzione è rappresentata dall'aumento del livello di trasparenza.

Assolutamente centrale nella lettera g), è il riferimento alla riduzione delle varianti progettuali in corso d'opera, questione strettamente legata alla qualità della progettazione e alle modalità di affidamento dei relativi incarichi.

Circa la lettera n), avente ad oggetto le concessioni, già s'è detto della necessità di non irrigidire la disciplina; segnalo poi che la direttiva 23/2014, all'art. 54, comma 2, contiene un abbozzo di disciplina transitoria, stabilendo che la direttiva medesima non si applica all'aggiudicazione di concessioni per le quali è stata presentata un'offerta o che sono state aggiudicate prima del 17 aprile 2014.

Molto importante è poi lo sforzo, compiuto dalla direttiva, di disciplinare il trasferimento dei rischi nel rapporto concessorio: ciò dovrebbe scongiurare uno dei problemi che si sono posti in passato (anche dando luogo a un uso indebito della concessione), pur se occorre ricordare che, in molti casi (si pensi ai servizi pubblici), è irrealistico che l'amministrazione si spogli completamente dei rischi.

Un aspetto che dovrebbe essere attentamente considerato in sede di recepimento riguarda lo *jus variandi* a seguito della stipula del contratto, ossia la possibilità di modificare le condizioni contrattuali nel corso dell'esecuzione, senza che si proceda, quindi, con una nuova gara.

Tanto la Direttiva n. 2014/23/UE (sull'aggiudicazione dei contratti di concessione), quanto la Direttiva n. 2014/24/UE (in materia di appalti) dedicano, infatti, ampio spazio (certamente superiore a quello attualmente disciplinato dal codice dei contratti) alla disciplina della modifica dei contratti nel corso del periodo di validità.

A tal proposito, però, non si possono tacere due criticità dell'istituto. Da un lato, infatti, vi è il rischio che il *ius variandi* lasci le porte aperte al clientelismo; per altro verso, la possibilità di modificare le condizioni contrattuali in corso di esecuzione può apparire come un rimedio al problema della pessima progettazione dei contratti.

V. Fino a questo punto ho svolto alcune considerazioni tenendo soprattutto conto di ciò che è indicato nel disegno di legge.

Vorrei concludere richiamando un profilo che, viceversa, non vedo valorizzato: quello dell'esecuzione del contratto.

D'altro canto, in generale, parlando di appalti, spesso l'attenzione si concentra sulla fase della predisposizione del contratto; il momento dell'esecuzione, tuttavia, riveste un ruolo fondamentale anche e soprattutto in materia di concessioni, dove l'aspetto del servizio e la fase della gestione risultano essenziali.

A tal proposito, potrebbero essere introdotti sistemi di controllo per la fase di esecuzione (non solo in relazione alle concessioni, per le quali in parte l'art. 45 della Direttiva 2014/23/UE già dispone delle forme di monitoraggio).

Raccogliendo ancora una volta un'indicazione emersa in seno all'Osservatorio, si suggerisce di ricercare (e predisporre, non necessariamente in modo immediatamente generalizzato, ma secondo un percorso di estensione progressiva di *best practices*) strumenti che consentano di intervenire (anche con unità dedicate e specificamente formate) nella fase di esecuzione, ad esempio predisponendo una serie di indicatori standardizzati (qui l'informatica potrebbe risultare essenziale) che segnalino anomalie nell'esecuzione.

VI. Le nuove Direttive rafforzano la discrezionalità di cui dispongono le amministrazioni (si pensi alla possibilità di suddivisione in lotti, all'opzione per

l'offerta economicamente più vantaggiosa, alla scelta di procedure flessibili e al riconoscimento del *ius variandi*). D'altra parte, si tratta di un'indicazione che è coerente con quanto accade in altri Paesi, la cui disciplina dei contratti pubblici già presenta maggiori profili di flessibilità (si v., ad esempio, l'ordinamento inglese: incidentalmente, va osservato che un'analisi comparata potrebbe essere molto utile in questa fase di recepimento).

Lo scenario che risulta dalle due nuove Direttive sembra, allora, imporre una riflessione finale in relazione al ruolo delle amministrazioni e soprattutto alla necessità che esse siano preparate e in grado, quindi, di confrontarsi con una disciplina spesso assai complessa.

Ove, infatti, le amministrazioni non si dimostrassero pronte e capaci, anche la nuova disciplina, pur tecnicamente di qualità, rischierebbe di fallire i propri obiettivi al momento dell'applicazione.

