

GLI APPALTI PRECOMMERCIALI: UN PARTICOLARE APPROCCIO ALL'AGGIUDICAZIONE DEGLI APPALTI DI RICERCA E SVILUPPO

Considerazioni introduttive

Il panorama di incertezza generato dalla crisi economica e dei mercati finanziari ha indubbiamente interessato anche l'attività delle amministrazioni pubbliche, chiamate a perseguire gli obiettivi di pubblico interesse connaturati all'espletamento delle loro finalità istituzionali, in un quadro sempre più caratterizzato dalla ristrettezza delle risorse economiche a disposizione.

In un tale contesto, la fondamentale rilevanza degli appalti pubblici è stata più volte evidenziata dalle istituzioni europee le quali, in più occasioni, hanno richiamato gli Stati membri alla necessità di garantire un mercato degli appalti che sia in grado di coniugare le esigenze del libero mercato con quelle di efficienza ed economicità, al fine di assicurare una gestione sana ed equilibrata dei fondi pubblici, e di offrire alle imprese interessate l'opportunità di aggiudicarsi appalti pubblici in un contesto di concorrenza leale¹.

¹ Gli interventi delle istituzioni europee in materia di appalti pubblici sono, come noto, particolarmente numerosi. In questa sede si intende solamente citare, senza pretesa di esaustività, alcuni significativi interventi che la Commissione delle Comunità europee ha inteso adottare nella forma delle cosiddette "comunicazioni". Lo strumento più snello e maggiormente programmatico quale, appunto, la comunicazione (atto atipico, non previsto dall'art. 288 del Trattato sul funzionamento dell'UE - ex art. 249 TCE -) ha permesso infatti alla Commissione di illustrare compiutamente le proprie proposte volte a costituire un sistema europeo degli appalti maggiormente competitivo, efficiente e concorrenziale. In tale contesto si vedano, fra le altre, ed avuto specifico riguardo a quelle specificamente afferenti alle attività di ricerca e sviluppo ed al rapporto pubblico privato nel sistema degli appalti, le seguenti comunicazioni: Comunicazione COM(2000)567. *L'innovazione in un'economia fondata sulla conoscenza*; Comunicazione COM(2004)327. *Libro verde relativo ai partenariati pubblico-privato ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni*; Comunicazione COM(2005)488. *Potenziare la ricerca e l'innovazione – Investire per la crescita e l'occupazione: una strategia comune*"; Comunicazione COM(2005)569 sui partenariati pubblico-privati e sul diritto comunitario in materia di appalti pubblici e concessioni; Comunicazione COM(2007)182. *Migliorare il trasferimento delle conoscenze tra gli organismi di ricerca e le imprese nell'insieme dell'Europa: per*

Il ruolo rivestito dagli appalti pubblici nel contesto europeo è sicuramente legato anche al campo dell'innovazione, il cui costante sviluppo deve indubbiamente porsi sul piano di un obiettivo da coltivare, al fine di migliorare, allo stesso tempo, la qualità e l'efficienza dei servizi.

Uno strumento in grado di favorire un importante stimolo all'innovazione ed alla ricerca è costituito dagli appalti pre-commerciali - noti anche nell'acronimo inglese PCP, *Precommercial procurement(s)* - il cui maggiore e più generalizzato utilizzo è stato più volte invocato dalla Commissione delle Comunità europee e dal Parlamento europeo².

Tuttavia, andando a verificare l'effettivo ricorso - sia in ambito nazionale che nel contesto europeo - all'istituto degli appalti pubblici pre-commerciali, è indubbio che il medesimo è avvenuto con frequenza sporadica, costituendo quasi un'eccezionalità nel *modus procedendi* delle stazioni appaltanti³.

un'innovazione aperta. Attuare l'agenda di Lisbona; Comunicazione COM(2007)661 interpretativa della Commissione europea sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati (PPPI); Comunicazione COM(2007)799. *Appalti pre-commerciali: promuovere l'innovazione per garantire servizi pubblici sostenibili e di elevata qualità in Europa*; Comunicazione COM(2009)116. *Una strategia per la R&S e l'innovazione in materia di TIC in Europa: passare alla velocità superiore*; Comunicazione COM(2009)615. *Mobilizzare gli investimenti pubblici e privati per la ripresa e i cambiamenti strutturali a lungo termine: sviluppare i partenariati pubblico-privato*; Comunicazione COM(2011)48. *Libro verde: trasformare le sfide in opportunità: verso un quadro strategico comune per il finanziamento della ricerca e dell'innovazione dell'Unione europea*; Comunicazione COM(2011)572. *Partenariati nella ricerca e nell'innovazione*; Comunicazione COM(2012)216. *Sul partenariato europeo per l'innovazione relativo all'acqua*; Comunicazione COM(2012)79 relativa al partenariato europeo per l'innovazione «produttività e sostenibilità dell'agricoltura»; Comunicazione COM(2012)82. *Garantire l'accesso alle materie prime per il futuro benessere dell'Europa. Proposta di partenariato europeo per l'innovazione concernente le materie prime*; Comunicazione COM(2012)83. *Portare avanti il piano strategico di attuazione del partenariato europeo per l'innovazione nell'ambito dell'invecchiamento attivo e in buona salute*; Comunicazione COM(2014/C 198/01). *“Disciplina degli aiuti di Stato a favore di ricerca, sviluppo e innovazione”*; Comunicazione COM(2015) 44. *Un partenariato mondiale per l'eliminazione della povertà e lo sviluppo sostenibile dopo il 2015*; Comunicazione COM(2016) 700. *Prima relazione sui progressi compiuti relativamente al nuovo quadro di partenariato con i paesi terzi nell'ambito dell'agenda europea sulla migrazione.*

² Ad esempio, la risoluzione del Parlamento europeo in data 11.6.2007 “*sui problemi specifici relativi al recepimento e all'applicazione della legislazione sugli appalti pubblici e al suo rapporto con l'agenda di Lisbona*” (2006/2084(INI)), ha esplicitamente incentivato un'utilizzazione più generalizzata degli appalti pubblici pre-commerciali nell'Unione Europea.

³ Anche la letteratura su tale istituto non è particolarmente abbondante. Volendo soffermarsi su quella nazionale, ed avuto naturalmente riguardo ai soli contributi che si occupano,

Sebbene il ricorso a tale strumento non possa per certo considerarsi agevole, essendo il medesimo assoggettato al rispetto dei rigidi parametri della sua regolamentazione, poteva senza dubbio auspicarsi un suo utilizzo più frequente, anche alla luce del già evidenziato interesse delle istituzioni europee al riguardo.

Per quale ragione, allora, gli appalti pre-commerciali hanno avuto uno sviluppo così numericamente modesto nel contesto europeo e nazionale?

La non frequente utilizzazione dello strumento in esame può, *prima facie*, essere ricondotta alla non facile individuazione dei ricordati parametri di sua regolamentazione e, ancor prima, di sua identificazione.

Non è infatti agevole procedere ad un'esaustiva definizione dell'istituto in questione, la quale deve essere necessariamente preceduta, di volta in volta, da una corretta identificazione dei servizi di ricerca e di sviluppo in grado di delimitarne l'ambito di applicazione.

Come è stato notato in letteratura, gli appalti pre-commerciali nascono dalla già ricordata esigenza delle politiche europee di coniugare aspetti afferenti alla conoscenza con quelli della innovazione. Tanto, al fine di aumentare la competitività dell'Europa nello stabilire nessi più fluidi e programmati fra la fase della creazione della

specificamente, degli appalti pre-commerciali, particolarmente significativo risulta l'approfondimento di, M. NULLI, *Gli appalti precommerciali*, in www.osservatorioappalti.unitn.it. In esso l'autore si sofferma analiticamente sull'istituto, esaminato nel contesto della disciplina comunitaria di riferimento. Di sicuro interesse risulta inoltre il terzo "Quaderno" della serie di contributi realizzati nell'ambito del progetto "Sostegno alle politiche di ricerca e innovazione delle Regioni", avviato nel 2010 su iniziativa congiunta del Dipartimento per lo Sviluppo e la Coesione Economica (DPS) e dell'Agenzia per la diffusione delle tecnologie per l'innovazione: vedi, AGENZIA PER LA DIFFUSIONE DELLE TECNOLOGIE PER L'INNOVAZIONE (a cura di), *Gli appalti pre-commerciali per il finanziamento dell'innovazione nelle Regioni. Foresight tecnologico a livello regionale*, Rubettino Editore, Soveria Mannelli 2012. Il contributo può essere reperito all'indirizzo www.aginnovazione.gov.it/attivita/collaborazione-pubblicoprivato/quaderni-dellinnovazione/. Di sicuro interesse risulta, inoltre, il contributo di F. MOLINARI, *Living Labs and Pre-Commercial Public Procurement: A Marriage of Interest?*. Paper presentato alla 1° International EIBURSTAIIPS Conference sulla: "Innovation in the public sector and the development of e-services", Università di Urbino, 19-20 aprile 2012. Il contributo è consultabile all'indirizzo: www.econ.uniurb.it/Eiburs-TAIPS_Conference_2012/. Fra i contributi presenti nella letteratura internazionale, si vedano, principalmente: J. EDLER, & L. GEORGHIOU, *Public procurement and innovation: Resurrectin the demand side*". Research Policy, 36(7), pp. 949-963; R. WILKINSON et al, *Public procurement for research and innovation: expert group report on developing procurement practices favourable to R&D and innovation. ec Report EUR 21793* Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities.

conoscenza e la fase della relativa trasformazione; e nel dare vita a forme contrattuali avanzate di partenariato fra il luogo pubblico dell'economia (dove è possibile fare ricerca libera ed erogare servizi in favore della collettività) ed il luogo privato, nel quale si producono e si vendono beni e prestazioni in regime di libero mercato⁴.

Volendo offrire una definizione dell'istituto in esame, occorre senza dubbio prendere in esame la disciplina comunitaria ad esso relativa, citando, in via prioritaria, la Comunicazione della Commissione delle Comunità europee al Parlamento, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale europeo ed al Comitato delle regioni, in data 14.12.2007, avente ad oggetto gli appalti pre-commerciali, visti quale istituto atto a *“promuovere l'innovazione per garantire i servizi pubblici sostenibili e di elevata qualità in Europa”*⁵.

La citata comunicazione si sofferma, essenzialmente, sul concetto di appalto pre-commerciale, identificato quale strumento di approvvigionamento di beni e di servizi riservato al settore pubblico, avente per oggetto esclusivo attività di ricerca, sviluppo e di innovazione, vale a dire di acquisto di beni e di servizi non ancora esistenti sul mercato quali prodotti commerciali standardizzati.

In quanto rispettosa dei parametri di sua applicazione, la regolamentazione degli appalti pre-commerciali non è assoggettata alla normativa settoriale in materia di appalti (ad eccezione, naturalmente, dei principi generali di universale applicazione), né alla disciplina comunitaria in materia di aiuti di Stato.

Volendo schematicamente riassumere gli elementi caratterizzanti l'istituto in esame, si potrebbe qualificare l'appalto pre-commerciale quale strumento concesso alle amministrazioni pubbliche al fine di acquisire servizi di ricerca e sviluppo (a nostro avviso, come verremo a riferire, non necessariamente connotati dal carattere di innovazione “tecnologica” dei servizi medesimi).

Il ricorso alla procedura di appalto pre-commerciale non è consentito per la stipula di contratti di lavori e di fornitura di beni, mentre può ammettersi la realizzazione di prototipi e lo sviluppo iniziale di quantità limitate di primi prodotti o servizi in forma di serie sperimentale, purché questo non si converta in attività di sviluppo

⁴ Si veda, al riguardo, M. NULLI, op. cit., 1.

⁵ Cfr. Comunicazione della Commissione delle Comunità europee *“Appalti pre-commerciali: promuovere l'innovazione per garantire servizi pubblici sostenibili e di elevata qualità in Europa”* COM (2007) 799.

commerciale, qualificata da produzione o fornitura di prodotti ai fini di testarne la redditività o di recupero dei costi afferenti all'attività di ricerca.

Elementi cardine dell'istituto, nonché principale peculiarità del medesimo, sono la necessaria condivisione dei rischi e dei benefici fra stazione appaltante ed impresa aggiudicataria, e la non esclusività del godimento dei risultati acquisiti in capo all'amministrazione precedente.

La finalità principale dell'istituto deve essere individuata nel perseguimento della ricerca di soluzioni innovative più efficienti e/o sperimentali rispetto a quelle reperibili sul mercato. In tale ottica, la rinuncia dell'amministrazione all'esclusività dell'utilizzo dei risultati raggiunti, potrebbe consentire un contenimento del corrispettivo alla stessa dovuto, aumentando così i livelli di investimento specificamente destinati all'attività di ricerca, così da promuovere risultati innovativi in grado di garantire servizi pubblici sostenibili e di elevata qualità.

La condivisione dei rischi e dei benefici fra l'amministrazione precedente e l'impresa aggiudicataria potrà inoltre agevolare il rispetto dei canoni di concorrenza e trasparenza nell'individuazione dei prezzi, parametrati alle condizioni di mercato, così da poter consentire all'acquirente pubblico di individuare le soluzioni migliori offerte dal mercato, senza ricorrere a non consentiti aiuti di Stato.

Ad un primo esame la definizione dell'istituto potrebbe sembrare di facile lettura, risultando l'appalto pre-commerciale uno strumento concesso alle pubbliche amministrazioni al fine di perseguire obiettivi di sviluppo, di ricerca e di innovazione, mediante il ricorso ad una procedura ad essi esclusivamente riservata, contraddistinta da un procedimento più snello e maggiormente in grado di reperire e di gestire le risorse economiche necessarie al suo espletamento.

Esaminando nel dettaglio la disciplina in esame, non poche sono in realtà le problematiche da affrontare.

L'individuazione dei servizi di ricerca e di sviluppo acquisibili mediante appalto pre-commerciale

In via preliminare occorre soffermarsi sull'individuazione delle caratteristiche proprie delle attività di ricerca e di sviluppo che possono essere oggetto di acquisizione tramite appalti pre-commerciali.

Come già evidenziato, e come specificato nella citata Comunicazione della Commissione europea in data 14.12.2007, il campo applicazione degli appalti pre-commerciali è limitato ai servizi di ricerca e di sviluppo.

La fase di ricerca e di sviluppo può interessare attività che vanno dalla ricerca all'elaborazione di soluzioni, alla messa a punto di prototipi, fino allo sviluppo iniziale di quantità limitate di prodotti o di servizi in forma di serie sperimentali, purché prima della loro commercializzazione.

Lo sviluppo iniziale di prodotti o di servizi potrà pertanto includere una produzione od una fornitura limitata, avente lo scopo di rendere percepibili i risultati raggiunti e di dimostrare che il prodotto o servizio sia idoneo per una produzione o fornitura conforme a standard di qualità accettabili. Non potrà essere oggetto della procedura in esame l'attività riconducibile ad analisi di natura prettamente commerciale, quali la produzione o la fornitura di prodotti e servizi volti a conoscere la redditività commerciale o di analisi del recupero dei costi, ai fini dell'integrazione, personalizzazione, adattamento o miglioramento dei prodotti o dei processi già esistenti.

In tale contesto, ed avuto riguardo alle riferite limitazioni, si ritiene che qualsiasi attività di ricerca, di sviluppo e di innovazione possa essere acquisita tramite lo strumento degli appalti pre-commerciali.

È questa, tuttavia, un'affermazione non scontata.

Soprattutto in ambito nazionale, ed in special modo dopo la pubblicazione del comunicato del Presidente dell'Autorità Nazionale Anticorruzione del 9 marzo 2016⁶, è sorto il dubbio che i servizi oggetto di appalti pre-commerciali dovessero esclusivamente riferirsi ad attività aventi ad oggetto servizi di ricerca e di sviluppo "tecnologico". Tanto, dovendosi ritenere che le attività di ricerca e di sviluppo non connotate da un aspetto prettamente tecnologico non avessero titolo per essere acquisite all'interno di un contratto stipulato a fronte dell'espletamento di un appalto pre-commerciale.

⁶ Autorità Nazionale Anticorruzione, comunicato del Presidente in data 9 marzo 2016, avente ad oggetto: "*ambito oggettivo degli appalti pubblici pre-commerciali e disciplina di riferimento*". Il comunicato è consultabile sul sito istituzionale dell'Autorità, al seguente indirizzo: www.anticorruzione.it

Ricordando che, ai sensi del disposto di cui all'art. 213, comma 3, lettera a), del d.lgs. 50/2016, l'Autorità Nazionale Anticorruzione vigila, fra l'altro, sui contratti esclusi dall'ambito di applicazione del codice dei contratti pubblici, si evidenzia come, nel citato comunicato (peraltro emanato prima dell'entrata in vigore del c.d. nuovo codice appalti di cui al d.lgs. 50/2016, ma già nella vigenza della direttiva europea sugli appalti pubblici 2014/24/UE) sia letteralmente specificato come si possano definire *“servizi di ricerca e sviluppo quei servizi che consistono in un progresso scientifico ottenuto nei vari campi delle scienze naturali o sociali nelle tre aree della ricerca e sviluppo, ovvero: ricerca di base, ricerca applicata e sviluppo sperimentale. Gli appalti pubblici pre-commerciali comprendono unicamente i contratti di appalto di servizi di ricerca e sviluppo tecnologico (R&S) ...”*.

Dal tenore letterale di tale indicazione, potrebbe dunque ritenersi che solamente le attività di ricerca e sviluppo connotate da aspetti di innovazione tecnologica possano essere acquisite tramite procedura di appalto pre-commerciale.

A nostro avviso tale argomentazione non convince, non essendo suffragata da alcun riferimento normativo che ne possa legittimare la condivisione.

Per definire l'ambito di applicazione di un istituto occorre infatti partire dall'interpretazione letterale del dato normativo di sua regolamentazione, con necessario punto di partenza, nel caso che qui occupa, dall'analisi della normativa europea di riferimento.

L'art. 14 della Direttiva europea sugli appalti (2014/24/UE) consente, seppur con un procedimento logico per esclusione, di identificare le attività di ricerca e sviluppo acquisibili mediante il ricorso allo strumento degli appalti pre-commerciali.

Ai sensi del citato articolo, la direttiva *“si applica solamente ai contratti per servizi di ricerca e sviluppo identificati con i codici CPV da 73000000-2 a 73120000-9, 73300000-5, 73420000-2 o 73430000-5, purché siano soddisfatte entrambe le condizioni seguenti: a) i risultati appartengono esclusivamente all'amministrazione aggiudicatrice perché li usi nell'esercizio della sua attività, e b) la prestazione del servizio è interamente retribuita dall'amministrazione aggiudicatrice”*.

Al fine di poter individuare i servizi di ricerca e sviluppo che potrebbero eventualmente essere acquisiti all'interno di un contratto di appalto pre-commerciale,

occorre pertanto estrapolare i contratti per servizi di ricerca e sviluppo indicati con codici CPV⁷ diversi da quelli indicati nell'art. 14 della citata direttiva, e/o individuare i servizi che, pur identificati con i codici citati nell'art. 14, non soddisfano entrambe le condizioni ivi illustrate.

Per quanto concerne il primo aspetto, i servizi ricerca e sviluppo che non rientrano nella regolamentazione della direttiva (non essendo compresi nell'indicazione dei codici di appalto nella stessa riportati) possono essere riassunti nei servizi aventi i seguenti codici CPV: 73200000-4 (Research and Development Consultancy Services); 73210000-7 (Research Consultancy Services); 73220000-0 (Development Consultancy Services); 73400000-6 (Research and Development Services on Security and Defence Materials); 73410000-09 (Military Research and Technology).

Si tratta, essenzialmente, di servizi afferenti alle tecnologie militari, e di servizi di ricerca e sviluppo attuati mediante l'esperienza di una consulenza "*consultancy*" alla stazione appaltante.

Andando invece a verificare quali siano i servizi di ricerca e sviluppo contraddistinti dai codici di appalto indicati nel citato art. 14 della direttiva, si rileva che i medesimi si riferiscono a diverse attività di ricerca e sviluppo,⁸ per le quali non è riportata la dicitura "*consultancy*", la quale figura solamente nel titolo afferente all'intera famiglia di codici ma non in quelli dei singoli componenti, non facendosi alcun riferimento ad un'eventuale distinzione fra servizi di ricerca e sviluppo tecnologico e servizi privi di tale caratteristica.

Come è stato rilevato in letteratura, tale rappresentazione appare peraltro coerente con le definizioni di ricerca e sviluppo comunemente utilizzate nei bandi europei e nazionali, nei quali le scienze umanistiche e sociali hanno pari dignità, pur potendo

⁷ Il CPV (*Common Procurement Vocabulary*) è un sistema di classificazione unico per gli appalti pubblici volto a unificare riferimenti utilizzati dalle amministrazioni e dagli enti appaltanti per la descrizione dell'oggetto degli appalti. Il sistema è stato sviluppato in sede europea ed è in vigore negli stati membri, in specifico in Italia a far data dal settembre 2008.

⁸ Si tratta dei servizi contraddistinti dai seguenti CPV: 73000000-02 (Research and Development Services and Related Consultancy Services); 73100000-03 (Research and Experimental Development Services); 73110000-06 (Research Service); 73120000-09 (Experimental Development Services); 73300000-05 (Design and Execution of Research and Development); 73420000-02 (Pre-feasibility Study and Technological Demonstration); 73430000-05 (Test and Evaluation).

godere di minori apporti di fondi pubblici, rispetto a quelle tecnologiche e sperimentali⁹.

Quello che certamente si evince dal dato normativo contenuto nella direttiva europea è dunque il mancato riferimento ad un'ipotetica distinzione basata sul carattere tecnologico dei servizi di ricerca e sviluppo che potrebbero essere acquisiti con lo strumento degli appalti pre-commerciali.

Non è dato pertanto comprendere per quale ragione, in ambito nazionale, nel già citato comunicato in data 9.3.2016, il Presidente dell'Autorità Nazionale Anticorruzione abbia inteso, di fatto, circoscrivere l'applicazione dell'istituto in esame all'acquisizione di contratti di servizi di ricerca e sviluppo connotati da una denotazione tecnologica degli stessi.

Come appena evidenziato, infatti, tale interpretazione non trova alcun riscontro nel dato normativo europeo, non risultando conforme nemmeno alle previsioni contenute nel codice dei contratti pubblici, recentemente entrato in vigore in ambito nazionale a seguito dell'emanazione del d.lgs. 50/2016.

L'art. 158 del d.lgs. 50/2016, infatti, ricalca pressoché pedissequamente la disposizione contenuta nel citato art. 14 della direttiva 2014/24/UE, individuando quali servizi di ricerca e sviluppo assoggettabili al rispetto delle previsioni codicistiche, i contratti contraddistinti dai medesimi codici di appalto citati nella direttiva comunitaria, e prevedendo, inoltre, quali parametri di loro regolamentazione, il rispetto delle identiche condizioni illustrate nella direttiva comunitaria¹⁰.

⁹ Si veda, al riguardo, F. MOLINARI, *Appalti pre-commerciali, sulle definizioni l'Italia diverge dall'Europa*, in <http://www.forumpa.it/riforma-pa/eu-vs-italia-appalti-pre-commerciali-definizione-non-comune>. Dello stesso autore si vedano anche i due successivi contributi: *“Appalti pre-commerciali, perché i servizi di ricerca rischiano l'esclusione”*, e *“Con gli appalti pre-commerciali, addio ad “aiuti di Stato”: ecco perché”*, pubblicati sul medesimo sito www.forumpa.it

¹⁰ Dispone l'art. 158 del d.lgs. 50/2016: *“Relativamente ai servizi di ricerca e sviluppo le disposizioni di cui al presente codice si applicano esclusivamente ai contratti per servizi di ricerca e sviluppo identificati con i codici CPV da 73000000-2 a 73120000-9, 73300000-5, 73420000-2 o 73430000-5, purché siano soddisfatte entrambe le seguenti condizioni: a) i risultati appartengono esclusivamente all'amministrazione aggiudicatrice e all'ente aggiudicatore, affinché li usi nell'esercizio della sua attività; b) la prestazione del servizio è interamente retribuita dall'amministrazione aggiudicatrice e dall'ente aggiudicatore. Le stazioni appaltanti possono ricorrere, nel rispetto dei principi di cui all'articolo 4 del presente codice, agli appalti pubblici pre-commerciali, destinati al conseguimento di risultati non appartenenti in via esclusiva all'amministrazione aggiudicatrice e all'ente aggiudicatore perché li usi nell'esercizio della sua attività e per i quali la prestazione del servizio non è*

Anche la disamina della normativa nazionale, pertanto, non consente, a nostro avviso, di circoscrivere alle sole materie afferenti ai servizi di ricerca e sviluppo tecnologico l'ambito di applicazione dell'istituto in esame, potendo dunque ritenersi che qualsiasi attività di ricerca, sviluppo ed innovazione possa essere acquisita tramite lo strumento degli appalti pre-commerciali¹¹.

Le condizioni legittimanti il ricorso agli appalti pre-commerciali ed i loro elementi peculiari

Una volta individuato l'oggetto delle attività e dei servizi che possono essere acquisiti mediante un contratto stipulato a seguito dell'espletamento di un appalto pre-commerciale, può ora procedersi alla disamina delle condizioni che ne legittimano l'attivazione.

Conformemente alla previsione di cui al citato art. 14 della direttiva sugli appalti pubblici 2014/24/UE, l'art. 158, comma II, del d.lgs. 50/2016, dispone che le stazioni appaltanti possano ricorrere, nel rispetto dei soli principi generali di cui all'art. 4 del codice, *“agli appalti pubblici pre-commerciali, destinati al conseguimento di risultati non appartenenti in via esclusiva all'amministrazione aggiudicatrice e all'ente aggiudicatore perché li usi nell'esercizio della sua attività e per i quali la prestazione del servizio non è interamente retribuita dall'amministrazione aggiudicatrice e dall'ente aggiudicatore, così come definiti nella comunicazione della Commissione europea COM 799 (2007) del 14 dicembre 2007, nelle ipotesi in cui l'esigenza non possa essere soddisfatta ricorrendo a soluzioni già disponibili sul mercato”*.

Conformemente al dettato normativo europeo, pertanto, anche in ambito nazionale la scelta di acquisire uno o più servizi di ricerca e sviluppo tramite lo strumento degli appalti pre-commerciali dovrà essere legittimata dal rispetto di specifiche condizioni, riconducibili, essenzialmente, alla non esclusività della prestazione in favore dell'amministrazione aggiudicatrice ed alla necessità di un cofinanziamento dei costi della ricerca a carico dell'impresa aggiudicataria.

interamente retribuita dall'amministrazione aggiudicatrice e dall'ente aggiudicatore, così come definiti nella comunicazione della Commissione europea COM 799 (2007) del 14 dicembre 2007, nelle ipotesi in cui l'esigenza non possa essere soddisfatta ricorrendo a soluzioni già disponibili sul mercato”.

¹¹ Concorda con tale argomentazione, F. MOLINARI, *Appalti pre-commerciali, sulle definizioni l'Italia diverge dall'Europa*, op. cit.

Le citate condizioni sono quelle illustrate nella più volte citata comunicazione della Commissione in data 14.12.2007, fonte peraltro espressamente richiamata nel testo dell'articolo in esame.

La Commissione aveva infatti già inteso porre a fondamento dell'istituto la necessità della condivisione dei rischi e dei benefici fra la stazione appaltante e l'impresa aggiudicataria, evidenziando come nell'appalto pre-commerciale l'acquirente pubblico non potesse riservare al suo uso esclusivo i risultati delle attività di ricerca e sviluppo.

Proprio la condivisione dei rischi e dei benefici fra acquirente pubblico e impresa aggiudicataria risulta l'elemento che più caratterizza lo strumento in esame.

L'evidenziata necessità di condivisione dei rischi fra l'amministrazione procedente e la parte privata, peraltro, può, quanto meno concettualmente, avvicinare l'istituto in esame ad una forma di partenariato pubblico privato.

Come noto gli istituti di "partenariato pubblico-privato" intendono perseguire forme di collaborazione tra pubblico e privato aventi l'obiettivo di realizzare opere o di erogare servizi di interesse pubblico i quali, a causa della difficile congiuntura economica, potrebbero difficilmente essere garantiti dal solo impiego delle risorse pubbliche¹².

Il Consiglio di Stato, in sede di adunanza plenaria, ha ben definito la *ratio* di tali istituti, affermando che la medesima deve essere rinvenuta nella difficoltà dell'amministrazione di reperire risorse necessarie ad assicurare la fornitura di un'opera o di un servizio alla collettività, dovendo così ricorrere all'impiego di capitali

¹² La letteratura sugli istituti di partenariato pubblico – privato è ormai estesa. Senza pretesa di esaustività, si rimanda, tra gli altri, a M.P. CHITI (a cura di), *Il Partenariato Pubblico-Privato*, Napoli, 2009; ID., *Introduzione. Luci, ombre e vaghezze nella disciplina del Partenariato Pubblico-Privato*, Atti Convegno SPISA, 29 luglio 2005; ID., *Il partenariato pubblico privato: profili di diritto amministrativo e di scienza dell'amministrazione*, Bologna, 2005; ID., *Il Partenariato Pubblico Privato e la nuova direttiva concessioni*, in <http://www.studiolegalechiti.it/novita/21/1/2015/mp-chiti-il-partenariato-pubblico-privato-e-la-nuova-direttiva-concessioni>; M.A. SANDULLI, *Il Partenariato Pubblico Privato e il diritto europeo degli appalti e delle concessioni*, Atti Convegno SPISA, 29 luglio 2005; F. MASTRAGOSTINO, *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo. Dinamiche e modelli di partenariato in base alle recenti riforme*, Giappichelli, Torino, 2012; A. DI GIOVANNI, *Il contratto di partenariato pubblico privato tra sussidiarietà e solidarietà*, Torino, 2012; E. IOSSA-F. RUSSO, *Il Partenariato Pubblico Privato in Italia*, in Riv. pol. econ., 2008; R. DI PACE, *Partenariato pubblico privato e contratti atipici*, Milano, 2006; B. RAGANELLI-G. FIDONE, *Public Private Partnerships and Public Works: reducing moral hazard in a competitive market*, in Riv. merc. fin. e scienza fin., 1, 2008; S. FANTINI, *Il partenariato pubblico-privato con particolare riguardo al project financing e al contratto di disponibilità*, in www.giustizia-amministrativa.it

ed energie private al fine di poter continuare ad assolvere il “*difficile compito di garantire un’azione amministrativa efficiente ed efficace, fortemente improntata a criteri di economicità*”¹³”.

Se dunque la finalità del partenariato fra pubblico e privato deve essere individuata nella collaborazione fra due entità distinte le quali, pur nelle loro rispettive posizioni e nei loro diversi interessi, concorrono alla realizzazione di una prestazione avente pubblica utilità, non ci pare azzardato accomunare le due figure, pur con le profonde distinzioni esistenti fra lo strumento dell’appalto pubblico (al quale deve essere naturalmente ricondotto l’istituto degli appalti pre-commerciali) e quella degli istituti riconducibili alle forme di partenariato fra pubblico e privato.

L’appalto pre-commerciale, del resto, presenta elementi di indubbia atipicità, coniugando gli aspetti tipici dell’appalto pubblico di tipo commerciale (sostanzandosi comunque sempre in una prestazione richiesta da una stazione appaltante pubblica mediante una procedura assoggettata ai principi generali di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza e proporzionalità) esprimendo però elementi comuni al partenariato contrattuale, alla luce della necessità della condivisione dei rischi e dei benefici fra stazione appaltante ed impresa aggiudicataria. Come è stato evidenziato in letteratura, “l’appalto pre-commerciale presenta due importanti angolature definitorie: è una commessa e al contempo un approccio all’aggiudicazione di appalti di servizi”¹⁴” sostanzandosi in una procedura avente un oggetto ben definito (l’acquisizione di servizi di ricerca e sviluppo) in un contesto temporale necessitato (prima della loro commercializzazione) con la conseguente determinazione che vede, nel rispetto delle illustrate condizioni, e come vedremo nel paragrafo che segue, l’esclusione di ogni possibile loro riconduzione ad aiuti di Stato. L’atipicità di tale procedura è peraltro confermata dall’esclusione della sua assoggettabilità (se non per il rispetto dei principi generali) alla disciplina delle direttive europee in materia di appalti, ed alla disciplina promulgata dagli Stati membri in loro recepimento, nonché dalla circostanza (che indubbiamente caratterizza l’istituto) che vede i risultati acquisiti mediante tale procedura non appartenere

¹³ Così, Cons. St. Ad. Plen. n. 1 in data 03/03/2008, in www.giustiziaamministrativa.it

¹⁴ Si veda, al riguardo, M. NULLI, op. cit., 6.

esclusivamente all'amministrazione aggiudicatrice, la quale non potrà pertanto goderne ad uso suo esclusivo¹⁵.

Gli appalti pre-commerciali e gli aiuti di Stato.

Ai sensi dell'art. 107 del Trattato sul funzionamento della UE, sono incompatibili con il mercato interno, salvo deroghe contemplate dai trattati e nella misura in cui incidano sugli scambi tra Stati membri, gli aiuti concessi dagli Stati.

Per aiuto di Stato si intende qualsiasi trasferimento di risorse pubbliche a favore di alcune imprese o produzioni che, attribuendo un vantaggio economico selettivo, falsi o minacci di falsare la concorrenza.

Eventuali aiuti concessi per via amministrativa o legislativa possono infatti determinare distorsioni della concorrenza, favorendo determinate imprese o produzioni, potendo ritenersi compatibili con il Trattato solo in quanto volti a realizzare obiettivi di comune interesse chiaramente definiti¹⁶.

¹⁵ Si veda, al riguardo, M. NULLI, op. cit., 5. Dello stesso autore si veda anche, *Pre-commercial procurement: indicazione di sistema e prime sperimentazioni*, in G.A. BENNACCHIO – M. COZZIO (a cura di), *Gli appalti pubblici tra regole europee e nazionali*, Milano 2012, 161 ss.

¹⁶ Non rientra fra le specifiche finalità del presente contributo l'approfondimento della materia relativa agli aiuti di Stato, in ordine alla quale è dato peraltro rilevare un considerevole interesse della letteratura. Al riguardo, senza alcuna pretesa di esaustività, si vedano, principalmente, A. ALEMANNI, *Aiuti di Stato (dir. com.)*, in Diz. Dir. pubb., I, diretto da S. CASSESE, Milano, 2006, 192 ss; E. CHITI, *Le risposte alla crisi della finanza pubblica e il riequilibrio dei poteri dell'Unione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 3/2011, 311 ss; F. FERRARO, *L'evoluzione della politica sugli aiuti di Stato a sostegno dell'accesso al finanziamento nell'attuale situazione di crisi economica e finanziaria*, in *Dir. dell'Unione europea*, 4/2010, 335 ss; D. GALLO, *Finanziamento dei servizi di interesse economico generale e aiuti di Stato nel diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubb. Com.*, 5/2007, 893 ss.; D. GALLO, *I servizi di interesse economico generale: Stato, mercato e welfare nel diritto dell'Unione europea*, Milano, 2010. C. IANNONE, *Gli aiuti di Stato in favore delle imprese pubbliche e le regole nazionali applicabili al loro stato di crisi*, in *Dir. dell'Unione Europea.*, 2/2012, 263 ss; G. NAPOLITANO, *L'armonizzazione regolatoria dei servizi di interesse economico generale in Europa*, in M. P. RAGIONIERI - M. MARESCA, (a cura di) *Servizi di interesse generale, diritti degli utenti e tutela dell'ambiente*, Milano, 2006, 41 ss; G. NAPOLITANO, *Il Meccanismo europeo di stabilità e la nuova frontiera costituzionale dell'Unione*, in *Giorn. Dir. amm.*, 5/2012, 461 ss; G.M. ROBERTI, *Gli aiuti di Stato nel diritto comunitario*, Padova, 1997; V. SALOMONE, *L'affidamento dei servizi pubblici tra normativa nazionale e diritto comunitario*, in *foro amm.*, TAR, X, 10/2006, 3422 ss; G. VESPERINI – G. NAPOLITANO (a cura di), *Liberalizzazione e concorrenza*, estratto da *Annali 1998-1999 – Quaderni dell'Istituto giuridico della Facoltà di Economia dell'Università degli studi della Tuscia*, n. 5, 1999.

Già nella più volte citata comunicazione 799 del 14 dicembre 2007, la Commissione delle Comunità europee aveva inteso esplicitare come l'istituto degli appalti pre-commerciali si potesse caratterizzare quale strumento in grado di consentire all'amministrazione pubblica di bandire appalti competitivi per l'acquisizione di servizi di ricerca e sviluppo altamente innovativi, senza incorrere in decisioni pregiudizievoli intese ad affermare l'esistenza di aiuti di Stato non ammissibili.

Nella citata comunicazione si era pertanto già inteso sottolineare che con la predisposizione della procedura di appalto in modo da garantire il massimo della concorrenza, trasparenza, apertura, correttezza e fissazione dei prezzi alle condizioni di mercato, e mediante l'effettiva condivisione dei rischi e dei benefici fra la parte pubblica e quella privata, l'acquirente pubblico era libero di individuare le soluzioni migliori che il mercato poteva offrire, senza incorrere in alcuna violazione delle disposizioni concernenti gli aiuti di Stato.

La Commissione ha poi ritenuto di affrontare più analiticamente la problematica afferente al rapporto fra servizi di ricerca, sviluppo ed innovazione, e gli aiuti di Stato, attraverso la pubblicazione, in data 27 giugno 2014, di una comunicazione ad essa interamente dedicata (comunicazione 2014/C198/01).

In essa la Commissione ha inteso preliminarmente sottolineare come le amministrazioni pubbliche possano sempre reperire servizi di ricerca e sviluppo attraverso le ordinarie procedure di appalto, aventi ad oggetto l'acquisizione di servizi ad uso esclusivo delle medesime, sottolineando che una procedura aperta per l'aggiudicazione di appalti pubblici esperita conformemente alle direttive applicabili consente di ritenere generalmente esclusa la sussistenza di aiuti di Stato, ai sensi dell'art. 107, paragrafo 1, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea.

La Commissione ha inteso poi soffermarsi specificamente sugli aspetti regolanti il rapporto fra gli appalti pre-commerciali e la disciplina relativa agli aiuti di Stato.

Ha evidenziato al riguardo la Commissione che nell'espletamento degli appalti pre-commerciali potrà ritenersi non concesso alcun aiuto di Stato quando il prezzo pagato per i servizi in questione risulti in grado di riflettere pienamente il valore di mercato dei benefici ottenuti dall'acquirente pubblico ed i rischi assunti dal fornitore partecipante.

Al fine di meglio specificare l'ambito della dedotta circostanza, la Commissione ha ritenuto di dover specificare che la stessa verrebbe a sussistere, in particolare, al verificarsi delle seguenti condizioni:

a) quando la procedura di selezione sia stata aperta, trasparente e non discriminatoria, essendo basata su criteri di selezione e di aggiudicazione oggettivi e predefiniti;

b) quando gli accordi contrattuali disciplinanti tutti i diritti e gli obblighi delle parti, anche avuto riguardo ai diritti di proprietà intellettuale, siano stati messi a disposizione di tutti gli offerenti interessati prima della procedura della gara;

c) quando l'appalto non abbia conferito ad alcuno dei fornitori partecipanti un trattamento preferenziale nell'offerta di quantità commerciali dei prodotti o servizi finali ad un acquirente pubblico nello Stato membro interessato;

d) quando sia soddisfatta una delle seguenti condizioni:

- tutti i risultati che non comportano il sorgere di diritti di proprietà intellettuale siano messi nella condizione di avere larga diffusione, ad esempio mediante pubblicazione, insegnamento o contributo agli organismi di standardizzazione, in modo tale da consentire ad altre imprese di riprodurli, e gli eventuali diritti di proprietà intellettuale siano integralmente attribuiti all'acquirente pubblico, oppure

- il prestatore di servizi al quale siano attribuiti i risultati danti luogo al sorgere di diritti di proprietà intellettuale, sia tenuto a concedere all'acquirente pubblico un accesso illimitato e gratuito a tali risultati, ed a concedere l'accesso a terzi, per esempio mediante licenze non esclusive, alle condizioni di mercato.

La Commissione ha inteso inoltre specificare che qualora le citate condizioni non risultassero soddisfatte, rientrerebbe comunque nella facoltà degli Stati membri procedere ad un esame individuale dei termini del contratto tra l'acquirente pubblico e l'impresa, fatto salvo l'obbligo generale di notificazione degli aiuti di Stato, a norma dell'art. 108, paragrafo 3, del Trattato.

Alla luce della dettagliata regolamentazione di cui sopra, pertanto, l'amministrazione procedente è messa nella condizione di conoscere con esattezza le condizioni che determinerebbero, in radice, l'esclusione di ogni problematica afferente alla compatibilità o meno con il mercato interno della procedura di appalto, ancorché, eventualmente, nella stessa potessero riscontrarsi misure di aiuto, le quali, già a monte,

nel rispetto delle condizioni in precedenza illustrate, non potrebbero qualificarsi alla stregua di non consentiti aiuti di Stato.

Trattasi, senza dubbio, di una facoltà di non poco conto, che potrebbe contribuire a richiamare l'attenzione degli Stati membri sulle opportunità, sino ad ora poco sfruttate, offerte dagli appalti pre-commerciali, il ricorso ai quali potrebbe infatti permettere alle amministrazioni pubbliche di investire risorse sull'acquisizione di attività di ricerca e sviluppo altamente innovative, senza la preoccupazione di poter ricorrere in infrazioni conseguenti alla concessione di non consentiti aiuti di Stato ed alle rilevanti ripercussioni economiche dalle stesse derivanti.

La stipulazione di contratti di servizi di ricerca e sviluppo mediante gli appalti pre-commerciali.

Come già evidenziato nei paragrafi che precedono, negli appalti pre-commerciali l'acquirente pubblico non potrà riservare al suo uso esclusivo i risultati ed i benefici dell'attività di ricerca e sviluppo (compresi i diritti di proprietà intellettuale). Parimenti, le imprese che sviluppano il prodotto od il servizio non potranno riutilizzare i risultati per altri potenziali clienti.

La particolarità delle richiamate modalità di sfruttamento dell'oggetto dell'appalto caratterizza indubbiamente l'istituto in esame.

Se ad un primo esame le citate condizioni potrebbero apparire penalizzanti per le parti contraenti, una più attenta disamina porta a diverse conclusioni.

In quest'ottica deve essere evidenziato che, pur riconoscendo come vi siano delle situazioni nelle quali il godimento esclusivo dei risultati della ricerca possa essere indubbiamente giustificato, ed anzi, necessitato¹⁷, nella maggior parte dei casi l'esclusività del godimento dei risultati acquisiti non risulta indispensabile per l'acquirente pubblico, essendo quest'ultimo soltanto uno dei molteplici potenziali utilizzatori della soluzione sviluppata.

Come è stato evidenziato dalla Commissione nella più volte citata comunicazione 799 in data 14.12.2007, inoltre, gli acquirenti pubblici non tengono spesso conto dei costi e

¹⁷ Si pensi ai casi nei quali l'acquirente pubblico ha la necessità di disporre di diritti esclusivi e riservati sui risultati ottenuti, ad esempio in settori legati alla difesa o alla sicurezza, o quando la parte pubblica sia il solo soggetto interessato allo sviluppo dei risultati dell'attività di ricerca.

dell'attività lavorativa supplementare necessaria per sfruttare i benefici dei risultati della ricerca in modo esclusivo.

Fatta salva la circostanza che veda la pubblica amministrazione godere di un mandato e di piani concreti per sfruttare commercialmente i risultati della ricerca, non vi è spesso, dunque, alcuna ragione per sostenere i costi ed i rischi più elevati connaturati allo sviluppo esclusivo della ricerca.

La Commissione delle Comunità europee giunge addirittura ad affermare che, in questi casi, lo sviluppo esclusivo può essere d'ostacolo al processo innovativo¹⁸.

A suffragio di tale affermazione la Commissione rileva che la concessione di diritti esclusivi all'acquirente pubblico potrebbe privare le imprese dell'incentivo ad investire nella successiva commercializzazione, e che il prezzo elevato della proprietà esclusiva dei risultati di un progetto, potrebbe altresì non incentivare la parte pubblica a condividere i risultati con altri potenziali acquirenti pubblici.

Le dedotte conseguenze potrebbero pertanto portare ad una frammentazione del mercato, ed a una conseguente perdita di opportunità di perseguire l'ottenimento di soluzioni più innovative¹⁹.

¹⁸ Cfr. Comunicazione della Commissione delle Comunità europee "Appalti pre-commerciali: promuovere l'innovazione per garantire servizi pubblici sostenibili e di elevata qualità in Europa" COM (2007) 799, 6 ss.

¹⁹ Ha evidenziato, al riguardo, la Commissione delle Comunità europee, che la concessione di diritti esclusivi all'acquirente pubblico senza le condizioni che ne rendano opportuno l'esercizio, potrebbe portare alle seguenti conseguenze: "(1) **frammentazione del mercato**: se, nello stesso settore, diversi acquirenti pubblici sviluppano le proprie soluzioni ad un problema analogo senza condividere le informazioni, è poco probabile che le molteplici soluzioni sviluppate siano adatte per i mercati mondiali; (2) **ostacoli finanziari all'aggiudicazione di appalti per soluzioni concorrenti**: quando la soluzione è offerta da molte tecnologie e opzioni di concezione, il costo elevato dello sviluppo esclusivo rende difficilmente accessibile dal punto di vista economico l'aggiudicazione a varie imprese di appalti per sviluppi concorrenti. Gli acquirenti pubblici possono ritrovarsi legati ad un unico fornitore; (3) **opportunità perse di ottenere soluzioni più innovative**: lo sviluppo esclusivo assegna tutti i benefici delle attività di R&S, ma anche tutti i rischi, all'acquirente pubblico. Di conseguenza, gli acquirenti pubblici tendono a concentrarsi sui risultati prossimi alla commercializzazione, perdendo le opportunità offerte dallo sviluppo di soluzioni più innovative che potrebbero avere un maggiore valore aggiunto per il settore pubblico". Cfr. Comunicazione della Commissione delle Comunità europee "Appalti pre-commerciali: promuovere l'innovazione per garantire servizi pubblici sostenibili e di elevata qualità in Europa" COM (2007) 799, 6-7.

Un più ampio ricorso allo strumento degli appalti pre-commerciali potrebbe invece contribuire a facilitare il raggiungimento di risultati più efficienti nel campo della ricerca, dello sviluppo e dell'innovazione.

In tale ottica la Commissione ha inteso, a titolo esemplificativo, fornire il proprio contributo in ordine all'individuazione dell'approccio da seguire al fine di procedere ad una corretta applicazione dell'istituto in esame.

L'approccio della Commissione si basa su tre distinti aspetti: la condivisione dei rischi e dei benefici alle condizioni di mercato; lo sviluppo competitivo in fasi; la separazione tra la fase di ricerca e sviluppo e la fase di commercializzazione dei prodotti finali.

Per quanto concerne la condivisione dei rischi e dei benefici alle condizioni di mercato, la Commissione ha inteso evidenziare le opportunità che potrebbero derivare per l'acquirente pubblico dalla scelta di condividere i risultati delle attività di ricerca e sviluppo con altre autorità pubbliche e imprese, mediante la pubblicazione dei risultati e la loro successiva standardizzazione e commercializzazione. Sia l'amministrazione pubblica che l'impresa aggiudicataria dovrebbero infatti avere interesse a promuovere un'ampia commercializzazione, e conseguente successiva adozione, delle nuove soluzioni individuate mediante la procedura espletata.

Nel caso in cui i benefici condivisi includano diritti di proprietà intellettuale, è necessario che i diritti di proprietà vengano accordati alle imprese partecipanti, in modo da non conferire loro vantaggi ingiusti in eventuali appalti futuri, ed al fine di permettere all'acquirente pubblico di avere accesso ad una catena di approvvigionamento sufficientemente ampia e competitiva. Al riguardo, la Commissione ha inteso esemplificativamente evidenziare come l'acquirente pubblico potrebbe imporre alle imprese partecipanti di concedere in licenza i diritti di proprietà intellettuale a terzi a condizioni di mercato giuste e ragionevoli, potendo contestualmente richiedere la licenza gratuita per lo sfruttamento, ad uso interno, dei risultati delle attività di ricerca e sviluppo.

Al fine di assicurare che la condivisione dei rischi e dei benefici avvenga alle condizioni di mercato, ogni beneficio derivante dalle attività di ricerca e sviluppo condiviso dall'acquirente pubblico con un'impresa partecipante agli appalti pre-commerciali, dovrà essere necessariamente remunerato dall'impresa all'acquirente

pubblico al prezzo di mercato, potendo, ad esempio, procedersi ad una riduzione di prezzo in relazione al costo dello sviluppo esclusivo, corrispondente al valore commerciale dei benefici ricevuti e dei rischi assunti dall'impresa.

La partecipazione dell'acquirente pubblico già dalle prime fasi concernenti le attività di ricerca e sviluppo, potrebbe inoltre generare un considerevole valore aggiunto, consentendo la valutazione delle prestazioni dei prototipi e dei prodotti sperimentali in essa sviluppati in un ambiente operativo reale, così da permettere all'amministrazione precedente di adeguare lo sviluppo dei prodotti alle priorità del cliente, in una fase in cui sarebbe ancora possibile influire sui piani delle imprese e sugli standard in preparazione. Un controllo, già nella fase iniziale, della compatibilità delle attività di ricerca sviluppate dalle imprese, con le esigenze concrete di titolarità della parte pubblica, sarebbe inoltre in grado di migliorare l'efficacia del processo di ricerca, consentendo così di ottimizzarne la spesa, nell'ottica del maggiore sviluppo di soluzioni ad alto contenuto innovativo.

La necessità di garantire che la condivisione dei rischi e dei benefici fra stazione appaltante ed impresa aggiudicataria avvenga alle giuste condizioni di mercato e che, pertanto, il prezzo pagato per i servizi forniti non sia più elevato del prezzo ivi corrente, è peraltro vieppiù necessaria, alla luce della circostanza che vede sussistere, nell'ipotesi contraria, la presunzione dell'esistenza di un aiuto di Stato, con la conseguente necessità di notifica alla Commissione per consentirne la valutazione, ai sensi degli articoli 87 e 88 del Trattato e della disciplina comunitaria in materia di aiuti di Stato in favore di ricerca, sviluppo e innovazione.

Un ulteriore strumento individuato dalla Commissione delle Comunità europee per ridurre i rischi ed i costi delle attività di ricerca e sviluppo, si sostanzia nel cosiddetto "*sviluppo competitivo in fasi*", il cui procedimento comporta un processo di aggiudicazione dell'appalto in fasi, nell'arco di un determinato periodo di tempo, al fine di poter maggiormente stimolare la concorrenza tra le imprese, e di assicurare la realizzazione di una diversa gamma di opzioni.

L'appalto potrebbe essere così suddiviso nella fase di "*elaborazione della soluzione*", nella fase successiva della "*messa a punto di prototipi*", in quella ulteriormente successiva dello "*sviluppo iniziale di quantità limitate dei primi prodotti e/o servizi in*

forma di serie sperimentali”, e nella fase conclusiva della *“commercializzazione dei prodotti / servizi”*.

Naturalmente l’istituto degli appalti pre-commerciali sarebbe utilizzabile solamente per le prime tre fasi, essendo l’ultima fase della commercializzazione dei prodotti necessariamente da realizzarsi mediante l’espletamento di una procedura di appalto pubblico ordinario, indetto per la produzione commerciale degli stessi.

Secondo la Commissione, l’organizzazione degli appalti mediante l’espletamento di una procedura graduale, in grado di prevedere valutazioni dopo ogni fase di ricerca, contribuirebbe alla selezione di soluzioni effettivamente migliori, ed a garantire *“l’interoperabilità e l’intercambiabilità delle soluzioni alternative in corso di elaborazione”*, preparando il terreno a standard aperti in grado di scongiurare il rischio che *“i primi ad adottare soluzioni innovative siano penalizzati con l’onere supplementare di dover adeguare la loro soluzione a standard fissati a posteriori”²⁰*.

La procedura suddivisa in fasi ad evoluzione successiva consentirebbe così agli acquirenti pubblici di orientare la procedura alla massima soddisfazione delle esigenze del settore pubblico.

Il mantenimento di almeno due imprese partecipanti sino alla fase finale della procedura sarebbe poi in grado di garantire migliori condizioni di concorrenza, consentendo agli acquirenti pubblici di ottenere le soluzioni migliori offerte dal mercato ed evitando, allo stesso tempo, di essere legati ad un solo fornitore.

Nell’ottica della Commissione, infine, anche la separazione tra la fase di ricerca e sviluppo e la successiva fase di commercializzazione dei prodotti finali, sarebbe in grado di facilitare il raggiungimento degli obiettivi di pubblico interesse connaturati allo sviluppo efficiente di soluzioni innovative per i servizi pubblici.

A suffragio di siffatta affermazione la Commissione evidenzia, del tutto condivisibilmente, che nel campo dell’innovazione è sicuramente elevato il rischio che l’attività di ricerca non consenta di arrivare sempre all’ideazione di prodotti e/o servizi di interesse pubblico, avuto particolare riferimento all’aleatorietà che ne contraddistingue l’effettuazione.

²⁰ Cfr. Comunicazione della Commissione delle Comunità europee *“Appalti pre-commerciali: promuovere l’innovazione per garantire servizi pubblici sostenibili e di elevata qualità in Europa”* COM (2007) 799, 10.

Solamente all'esito dell'espletamento della procedura di appalto pre-commerciale, pertanto, l'acquirente pubblico potrebbe essere posto nella condizione di disporre degli elementi di confronto in grado di stabilire se le soluzioni sviluppate siano realmente migliori di quelle disponibili sul mercato.

Gli appalti pre-commerciali possono dunque valutarsi alla stregua di una procedura propedeutica, volta a consentire agli acquirenti pubblici di procedere alla stima delle risultanze delle attività di ricerca e sviluppo prima dell'eventuale impegno all'indizione di gare d'appalto ordinarie, volte a valorizzare la produzione commerciale dei prodotti e/o l'effettuazione dei servizi ivi ideati, su vasta scala.

In tale contesto, la separazione fra la fase prodromica di appalto pre-commerciale e la fase successiva di eventuale produzione e commercializzazione dei risultati ottenuti, può indubbiamente consentire alle amministrazioni pubbliche di acquisire le conoscenze necessarie per individuare le migliori soluzioni offerte dal mercato, senza ricorrere ad aiuti di Stato unilaterali a favore delle imprese partecipanti²¹.

Il campo di applicazione degli appalti pre-commerciali.

Nelle considerazioni introduttive si era evidenziato il rilevante impatto della crisi economica sulle attività delle amministrazioni pubbliche, sempre più in difficoltà a raggiungere gli obiettivi di pubblico interesse alle stesse condizioni.

In tale contesto la Commissione delle Comunità europee ha inteso qualificare l'istituto degli appalti pre-commerciali quale strumento in grado di contribuire a far fronte alle "sfide sociali" dell'Europa.

Nell'auspicio della Commissione, infatti, lo strumento in esame risulterebbe di particolare rilevanza per contribuire ad "assicurare cure sanitarie di elevate qualità a prezzi accessibili ... lottare contro i cambiamenti climatici ... accrescere l'efficienza

²¹ Come evidenziato dalla Commissione delle Comunità europee, la separazione degli appalti pre-commerciali dagli appalti per la produzione commerciale è anche conforme alle disposizioni dell'accordo dell'OMC sugli appalti pubblici e degli accordi bilaterali applicabili. Cfr. Comunicazione della Commissione delle Comunità europee "Appalti pre-commerciali: promuovere l'innovazione per garantire servizi pubblici sostenibili e di elevata qualità in Europa" COM (2007) 799, 11.

*energetica ... migliorare l'accesso ad un insegnamento di elevata qualità ... gestire più efficacemente le minacce alla sicurezza*²²”.

In particolare avuto riguardo all'ambito sanitario, ed in special modo per quanto concerne la necessità di individuare soluzioni innovative nel campo della ricerca medica, il ricorso allo strumento degli appalti pre-commerciali potrebbe rivestire un ruolo particolarmente significativo.

Si pensi, ad esempio, alla cura delle malattie rare ed all'individuazione di profilassi in grado di preservare l'insorgere di epidemie nelle zone a minor sviluppo economico.

In tali ambiti, infatti, il privato non è particolarmente invogliato ad investire cospicue risorse economiche, essendo la remunerazione del capitale non certa, a fronte della rilevanza degli investimenti necessari rispetto al contesto socio economico di riferimento.

Il rapporto intercorrente tra pubblico e privato in ambito sanitario²³, e il non sempre facile temperamento fra le esigenze del primo (volte a perseguire obiettivi di pubblico interesse) rispetto a quelle del secondo (intente maggiormente a conseguire un'utilità di natura economica), potrebbero pertanto vedere nell'appalto pre-

²² Cfr. Comunicazione della Commissione delle Comunità europee “*Appalti pre-commerciali: promuovere l'innovazione per garantire servizi pubblici sostenibili e di elevata qualità in Europa*” COM (2007) 799, 4.

²³ Come è stato osservato in dottrina, già dall'analisi dell'art. 32 della Costituzione, può evincersi come la norma costituzionale non presupponga, come necessario e doveroso, un assetto istituzionale nel quale la sanità sia interamente, e per definizione, pubblicizzata, “nel senso che il “sistema sanità” è dato dal concorso variabile, sia dei soggetti pubblici che di quelli privati, in sintonia con le scelte d'indirizzo politico che vengono effettuate dal legislatore, anche sotto il possibile influsso dei mutevoli e fuggevoli scenari politico-ideologici. Né, d'altro lato, parrebbe sostenibile, al di là della mera suggestione “ideologica” e di ogni pur lecito auspicio, che compito della Repubblica sia quello di assicurare, sempre e a tutti, prestazioni illimitate e, soprattutto, gratuite”. Così, R. FERRARA, *Salute (diritto alla)*, in *Digesto disc. Pubbl.*, XIII, Torino, 1997, 536. Richiamate tali autorevoli considerazioni, deve peraltro essere sottolineato che la tematica relativa all'apporto dei privati in campo sanitario è stata oggetto di particolare attenzione in ambito legislativo solo in tempi relativamente recenti. Carlo Emanuele Gallo ha evidenziato come, volendo risalire alle origini dell'attuale organizzazione amministrativa della sanità, si debba necessariamente partire dal sistema ottocentesco, nel quale sanità ed assistenza erano indissolubilmente connesse, essendo peraltro fondate, per la quasi totalità, sulle determinazioni dei privati e sulle iniziative benefiche dei medesimi o della Chiesa cattolica. In ambito sanitario, l'organizzazione statale interveniva pertanto solamente per fondamentali compiti di regolazione, o per porre rimedio a situazioni eccezionali coinvolgenti l'intera collettività come, ad esempio, nelle ipotesi di epidemie. Si veda, al riguardo, C.E. GALLO, *Organizzazione sanitaria e diritto alla salute*, in C.E. GALLO, B. PEZZINI (a cura di), *Profili attuali del diritto alla salute*, Milano, 1998, 138 ss.

commerciale uno strumento in grado di comportare un considerevole beneficio al sistema.

La necessità di condivisione dei rischi e dei benefici tra amministrazione procedente e impresa aggiudicatrice, potrebbe infatti portare ad un connubio di intenti fra pubblico e privato in grado di porre rimedio alle problematiche illustrate o, quanto meno, di mitigarne le criticità.

Alla luce delle illustrate peculiarità dell'istituto in esame, infatti, il ricorso alla procedura di appalto pre-commerciale potrebbe infatti contribuire sensibilmente al miglioramento del sistema, sviluppando strategie di appalto non limitate all'acquisizione di prodotti e servizi già presenti sul mercato, ma volte all'acquisizione di nuove soluzioni maggiormente efficienti ed innovative rispetto a quelle allo stato disponibili.

A titolo esemplificativo si evidenzia come, negli Stati Uniti, le procedure afferenti all'implementazione delle attività di ricerca e sviluppo in ambito sanitario abbiano consentito alle autorità pubbliche, per quanto concerne la diagnosi del morbo di Alzheimer, di creare nuovi mercati per l'applicazione delle biotecnologie e delle nanotecnologie²⁴.

Si auspica, pertanto, che anche nell'Unione Europea, ed in particolare in Italia, le risorse economiche a disposizione delle autorità pubbliche per lo svolgimento di attività di ricerca e sviluppo possano (oltre che godere di un sensibile aumento) essere utilizzate in modo sempre più efficiente.

In tale ottica un maggiore e più generalizzato ricorso all'istituto degli appalti pre-commerciali potrebbe indubbiamente concorrere al raggiungimento di tale obiettivo.

Considerazioni conclusive.

Dalla sintetica illustrazione degli elementi peculiari caratterizzanti l'istituto in esame, si evince come gli appalti pre-commerciali differiscano indubbiamente dagli altri strumenti utilizzati dall'amministrazione pubblica al fine di perseguire l'obiettivo volto a rendere più efficace ed innovativa l'attività di ricerca e sviluppo (si pensi, al riguardo, alle sovvenzioni, alle agevolazioni fiscali, all'accesso al finanziamento, alle

²⁴ Si veda, al riguardo, "US defence R&D spending: an analysis of the impacts", relazione EURAB, PREST, 2004.

iniziative tecnologiche congiunte, di norma utilizzate dalla pubblica amministrazione in ausilio all'attività di ricerca).

Il ricorso alla procedura di appalto pre-commerciale, se correttamente sfruttata, potrebbe peraltro costituire uno strumento in grado di integrare e coordinare, in un unico procedimento, gran parte delle caratteristiche proprie dei richiamati strumenti comunemente utilizzati dalle pubbliche amministrazioni a sostegno delle attività di ricerca.

Come evidenziato dalla Commissione delle Comunità Europee, in un quadro politico coordinato, volto alla standardizzazione ed alla regolamentazione dell'acquisizione di beni e servizi innovativi, gli appalti pre-commerciali potrebbero infatti contribuire a ridurre i tempi di commercializzazione dei prodotti ivi concepiti, ed a favorire la diffusione commerciale di nuove tecnologie sempre più innovative²⁵.

Al fine di poter realizzare tale ambizioso progetto, tuttavia, risulta necessario un più ampio utilizzo dell'istituto in esame e, conseguentemente, una maggiore conoscenza delle sue potenzialità in capo alle amministrazioni ed alle istituzioni pubbliche comunitarie e nazionali.

Soprattutto per quanto concerne l'ambito nazionale, infatti, la conoscenza e l'effettiva utilizzazione delle procedure di appalto pre-commerciale risultano essere assai modeste, così come assai limitata risulta la letteratura in materia (per non dire poi della casistica giurisprudenziale, praticamente inesistente).

Solo con una maggiore consapevolezza delle connotazioni qualificanti l'istituto, potrebbe pertanto concretarsi l'auspicio della Commissione delle Comunità europee, la quale ha individuato negli appalti pre-commerciali il principale strumento di ammodernamento delle politiche di promozione dell'innovazione facenti leva sulla spesa pubblica.

Lo strumento in esame potrebbe così rappresentare un valido ausilio alle strategie di incentivazione dello sviluppo delle conoscenze scientifiche e tecnologiche, nell'ottica del perseguimento di servizi pubblici sempre più efficienti.

²⁵ Cfr. Comunicazione della Commissione delle Comunità europee *“Appalti pre-commerciali: promuovere l'innovazione per garantire servizi pubblici sostenibili e di elevata qualità in Europa”* COM (2007) 799.