



PROVINCIA AUTONOMA DI TRENTO

**DIPARTIMENTO DELLA CONOSCENZA
SERVIZIO UNIVERSITÀ E RICERCA SCIENTIFICA**

Gli appalti precommerciali in Italia:

una ricostruzione fra teoria generale ed esperienze regionali

Legge provinciale 2 agosto 2005, n. 14

Gli appalti precommerciali in Italia:
una ricostruzione fra teoria generale ed esperienze regionali

© Provincia autonoma di Trento - 2013
Dipartimento della Conoscenza
Servizio Università e ricerca scientifica

Gli appalti precommerciali in Italia: una ricostruzione fra teoria generale ed esperienze regionali

**A cura di
Michele Nulli**

**Testo di
Michele Nulli**

**Stampa
Centro Duplicazioni – Provincia autonoma di Trento**

Finito di stampare: agosto 2013

Indice

1. <i>La giusta introduzione</i>	4
2. <i>Il paradigma dell'appalto precommerciale secondo il soft law europeo</i>	6
3. <i>Il quadro di riferimento nel diritto dell'Unione Europea</i>	12
3.1 Le direttive in materia di appalti pubblici	12
3.2 Le comunicazioni per la società della conoscenza.....	15
3.3 I documenti: Europa e Orizzonte 2020	18
3.4 La nuova politica europea per la modernizzazione degli appalti.....	22
4. <i>Le implicazioni del paradigma comunitario dell'appalto precommerciale</i>	24
4.1 L'appalto precommerciale quale fattispecie a formazione e valutazione progressive.....	25
4.2 Le fasi che scandiscono l'appalto precommerciale.....	26
4.3 Il profilo della competizione	29
5. <i>Sull'importanza della condivisione dei benefici e dei rischi</i>	30
6. <i>Integrazioni al paradigma comunitario: fra principi e linee guida</i>	34
6.1 Il bando	35
6.2 La selezione.....	37
6.3 La condivisione della conoscenza.....	38
6.4 Ulteriori aspetti della procedura.....	40
6.5 Il raffronto con altre procedure di appalto	42
7. <i>Considerazioni alternative al paradigma comunitario e possibili classificazioni</i>	44
7.1 Accordo – quadro e procedura - quadro.....	45
7.2 Appalto promozionale e appalto pro - sperimentale	46
7.3 Schema – commessa e schema - contributo.....	48
7.4 Il cofinanziamento.....	50
7.5 L'appalto precommerciale quale procedura ad evidenza aperta	51
7.6 Fra bene della conoscenza co-generata e diritti di proprietà intellettuale.....	52
8. <i>Lo stato di implementazione a livello italiano</i>	54
8.1 L'azione del governo nazionale	54
8.2 L'attività a valenza generale delle Regioni.....	60
9. <i>Quattro tipologie su cinque casi di appalto precommerciale regionale o equiparato</i>	65
9.1 La Provincia autonoma di Bolzano	66
9.2 Trento RISE	68
9.3 La Regione Valle d'Aosta.....	71
9.4 La Regione Puglia.....	74
9.5 La Regione Lombardia.....	76
9.6 Prime conclusioni sulle esperienze regionali italiane	82
10. <i>Orientamenti finali</i>	84

1. La giusta introduzione

Gli appalti precommerciali¹ nascono dall'esigenza delle politiche europee di coniugare mondo della conoscenza e mondo dell'innovazione, al fine di aumentare la competitività dell'Europa rispetto alle capacità di *performance* di Stati Uniti e Giappone, stabilire nessi più fluidi e programmati fra la fase della creazione della conoscenza e la fase della relativa trasformazione e dare vita a forme contrattuali avanzate di partenariato fra il luogo pubblico dell'economia (dove si amministra, si fa ricerca libera, si erogano servizi a favore della collettività) e il luogo privato (dove si produce e si vendono beni e prestazioni in regime di mercato). L'economia della conoscenza, quindi, come ambiente appropriato dell'innovazione appare la parola chiave per inquadrare lo strumento dell'appalto precommerciale, nel quale si confrontano le esigenze innescate dall'esercizio delle funzioni pubbliche con le potenzialità determinate dagli interessi degli operatori economici mediante una procedura di mutuo apprendimento e ad alta progressività in termini sia di formazione della domanda pubblica sia di esplorazione della conoscenza.

L'evidenza aperta, più che pubblica in senso stretto, della procedura segna i necessari passi di un percorso dove il bene pubblico della conoscenza trova la sua duplice espressione nell'espansione incrementale e nel trasferimento in modalità condivise per titolarità e regime; dove il committente pubblico, nel proporsi come primo compratore, deve possedere abilità e competenze proprie del cliente intelligente; dove gli operatori economici, a fronte del corrispettivo pattuito, assumono le vesti proattive

¹ Noti anche nell'acronimo inglese PCP, che sta per *Precommercial procurement(s)* Il presente lavoro, la cui responsabilità, soprattutto per le tesi sostenute e le inevitabili imprecisioni, rimane dello scrivente, riflette in larga parte la partecipazione al progetto "Sostegno alle politiche di ricerca e innovazione delle Regioni", supportato dall'Agenzia per la diffusione delle tecnologie per l'innovazione e dal Dipartimento per lo Sviluppo e la Coesione Economica, con il coordinamento del prof. Andrea Bonaccorsi. In particolare, il Gruppo di lavoro n. 4, coordinato dal dott. Francesco Molinari, è stato dedicato alla tematica dei bandi multistadio e degli appalti precommerciali con il compito di definire le linee guida operative a livello nazionale e facsimili di documentazione di supporto all'introduzione del PCP nella pubblica amministrazione regionale e nazionale. Tale compito si è intersecato con l'attività del Gruppo di lavoro 1, che, coordinato dalla dott.ssa Annaflavia Bianchi, si è occupato anche di *foresight* tecnologico a livello regionale, allo scopo di definire ed applicare una metodologia applicabile a livello regionale. Ai tre coordinatori ed a tutti i compagni di viaggio va il mio più sentito ringraziamento. In occasione dell'evento finale, tenutosi a Bari il 17 maggio 2012, è stato presentato il documento finale che, sulla base del manuale operativo, riassume, con i relativi approfondimenti, il percorso seguito dai Gruppi di Lavoro n. 1 e 4 nell'ambito dei Quaderni dell'Innovazione (QI08 e QI09), editi nell'ambito del mandato ricevuto congiuntamente dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri e del Ministero per lo Sviluppo Economico da parte della medesima agenzia nella Collana Regioni: 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, che può essere agevolmente reperito, consultando l'indirizzo <http://www.aginnovazione.gov.it/attivita/collaborazione-pubblico-privato/quaderni-dellinnovazione/>. Resta comunque fermo che maggiori informazioni possono essere ricavate consultando il sito dell'agenzia organizzatrice <http://www.aginnovazione.gov.it/attivita/assistenza-alla-valutazione-tecnico-scientifica/il-progetto-di-sostegno-alle-politiche-di-ricerca-e-innovazione-delle-regioni/>. Per una elaborazione parziale e sintetica del presente lavoro sia consentito rinviare a Nulli Michele "Pre-commercial procurement: indicazioni di sistema e prime sperimentazioni", in Benacchio Gian Antonio e Cozzio Michele (a cura di), *Gli appalti pubblici tra regole europee e nazionali*, EGEA, Milano 2012, pp. 161 e ss. Il presente lavoro costituisce un aggiornamento di quello pubblicato a partire dal 12 ottobre 2012 alla voce "pubblicazioni" sul sito <http://www.osservatorioappalti.unitn.it/content.jsp?id=31>. Questa pubblicazione è frutto di un serrato confronto con Francesco Molinari, che ringrazio per la pazienza, la saggezza e la competenza dimostrate: senza i suoi consigli sarebbe divenuta un'opera più povera. Meritano una menzione anche Alessandro Ciola e Michele Cozzio per i suggerimenti che hanno voluto darmi.

dell'impresa innovativa per soddisfare bisogni della pubblica amministrazione più che per dare servizi predefiniti nelle specifiche tecniche.

Nel sollecitare l'apporto dell'operatore economico l'appalto precommerciale interviene nella fase antecedente la commercializzazione, distinguendosi da quegli appalti che guidano l'innovazione, misurandola, a partire dalle disponibilità già esistenti nell'offerta commerciale del mercato². Sulla base, poi, dell'incidenza rilevante che possiede il settore degli appalti per l'economia europea l'appalto precommerciale si configura quale possibile approccio delle commesse di ricerca, dove la prestazione prevalente può essere solo ricavata dal novero dei servizi, escludendosi – se non nell'accezione complementare – lavori e forniture di beni. Peraltro, trattandosi di procedura competitiva alternativa alla tradizionale agevolazione sotto forma di contributo, si è fuori dalle prescrizioni in tema di aiuti di Stato, fatte salve le sanzionabili distorsioni.

Le peculiarità che emergono da queste prime indicazioni rimescolano le categorie tradizionali dell'appalto europeo su più versanti. Prima di tutto il profilo soggettivo: da un lato, il committente è chiamato sia ad intraprendere uno sforzo di maggiore programmazione, identificando le proprie esigenze e coinvolgendo la dimensione multilivello dei suoi attori (interni ed esterni, prestatori e utenti, titolari di funzioni e portatori di interessi), sia a fare un passo indietro, rinunciando allo schema classico dell'esclusività del *know – how*; dall'altro, le imprese, anche nella dimensione medio – piccola, da fornitori di servizi assurgono a protagonisti dell'innovazione, salvaguardando quale valore aggiunto la conoscenza co-generata e co-finanziando in cambio le linee di ricerca. In secondo luogo l'aspetto oggettivo: si acquistano ricerca e innovazione a fronte di requisiti funzionali secondo logiche di trasferibilità e per permettere agli offerenti di proporre soluzioni più differenziate e più adatte al problema da risolvere, si esplicita il bisogno e non si descrive l'oggetto con specifiche tecniche, il dominio delle prestazioni e dei risultati ottenuti non è mai chiuso, venendo pubblicato e indirizzato ad una standardizzazione aperta. Infine, la procedura: la concorsualità viene rivista a partire dal *foresight*³, dalla selezione per

² Interessante appare la distinzione concettuale operata all'articolo 2 della "Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce le regole di partecipazione e di diffusione nell'ambito del programma quadro di ricerca e innovazione 'Orizzonte 2020' (2014-2020)" 2011/0399 (COD) nella versione esaminata dal Consiglio "Competitività" del 10 ottobre 2012 e per questa parte riconfermata nella versione trasmessa al Comitato dei rappresentanti permanenti in data 12 luglio 2013. Infatti, agli effetti del programma europeo integrato per la ricerca e l'innovazione, si definiscono: " ... (13) "appalti precommerciali", appalti di servizi di ricerca e di sviluppo che prevedono la condivisione dei rischi e dei benefici alle condizioni di mercato, e lo sviluppo competitivo per fasi, in cui è prevista una chiara separazione dei servizi di ricerca e di sviluppo appaltati dalla fase di commercializzazione dei prodotti finali; (14) "appalti pubblici per soluzioni innovative", una procedura d'appalto in cui le amministrazioni aggiudicatrici, agiscono come "clienti di lancio" di beni e servizi innovativi che non sono ancora disponibili su base commerciale a larga scala; può includere prove di conformità ...". Sul fatto che l'azione delle amministrazioni aggiudicatrici possa avere come obiettivo entrambe queste peculiari fattispecie di appalto si veda l'articolo 19, comma, 8, della medesima proposta.

³ Il *foresight* è uno strumento a supporto della formulazione strategica di politiche di medio-lungo termine in campo scientifico, tecnologico e innovativo, in quanto, nell'immaginare il futuro, intende evidenziare scenari e futuri possibili e indicare come prepararsi ad affrontarli. Viene definito anche come esercizio collettivo di una comunità nella costruzione di una visione del futuro, al fine di orientare le scelte strategiche per il proprio riposizionamento. Nel caso specifico del *foresight* tecnologico viene svolta una valutazione dell'attrattività delle tecnologie (in termini di stadio di sviluppo e di impatto potenziale sull'economia) e della loro funzionalità rispetto al posizionamento dei territori (in termini di conoscenze, risorse, compatibilità, attori protagonisti). Con una lettura dinamica nel tempo delle potenziali

stadi e dal livello di cooperazione richiesto, si incrementano le fasi (con bandi multistadi) e si riducono gli automatismi nei passaggi da una fase all'altra, si privilegiano la qualità e il merito tecnico della proposta a fronte di una ponderazione del fattore prezzo che, pur minoritario e nell'ambito dei limiti di spesa, si manifesta perlopiù alla fine nella dinamica composizione dell'offerta. Infine il contenuto: la conoscenza creata, alla luce dell'assetto di protezione e di valorizzazione, apre a scenari: che, fra valore d'uso e valore di scambio, possono incidere sullo statuto di bene pubblico, comune o semplicemente patrimoniale; che interrogano sulla nozione di diritti di proprietà intellettuale; che rinnovano il percorso della sua destinazione (rigenerando processi di trasformazione) in tecnologia disponibile e soluzioni accessibili.

2. Il paradigma dell'appalto precommerciale secondo il soft law europeo

Il modello di appalto precommerciale, che può essere ricostruita quale forma di partenariato⁴, è disegnato sostanzialmente dalla Commissione europea nella

interazioni fra tecnologie e funzionalità da esse abilitate si mettono in luce le possibili alternative tecnologiche, le condizioni di preferibilità di una soluzione tecnologica rispetto ad una o più alternative e si predispongono un "puntatore" lungo la linea del tempo che aiuti a tenere monitorato il confronto. Per ulteriori informazioni si veda Roveda Claudio "Forecasting e foresight tecnologico", in Bonaccorsi Andrea e Bucchi Massimiano (a cura di), *Trasformare conoscenza trasferire tecnologia. Dizionario critico delle scienze sociali sulla valorizzazione della conoscenza*, Marsilio Editori, Venezia 2011, pp. 97 e ss. e p. 299. Sulle esperienze di foresight in Italia (Piemonte, Trentino, Toscana, Emilia Romagna), sulla definizione e sulle finalità (priorità tecnologiche strategiche, criticità tecnologiche in un settore, funzionalità tecnologiche connesse alla domanda pubblica) si legga pure 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, pp. 167, 170, 177 e 187 e ss., consultabile all'indirizzo <http://www.aginnovazione.gov.it/attivita/collaborazione-pubblico-privato/quaderni-dellinnovazione/>.

⁴ Il tema del partenariato è sviluppato dalla relazione della commissione del Parlamento europeo per il mercato interno e la protezione dei consumatori, disponibile in inglese "Workshop report pre-commercial procurement. An untapped opportunity for driving innovation" IP/A/IMCO/IC/2008-161 TO 165, novembre 2008. Il "Libro Verde relativo ai partenariati pubblico – privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni" del 30.04.2004 COM(2004) 327 Definitivo, ha fornito una prima ricostruzione del fenomeno del partenariato, non elencando gli elementi del rischio e del finanziamento, che si devono agli interventi successivi della Commissione e della Corte di Giustizia europee. Peraltro, il termine "partenariato" ricomprende nel linguaggio comunitario anche la figura dell'appalto (si cita espressamente il dialogo competitivo), benché la nomenclatura dell'ordinamento interno esalti l'antitesi fra appalto e partenariato. In questo contesto l'appalto precommerciale, ancorché rimoduli il confine fra pubblico e privato rispetto all'appalto pubblico di tipo commerciale e presenta elementi di atipicità (potendo essere la causa non integralmente commutativa), rimane civilisticamente una commessa e, tuttavia, alla luce della condivisione dei rischi e dei benefici, presenta elementi comuni al partenariato contrattuale, per cui, se si volesse marcare una differenza anche terminologica, potrebbe essere anche utilizzata la locuzione di contratto precommerciale, come per ragioni editoriali si è fatto in Nulli Michele "Pre-commercial procurement: indicazioni di sistema e prime sperimentazioni", in Benacchio Gian Antonio e Cozzio Michele (a cura di), *Gli appalti pubblici tra regole europee e nazionali*, EGEA, Milano 2012, pp. 161 e ss.. Utilizza la locuzione di appalti precompetitivi (e commerciali) con finalità di promozione della ricerca e dell'innovazione "Horizon 2020 Italia", marzo 2013, realizzato dal Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca, p. 86, che può essere agevolmente scaricato all'indirizzo <https://www.researchitaly.it/uploads/50/HIT2020.pdf>. Da notare, peraltro, l'assenza di regole comunitarie (anche orientative) a livello generale per i partenariati pubblico – privati di tipo contrattuale nell'ambito dei servizi (a differenza dei lavori, dove un quadro, seppure lacunoso, è individuabile). In relazione al partenariato discute, con alcuni riferimenti bibliografici, a proposito di atipicità e contratto a formazione complessa Ristuccia Sergio "Partenariato pubblico -privato", in Bonaccorsi Andrea e Bucchi Massimiano (a cura di), *Trasformare conoscenza trasferire tecnologia. Dizionario critico delle scienze sociali sulla valorizzazione della conoscenza*, Marsilio Editori, Venezia 2011, p. 141. Sul fatto che l'articolo 15 ter del Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, emanato con decreto legislativo 12 aprile 2006, fornisca una

Comunicazione del dicembre 2007 “Appalti Pre-Commerciali: promuovere l’innovazione per garantire servizi pubblici sostenibili e di elevata qualità in Europa”⁵.

L’appalto precommerciale presenta due importanti angolature definitorie: è una commessa⁶ e al contempo un approccio all’aggiudicazione di appalti di servizi.

In relazione al primo aspetto emergono rispettivamente un oggetto (relativo alla fase di ricerca e sviluppo in termini di servizi), un contesto temporale dirimente (prima della commercializzazione) e una conseguenza (non costituisce aiuto di Stato).

Con riferimento al secondo aspetto si giustifica l’esclusione dall’applicazione delle direttive in materia di appalti del 2004 in ragione del fatto che si descrive (e non si statuisce) una peculiare procedura per l’affidamento di servizi di ricerca e sviluppo in cui i risultati non “appartengono esclusivamente all’amministrazione aggiudicatrice perché li usi nell’esercizio della sua attività, a condizione che la prestazione del servizio sia interamente retribuita da tale amministrazione”⁷. Sotto traccia appare,

definizione di partenariato pubblico – privato se ne sottolineano in dottrina: (1) il carattere esemplificativo secondo De Nictolis Rosanna “L’autonomia contrattuale della pubblica amministrazione e i principi relativi ai contratti pubblici” in Caringella Francesco e Protto Mariano (a cura di), *L’appalto pubblico e gli altri contratti della P.A.*, Zanichelli, Bologna 2012, pp. 8-9; (2) l’evidente richiamo adattivo alla fattispecie della concessione per Caranta Roberto, *I contratti pubblici*, Giappichelli Editore, Torino 2012, II Edizione, p. 140.

⁵ Si tratta della Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale europeo e al Comitato delle Regioni “Appalti Pre-Commerciali: promuovere l’innovazione per garantire servizi pubblici sostenibili e di elevata qualità in Europa” del 14.12.2007 COM(2007) 799 Definitivo {SEC(2007) 1668}. Lo accompagna l’allegato documento dei servizi della Commissione “Commission Staff working document: example of a possible approach for procuring R&D services applying risk – benefit sharing at market conditions, i.e. pre – commercial procurement”.

⁶ Soggetta alle regole sulla tracciabilità di cui all’articolo 3 della legge 13 agosto 2010, n. 136. Per una rassegna delle problematiche sorte si veda Leone Velia Maria, “La ricognizione dei soggetti obbligati e le vicende contrattuali della tracciabilità”, reperibile presso <http://www.osservatorioappalti.unitn.it/content.jsp?id=31>. Più in generale, sul ruolo che il contratto di ricerca può assumere nell’ordinamento giuridico si interroga Basile Massimo “Ricerca scientifica” in *Enciclopedia del Diritto*, XL, Giuffrè, Milano 1989, pp. 414 e ss.: “...Posto che la ricerca è fondamentalmente libera, mentre il contratto è fonte di obblighi, la deduzione in contratto di un’opera investigativa è ammissibile?”. L’antinomia non è affatto insanabile a giudizio di questo Autore: se la ricerca fondamentale tende a sfuggire al vincolo negoziale, nella ricerca applicata e nello sviluppo il contratto diviene garanzia della libertà di ricerca, in quanto l’espletamento del programma scientifico o il conseguimento di quella determinata utilità investigativa è subordinato al consenso del ricercatore o dell’istituto di ricerca. Inoltre, continuando con la ricostruzione dell’Autore ora citato, l’aleatorietà della prestazione e il contenuto intellettuale della prestazione non precluderebbero sul piano del diritto interno la riferibilità di tali contratti (se commesse di ricerca) in luogo del contratto d’opera intellettuale alla fattispecie dell’appalto (ovvero, come nel diverso caso della promozione della ricerca, a quella dell’associazione in partecipazione), quantunque la spersonalizzazione e la multidisciplinarietà della ricerca, unitamente all’aumento dei costi, restringano la frequenza della *locatio operis*; in sede di diritto europeo, aggiungiamo noi, essendo il prestatore d’opera intellettuale equiparato come operatore economico ad impresa, il riferimento alla nozione di appalto assume latitudini ben maggiori e più pertinenti all’economia del presente lavoro. Sulla valenza della ricerca scientifica nella teoria generale giuridica si segnala Bianco Giovanni “Ricerca scientifica” in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, XIII, UTET, Torino 1997, pp. 356 e ss. .

⁷ Questa è la dizione adoperata nei testi comunitari, a partire dalle Direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE. Il cenno dei considerando 37) e 23), rispettivamente, al fatto che il cofinanziamento di programmi di ricerca “non dovrebbe essere oggetto” della direttive depone per ricostruire in termini unitari l’intero periodo. In altre parole, guardando all’istituto dell’appalto precommerciale e non a tutti gli appalti di servizi di ricerca e sviluppo, esso non determina in capo alla stazione appaltante l’esclusività dei risultati, non è necessariamente preordinato alla loro utilizzazione nell’esercizio della sua attività, richiede la remunerabilità della prestazione a carico del committente senza escludere una riduzione del prezzo per il regime adottato in materia di diritti di proprietà intellettuale e lasciando inalterata la possibilità del cofinanziamento (che è, quindi, eventuale quale apporto aggiuntivo e complementare, ma non sostitutivo). Di conseguenza, l’appalto di servizi di ricerca e sviluppo, dove alla prestazione interamente retribuita dalla stazione appaltante si affianca il cofinanziamento dell’impresa, a prescindere dal regime sui diritti di proprietà intellettuale, è fuori dall’applicazione delle direttive, per quanto si riveli problematico sul versante degli aiuti di Stato, potendo

peraltro, determinante anche l'infungibilità sia della prestazione sia del prestatore delle attività di ricerca, in quanto incompatibile con gli ordinari metodi di aggiudicazione⁸.

Ne discendono quattro elementi posti alla base del paradigma comunitario dell'appalto precommerciale⁹.

contenere incentivi o vantaggi non compatibili in sede europea. Interessante appare, al fine di circoscrivere il concetto di appalti di servizi di ricerca, anche Corte di Giustizia dell'Unione europea, Grande Sezione, 19.12.2012 (causa C-159/11), che chiarisce come le attività di ricerca, in quanto scientificamente fondate, possano essere direttamente affidate ad università pubbliche, mentre le attività consulenziali, ancorché oggetto di un mero rimborso spese, vadano assegnate tramite procedura ad evidenza pubblica a favore delle università pubbliche, a meno che non si riscontri: (1) la fattispecie dell'*in house providing*; (2) un comune interesse istituzionale fra le parti quale la cooperazione fra enti pubblici finalizzata a garantire l'adempimento di una funzione di servizio pubblico comune. La sentenza fa riflettere sull'aspetto della remunerabilità accertata con la previsione del solo rimborso spese per attività di tipo consulenziali. La pronuncia è altresì importante, perché: (a) afferma che le attività di ricerca, in quanto scientificamente fondate, possano essere direttamente affidate ad università pubbliche; (b) distingue le attività di ricerca da quelle non di ricerca, fra cui vanno annoverate tutte le attività consulenziali. Il contenuto della sentenza si applica anche ai contratti sottosoglia e attribuisce la natura di appalto (soggetto alle regole dell'evidenza pubblica) agli accordi (anche di consulenza) per la realizzazione di una serie di attività non riferibili a ricerca e sviluppo. In linea con questa sentenza è l'ordinanza della Corte di Giustizia dell'Unione europea, Sezione X, 20.06.2013 (causa C-352/12), dove si rinvia al giudice nazionale l'accertamento: (1) se l'oggetto del contratto affidato ad una pubblica università ricada nell'ambito dei servizi di ricerca e sviluppo (di cui all'allegato IIA, categoria 8, della Direttiva 2004/18/CE) oppure nell'ambito dei servizi affini di consulenza scientifica e tecnica (di cui alla categoria 12 del medesimo allegato); (2) se in presenza di appalto ricorrano cumulativamente le condizioni per l'affidamento diretto, previste dall'articolo 31, punto 1), lettera c), della Direttiva 2004/18/CE (evento imprevedibile; eccezionale urgenza inconciliabile con i termini imposti da altre procedure; nesso causale fra l'evento imprevedibile e l'eccezionale urgenza che ne deriva). Nel caso di specie si tratta di attività di vario tipo collegate al piano di ricostruzione della città de L'Aquila a seguito del gravissimo e straordinario sisma verificatosi il 6 aprile 2009. Infatti, le parti hanno fatto ricorso allo strumento dell'accordo amministrativo (contemplato dall'articolo 15, comma 1, della legge 7 agosto 1990, n. 241) per la cooperazione interistituzionale, qualificata di tipo scientifico per l'adempimento di una funzione di servizio pubblico di interesse comune, sostenendo che la pianificazione di interventi sul territorio, soprattutto se la scala è sovracomunale, è finalizzata allo "sviluppo sostenibile, coeso ed intelligente di tutto il comprensorio e (...) la visione globale di una Università qualificata (...) può offrire opportunità tecniche e specialistiche esclusivamente nell'interesse collettivo". Si aggiunga che, richiamando gli orientamenti della Commissione Europea, di cui alla "Disciplina Comunitaria in materia di Aiuti di Stato a favore di Ricerca, Sviluppo e Innovazione" (2006/C 323/01), se vengono affidate attività di carattere economico (commerciali) alle Università, vanno rispettate la distinzione per centri costo e la separazione contabile. Questo significa che l'assegnazione delle attività a supporto tramite la procedura di implementazione rispetta l'orientamento espresso dai giudici europei se e solo se si tratta di attività di cooperazione istituzionale, mentre, se si tratta di commessa di ricerca o attività di tipo consulenziale o mera prestazione di un servizio, ne va rispettata l'autonoma assegnazione rispetto a strumenti di cooperazione istituzionale. Infine, si porta a conoscenza di un qualificato contributo in merito alla verifica se sussiste la relazione dell'*in house providing*, prima citato, nel caso dell'affidamento di attività o servizi ad una fondazione partecipata. Infatti, la Corte dei Conti, sezione regionale di controllo per la Lombardia, parere SRCLM/350/2012/PAR, 30 luglio 2012, ritiene di negarlo, in quanto il carattere patrimoniale della fondazione (patrimonio destinato a scopo di pubblica utilità) la rende soggetto esterno alla pubblica amministrazione (che, costituendola, conferisce il servizio o affida una missione generale) e, quindi, soggetto distinto dalla medesima. Di conseguenza, secondo questo orientamento l'alterità che si rinviene nella fondazione esclude la possibilità dell'elemento del controllo analogo, richiesto per il perfezionamento dell'*in house providing*, non bastando il potere di nomina degli amministratori e la devoluzione del patrimonio da parte del soggetto fondatore.

⁸ Così si legge, ancorché con esiti non condivisibili sulla limitazione della deroga, anche in Baccarini Stefano, Chiné Giuseppe e Proietti Roberto (a cura di), con il coordinamento di Dongiovanni Daniele e Sabatino Diego, *Codice dell'appalto pubblico (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 e regolamento di attuazione)*, Giuffrè, Milano 2011, p. 249.

⁹ Una definizione schematica, che rilegge gli orientamenti comunitari, si trova anche in 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, pp. 31 e ss., consultabile all'indirizzo <http://www.aginnovazione.gov.it/attivita/collaborazione-pubblico-privato/quaderni-dellinnovazione/>.

- a) L'applicabilità dell'istituto è circoscritta ai servizi di ricerca e sviluppo¹⁰, da tenere ben distinti rispetto a consulenze anche scientifiche o altre prestazioni applicative.
- Si acquistano, da una parte, servizi, mentre non vale questa modalità, espressamente definita derogatoria, per contratti di lavori e fornitura di beni. Peraltro, vale sempre la regola che i contratti che prevedono non solo la fornitura di servizi sono considerati comunque contratti pubblici di servizi se il valore dei servizi supera quello dei prodotti oggetto del contratto.
 - Dall'altra parte, il processo di ricerca e sviluppo, secondo l'*acquis* comunitario, è bifasico: all'applicazione in un prototipo dei risultati della ricerca segue temporalmente e concettualmente la trasformazione dei risultati prototipali in nuovi prodotti commerciali. La declinazione di tali coordinate nell'appalto precommerciale comporta che le attività di ricerca e sviluppo riguardano sia la ricerca e l'elaborazione di soluzioni che la messa a punto di prototipi fino allo sviluppo iniziale di quantità limitate di primi prodotti o servizi in forma di serie sperimentali. Al riguardo la Commissione precisa che questo sviluppo iniziale di prodotti o servizi nuovi può includere una produzione o una fornitura limitate e finalizzate ad incorporare i risultati delle prove sul campo e a dimostrare che il prodotto o servizio è idoneo per una produzione o una fornitura in massa conformemente a norme di qualità accettabili. Per contro, sono fuori dall'ambito di ricerca e sviluppo, che legittima l'esclusione dalle direttive comunitarie in materia di appalti, le attività di sviluppo commerciale, tipicamente identificate nella produzione o fornitura in massa per stabilire la redditività commerciale o recuperare i costi di ricerca a fini di integrazione, personalizzazione, adattamento o miglioramento incrementale dei prodotti o dei processi esistenti
- b) Il regime dei rischi e dei benefici è di condivisione fra committente e fornitori, perché l'acquirente pubblico che vuole lo sviluppo di soluzioni innovative (in quanto più efficienti di quelle offerte dal mercato) in cambio deve rinunciare all'esclusività della riserva e/o dell'uso dei risultati, che comunque determinerebbe un aumento del corrispettivo e frenerebbe l'interesse dei fornitori ad innovare¹¹.

¹⁰ I servizi di ricerca e sviluppo devono essere rivolti allo sviluppo di una soluzione che non sia (anche pienamente) disponibile sul mercato, avente carattere di industrialità (come tale assoggettabile alla tutela brevettale) o di opera dell'ingegno o di un *know-how* tutelabile in via negoziale. Così si esprime, nella versione *preprint*, "Gli Appalti pubblici pre-commerciali- Istruzioni per l'uso", realizzato dal Dipartimento per la Digitalizzazione della Pubblica Amministrazione e l'Innovazione Tecnologica presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, Edizioni Forum PA, marzo 2012, pp. 21 e ss., dove si aggiunge che nel caso dell'opera dell'ingegno e del *know-how* occorre che siano: (1) sfruttabili commercialmente; (2) funzionali all'interesse pubblico o allo svolgimento di un servizio destinato al pubblico; (3) suscettibili di ripetute applicazioni.

¹¹ Del resto, l'approccio dell'appalto precommerciale è di grande stimolo per l'innovazione, in quanto aumenta i livelli di investimento, favorisce l'adozione delle relative politiche in tema di ricerca e sviluppo e riduce allo stesso tempo i rischi mediante la condivisione di rischi e benefici delle attività di ricerca e sviluppo che paiono necessarie per

- c) L'appalto precommerciale, per non infrangere la disciplina degli aiuti di Stato, deve rimanere nell'alveo degli strumenti competitivi, che sono tali se servono ad individuare le soluzioni migliori che il mercato è in grado di offrire. Questo implica che vanno preventivamente organizzati (e, quindi, predeterminati) nella procedura attivata dal committente sia l'assetto relativo alla condivisione dei rischi e dei benefici sia le modalità idonee a garantire il massimo di concorrenza, trasparenza, apertura, correttezza e fissazione dei prezzi alle condizioni di mercato¹². Sul punto vale la pena ricordare come l'articolo XV dell'accordo multilaterale sugli appalti pubblici¹³ stabilisca che le procedure di gara aperte possono non svolgersi con riferimento all'acquisto proprio di servizi di ricerca e sviluppo e di prototipi non pronti alla commercializzazione. Ne consegue che gli appalti precommerciali, nel cogliere le potenzialità offerte dallo Spazio Europeo della Ricerca, possono caratterizzarsi per una minore o maggiore apertura alle offerte internazionali e per una modulazione sulle relative condizioni, facendo comunque riferimento ad una platea sopranazionale¹⁴ e in modo da stimolare le imprese a ubicare una parte

sviluppare quelle soluzioni innovative, in quanto più efficienti di quelle disponibili sul mercato. Le autorità pubbliche possono così ottenere un doppio risultato: da un lato, erogare servizi di interesse generale a favore della collettività in modo più rapido ed innovativo; dall'altro, offrire alle imprese un ventaglio di opportunità per conquistare leadership commerciale e nuovi mercati. Gli appalti precommerciali sono preordinati alla conclusione di contratti: (1) di ricerca e sviluppo; (2) tramite la condivisione di rischi e di benefici; (3) alle condizioni di mercato; (4) con la partecipazione di un certo numero di imprese, che, incentivate a collaborare con gli organismi di ricerca (proprio per la componente di ricerca e sviluppo, insita nella commessa), concorrono tra loro nello sviluppare nuove soluzioni per le esigenze di medio-lungo termine del settore pubblico. Al riguardo il rapporto fra protezione dell'invenzione e la libera concorrenza è scandagliato, anche nella logica del brevetto europeo e con un'analisi anche economicamente apprezzabile, da Sabbatini Daniele "La tutela delle invenzioni industriali: adeguatezza della disciplina e possibili linee evolutive, *Questioni di Economie e Finanza*, n. 109/2011, che può essere reperito consultando l'indirizzo http://www.bancaditalia.it/pubblicazioni/econo/quest_ecofin_2/QF_109/QEF_109.pdf. Sullo stesso tema, con una lettura estesa al trasferimento tecnologico, alla ricerca cooperativa, alla coesistenza di più contitolari si veda l'assai interessante Granieri Massimiliano, *La gestione della proprietà intellettuale nella ricerca universitaria*, il Mulino, Bologna 2010. Ulteriori spunti si trovano in Caso Roberto (a cura di), *Ricerca scientifica pubblica, trasferimento tecnologico e proprietà intellettuale*, il Mulino, Bologna, 2005. Sulla determinazione del valore intrinseco ed estrinseco dei diritti di proprietà intellettuale si rinvia a Granieri Massimiliano, "Valutazione <qualitativa> della proprietà industriale, *rating* dei titoli brevettuali e stima del rischio nelle operazioni di finanziamento", *Giurisprudenza Commerciale*, n. 4/2012, pp. 510 e ss..

¹² Elementi che richiamano i principi delineati dal Codice dei contratti pubblici (economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità).

¹³ Si tratta del "Government Procurement Agreement" (GPA), che regola le politiche e le azioni pratiche in materia di appalti di beni, servizi e forniture da parte delle amministrazioni pubbliche degli Stati che vi aderiscono su base volontaria. Dell'accordo fanno parte gli Stati Uniti e tutti i Paesi membri dell'Unione Europea. Nell'ambito dell'Organizzazione Mondiale del Commercio il GPA si prefigge di promuovere la concorrenza internazionale attraverso i principi della non discriminazione e del libero commercio, prevede specifiche esclusioni (con relativa inapplicabilità) in alcune aree delimitate e pone preclusione generale per le gare d'appalto che possono mettere a repentaglio gli interessi di sicurezza nazionale relativamente ad armi, munizioni ed altro materiale bellico o di rilevanza militare. Per maggiori informazioni consulta: http://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/gp_gpa_e.htm.

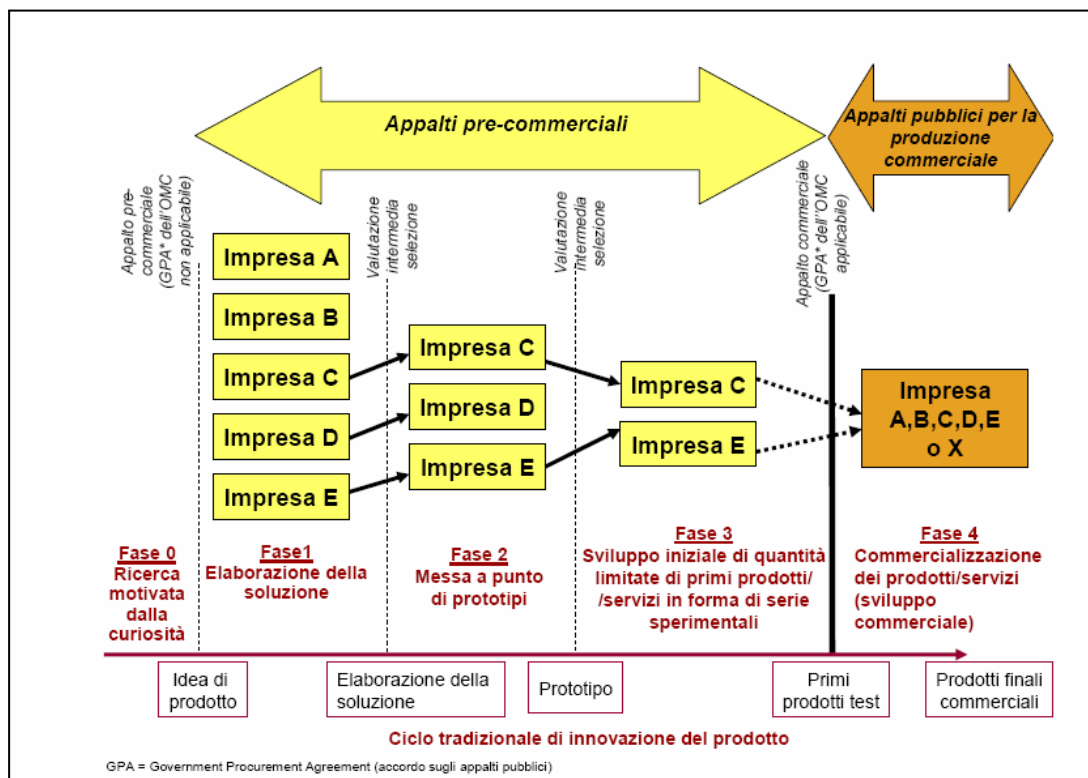
¹⁴ Questo significa che, ad eccezione dell'accordo sullo Spazio Economico Europeo e degli accordi di stabilizzazione e di associazione con i paesi *partner* della politica europea di vicinato, non ricorrono in capo all'Unione Europea obblighi di trattamento nazionale e di non discriminazione riguardo ad altre regioni del mondo, obblighi che invece esistono per gli appalti di forniture. Corollario è che non possono esserci limitazioni nell'ambito dei territori cui si applicano l'accordo sullo Spazio Economico Europeo e gli accordi di stabilizzazione e di associazione con i paesi *partner* della politica europea di vicinato. Peraltro, si esprimono delle preoccupazioni per il parziale trasferimento di risorse regionali dedicate alla ricerca da una regione all'altra e si esorta la Commissione a fornire dimostrazione dei vantaggi per gli enti appaltanti (anche quando i soggetti interessati non sono ubicati nel territorio della regione stessa) nel Parere del

significativa delle attività (sia quelle di ricerca che operative) connesse con il contratto di sviluppo pre-commerciale.

- d) La dimensione pluralistica permea l'appalto precommerciale: da un lato, la procedura, presentando più fasi, è multistadio, seppure con la condizione della reversibilità; dall'altro, ogni fase, richiedendo la presenza di più operatori economici, è intersoggettiva, in quanto anche la fase finale di esecuzione (e non solo la partecipazione, la definizione e la progettazione) tende a mettere in competizione almeno due soggetti affidatari. Di conseguenza, possiamo definire tale appalto una procedura concorsuale pluri - stadi con pluri – affidamenti, che sono altamente raccomandati nella misura in cui il mercato futuro deve essere concorrenziale grazie all'effettiva molteplicità di fornitori. Del resto, la logica, che mira all'innovazione secondo il canone della standardizzazione aperta, è quella di favorire la cooperazione fra committente pubblico e più operatori economici per realizzare, ad esempio, un nuovo ed originale dispositivo su base comune e rimettere alla competizione futura del mercato la personalizzazione dello stesso. Da questo discende anche la riconduzione dell'appalto precommerciale quale strumento orientato ai risultati più che al controllo del processo.

Questa è la speculare rappresentazione figurativa che la Commissione fornisce.

Comitato delle Regioni “Appalti pre-commerciali: promuovere l'innovazione per garantire servizi pubblici sostenibili e di elevata qualità in Europa” dell'08.10.2008 (2008/C 325/06), pubblicato sulla Gazzetta ufficiale dell'Unione europea C 325/44 IT del 19.12.2008. Sul punto si ricorda pure l'articolo 35, paragrafo 2, lettera b) “Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce le regole di partecipazione e di diffusione nell'ambito del programma quadro di ricerca e innovazione ‘Orizzonte 2020’ (2014-2020)” 2011/0399 (COD) nella versione esaminata dal Consiglio “Competitività” del 10 ottobre 2012 e per questa parte riconfermata nella versione trasmessa al Comitato dei rappresentanti permanenti in data 12 luglio 2013, allorché dispone che le procedure d'appalto “...in casi debitamente giustificati dagli obiettivi delle azioni, possono prevedere condizioni specifiche come per il luogo di esecuzione delle attività appaltate che, nel caso degli appalti precommerciali, è limitato al territorio degli Stati membri e dei paesi associati a “Orizzonte 2020”.



3. Il quadro di riferimento nel diritto dell'Unione Europea

Il punto di partenza e l'elaborazione conseguente della matrice degli appalti precommerciali derivano dall'ordinamento comunitario¹⁵, che nella varietà delle fonti e nei differenti gradi di intensità ha prodotto a più riprese un disegno complessivo e sistematico.

3.1 Le direttive in materia di appalti pubblici

La Direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi¹⁶, nel dare vita alla disciplina di terza

¹⁵ Il sito della Commissione Europea (<http://cordis.europa.eu/fp7/ict/pcp/home>) contiene la documentazione utile e ogni tipo di informazioni su eventi e sviluppi futuri a riprova dell'impegno profuso per approfondire e pubblicizzare lo strumento dell'appalto precommerciale. Per una ricognizione generale dell'ordinamento comunitario sul tema specifico dell'appalto precommerciale si veda anche Tosolini Cristina "Modelli e regole comunitarie per il contratto precommerciale", in Benacchio Gian Antonio e Cozzio Michele (a cura di), *Gli appalti pubblici tra regole europee e nazionali*, EGEA, Milano 2012, pp. 134 e ss.. Una interessante ricostruzione delle politiche comunitarie di ricerca, sviluppo tecnologico e innovazione, invece, può essere letta, sino al VII Programma quadro 2007 – 2013 e con riferimento alle basi giuridiche e politiche, in Ziller Jacques "Ricerca e innovazione", in Chiti Mario P. e Greco Guido (a cura di), con il coordinamento di Cartei Gian Franco e Galetta Diana – Urania, *Trattato di diritto amministrativo europeo*, III, Giuffrè, Milano 2007, II edizione, pp. 1655 e ss..

¹⁶ Pubblicata in Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea L 134 del 30.04.2004 e consultabile, come tutta la disciplina europea, tramite <http://eur-lex.europa.eu/>. Si veda anche l'analoga e coeva direttiva 2004/17/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli

generazione nel settore degli appalti pubblici, pone nel considerando 23) un'importante precisazione che, nell'esplicitare il perimetro di applicazione della medesima, crea il presupposto della successiva disciplina in materia di appalti precommerciali. Ricorda, infatti, l'articolo 163 del Trattato, in base al quale "la promozione della ricerca e dello sviluppo tecnologico costituisce uno dei mezzi per potenziare le basi scientifiche e tecnologiche dell'industria della Comunità e l'apertura degli appalti pubblici di servizi contribuisce al conseguimento di questo obiettivo". Ed aggiunge: "il cofinanziamento di programmi di ricerca non dovrebbe essere oggetto della direttiva". Ne consegue che, come si ricava dall'articolo 16, comma 1, lettera f) della direttiva stessa, sono "esclusi i contratti per servizi di ricerca e sviluppo diversi da quelli i cui risultati appartengono esclusivamente all'amministrazione aggiudicatrice perché li usi nell'esercizio della propria attività, a condizione che la prestazione dei servizi sia interamente retribuita da tale amministrazione"¹⁷. Pertanto, a rigore rientrano nella deroga sia i contratti di ricerca cofinanziati nell'interesse pubblico sia quelli caratterizzati dal regime di non esclusività dei risultati per la stazione appaltante e non necessariamente preordinati alla loro utilizzazione nell'esercizio dell'attività di quest'ultima, ferma restando l'indicazione sulla remunerabilità¹⁸. Ragionando specularmente, si applica la direttiva se sussistono contemporaneamente¹⁹ le condizioni apposte in relazione ad una pubblica amministrazione affidante: (a) cui appartengono i risultati; (b) che li utilizza nell'esercizio della propria attività; (c) che li retribuisce integralmente. In altre parole, esulano dalla direttiva europea sugli appalti e rientrano nella deroga:

enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali, pubblicata in Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea L 134 del 30.04.2004. In questo caso il considerando è il numero 37 e l'articolo corrispondente il numero 24, comma 1, lettera e).

¹⁷ Nell'ambito delle commesse di ricerca e sviluppo è richiamabile, in certi settori, anche l'articolo 18 della Direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, secondo il quale la direttiva medesima non si applica agli appalti pubblici di servizi aggiudicati da un'amministrazione aggiudicatrice a un'altra amministrazione aggiudicatrice o a un'associazione di amministrazioni aggiudicatrici in base a un diritto esclusivo di cui esse beneficiano in virtù di disposizioni legislative, regolamentari o amministrative pubblicate, purché tali disposizioni siano compatibili con il trattato.

¹⁸ Di avviso contrario si registrano le seguenti posizioni: Santiapichi Xavier "I contratti esclusi", in Clarich Marcello (a cura di), *Commentario al Codice dei Contratti Pubblici*, Giappichelli Editore, Torino 2010, pp. 186–187, allorché pone l'accento sul cofinanziamento di programmi di ricerca svolti nell'interesse pubblico per includere nella deroga i soli appalti destinati a perseguire finalità tecnico – scientifiche a favore della collettività; Baccharini Stefano, Chiné Giuseppe e Proietti Roberto (a cura di), con il coordinamento di Dongiovanni Daniele e Sabatino Diego, *Codice dell'appalto pubblico (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 e regolamento di attuazione)*, Giuffrè, Milano 2011, p. 249, che limita l'oggetto della deroga ai soli contratti di ricerca cofinanziati e rivolti nell'interesse pubblico, mentre non rientrerebbero nella deroga gli appalti per i servizi che saranno utilizzati anche dalla stazione affidataria (ovvero anche nel suo interesse), pur se connotati da un particolare grado di innovazione; Lutrino Daniele "Art. 19. Contratti servizi esclusi" in Caringella Francesco e Protto Mariano (a cura di), *Codice e regolamento unico dei contratti pubblici: commento articolo per articolo al D.Lgs. n. 163/2006, al D.P.R. 207/2010 ed alle norme sul contenzioso di cui al D.Lgs. n. 104/2010*, Dike Giuridica, Roma 2011, pp. 150-151, per il quale, proprio "per l'evidente carattere infungibile della prestazione legata all'elevato grado di specializzazione del prestatore" ricadono nell'ambito della deroga gli appalti destinati a perseguire finalità tecnico – scientifiche con benefici per la collettività, fermo restando la remunerabilità della prestazione a carico dell'affidante, mentre sono fuori dal perimetro della deroga gli appalti destinati a produrre risultati utili per l'aggiudicatario, ancorché siano caratterizzati dall'innovatività; Caranta Roberto, *I contratti pubblici*, Giappichelli Editore, Torino 2012, II Edizione, p. 233, secondo il quale solo i contratti di promozione della ricerca, in quanto realizzano l'interesse dei Paesi Membri per la ricerca di base e per una propria politica in questo settore, integrano gli elementi della deroga.

¹⁹ Pur non in termini definitivi, concorda per la vigenza del principio di cumulabilità Oggianu Serena "I contratti di ricerca" in Franchini Claudio (a cura di), *I contratti con la Pubblica Amministrazione*, II, UTET, Torino 2007, pp. 1284-1285.

1. le decisioni amministrative che assegnano contributi per l'attività di ricerca, perché non sono contratti, ancorché vi possa essere un contratto o un accordo negoziale accessivo al provvedimento che concede la sovvenzione²⁰;
2. fra le fattispecie negoziali, tutti i contratti finalizzati all'affidamento di servizi di ricerca, in cui, anche disgiuntamente:
 - a) i risultati della ricerca non appartengono esclusivamente al soggetto affidante;
 - b) il soggetto affidante non fruisce dei risultati a titolo proprio ovvero nell'esercizio della propria attività;
 - c) la prestazione dei servizi ricade nel cofinanziamento oppure è funzionalmente connessa ad un regime di sponsorizzazione²¹, in quanto comunque non è interamente retribuita (anche sotto forma di rimborso delle spese) dal soggetto affidante²².

La norma nazionale di recepimento conferma tale impostazione, ricalcandone la matrice all'articolo 19, comma 1, lettera f), del Codice dei contratti pubblici²³, e fornisce, all'articolo 27, i principi da seguire nell'affidamento dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi forniture, esclusi, in tutto o in parte, dall'ambito di applicazione oggettiva del codice: economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità. L'affidamento, peraltro, va preceduto da un invito ad almeno cinque concorrenti, se compatibile con l'oggetto del contratto, il che può apparire scarsamente rinvenibile nel settore della ricerca, mentre compete alle amministrazioni aggiudicatrici stabilire l'ammissibilità del subappalto²⁴ e subordinare il principio di economicità a criteri, che, oggetto di specifica previsione nel bando, sono ispirati non solo ad esigenze sociali, ma – per quel che rileva, in particolare, per le commesse di ricerca – alla tutela della salute e dell'ambiente nonché alla promozione dello sviluppo sostenibile.

²⁰ Così si esprime anche Oggianu Serena "I contratti di ricerca" in Franchini Claudio (a cura di), *I contratti con la Pubblica Amministrazione*, II, UTET, Torino 2007, pp. 1284-1285

²¹ L'esempio della sponsorizzazione è tratto da Oggianu Serena "I contratti di ricerca" in Franchini Claudio (a cura di), *I contratti con la Pubblica Amministrazione*, II, UTET, Torino 2007, p. 1285.

²² Va sempre tenuto presente, infatti, l'orientamento della Corte di Giustizia dell'Unione europea, Grande Sezione, 19.12.2012 (causa C-159/11), che, dopo aver precisato come le attività di ricerca, possano essere direttamente affidate ad università pubbliche, le attività consulenziali, ancorché oggetto di un mero rimborso spese, integrino gli elementi dell'appalto secondo le regole comunitarie e la loro assegnazione richieda idonea procedura ad evidenza pubblica a favore delle università pubbliche.

²³ Si tratta del Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, emanato con decreto legislativo 12 aprile 2006 e pubblicato nella Gazzetta Ufficiale 2 maggio 2006, 100, Supplemento Ordinario. Da notare come, rispetto al testo della direttiva europea, è stata inserita una virgola fra appaltante" e "perché", allorché si statuisce che il codice non si applica agli appalti concernenti servizi di ricerca e sviluppo diversi da quelli i cui risultati appartengono esclusivamente alla stazione appaltante, perché li usi nell'esercizio della sua attività, a condizione che la prestazione del servizio sia interamente retribuita da tale amministrazione. Questo dettaglio parrebbe confermare che ai fini dell'applicazione del Codice dei contratti pubblici le tre condizioni devono sussistere cumulativamente e non alternativamente.

²⁴ Vedi, però, nella versione *preprint*, "Gli Appalti pubblici pre-commerciali- Istruzioni per l'uso", realizzato dal Dipartimento per la Digitalizzazione della Pubblica Amministrazione e l'Innovazione Tecnologica presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, Edizioni Forum PA, marzo 2012, p. 37, dove si legge che il subappalto non potrebbe essere oggetto di divieto assoluto. Assolutamente favorevole al subappalto è la posizione espressa da 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, pp. 66-67, reperibile all'indirizzo <http://www.aginnovazione.gov.it/attivita/collaborazione-pubblico-privato/quaderni-dellinnovazione/>.

A questo quadro si aggiunge l'indicazione di buone prassi sul grado di pubblicità, sulla trasparenza nell'aggiudicazione e sulla tutela giurisdizionale che la Commissione europea ha fornito per i contratti totalmente o in parte esclusi dalle direttive in materia di appalti pubblici²⁵.

3.2 Le comunicazioni per la società della conoscenza

Al fine di tradurre la categoria delle commesse di ricerca e sviluppo in uno strumento operativo e certo secondo i canoni comunitari, l'Unione Europea ha avviato uno studio per l'indicazione delle modalità di collaborazione e delle condizioni essenziali con le quali coinvolgere le imprese in conformità alla normativa in vigore sugli appalti pubblici. Il ragionamento seguito ha fatto emergere, da un lato, la necessità fondamentale del settore pubblico di produrre servizi pubblici di elevata qualità, dall'altra parte, la ricerca e la progettazione di soluzioni innovative. Infatti, in alcuni casi le soluzioni sono di tale complessità tecnologica che non fanno ancora parte dell'offerta commerciale, altre volte le soluzioni esistenti nel mercato presentano carenze e disfunzionalità che impongono l'esecuzione di ulteriori attività di ricerca e sviluppo e non soddisfano i requisiti funzionali stabiliti in termini di bisogni della pubblica amministrazione.

L'elaborazione di una strategia, che sia lungimirante in materia di appalti ed abbia un impatto significativo nel medio e lungo termine sull'efficienza dei servizi pubblici e sulla capacità di innovazione e competitività delle imprese, porta ad annoverare fra le commesse di ricerca e sviluppo richiamate, ai fini della loro esclusione, dalle direttive sugli appalti proprio i contratti pubblici che precedono la commercializzazione (appalti "pre – commerciali") e che consentono di sviluppare nuove soluzioni, coinvolgendo le imprese fin dalle prime fasi del processo di innovazione. Questa inclusione delle imprese non solo le valorizza, ma al tempo stesso aumenta e migliora le competenze e le possibilità di *partnership* strategiche.

La comunicazione della Commissione dell'ottobre 2005, che attua l'agenda di Lisbona e reca il significativo titolo "Potenziare la ricerca e l'innovazione"²⁶, ha

²⁵ Si veda la Comunicazione interpretativa della Commissione relativa al diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti non o solo parzialmente disciplinate dalle direttive «appalti pubblici» (2006/C 179/02), pubblicata in Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea C 179 del 01.08.2006 e consultabile tramite <http://eur-lex.europa.eu/>. In particolare, si raccomanda: (1) un adeguato livello di pubblicità che assicuri l'apertura del mercato alla concorrenza, per cui l'avviso deve essere accessibile e idoneo a consentire la manifestazione di interesse alle imprese interessate; (2) un grado di corrispondenza fra interesse dei potenziali offerenti per l'appalto e copertura della pubblicità, per cui si elencano alcuni mezzi idonei (fra cui i portali *Internet* delle stazioni affidanti) e si rimarca la necessità di una (anche succinta) descrizione degli elementi essenziali dell'appalto ai fini di una ragionevole decisione se partecipare o meno; (3) una misura imparziale, trasparente e non discriminatoria di aggiudicazione, purché i criteri di selezione siano oggettivi e consentano, anche nel caso di un elenco ristretto, una sufficiente concorrenza; (4) un livello effettivo di controllo imparziale della procedura seguita mediante mezzi di ricorso, anche se le direttive sulle procedure di ricorso coprono unicamente gli appalti rientranti nelle direttive in materia di appalti.

²⁶ Si tratta della Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato Economico e Sociale europeo e al Comitato delle Regioni "Potenziare la ricerca e l'innovazione – Investire per la crescita e l'occupazione: una strategia comune" del 12.10.2005 COM(2005) 488 definitivo. La strategia di Lisbona per la crescita e l'occupazione, lanciata nel 2005, ha prefigurato un'ampia gamma di politiche e di riforme destinate a rendere le strutture normative ed economiche dell'Europa più favorevoli all'innovazione e ha assunto l'obiettivo di portare la spesa per ricerca e sviluppo al 3% di PIL tramite cospicui sostegni nell'ambito della politica di coesione e dei programmi

elencato nel programma di 19 campi d'azione per la Comunità e per gli Stati membri la priorità di far leva sugli appalti pubblici per promuovere la ricerca e l'innovazione, riprendendo le direttive sugli appalti pubblici del 2004 e riconoscendo la forte influenza degli investimenti delle aziende nella ricerca e nell'innovazione da parte del mercato e, soprattutto, per via del livello di *performance* richiesto dai clienti. Aggiungiamo, poi, il peso che hanno gli appalti pubblici per quasi un quinto del PIL dell'Unione Europea e comprendiamo come le pubbliche amministrazioni siano determinanti attori del mercato, in grado di stimolare l'investimento privato nella ricerca e nell'innovazione e, quindi, la domanda di nuove tecnologie nei trasporti, nell'energia, nell'ambiente, nella sanità, nell'istruzione e nell'ICT. Indicare nei bandi di gara i requisiti funzionali, ad esempio, lascia alle aziende ampie possibilità di proporre soluzioni innovative ed al tempo rappresenta per le stesse “un forte incentivo a massimizzare l'efficacia e la *performance* dei prodotti e servizi da esse offerti, in particolare laddove le autorità pubbliche agiscono come clienti di riferimento (*launching customers*) costituendo mercati guida per le nuove tecnologie”.

La successiva comunicazione della Commissione, che, datata settembre 2006, connette ancora di più innovazione ed economia della conoscenza²⁷, fa propria, a sua volta, la conclusione del rapporto "Creare un'Europa innovativa"²⁸ nel

quadro nei settori della ricerca, dello sviluppo, della competitività e dell'innovazione. Con riferimento alla situazione italiana e al suo progredire declinando si leggano le considerazioni e i dati sugli investimenti in innovazione raccolti da Revelli Marco, *Poveri, noi*, Einaudi, Torino 2010, pp. 62 e ss..

²⁷ Si veda l'ampia prolusione della Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato Economico e Sociale europeo e al Comitato delle Regioni “Mettere in pratica la conoscenza: un'ampia strategia dell'innovazione per l'UE” del 13.09.2006, COM(2006) 502 definitivo. La Commissione afferma con forza la convinzione che l'Europa debba diventare una società effettivamente basata sulla conoscenza e capace di promuovere l'innovazione, in cui l'innovazione è vista con favore dall'opinione pubblica ed incoraggiata, facendo parte dei valori essenziali della società e distribuendo benefici per tutti i cittadini. Come noto, l'economia della conoscenza si fonda sul trasferimento di conoscenze da quanti le generano a quanti le utilizzano e possono sfruttarle. Per questo motivo occorre migliorare il trasferimento di conoscenze tra gli organismi di ricerca pubblici e i terzi (comprese l'industria e le organizzazioni della società civile), al fine di creare nuove opportunità di mercato fondate sulla ricerca. Gli organismi di ricerca pubblici, che coprono un terzo dell'attività totale di ricerca e sviluppo in Europa, possono giocare un ruolo importante e al tempo stesso la Commissione, nel preannunciare una comunicazione sul miglioramento del trasferimento di conoscenze tra la ricerca pubblica e l'industria in Europa, è consapevole che bisogna sviluppare modalità più adeguate di gestione delle diverse forme di trasferimento di conoscenze (ricerca a contratto, ricerca in collaborazione e cooperazione, licenze, pubblicazioni e scambi di ricercatori qualificati tra il settore pubblico e il settore privato). Si evidenziano al riguardo due i profili su cui intervenire: (1) come i pubblici poteri possono affrontare i principali ostacoli che esistono attualmente nella trasformazione della conoscenza; (2) come conciliare la proprietà e lo sfruttamento dei risultati della ricerca e dello sviluppo e i diritti di proprietà intellettuale connessi con i compiti fondamentali degli organismi di ricerca pubblici.

²⁸ Meglio noto come Rapporto Aho, è la relazione del gruppo di esperti indipendente su ricerca, sviluppo e innovazione, che, nominato in seguito al vertice di Hampton Court e presieduto dal sig. Esko Aho, ha indicato le ragioni principali per le quali il potenziale della ricerca generata in Europa non è stato interamente sfruttato, invocando un'azione urgente “prima che sia troppo tardi”. Nel Rapporto Aho si evidenzia l'opportunità che gli acquirenti pubblici collaborino scambiando esperienze e idee e per dare alle loro commesse una dimensione critica. Questo, infatti, stimolerebbe la domanda d'innovazione, permettendo nel contempo alle amministrazioni pubbliche di acquisire prodotti e servizi di migliore qualità. Si veda Aho, Esko, ed altri, “Creating an innovative Europe. Report of the Independent Expert Group on R&D and Innovation appointed following the Hampton Court Summit and chaired by Mr Esko Aho”, gennaio 2006, disponibile all'indirizzo http://ec.europa.eu/invest-in-research/pdf/download_en/aho_report.pdf. Sul tema leggi pure Rambøll Management A/S, “Opportunities for Public Technology Procurement in the ICT-related sectors in Europe. Final Report for the European Commission, Directorate-General for Information Society and Media” giugno 2008, dove si enunciano diverse raccomandazioni: (1) identificare le priorità di ricerca e sviluppo e innovazione nel settore pubblico che possano essere affrontate attraverso il PCP; (2) favorire lo stabilimento di reti specialistiche di fornitori in

riconoscere come essenziale la necessità di rendere più favorevoli all'innovazione le condizioni in cui operano le imprese. E, fra le diverse azioni esposte, punta decisa sul ruolo del settore pubblico, che, adottando approcci innovativi, è chiamato ad utilizzare tecnologie e procedure nuove nell'amministrazione pubblica, per aumentare parallelamente la qualità sia della vita dei cittadini (soddisfacimento delle loro necessità) sia dei servizi pubblici (incremento della loro produttività). Il mezzo per diffondere commesse (e prodotti) innovativi e migliorare i servizi pubblici è rappresentato da nuove pratiche nell'aggiudicazione degli appalti pubblici, dove la pubblica amministrazione da acquirente importante per il fatturato pagato diventa "cliente intelligente" attraverso: 1) la pianificazione di cosa – come – da chi acquistare; (2) la definizione delle proprie necessità correlate in termini ampi alle prestazioni innovative richieste al mercato; (3) la considerazione estesa ai costi sostenuti durante tutta la durata di vita del prodotto o del servizio e non circoscritta ai soli costi d'acquisto. Ecco la cornice che inquadra l'appalto precommerciale²⁹: il committente non prescrive una soluzione di ricerca e sviluppo specifica da sviluppare, ma domanda al mercato soluzioni alternative in grado di rispondere a un problema d'interesse pubblico. La base, invece, che giustifica lo strumento è ancora una volta confermata nelle direttive in materia d'aggiudicazione degli appalti pubblici del 2004, che, da un lato, aprono la possibilità di indire gare orientate verso l'innovazione, dall'altra esprimono l'indirizzo di agevolare l'accesso e la partecipazione delle PMI agli appalti pubblici.

L'azione 10 promessa da questa comunicazione viene sostanzialmente concretizzata nel 2007 con la pubblicazione del doppio documento³⁰ della Commissione stessa e del gruppo di lavoro che affronta il modo in cui gli appalti commerciali e precommerciali possono stimolare l'innovazione per aiutare gli Stati membri ad avvalersi delle possibilità offerte dalle nuove direttive sugli appalti. L'innovazione viene presentata come il motore che, nel fare fronte alle sfide sociali (invecchiamento, salute, cambiamento climatico, efficienza energetica, sicurezza,

aree determinate per promuovere lo scambio di informazioni e di buone prassi, (3) creare sinergie fra enti per realizzare possibili convergenze e integrazioni di domanda pubblica di specifici prodotti e servizi; (4) prevedere misure speciali di supporto ai fornitori pubblici (ad esempio, per la loro messa in rete, la stesura di *business plan*); (5) istituire corsi di addestramento tecnico e "formazione continua" sul PCP per i pubblici funzionari; (6) ripensare le strutture degli incentivi e dei finanziamenti all'innovazione radicale per incoraggiare la domanda pubblica; (7) redigere un manuale operativo sul PCP a beneficio delle stazioni appaltanti; (8) collegare il PCP (lato impresa) a schemi di finanziamento in partecipazione da parte di soggetti terzi (*venture capital*).

²⁹ Gli appalti precommerciali vengono presentati come un'opportunità che in Europa non è ancora stata esplorata dai pubblici poteri, mentre è di pratica più comune negli Stati Uniti, dove il comparto pubblico spende una cifra (pari ad oltre 49 milioni di dollari) venti volte superiore a quella spesa in Europa (dall'innovazione nei settori della difesa, dello spazio e della sicurezza, a quella in altri settori come i trasporti, la sanità, l'energia e le telecomunicazioni). Se nessuna soluzione commerciale esiste sul mercato, l'appalto precommerciale consente alle amministrazioni di adottare soluzioni tecniche (che sono tecnologicamente innovative e vengono elaborate in funzione delle loro necessità) e impone alle stesse sia di comunicare al mercato piani a lungo termine sia di intraprendere il dialogo tecnico con lo stesso.

³⁰ Si veda la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale europeo e al Comitato delle Regioni "Appalti Pre-Commerciali: promuovere l'innovazione per garantire servizi pubblici sostenibili e di elevata qualità in Europa" del 14.12.2007 COM(2007) 799 Definitivo {SEC(2007) 1668}. Lo accompagna l'allegato documento dei servizi della Commissione "Commission Staff working document: example of a possible approach for procuring R&D services applying risk – benefit sharing at market conditions, i.e. pre – commercial procurement"

formazione) è in grado di assicurare prestazioni e servizi di elevata qualità a prezzi accessibili³¹.

3.3 I documenti: Europa e Orizzonte 2020

Con questo inquadramento e in aderenza alle considerazioni di indirizzo sopra menzionate la Commissione europea ha ribadito, attraverso “Europa 2020”³², la necessità che le attività europee di ricerca producano più innovazione, rafforzando la cooperazione tra il mondo della scienza e quello delle imprese, eliminandone gli ostacoli e stabilendo incentivi, varando *partnership* europee per l'innovazione nell'intento di accelerare le attività di ricerca così come lo sviluppo e la commercializzazione di innovazioni. Per questo ha lanciato, fra le sette iniziative faro, "L'Unione dell'innovazione" con compiti ripartiti a livello di Unione Europea e di nazioni, per migliorare le condizioni generali della catena dell'innovazione (dalla ricerca *blue sky* alla commercializzazione) e l'accesso ai finanziamenti per la ricerca e l'innovazione, facendo in modo che le idee innovative si trasformino in nuovi prodotti e servizi tali da stimolare la crescita e l'occupazione. In altre parole, vanno riorientate le politiche di ricerca, sviluppo e innovazione in funzione delle sfide che la società è chiamata ad affrontare: il cambiamento climatico, l'uso efficiente delle risorse e l'energia, la salute e il cambiamento demografico.

Nella coeva comunicazione, dedicata proprio a questa iniziativa faro sull'Unione dell'Innovazione, si rilancia la leva, trascurata ma importante (soprattutto, in tempi

³¹ La Comunicazione “Appalti Pre-Commerciali: promuovere l'innovazione per garantire servizi pubblici sostenibili e di elevata qualità in Europa” del 14.12.2007 COM(2007) 799 Definitivo {SEC(2007) 1668}, elenca espressamente quali esempi di soluzioni assolutamente innovatrici derivate da appalti di ricerca e sviluppo la tecnologia IP (*Internet Protocol*), il GPS (*Global Positioning System*), il supercalcolo e la tecnologia nei semiconduttori.

³² Si tratta della Comunicazione della Commissione “EUROPA 2020: Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva” del 3.3.2010 COM(2010) 2020 definitivo. L'assunto è che l'Europa sta vivendo una fase di trasformazione a causa della crisi che ha vanificato anni di progressi economici e sociali e messo in luce le carenze strutturali dell'economia europea. La risposta per ottenere buoni risultati è nell'azione e nella responsabilità collettive dell'Europa in quanto Unione. Uscire più forti dalla crisi – si legge - vuol dire trasformare l'Unione Europea in un'economia intelligente, sostenibile e inclusiva, caratterizzata da alti livelli di occupazione, produttività e coesione sociale. Europa 2020 presenta tre priorità che si rafforzano a vicenda:

- crescita intelligente: sviluppare un'economia basata sulla conoscenza e sull'innovazione;
- crescita sostenibile: promuovere un'economia più efficiente sotto il profilo delle risorse, più verde e più competitiva;
- crescita inclusiva: promuovere un'economia con un alto tasso di occupazione che favorisca la coesione sociale e territoriale.

Nell'immaginare quale sarà l'Europa per il 2020, la Commissione propone i seguenti obiettivi principali:

- il 75% delle persone di età compresa tra 20 e 64 anni deve avere un lavoro;
- il 3% del PIL dell'UE deve essere investito in ricerca e sviluppo;
- i traguardi "20/20/20" in materia di clima/energia devono essere raggiunti (compreso un incremento del 30% della riduzione delle emissioni se le condizioni lo permettono);
- il tasso di abbandono scolastico deve essere inferiore al 10% e almeno il 40% dei giovani deve essere laureato;
- 20 milioni di persone in meno devono essere a rischio di povertà.

La realizzazione dell'obiettivo di investire il 3% del PIL dell'Unione in ricerca e sviluppo entro il 2020 potrebbe comportare la creazione di 3,7 milioni di posti di lavoro e un aumento del PIL annuale pari a circa 800 miliardi di euro entro il 2025. Ad oggi la spesa europea per ricerca e sviluppo è inferiore al 2%, contro il 2,6% negli Stati Uniti e il 3,4% in Giappone, soprattutto a causa dei livelli più bassi di investimenti privati, dell'insufficiente concentrazione sull'impatto e sulla composizione della spesa per la ricerca e di condizioni migliorabili per la ricerca e sviluppo del settore privato nell'Unione.

di ristrettezze di bilancio), degli appalti pubblici per guidare l'innovazione³³. Proprio alla luce di alcune sperimentazioni giudicate positivamente nel sostenere l'innovazione anche tramite la formula degli appalti precommerciali³⁴ si richiede che con il 2011 gli Stati membri e le Regioni accantonino fondi specificamente dedicati agli appalti precommerciali ed agli appalti pubblici di prodotti e servizi innovativi, fra cui si ricomprende il nuovo istituto dei partenariati europei per l'innovazione³⁵, in modo da avere mercati degli appalti in tutta l'Unione di un valore

³³ Si veda la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale europeo e al Comitato delle Regioni "Iniziativa faro Europa 2020. L'Unione dell'innovazione" del 06.10.2010 COM(2010) 546 definitivo, SEC(2010) 1161. Si ricorda che gli USA hanno speso nel 2004 almeno 49 miliardi di dollari all'anno nel contesto del loro programma SBIR (*Small Business Innovation Research* – ricerca per l'innovazione delle piccole imprese), che presenta similitudini con gli appalti precommerciali (perché sviluppa l'attività di ricerca in più fasi, fa lavorare più imprese in competizione fra loro, lascia i diritti di proprietà intellettuale alle imprese, è un modello sequenziale ed opera selezioni e valutazioni ad ogni fase) e importanti differenze (perché è limitato strettamente alle sole medie – piccole imprese, è circoscritto ad imprese a prevalente proprietà statunitense ed operative negli USA ed è attuato da alcune agenzie del governo federale principalmente tramite lo schema del contributo). Si veda al riguardo la FAQ 12, reperibile consultando il sito <http://cordis.europa.eu/fp7/ict/pcp/home>. Inoltre, negli USA le agenzie federali sono tenute per legge a destinare il 2,5% del loro bilancio esterno di ricerca e sviluppo al finanziamento di progetti innovativi facenti capo a PMI ed importi ancor maggiori vengono destinati ad appalti pubblici nel campo dell'innovazione in stadi successivi alla ricerca e sviluppo (nuove tecnologie, prodotti e servizi). Agli appalti pubblici fa capo il 17% del PIL dell'Unione, cosicché essi rappresentano un mercato importante, specialmente in settori quali la salute, i trasporti e l'energia. Tuttavia in Europa solo una quota relativamente ridotta degli appalti pubblici è dedicata all'innovazione e questo per una serie di fattori quali: (1) incentivi che favoriscono le soluzioni a basso rischio; (2) carenza di conoscenze e capacità per quanto riguarda l'acquisizione efficace di nuove tecnologie e di innovazioni; (3) mancanza di coerenza tra gli appalti pubblici e gli obiettivi perseguiti mediante le diverse politiche. La Comunicazione si completa di tre allegati, fra cui merita qui menzionare quello teso a confrontare l'Unione Europea con USA, Giappone e Cina sul divario dei risultati e sulla crescita dell'innovazione. Nella medesima direzione si colloca la Risoluzione del Parlamento europeo del 7 settembre 2010 sullo sviluppo del potenziale occupazionale di una nuova economia sostenibile (2010/2010(INI)) "Sviluppare il potenziale occupazionale di una nuova economia sostenibile" P7_TA(2010)0299 (2011/C 308 E/02), pubblicata sulla Gazzetta ufficiale dell'Unione europea C 308 E/6 IT del 20.10.2011.

³⁴ Ma, soprattutto, mediante approcci che adattano il riuscito e sopra ricordato programma statunitense SBIR al contesto europeo. Ad esempio, i dispositivi SBIR nel Regno Unito e SBIR nei Paesi Bassi che offrono contratti per la ricerca di soluzioni a problemi specifici individuati nei servizi pubblici. I risultati sono stati ritenuti incoraggianti, soprattutto per quanto riguarda le PMI (benché gli appalti non si limitino a questa categoria di imprese). Per questo – si legge – l'applicazione più ampia di questo approccio, anche combinandolo con gli appalti comuni a diversi enti contraenti, potrebbe creare mercati di enormi dimensioni in grado di dare grande impulso all'innovazione ed alle nuove imprese innovative. Sull'evoluzione dei programmi SBIR e SBRI si vedano anche il paragrafo 3.5 e l'Excursus di "Exploring Public Procurement as a Strategic Innovation Policy Mix Instrument", OMC PTP, Berlino 2009. Interessanti anche gli spunti che vengono forniti per le esperienze americana, australiana ed europea ai paragrafi 5.2 e 5.3 "Appalti Pubblici per l'Innovazione – Indagine Conoscitiva", maggio 2010, realizzata dall'Istituto per la Promozione Industriale (IPI) su mandato della Direzione Generale per la Politica Industriale e la Competitività del Ministero dello Sviluppo Economico. Va tenuto conto pure che il modello americano è caratterizzato dalla specifica disciplina in merito alla titolarità istituzionale della ricerca (*Patent and Trademark Law Amendments Act*, 1980, noto comunemente come *Bayh – Dole Act*), commentato e riassunto sia da Caso Roberto "La commercializzazione della ricerca scientifica pubblica: regole e incentivi", in Caso Roberto (a cura di), *Ricerca scientifica pubblica, trasferimento tecnologico e proprietà intellettuale*, il Mulino, Bologna, 2005, pp. 29 e ss., sia da Granieri Massimiliano, *La gestione della proprietà intellettuale nella ricerca universitaria*, il Mulino, Bologna 2010, pp. 49 e ss..

³⁵ I partenariati europei per l'innovazione saranno finalizzate ad una specifica problematica, concentrandosi sui benefici per la società e su una rapida modernizzazione dei settori e dei mercati ad essa associati ed andando oltre gli obiettivi prevalentemente tecnologici di strumenti già esistenti quali le iniziative tecnologiche comuni (JTI). Inoltre, interverranno sull'intera catena della ricerca e dell'innovazione, riunendo tutti gli operatori. Infine, serviranno a razionalizzare, semplificare e coordinare meglio iniziative e strumenti esistenti integrandoli all'occorrenza con nuove attività. Tali partenariati si baseranno, quindi, su strumenti ed attività già esistenti e, laddove ciò sia giustificato (ad esempio programmi comuni, mercati di punta, progetti comuni d'appalto precommerciale e commerciale, esami finalizzati alla regolamentazione), li integreranno in un unico quadro politico coerente, tenendo presente che, essendo la flessibilità importante, non ci sarà un quadro a misura unica. Nell'allegato della Comunicazione "Iniziativa faro Europa 2020. L'Unione dell'innovazione" si propone di promuovere la *partnership* per un invecchiamento attivo ed in

iniziale pari ad almeno 10 miliardi di euro all'anno per innovazioni che (altra conferma) migliorino l'efficienza e la qualità dei servizi pubblici, affrontino nel contempo le problematiche importanti per la società e favoriscano la cosiddetta "quinta libertà", che fa riferimento alla libera circolazione non solo di ricercatori ma anche di idee innovative.

Analoghe considerazioni sono svolte anche nel nuovo programma quadro integrato per la ricerca, lo sviluppo e l'innovazione "Orizzonte 2020"³⁶, che, fornendo

buona salute, per la cui realizzazione si citano espressamente anche gli appalti precommerciali. Altre potenziali *partnership* per l'innovazione esaminate a tutt'oggi dalla Commissione riguardano: le Città intelligenti; un'Europa che faccia un uso efficiente delle risorse idriche, l'approvvigionamento sostenibile in materie prime non energetiche per una società moderna; la mobilità "intelligente" per i cittadini e le imprese in Europa; la produttività e sostenibilità in campo agricolo. Si tenga conto anche della "Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale europeo e al Comitato delle Regioni. Partenariati nella ricerca e nell'innovazione" COM(2011) 572 definitivo del 21.09.2011 {SEC(2011) 1072 definitivo}, dove si offre per il partenariato un'importante rassegna sia dello strumento che delle sue prospettive nella ricerca e nell'innovazione. In particolare, i partenariati permettono di raggruppare i soggetti pubblici a livello europeo e nazionale in partenariati pubblico - pubblico e i soggetti pubblici e privati in partenariati pubblico - privato allo scopo di: (1) creare massa critica; (2) sviluppare una visione comune e un'agenda strategica, anche a livello internazionale; (3) contribuire alla definizione di un approccio programmatico europeo alla ricerca e all'innovazione che, coinvolgendo tutti gli attori, fissi obiettivi di ampia portata tutti i *partner* potenziali; (4) definire strutture flessibili adeguate alla natura e agli obiettivi dei medesimi. Inoltre, i futuri partenariati pubblico - privato nel campo della ricerca e dell'innovazione scaturiranno dagli approcci fondati sui partenariati esistenti: (a) partenariati contrattuali (come i partenariati pubblico - privato per il piano europeo di ripresa) e accordi volontari (come le iniziative industriali europee - IIE - nell'ambito del piano SET); (b) strutture giuridiche speciali istituite a norma dell'articolo 187 del TFUE sulla base di un approccio di lungo termine fondato sulla fiducia, purché sia accettato il nuovo statuto di partenariato nell'ambito della proposta di regolamentazione finanziaria. Sulla combinazione fra partenariati e concorrenza nel panorama comunitario si veda Leone Velia Maria "Altre esperienze significative in Europa", in Benacchio Gian Antonio e Cozzio Michele (a cura di), *Appalti pubblici e concorrenza: la difficile ricerca di un equilibrio*, Università degli Studi di Trento, Trento 2008, pp. 209 e ss.. Un quadro organico ed aggiornato è altresì offerto da Mastragostino Franco (a cura di), *La collaborazione pubblico - privato e l'ordinamento amministrativo. Dinamiche e modelli di partenariato in base alle recenti riforme*, Giappichelli Editore, Torino 2011. Con decisione 11 febbraio 2004 Eurostat (ufficio statistico delle Comunità europee) ha fornito indicazioni per il trattamento nei conti economici nazionali di specifiche tipologie di Partenariato Pubblico- Privato (PPP). I partenariati pubblico - privati, regolamentati dalla decisione Eurostat, sono caratterizzati dai seguenti elementi: (1) il rapporto contrattuale tra pubblico e privato ha una durata di lungo periodo; (2) il contratto è stipulato con uno o più soggetti privati eventualmente costituiti in società; (3) il contratto prevede la costruzione di una nuova infrastruttura o la ristrutturazione di una infrastruttura esistente, che dovrà fornire servizi predefiniti in termini quantitativi e qualitativi; (4) l'opera riguarda settori in cui la pubblica amministrazione, sia a livello centrale che locale, ha di norma un forte interesse pubblico (sanità, scuole, sicurezza, trasporti, edilizia residenziale pubblica, ecc.); (5) la pubblica amministrazione deve essere l'acquirente principale dei servizi, sia quando la domanda sia generata dalla stessa pubblica amministrazione (a titolo di esempio: carceri, uffici giudiziari e altri uffici pubblici) sia che provenga da terzi utilizzatori (a titolo di esempio: ospedali, trasporto pubblico locale). Sulla responsabilità precontrattuale in tema di partenariato pubblico - privato istituzionalizzato si veda, da ultimo, la deliberazione n. 105 del 20 dicembre 2012 dell'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture, reperibile all'indirizzo http://www.avcp.it/portal/public/classic/AttivitaAutorita/AttiDellAutorita/_Atto?ca=5255.

³⁶ Approvato con la "Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale europeo e al Comitato delle Regioni. Programma quadro di ricerca e innovazione Orizzonte 2020" COM(2011) 808 definitivo del 30.11.2011 (Testo rilevante ai fini del SEE) {SEC(2011)1427 definitivo}{SEC(2011) 1428 definitivo}, che, oltre ad insistere sull'importanza di avere nuovi approcci e sulla partecipazione di un ventaglio maggiore di innovatori, intende concepire un nuovo strumento per le piccole medio - imprese, ispirato a quello *Small Business Innovation Research* (SBIR), di cui ci siamo già occupati sopra e per il quale si consulti pure <http://www.sbir.gov>. Si veda anche la "Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce le regole di partecipazione e di diffusione nell'ambito del programma quadro di ricerca e innovazione 'Orizzonte 2020' (2014-2020)" 2011/0399 (COD) nella versione esaminata dal Consiglio "Competitività" del 10 ottobre 2012 e per questa parte riconfermata nella versione trasmessa al Comitato dei rappresentanti permanenti in data 12 luglio 2013, con particolare riferimento sia all'articolo 23, paragrafo 5, per la percentuale massima della sovvenzione, pari al 70% dei costi totali ammissibili le azioni precommerciali (estesa fino al 100% per i soggetti giuridici senza scopo di lucro, fatto salvo il principio del cofinanziamento) sia all'articolo 35 che detta le regole per gli appalti precommerciali e gli appalti pubblici per soluzioni innovative. Si veda anche la "Proposta di decisione del Consiglio che stabilisce il programma

maggiore sostegno all'adozione commerciale delle innovazioni anche da parte del settore pubblico, esige un incremento dei progetti di dimostrazione della fattibilità, pilota e dimostrativi mediante l'uso migliore del potenziale delle infrastrutture di ricerca, la fissazione di norme tecniche, il ricorso proprio agli appalti precommerciali e il rafforzamento dei finanziamenti con capitale di prestito o di rischio.

Indispensabili per perseguire gli obiettivi sia di “Europa 2020” che di “Orizzonte 2020” appaiono, anche grazie all’auspicato deciso impegno dell’industria, i partenariati pubblico - privato³⁷, le cui attività andranno realizzate in modo da massimizzare le sinergie ed aumentare l’impatto generale, soprattutto a fronte di obiettivi comuni. Si prospetta che per i settori di livello europeo e internazionale, nei quali la portata degli investimenti è tale da superare le capacità dei singoli Stati membri, istituire questi partenariati sia l’approccio più efficace nell’ambito della ricerca e dell’innovazione in conformità ad “Orizzonte 2020”, in quanto tali strumenti, definiti poderosi:

1. consentono di assumere impegni strategici di lunga durata, riducendo l’incertezza;
2. concentrano quale struttura giuridica risorse e fanno acquisire massa critica, anche attraverso la specializzazione intelligente e la combinazione di Orizzonte 2020 e dei Fondi strutturali e di investimento europei;
3. rendono più efficiente il finanziamento della ricerca e dell’innovazione mediante la condivisione di risorse (finanziarie, umane e infrastrutturali), che riduce il rischio di frammentazione e, grazie alle economie di scale, assicura costi inferiori per tutti i soggetti;
4. in nome dell’interdisciplinarietà permettono una condivisione più efficace delle conoscenze e delle competenze;
5. facilitano la creazione di un mercato interno di prodotti e di servizi innovativi tramite l’accesso al finanziamento, la standardizzazione e la codificazione delle norme;

specifico recante attuazione del programma quadro di ricerca e innovazione (2014-2020) – Orizzonte 2020 - Orientamento generale parziale” del 06.12. 2012, 2011/0402 (CNS), dove si rinnova la necessità di prestare attenzione, per le sfide della società e le tecnologie abilitanti e industriali, a quelle attività di ricerca e innovazione che si declinano come dimostrazione, sperimentazione o verifica teorica (*proof of concept*) e che sono prossime agli utilizzatori finali e al mercato, comprendendo “...attività a sostegno dell’innovazione sociale e delle strategie sul fronte della domanda, come la prestandardizzazione o gli appalti precommerciali, gli appalti per soluzioni innovative, la normalizzazione e altre misure incentrate sugli utilizzatori ...”. Inoltre, si compie una doppia operazione: (a) si affida agli operatori delle infrastrutture di ricerca quali pionieri nell’utilizzo delle tecnologie la promozione dell’innovazione tramite gli appalti precommerciali; (b) il sostegno alle piccole medie imprese passa attraverso il ciclo di innovazione, in cui, dopo le fasi n. 1 (valutazione della concezione e della fattibilità) e n. 2 (ricerca e sviluppo, dimostrazione, prima applicazione commerciale), nell’ambito della fase n. 3 (commercializzazione) si prevede di incentivare gli appalti precommerciali e gli appalti per soluzioni innovative quali misure a beneficio delle piccole medie imprese (accanto alla messa in rete, alla formazione, al tutorato ed alla consulenza).

³⁷ Si veda “Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale europeo e al Comitato delle Regioni. Partenariati pubblico - privato nell’ambito di Orizzonte 2020: uno strumento poderoso per l’innovazione e la crescita in Europa” COM(2013) 494 definitivo del 10.07.2013. Vi rientrano le Iniziative Tecnologiche Congiunte, i partenariati contrattuali pubblico - privato, i partenariati pubblico - pubblico e le altre iniziative correlate, quali le iniziative di programmazione congiunta, le comunità della conoscenza e dell’innovazione dell’Istituto Europeo di Tecnologia e i partenariati europei per l’innovazione.

6. consentono alle tecnologie innovative di penetrare più rapidamente nel mercato ed accelerano i processi di apprendimento delle imprese;
7. beneficiano dei punti di forza dell'Europa, per incentivare le imprese internazionali a collocarvi i loro investimenti in ricerca e innovazione.

3.4 La nuova politica europea per la modernizzazione degli appalti

Uno sviluppo di queste idee viene declinato, a seguito del consueto metodo del libro verde sulla modernizzazione della politica europea in materia di appalti, con le proposte di nuove direttive in materia di appalti³⁸. Infatti, si rimarca tramite un approccio abilitante l'uso strategico degli appalti pubblici per rispondere alle nuove sfide, trovano nel contempo ampio spazio i concetti di ciclo di vita dei costi e di innovazione, si rivedono il "cosa" e il "come" acquistare. In particolare, fa il suo ingresso all'articolo 29 della proposta per i settori ordinari (43 per i settori speciali) la speciale procedura del partenariato (europeo) per l'innovazione, che, strutturata nel lungo termine, combina sviluppo e acquisto di nuovi, innovativi lavori e servizi tramite la sequenza di fasi del processo di ricerca e innovazione in maniera molto simile all'appalto precommerciale. Peraltro, i partenariati europei per l'innovazione, pur non essendo secondo le fonti comunitarie né partenariati pubblico - pubblico né partenariato pubblico - privato, sono preordinati a fornire: (1) un quadro che aggrega soggetti di ambiti politici, settori e paesi diversi, ottimizzando e semplificando l'uso degli strumenti esistenti; (2) al fine di integrare o avviare iniziative sul versante sia della domanda che dell'offerta nell'intero ciclo di ricerca e innovazione, dove innovazione non è solo quella generata dalla ricerca ma può essere organizzativa e sociale; (3) con l'effetto di incoraggiare gli scambi e garantire un elevato livello di impegno politico nella realizzazione delle iniziative concordate³⁹.

³⁸ Vedi "Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on procurement by entities operating in the water, energy, transport and postal services sectors" (Text with EEA relevance) {SEC(2011) 1585} {SEC(2011) 1586} COM(2011) 895 final 2011/0439 (COD) del 20.12.2011 e "Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on public procurement" (Text with EEA relevance) {SEC(2011) 1585 final} {SEC(2011) 1586 final} COM(2011) 896 final 2011/0438 (COD) del 20.12.2011, che sono reperibili consultando l'indirizzo <http://www.osservatorioappalti.unitn.it/content.jsp?id=13>. Per la proposta di direttiva nei settori ordinari, i riferimenti pertinenti nei *consideranda* sono il (13), (15), (16), (17), (20), (21), (26) e (39), mentre per gli articoli si vedano il 5, 13, 27, 28, 29, 30, 31, 64, 66 e 67. Le proposte sono state precedute dalla consultazione aperta con il "Libro verde sulla modernizzazione della politica dell'UE in materia di appalti pubblici. Per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti" COM(2011) 15 definitivo del 27.01.2011. In particolare, il paragrafo 4.3 del libro verde è dedicato all'innovazione, di cui appare fondamentale riuscire a misurarne gli effetti determinati dall'appalto pubblico, e si sofferma sulla flessibilità dei concorsi di progettazione, sull'uso selettivo dei diritti di proprietà intellettuale nel dialogo competitivo e sulla rinnovata valenza dell'appalto precommerciale. Anche l'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici ha provveduto a rispondere, ritenendo positivo l'istituto dell'appalto precommerciale, comunque onerose le procedure di partenariato in generale e non soddisfacente la protezione dei diritti di proprietà intellettuale nel dialogo competitivo. Si rinvia a <http://www.avcp.it/portal/rest/jcr/repository/collaboration/Digital%20Assets/Pdf/LibroVerdeUEAVCP.pdf>. Interessanti anche il contributo di Cozzio Michele (a cura di) – Osservatorio di diritto comunitario e nazionale sugli appalti pubblici "Osservazioni al libro verde della Commissione Europea : Sulla modernizzazione della politica dell'UE in materia di appalti pubblici. Per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti", disponibile all'indirizzo <http://www.osservatorioappalti.unitn.it/content.jsp?id=31>.

³⁹ Così molto chiaramente recita la "Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale europeo e al Comitato delle Regioni. Partenariati nella ricerca e nell'innovazione"

I partenariati per l'innovazione, in altre parole, avranno nel collegare offerta e domanda il compito di superare gli ostacoli di ordine tecnico, giuridico e operativo che impediscono in Europa l'innovazione⁴⁰. Tale procedura speciale, che fa riferimento anche a soluzioni innovative non disponibili sul mercato, non può comunque essere adoperata per ostacolare, limitare e distorcere la concorrenza. Peraltro, espressamente la proposta di direttiva per i settori ordinari all'articolo 64 (72 per i settori speciali, dove vige più flessibilità) consente alle amministrazioni aggiudicatrici di limitare il numero dei candidati che soddisfano i criteri di selezione e che saranno invitati a presentare un'offerta, a condizione che il numero, fissato nel minimo di 3, sia sufficiente per assicurare effettivamente una concorrenza.

Le proposte di direttiva, che hanno un occhio di riguardo agli appalti transfrontalieri e congiunti, semplificano e migliorano altresì il dialogo competitivo, esteso ai bisogni da soddisfare, anche con il richiamo alla procedura competitiva con negoziato, anch'essa affinata in modo originale e pur sempre impostata per fasi successive sulla base di specifiche tecniche, mentre nell'articolo 30, comma 3, lettera a), della proposta per i settori ordinari (per i settori speciali 44, comma 1, lettera b) trova maggiore impulso nei servizi la procedura negoziata senza pubblicazione del bando, quando si tratta di produrre per scopi di ricerca, sviluppo, studio e sperimentazione. Infine, si stabilisce all'articolo 13 della proposta per i settori ordinari (25 per i settori speciali) l'applicabilità delle direttive ai contratti di servizi di ricerca e sviluppo quando sono presenti entrambi le condizioni dell'esclusività dei benefici e della remunerazione integrale della prestazione affidata, mentre, con una maggiore chiarezza prescrittiva, è esclusa se manca una delle due condizioni⁴¹. Questa formulazione appare, fra l'altro, coerente con l'opzione interpretativa che abbiamo declinato rispetto all'attuale regime di esenzione rispetto all'applicazione del Codice dei contratti pubblici.

Se ne deduce che, mentre il partenariato per l'innovazione dà vita ad una forma strutturata, si pone nel solco di una strategia di lungo termine e riguarda nella sua generalità lavori, beni e servizi di natura innovativa, l'appalto nella tipologia che oggi chiamiamo ancora "precommerciale" non determina forme strutturate, è circoscritto ai servizi e abbraccia un arco temporale ridotto alla luce di una funzione sicuramente più specifica, non riguardando la fase di commercializzazione dei relativi prodotti, che, invece, rientra a pieno titolo nelle possibilità e nella filosofia del partenariato (europeo) per l'innovazione. Pertanto, possiamo concludere che non si può pensare al breve periodo (appalto precommerciale) senza considerare gli effetti nel medio – lungo periodo (partenariato per l'innovazione).

COM(2011) 572 definitivo del 21.09.2011 {SEC(2011) 1072 definitivo}, dove si insiste molto, per tutti i partenariati, sull'importanza della *governance*, della certezza degli impegni pluriennali e della strategia di lungo termine.

⁴⁰ Secondo la "Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale europeo e al Comitato delle Regioni. Programma quadro di ricerca e innovazione Orizzonte 2020" COM(2011) 808 definitivo del 30.11.2011 (Testo rilevante ai fini del SEE) {SEC(2011)1427 definitivo}{SEC(2011) 1428 definitivo}.

⁴¹ L'articolo 13 fa ricomprendere negli appalti di servizi di ricerca e sviluppo tutti gli appalti che hanno il numero di riferimento di CPV da 73000000-2 (servizi di ricerca e sviluppo nonché servizi di consulenza affini) a 7343600-7 (test e valutazione di sistemi elettronici militari), con esclusione dei numeri 73200000-4, 73210000-7 e 73220000-0 (consulenze di ricerca e sviluppo, servizi di consulenza nei campi della ricerca e dello sviluppo).

4. Le implicazioni del paradigma comunitario dell'appalto precommerciale

Si comprende bene, allora, come l'appalto precommerciale, che da approccio tende ad essere un istituto, non solo sia una procedura derogatoria⁴² per l'aggiudicazione di commesse di ricerca (per la pubblicità, per i termini, per i formati), ma al tempo stesso sia caratterizzato da un processo che si articola in fasi, cui, nell'ambito di un accordo quadro⁴³, corrispondono potenzialmente distinti contratti e segmenti differenziati di sviluppo della nuova soluzione.

La procedura d'appalto, cui afferisce l'accordo quadro, si caratterizza, quindi, per la gradualità e la condizionalità della sequenza: (1) nella selezione trasparente, che progressivamente si restringe, ma può anche arrestarsi a seguito dei rapporti (con formato predefinito) intermedi per ogni fase e riduce complessivamente il rischio secondo le tecniche proprie della valutazione⁴⁴; (2) nella definizione e nella combinazione dei criteri di valutazione, che, previa analisi e confronto dei pro e dei contro delle soluzioni alternative, si susseguono – generalmente identici - con un tasso di maggiore specificazione (al pari dei capitoli d'oneri) sotto il profilo della qualità e del merito tecnico, mentre il fattore economicamente rilevante del prezzo tende a giocare un ruolo perlopiù nella fase finale della competizione, contribuendo ad incrementare il *value for money* in relazione all'appropriata considerazione dei costi nel ciclo di vita della soluzione innovativa e della gestione del rischio⁴⁵.

⁴² Parla di novità rispetto al tradizionale appalto, per le fasi dell'ammissione, del controllo, della pubblicazione e della negoziazione, nella versione *preprint*, "Gli Appalti pubblici pre-commerciali- Istruzioni per l'uso", realizzato dal Dipartimento per la Digitalizzazione della Pubblica Amministrazione e l'Innovazione Tecnologica presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, Edizioni Forum PA, marzo 2012, p. 11 e p. 32 e ss., anche se, poi, non ne trae del tutto le conseguenze.

⁴³ Il richiamo all'accordo quadro non può sorprendere, se si tiene a mente che esso viene associato quale strumento di flessibilità e modernizzazione al conseguimento di economie di scala nella strategia degli acquisiti pubblici. Eco di questo orientamento si ha in Caranta Roberto, *I contratti pubblici*, Giappichelli Editore, Torino 2012, II Edizione, pp. 155-156.

⁴⁴ La considerazione è svolta con riferimento, soprattutto, alla rilevanza della condizionalità nella valutazione e agli strumenti di finanza per l'innovazione anche da Bonaccorsi Andrea, "Nuovi ruoli della valutazione delle politiche pubbliche per ricerca e innovazione: oggetti, effetti, metodi, dati", *Rassegna Italiana di Valutazione* n. 48/2010, pp. 22 e ss.. Non è casuale l'affermazione ivi formulata sul versante della valutazione, ma qui riproducibile in base alla stretta relazione fra la dimensione valutativa e l'appalto precommerciale, in base alla quale la gestione dell'incertezza sia curata in modo significativo, ricorrendo proprio alla scomposizione delle attività in fasi, associate a loro volta a livelli di rischio diversi. Si tratterebbe di meccanismi applicati da tempo nella ricerca industriale.

⁴⁵ Illuminante il contributo al riguardo reso da "Guide on dealing with innovative solutions in public procurement – 10 elements of good practice" (Guida a soluzioni innovative nel campo degli appalti pubblici — 10 elementi di buona pratica) [SEC(2007) 280]. In sintonia appare pure la Determinazione n. 7 del 24 novembre 2011 dell'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture, reperibile all'indirizzo <http://www.avcp.it/portal/public/classic/AttivitaAutorita/AttiDellAutorita/ Atto?ca=4846>, dove al paragrafo 2 si pone un nesso significativo fra l'offerta economicamente più vantaggiosa e la piena espressione della progettualità e, quindi, fra capacità innovative degli operatori economici e complessità delle prestazioni richieste. Seconda l'Autorità, che richiama la giurisprudenza amministrativa di primo grado e di appello, infatti, è illogico il ricorso al criterio del prezzo più basso, quando gli atti di gara danno rilevanza, come nell'appalto precommerciale (aggiungiamo noi), ad elementi qualitativi variabili dell'offerta (fra cui il valore tecnologico dei servizi). Si veda pure la "Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce le regole di partecipazione e di diffusione nell'ambito del programma quadro di ricerca e innovazione 'Orizzonte 2020' (2014-2020)" 2011/0399 (COD) nella versione esaminata dal Consiglio "Competitività" del 10 ottobre 2012 e per questa parte riconfermata nella versione trasmessa al Comitato dei rappresentanti permanenti in data 12 luglio 2013, che all'articolo 35, paragrafo 2, lettere c) e d), stabilisce per gli appalti

4.1 L'appalto precommerciale quale fattispecie a formazione e valutazione progressive

In relazione al primo aspetto si configura una fattispecie a formazione progressiva, dove le fasi sono sì funzionalmente collegate tra di loro (ovvero in funzione dello scopo) entro una precisa cornice (accordo – quadro o procedura – quadro che sia), ma l'interdipendenza non è propriamente biunivoca, in quanto sono solo le fasi successive ad essere logicamente e giuridicamente concepibili insieme alle precedenti, ma non le precedenti insieme alle successive, anche perché l'appalto precommerciale si prefigura quale strumento orientato ai risultati più che al controllo del processo. Infatti, esiste un potere, da motivare, di arresto della procedura (principio di reversibilità) e si registra un certo grado di autonomia nei singoli segmenti sequenziali, anche se non si riscontra una posizione di preminenza in capo ai vari affidatari, a differenza di quanto si riscontra con il caso del promotore nella finanza di progetto. Pertanto, prendendo spunto analogico dalla più recente giurisprudenza⁴⁶ e guardando al bene della vita cui mira tale strumento (nuove frontiere della conoscenza e relativi esiti originali della sua trasformazione in tecnologia innovativa), vi è l'onere di impugnare immediatamente l'esito delle singole fasi.

Con riferimento al secondo aspetto appare utile rimarcare come la valutazione compiuta dall'amministrazione in ordine all'interesse pubblico delle diverse proposte presentate sia tanto discrezionale quanto sindacabile dal giudice amministrativo nell'ambito di legittimità connaturato al processo⁴⁷. Tuttavia, la riconosciuta esistenza di spazi di discrezionalità non può far venire meno il rispetto di regole essenziali di trasparenza e ragionevolezza, che assumono una significativa rilevanza nella misura in cui lo scrutinio delle proposte derivi da una comparazione che si basa su limiti e criteri statuiti dallo stesso committente e che è finalizzata esplicitamente alla formazione di graduatorie fondate su punteggi attribuiti – come

precommerciali e gli appalti pubblici per soluzioni innovative la possibilità dell'aggiudicazione di contratti multipli nell'ambito della stessa procedura (*multiple sourcing*) e l'assegnazione dei contratti unicamente tramite l'offerta economicamente più vantaggiosa

⁴⁶ Si vedano le conclusioni cui perviene, in tema di finanza di progetto, il Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, sentenza resa in data 28.01.2012, n. 1/2012, consultabile su www.giustizia-amministrativa.it.

⁴⁷ Si veda, fra i tanti, Consiglio di Stato, sezione V, sentenza resa in data 08.03.2011, n. 1464. Il controllo della valutazione comparativa delle offerte tecniche deve tenere conto della complessità delle discipline specialistiche di riferimento e dell'opinabilità dell'esito della valutazione, per cui il sindacato del giudice amministrativo assume natura intrinseca e lo scrutinio delle singole censure di (in)idoneità tecnica a fronte di distinti parametri deve fare emergere l'insussistenza puntuale di illogicità e di manifesta abnormità nell'operato della Commissione di gara, il cui potere è di natura tecnico discrezionale a carattere complesso. Come emerge da Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, Brescia, sezione II, sentenza resa in data 10.01.2012, n. 4, la richiesta della ricorrente di esaminare tecnicamente l'offerta dell'aggiudicataria appare ammissibile solo in presenza di indici sintomatici del difetto di motivazione, di illogicità manifesta, della erroneità dei presupposti di fatto e di incoerenza della procedura valutativa e dei relativi esiti. Opera, quindi, il principio in base al quale il punteggio e il giudizio sintetico devono consentire al giudice di ricostruire il filo logico per suffragarne l'attendibilità e la coerenza delle conclusioni raggiunte dalla Commissione di gara. Le sentenze ora citate sono consultabili su www.giustizia-amministrativa.it.

vedremo – da una commissione indipendente e con specifiche competenze tecniche⁴⁸.

In questo senso le qualificazioni alle diverse fasi esplorative e comparative, che si susseguono, concorrono alla progressività della fattispecie sia per il processo di formazione sia per i livelli di valutazione.

4.2 Le fasi che scandiscono l'appalto precommerciale

In modo del tutto originale rispetto agli orientamenti comunitari⁴⁹ va evidenziata la fase 0, che coincide con l'analisi dei bisogni della pubblica amministrazione ed è strettamente correlata alla funzione di programmazione. Generalmente si rinvencono piani di azione di medio – lungo termine, da cui trarre le indicazioni per i domini da esplorare, e trovano spazio esercizi, anche partecipativi con soggetti di ricerca, di *foresight* scientifico e, soprattutto, tecnologico⁵⁰.

Da qui si ricavano altresì gli argomenti, che, nel motivare il ricorso ad una procedura derogatoria rispetto a quelle tradizionali ad evidenza pubblica, andranno esposti a supporto dell'atto di indizione in conformità alla più recente giurisprudenza amministrativa.

⁴⁸ Secondo l'insegnamento di: Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, sentenza resa in data 28.01.2012, n. 1/2012; Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, sentenza resa in data 15.04.2010, n. 2155/2010; Consiglio di Stato, sezione V, sentenza resa in data 23.03.2009, n. 1741; Consiglio di Stato, sezione V, sentenza resa in data 11.09.2007, n. 4811, tutte consultabili su www.giustizia-amministrativa.it.

⁴⁹ In base all'elaborazione fornita dai Gruppi di Lavoro n. 1 e 4 nell'ambito del progetto "Sostegno alle politiche di ricerca e innovazione delle Regioni", supportato dall'Agenzia per la diffusione delle tecnologie per l'innovazione e dal Dipartimento per lo Sviluppo e la Coesione Economica, citato anche nella nota 1. Al riguardo vedi quale risultato intermedio del progetto il seminario aperto, tenutosi a Roma il 12 luglio 2011, dal titolo "Innovation Café! Le politiche di ricerca e innovazione delle Regioni", di cui sono disponibili anche gli atti sul sito <http://www.aginnovazione.gov.it/attivita/assistenza-alla-valutazione-tecnico-scientifica/il-progetto-di-sostegno-alle-politiche-di-ricerca-e-innovazione-delle-regioni/>. Per il rapporto fra *foresight* e formulazione delle funzionalità tecnologiche per l'appalto precommerciale si rinvia ora anche ad 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, pp. 49, 174, pp. 206 e ss. e pp. 222-223, scaricabile da <http://www.aginnovazione.gov.it/attivita/collaborazione-pubblico-privato/quaderni-dellinnovazione/> e relativamente all'esperienza maturata quale caso pilota con la Regione Puglia. Si tenga conto che il processo di *foresight* è ricondotto al modello "Triple Helix", in cui si evidenzia nell'ambito dell'innovazione l'interazione fra tre classi eterogenee di soggetti (istituzioni, università e ricerca), come ricordato proprio in 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, p. 199, disponibile su <http://www.aginnovazione.gov.it/attivita/collaborazione-pubblico-privato/quaderni-dellinnovazione/>.

⁵⁰ Per un caso in materia di robotica si veda l'esempio riferito nella Regione Toscana all'industria biomedicale (documentazione a cura del Consorzio Universitario QUINN) contenuto nelle *slides* presentate nell'ambito dell'intervento "Le politiche a sostegno dell'innovazione. Il ruolo della domanda pubblica nel *policy mix* a sostegno dell'innovazione: profili di coordinamento delle politiche in materia di innovazione" al convegno "Il Pre-Commercial Procurement: Gestire la domanda pubblica per favorire l'innovazione", tenutosi a Roma il 02.12.2010, da Bonaccorsi Andrea. Si consulti <http://www.masterprocurement.it/index.php?area=Master&sub=pagina&p=60>. Un recente caso è quello della Regione Puglia, ampiamente descritto da 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, pp. 174 e 224 e ss., consultabile all'indirizzo <http://www.aginnovazione.gov.it/attivita/collaborazione-pubblico-privato/quaderni-dellinnovazione/>.

Secondo le coordinate che si ricavano, per contro, dal quadro comunitario⁵¹, che qui riprendiamo puntualmente, la fase 1, la cui durata viene stimata in 6 mesi, si identifica nella ricerca di soluzioni e si dispiega nella duplice azione di indagare il mercato mediante forme di sondaggio e dialogo e di dettagliare la fattibilità tecnica, economica e organizzativa delle proposte di diverse imprese mediante una comparazione di vantaggi e svantaggi delle possibili soluzioni alternative. Tendenzialmente questa fase si traduce in un rapporto di valutazione tecnologica, in una prima elaborazione di soluzioni (a fronte dei bisogni esplicitati a seguito della fase 0), in un piano organizzativo per la successiva fase 2 e in una relazione che analizza e rapporta, dimensionandoli, costi e benefici della soluzione proposta e che costituisce la base, seppure ancora approssimativa, per la condivisione dei rischi e dei benefici, che è posta a fondamento dell'appalto precommerciale.

La fase 2 è quella della messa a punto di prototipi e di approfondimento della verifica per un periodo dai 6 ai 9 mesi, in quanto occorre misurare le principali caratteristiche del prototipo ed accertare il grado di corrispondenza e soddisfazione con i requisiti funzionali e di efficacia indicati dall'acquirente pubblico. La fase dovrebbe completarsi con un documento che definisce ad uno stato progressivamente evoluto, ma non ancora completo, le specifiche del prodotto ai fini della conseguente dimostrazione, con un primo e limitato sviluppo del prodotto, con l'espletamento della prova e l'aggiornamento della relazione sulla la valutazione del rapporto costi/benefici.

La fase 3, che si compie in un arco temporale fra i 6 e i 9 mesi, dà vita allo sviluppo iniziale di una prima serie di prodotti convalidati mediante prove ed esperimenti sul

⁵¹ Principalmente in base alla Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale europeo e al Comitato delle Regioni "Appalti Pre-Commerciali: promuovere l'innovazione per garantire servizi pubblici sostenibili e di elevata qualità in Europa" del 14.12.2007 COM(2007) 799 Definitivo {SEC(2007) 1668} unitamente all'allegato documento di accompagnamento "Commission Staff working document: example of a possible approach for procuring R&D services applying risk – benefit sharing at market conditions, i.e. pre – commercial procurement". Su questa Comunicazione sono stati acquisiti, con delle interessanti sottolineature sulle piccole medie imprese e sull'utilizzo dei fondi strutturali: il Parere del Comitato delle Regioni "Appalti pre-commerciali: promuovere l'innovazione per garantire servizi pubblici sostenibili e di elevata qualità in Europa" dell'08.10.2008 (2008/C 325/06), pubblicato sulla Gazzetta ufficiale dell'Unione europea C 325/44 IT del 19.12.2008, e il Parere del Comitato Economico e Sociale europeo in merito alla Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale europeo e al Comitato delle Regioni "Appalti pre-commerciali: promuovere l'innovazione per garantire servizi pubblici sostenibili e di elevata qualità in Europa" COM(2007) 799 def. (2009/C 100/02), pubblicato sulla Gazzetta ufficiale dell'Unione europea C 100/6 IT del 30.4.2009. Documento coevo alla Comunicazione e contenente elementi di buona pratica per gestire con successo gli appalti pubblici è "Guide on dealing with innovative solutions in public procurement – 10 elements of good practice" (Guida a soluzioni innovative nel campo degli appalti pubblici — 10 elementi di buona pratica) [SEC(2007) 280]. Interessante è pure la Risoluzione del Parlamento europeo del 3 febbraio 2009 "Appalti pre-commerciali : promuovere l'innovazione per garantire servizi pubblici sostenibili e di elevata qualità in Europa" (2008/2139(INI)) P6_TA(2009)0037, che cita, fra i vari documenti, anche la relazione della commissione del Parlamento europeo per il mercato interno e la protezione dei consumatori, disponibile in inglese "Workshop report pre-commercial procurement. An untapped opportunity for driving innovation" IP/A/IMCO/IC/2008-161 TO 165, novembre 2008. Altra fonte, seppure meno ufficiale, deriva dal progetto cofinanziato dall'Unione europea nel VI Programma Quadro della Ricerca ed è "Exploring Public Procurement as a Strategic Innovation Policy Mix Instrument", OMC PTP, Berlino 2009. Infine, una panoramica organica si ricava anche dalle FAQ reperibili consultando il sito <http://cordis.europa.eu/fp7/ict/pcp/home>. Può essere, infine, un esercizio interessante confrontare tali FAQ con quelle ora esposte, nella versione *preprint*, da "Gli Appalti pubblici pre-commerciali- Istruzioni per l'uso", realizzato dal Dipartimento per la Digitalizzazione della Pubblica Amministrazione e l'Innovazione Tecnologica presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, Edizioni Forum PA, marzo 2012, pp. 52 e ss..

campo) e rappresenta un ulteriore livello di verifica rispetto alla situazione attestata con la fase 2, ponendo in essere il confronto fra differenti soluzioni, che vengono testate in situazioni operative reali del servizio di interesse cui sono destinate. L'acquirente pubblico, cercando soluzioni innovative in quanto più efficienti di quelle disponibili sul mercato, riesce in questo contesto temporale del processo a comparare l'efficienza della soluzione fin qui approntata (guardando, ad esempio, allo sviluppo sostenibile, all'interoperabilità, alle economie di scala o alla standardizzazione). Rispetto alla fase 2 si avranno ad un livello di maggiore dettaglio l'individuazione delle caratteristiche specifiche del prodotto, le ulteriori prove sul campo e l'affinamento della relazione su costi e benefici.

A fronte di un disegno idealizzato in fasi è possibile che il numero di fasi sia adeguato in funzione della complessità del progetto. Ad esempio, ciascuna delle tre fasi di cui sopra può essere ulteriormente suddivisa in sottofasi. Oppure può succedere che lo stato dell'arte sia già avanzato rispetto ad una fase ipotetica di prima elaborazione delle soluzioni: in questo caso la procedura, motivando sul punto anche con il rinvio a documenti di analisi che l'accompagnano, potrà iniziare con la messa a punto di prototipi se non con la prima fase di sviluppo del prodotto fino alle serie sperimentali, a condizione che di questa decisione sia data la giusta evidenza motivazionale per rispettare i principi di trasparenza, proporzionalità ed economicità.

Inoltre, la descrizione delle fasi del processo di ricerca e sviluppo, in cui si articola lo schema dell'appalto precommerciale, può essere descritta anche in ragione della procedura di scelta del/i contraente/i⁵².

Infatti, le fasi 0 e 1, avendo una funzione esplorativa, sono preparatorie, valorizzano maggiormente la definizione delle specifiche funzionali e mettono in luce la dimensione consultiva – partecipativa del mercato attraverso forme di interazione come il sondaggio esplorativo e il dialogo tecnico. Le fasi 2 e 3 sono, invece, informate più strettamente alla comparazione, valorizzando l'esecuzione delle prove: nella fase 2 si privilegia la dimensione cooperativa, perché si co-generano la conoscenza e la sua trasferibilità in concorso fra più imprese e con la funzione di guida del committente⁵³; nella fase 3 è più accentuata la dimensione competitiva,

⁵² Ma anche in base alla funzione esercitata dalla pubblica amministrazione: programmazione, coordinamento, amministrazione.

⁵³ Sia la Comunicazione "Appalti Pre-Commerciali: promuovere l'innovazione per garantire servizi pubblici sostenibili e di elevata qualità in Europa" del 14.12.2007 COM(2007) 799 Definitivo {SEC(2007) 1668} sia l'allegato documento di accompagnamento "Commission Staff working document: example of a possible approach for procuring R&D services applying risk – benefit sharing at market conditions, i.e. pre – commercial procurement" concordano sul fatto che la partecipazione dell'acquirente pubblico fin dalle prime fasi delle attività di ricerca e sviluppo possa generare un maggiore valore aggiunto. Infatti, la valutazione delle prestazioni dei prototipi e dei prodotti sperimentali in un ambiente operativo reale consente alla pubblica amministrazione (come acquirente) di intervenire, adeguando lo sviluppo dei prodotti alle proprie priorità in una fase in prima che i piani delle imprese siano consolidati e gli standard siano adottati. Inoltre, una partecipazione precoce al processo di innovazione mette in evidenza, per una loro tempestiva soluzione da parte delle autorità pubbliche, potenziali problemi di politica e normativi. Infine, un controllo precoce della compatibilità delle attività di ricerca e sviluppo svolte dalle imprese con le esigenze concrete in materia di acquisti pubblici permette sia di massimizzare l'efficacia del processo di ricerca e sviluppo sia di qualificare in modo ottimale la spesa a favore di ricerca e sviluppo.

perché è finalizzata alla selezione e alla sperimentazione definitiva dei prototipi finali.

4.3 Il profilo della competizione

Quello che importa dell'approccio tipico dell'appalto precommerciale qui presentato è il profilo della competizione che viene sollecitata dal committente pubblico fra diverse imprese che, lavorando in contemporanea, concorrono proponendo soluzioni per soddisfare un bisogno o gestire un problema specifico di interesse pubblico. E, se competizione deve essere, appaiono determinanti la funzione e la correttezza dei criteri di valutazione e delle valutazioni intermedie che, dopo le fasi di elaborazione delle soluzioni e messa a punto dei prototipi, consentono la selezione progressiva delle imprese chiamate a presentare le soluzioni più competitive.

In particolare, i criteri di valutazione, per mezzo dei quali si effettua il confronto ad opera di un comitato indipendente, competente e preparato, devono essere valutabili, misurabili (*ex ante* ed *ex post*) e verificabili in merito alla capacità di affrontare la richiesta sottesa al bisogno esposto, alla qualità tecnologica della proposta, al grado di innovatività della medesima ed al valore aggiunto per il miglioramento dei servizi pubblici e dei benefici per l'economia e la società.

Nella fase finale di ricerca e sviluppo viene fortemente auspicata dalla Commissione europea la presenza di almeno due operatori economici, in modo da porre le basi per un futuro mercato concorrenziale e, quindi, garantire l'approvvigionamento presso una molteplicità di fornitori.

Per soddisfare questa raccomandazione, ad esempio, il numero potrà essere valutato sulla base del tasso di riuscita di ricerca e sviluppo nel particolare campo di applicazione in questione. Tuttavia, appare fondamentale che le amministrazioni pubbliche, cui è richiesto a maggior ragione in questa tipologia di appalto essere "clienti intelligenti", sappiano effettuare una valutazione economica per rispondere al quesito: "quale percentuale del valore economico stimato che l'innovazione può apportare all'autorità pubblica – in termini di risparmi sui costi e/o miglioramento della qualità del servizio – può permettersi di spendere quest'ultima per lo sviluppo delle soluzioni necessarie a realizzare tale innovazione, dati i rischi di ricerca e sviluppo che il progetto in questione comporta e i tempi necessari per le attività di ricerca e sviluppo?"⁵⁴.

⁵⁴ Si veda il paragrafo 2 del documento di accompagnamento "Commission Staff working document: example of a possible approach for procuring R&D services applying risk – benefit sharing at market conditions, i.e. pre – commercial procurement", allegato alla Comunicazione "Appalti Pre-Commerciali: promuovere l'innovazione per garantire servizi pubblici sostenibili e di elevata qualità in Europa" del 14.12.2007 COM(2007) 799 Definitivo {SEC(2007) 1668}. Sulla rilevanza di essere "cliente intelligente" si veda "Guide on dealing with innovative solutions in public procurement – 10 elements of good practice" (Guida a soluzioni innovative nel campo degli appalti pubblici — 10 elementi di buona pratica) [SEC(2007) 280].

5. Sull'importanza della condivisione dei benefici e dei rischi

Una valutazione economica deve essere parallelamente fatta in merito all'opportunità (in termini di vantaggi e costi) di riservare lo sviluppo esclusivo dei risultati della ricerca affidata, in quanto esclusività dei benefici è anche esclusività dei rischi. Se il prezzo più elevato che la pubblica amministrazione sostiene vietando il riuso dei risultati è talvolta giustificato dall'interesse pubblico superiore (come nei settori della difesa e della sicurezza) o dall'essere l'unico cliente interessato, l'opzione dell'esclusività dei diritti di proprietà intellettuale, che appartiene allo schema classico dell'appalto e di cui si tende a non considerare i costi supplementari per lo sfruttamento (deposito e manutenzione del brevetto, controversie, etc.), non solo ostacola l'innovazione, ma anche non è indispensabile all'acquirente pubblico che non abbia compiti e piani per la valorizzazione commerciale dei risultati della ricerca. Per contro la condivisione tanto dei benefici quanto dei rischi connessi evita la frammentazione del mercato, rimuove ostacoli finanziari all'aggiudicazione di appalti per soluzioni concorrenti e non fa perdere al committente pubblico la possibilità di soluzioni più innovative⁵⁵.

Peraltro, nella logica della condivisione dei benefici e dei rischi⁵⁶ la limitazione conseguente dei rischi finanziari per il committente pubblico e il principio della parità di trattamento fra tutti i potenziali offerenti impongono di predefinire sin dall'inizio della procedura le condizioni del contratto, descrivendo diritti e obblighi delle parti e

⁵⁵ La Comunicazione "Appalti Pre-Commerciali: promuovere l'innovazione per garantire servizi pubblici sostenibili e di elevata qualità in Europa" del 14.12.2007 COM(2007) 799 Definitivo {SEC(2007) 1668} si sofferma sulle conseguenze che la riserva dei risultati in capo all'acquirente pubblico determina: "(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 ricerca e sviluppo, 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". Si veda anche nella versione *preprint* "Gli Appalti pubblici pre-commerciali- Istruzioni per l'uso", realizzato dal Dipartimento per la Digitalizzazione della Pubblica Amministrazione e l'Innovazione Tecnologica presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, Edizioni Forum PA, marzo 2012, p. 7, dove, in linea con tali coordinate può aggiungersi la definizione dell'appalto precommerciale quale strumento espressivo di una "politica duale", in quanto si persegue il miglioramento delle *performances* sia della pubblica amministrazione sia del mercato e si eliminano le criticità dell'appalto tradizionale (esclusività dei diritti di proprietà intellettuale e ricorso a servizi già esistenti). Un'eco di questa dualità si avverte anche nel recente documento governativo "Metodi e obiettivi per un uso efficace dei fondi comunitari 2014-2020. Documento di apertura del confronto pubblico", che è stato presentato nella seduta del 17 dicembre 2012 al Consiglio dei Ministri dal Ministro per Coesione Territoriale d'intesa con i Ministri del Lavoro e delle Politiche Sociali e delle Politiche Agricole, Alimentari e Forestali e che è reperibile all'indirizzo <http://www.coesioneterritoriale.gov.it/wp-content/uploads/2012/12/Metodi-e-obiettivi-per-un-uso-efficace-dei-fondi-comunitari-2014-20.pdf>. Qui l'appalto precommerciale viene menzionato come azione da attivare sia al fine di rafforzare la ricerca, lo sviluppo tecnologico e l'innovazione sia al fine di promuovere la competitività delle piccole e medie imprese, il settore agricolo e quello della pesca.

⁵⁶ Così si esprime al paragrafo 4 il documento di accompagnamento "Commission Staff working document: example of a possible approach for procuring R&D services applying risk – benefit sharing at market conditions, i.e. pre – commercial procurement", allegato alla Comunicazione "Appalti Pre-Commerciali: promuovere l'innovazione per garantire servizi pubblici sostenibili e di elevata qualità in Europa" del 14.12.2007 COM(2007) 799 Definitivo {SEC(2007) 1668}.

fornendo indicazioni sul prezzo. Il bando potrà, poi, scegliere di fare riferimento per il prezzo;

1. ad una forchetta, che consenta di intercettare le migliori offerte a prezzi di mercato con un livello minimo di qualità delle offerte presentate e garantisca alle imprese la possibilità di competere sul prezzo;
2. ad una cifra fissa massima, per cui spetta alle imprese coprire a proprie spese eventuali costi aggiuntivi non previsti del loro progetto ed eccedenti il prezzo fisso massimo al quale si sono vincolate nell'offerta di importo pari o inferiore;
3. ad un meccanismo di sconto⁵⁷ rispetto alle condizioni economiche rinvenibili nel mercato per prestazioni analoghe di ricerca e sviluppo, con l'evidente pregio di definire in modo certo l'entità della stessa condivisione dei rischi.

Tre sono pure i punti di contatto della condivisione dei risultati di ricerca e sviluppo dell'acquirente pubblico con le altre autorità pubbliche e le imprese: pubblicazione, standardizzazione e commercializzazione dei risultati⁵⁸. Se, poi, i benefici condivisi includono i diritti di proprietà intellettuale, questo regime di contitolarità, da un lato, non può tradursi in vantaggi ingiusti negli appalti futuri per le imprese partecipanti agli appalti pre-commerciali, perché conterrebbe elementi di aiuti di Stato (che, invece, non si devono avere) e discriminerebbe le piccole medie imprese quali potenziali fornitori commerciali⁵⁹; dall'altra parte, deve permettere all'acquirente

⁵⁷ Si tratta di uno spunto dei Gruppi di Lavoro n. 1 e 4 nell'ambito del progetto "Sostegno alle politiche di ricerca e innovazione delle Regioni", supportato dall'Agenzia per la diffusione delle tecnologie per l'innovazione e dal Dipartimento per lo Sviluppo e la Coesione Economica, citato anche nella nota 1. Si rinvia per una conferma dello spunto ad 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, p. 34, consultabile all'indirizzo <http://www.aginnovazione.gov.it/attivita/collaborazione-pubblico-privato/quaderni-dellinnovazione/>.

⁵⁸ Si vedano le slides presentate nell'ambito dell'intervento "Le politiche a sostegno dell'innovazione. Il ruolo della domanda pubblica nel *policy mix* a sostegno dell'innovazione: profili di coordinamento delle politiche in materia di innovazione" al convegno "Il Pre-Commercial Procurement: Gestire la domanda pubblica per favorire l'innovazione", tenutosi a Roma il 02.12.2010, da Bonaccorsi, Andrea. L'autore parla espressamente di un dilemma da risolvere fra: (1) l'opzione che, definendo precocemente gli standard tecnologici, impegna la domanda pubblica su soluzioni definite e fornisce forti incentivi alle imprese ma che, riducendo la flessibilità di scelta, produce effetti di chiusura in e di persistenza delle politiche pubbliche su tecnologie subottimali; (2) l'opzione che, non intervenendo sugli standard e non assumendo impegni circa la domanda pubblica, consente di cogliere future opportunità tecnologiche e tiene aperta la competizione tra imprese rivali, ma che mantiene elevata l'incertezza e riduce gli incentivi privati. La soluzione al dilemma richiede la messa in campo di politiche multi-stadio, che permettono di tenere aperta la competizione tra standard concorrenti nella fase iniziale di ricerca, di organizzare attività di *testing* di soluzioni alternative, di impostare il dialogo tecnico tra amministrazione acquirente e fornitori di tecnologie, di individuare specifiche funzionali alla fine della fase di ricerca e di attivare - al termine delle fasi precedenti - procedure di domanda pubblica (possibilmente) basate sulle specifiche funzionali. Maggiori informazioni su questo intervento e sulle altre relazioni sono rinvenibili consultando <http://www.masterprocurement.it/index.php?area=Master&sub=pagina&p=60>.

⁵⁹ L'aiuto di Stato deve essere notificato e valutato dalla Commissione ai sensi degli articoli 87 e 88 del trattato CE e della disciplina comunitaria in materia di aiuti di Stato a favore di ricerca, sviluppo e innovazione (pubblicata in GU C 323 del 30.12.2006). Nella Comunicazione "Appalti Pre-Commerciali: promuovere l'innovazione per garantire servizi pubblici sostenibili e di elevata qualità in Europa" del 14.12.2007 COM(2007) 799 Definitivo {SEC(2007) 1668, la Commissione afferma che di norma si è in presenza di un aiuto di Stato: (1) se la condivisione dei rischi e dei benefici non rispetta le condizioni di mercato, (2) se il prezzo pagato per i servizi forniti è più elevato del prezzo di mercato. Altre rilevanti considerazioni si trovano espresse nel paragrafo 4.3 del Parere del Comitato Economico e Sociale europeo in merito alla Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale europeo e al Comitato delle Regioni "Appalti pre-commerciali: promuovere l'innovazione per garantire servizi pubblici sostenibili e di elevata qualità in Europa" COM(2007). Sull'importanza della partecipazione delle piccole medie imprese si legga anche la FAQ 13 reperibile consultando il sito <http://cordis.europa.eu/fp7/ict/pcp/home>, dove si raccomandano per requisiti di partecipazione e garanzie finanziarie

pubblico l'accesso ad una catena di approvvigionamento adeguatamente ampia e competitiva.

Il riferimento fondamentale nella condivisione dei rischi e dei benefici, però, è sempre il rispetto del mercato. L'acquirente pubblico può sia imporre alle imprese partecipanti di concedere in licenza a terzi i diritti di proprietà intellettuale (purché a condizioni di mercato giuste e ragionevoli) sia richiedere anche la licenza gratuita per lo sfruttamento dei relativi risultati (purché ad uso interno). Ma in ogni caso l'impresa non dovrebbe cedere i diritti di proprietà intellettuale senza il consenso dell'acquirente pubblico (che potrebbe giovare di una clausola di richiamo o *call back*, che prefigura il diritto alla restituzione a favore dell'acquirente pubblico, qualora le imprese non riescano a sfruttarli entro un dato lasso di tempo dopo la conclusione del progetto) e comunque deve compensare la condivisione dei rischi e dei benefici a prezzo di mercato mediante la riduzione del corrispettivo stesso, parametrata al costo dello sviluppo esclusivo corrispondente al valore commerciale dei benefici ricevuti e dei rischi assunti dall'impresa. Fermo restando che il regime in adottato in materia di diritti di proprietà intellettuale varia in funzione della situazione dello specifico settore, questo è l'esempio suggerito di accordo equilibrato: l'acquirente pubblico ottiene (dietro pagamento per l'acquisizione e la protezione) i diritti di proprietà intellettuale che ha generato, le imprese conseguono quelli che hanno generato, mentre i diritti generati in comune sono detenuti congiuntamente. Tuttavia, viene fortemente spinta, perché presentata come più vantaggiosa, l'opzione di un accordo che attribuisce alle ditte partecipanti i diritti di proprietà intellettuale generati a livello di impresa⁶⁰. Infatti, l'autorità pubblica che si tiene solo i diritti

termini proporzionati alla dimensione delle piccole medie imprese, al fine di farle uscire dal ridotto ruolo di subcontraente e farle crescere globalmente e finanziariamente. Sulla transizione dalla fase precommerciale a quella commerciale degli appalti alla luce della disciplina degli aiuti di stato si veda pure il paragrafo 4 di "Exploring Public Procurement as a Strategic Innovation Policy Mix Instrument", OMC PTP, Berlino 2009. Recentemente la Direzione Generale Concorrenza della Commissione europea nel documento "Revision of the state aid rules for research and development and innovation. Issues Paper" del 12.12.2012 ha identificato le principali aree di riflessione da sviluppare nell'ambito della revisione della disciplina degli aiuti nel settore della ricerca, dello sviluppo e dell'innovazione, formulando possibili orientamenti per la futura disciplina anche relativamente alle condizioni per escludere elementi di aiuto negli appalti precommerciali. Altri aspetti che potrebbero essere modificati e che qui interessano riguardano: (a) il concetto di attività non economica nel settore di ricerca e sviluppo; (b) i criteri per definire il prezzo di mercato dei diritti di proprietà intellettuale; (c) la definizione di organismo di ricerca; (d) l'ambito dell'effetto incentivante; (e) le misure di supporto all'innovazione.

⁶⁰ Diffusamente se ne occupa il paragrafo 4 del documento di accompagnamento "Commission Staff working document: example of a possible approach for procuring R&D services applying risk – benefit sharing at market conditions, i.e. pre – commercial procurement", allegato alla Comunicazione "Appalti Pre-Commerciali: promuovere l'innovazione per garantire servizi pubblici sostenibili e di elevata qualità in Europa" del 14.12.2007 COM(2007) 799 Definitivo {SEC(2007) 1668}. Prudenza nella costituzione, nell'assegnazione e nella gestione dei diritti proprietà intellettuale è suggerita nel Parere del Comitato Economico e Sociale europeo in merito alla Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale europeo e al Comitato delle Regioni "Appalti pre-commerciali: promuovere l'innovazione per garantire servizi pubblici sostenibili e di elevata qualità in Europa" COM(2007). Una regolamentazione assonante con quanto viene affermato nel presente lavoro è oggi contenuta anche nella "Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce le regole di partecipazione e di diffusione nell'ambito del programma quadro di ricerca e innovazione 'Orizzonte 2020' (2014-2020)" 2011/0399 (COD) nella versione esaminata dal Consiglio "Competitività" del 10 ottobre 2012 e per questa parte rivista nella versione trasmessa al Comitato dei rappresentanti permanenti in data 12 luglio 2013, che all'articolo 49 stabilisce quanto segue:

d'uso liberi da licenza plausibilmente farà richiesta di accedere alle tecnologie di base che non sono state sviluppate nell'ambito dell'appalto precommerciale. Inoltre, i fornitori dispongono di competenze e conoscenze più affinate rispetto al committente pubblico per sfruttare e, di conseguenza, proteggere adeguatamente i risultati del contratto, anche in termini di oneri (deposito e mantenimento dei diritti di proprietà intellettuale, spese giudiziarie in caso di controversie, etc.) e di remunerazione in fase di sviluppo (soprattutto, se l'investimento è riapplicabile come base di partenza per altri progetti, si limitano al minimo i costi della personalizzazione).

In questo senso lo schema condiviso dei diritti di proprietà intellettuale, a fronte del quale la riduzione del prezzo determina un circoscritto effetto di cofinanziamento alle linee di ricerca da parte dell'impresa⁶¹, attribuisce, nell'ambito di un processo di

“- 1 Gli appalti eseguiti dalla Commissione a nome proprio o congiuntamente con gli Stati membri sono soggetti alle regole in materia di appalti pubblici di cui al regolamento (UE) n. xx/2012 [regolamento finanziario] e al regolamento (UE) n. XX/XX [il regolamento delegato].

-1 bis. Il finanziamento dell'Unione può assumere la forma di appalti precommerciali o approvvigionamenti di soluzioni innovative da parte della Commissione o del pertinente organo di finanziamento per proprio conto o congiuntamente ad amministrazioni aggiudicatrici degli Stati membri e dei paesi associati.

Le procedure di appalto:

- a) rispettano i principi di trasparenza, di non discriminazione, di parità di trattamento, di una sana gestione finanziaria e di proporzionalità, nonché le norme sulla concorrenza e, se del caso, le direttive 2004/17/CE, 2004/18/CE e 2009/81/CE, o, quando la Commissione agisce per proprio conto, il regolamento (UE) n. XX/2012 [regolamento finanziario];
- b) in casi debitamente giustificati dagli obiettivi delle azioni, possono prevedere condizioni specifiche come per il luogo di esecuzione delle attività appaltate che, nel caso degli appalti precommerciali, è limitato al territorio degli Stati membri e dei paesi associati a "Orizzonte 2020";
- c) possono autorizzare l'aggiudicazione di contratti multipli nell'ambito della stessa procedura ("multiple sourcing").
- d) prevedono l'assegnazione dei contratti all'offerta/alle offerte economicamente più vantaggiosa/e.

1. Se non diversamente stipulato nell'invito a presentare offerte, i risultati ottenuti da appalti effettuati dalla Commissione sono di proprietà dell'Unione.

2. Disposizioni specifiche in materia di proprietà, di concessione di licenze e diritti di accesso sono stabilite nei contratti conclusi in materia di appalti precommerciali per assicurare la massima diffusione dei risultati e per evitare qualsiasi vantaggio sleale. Il contraente che produce risultati negli appalti precommerciali detiene almeno i diritti di proprietà intellettuale connessi. Le amministrazioni aggiudicatrici godono quanto meno dei diritti di accesso a titolo gratuito a tali risultati per il loro uso e delle conoscenze preesistenti necessarie per utilizzare i risultati. Le amministrazioni aggiudicatrici godono inoltre del diritto di concedere, o esigere che le imprese partecipanti concedano licenze non esclusive a terzi affinché valorizzino i risultati in condizioni eque e ragionevoli senza il diritto di concedere sublicenze. Se un contraente non valorizza commercialmente i risultati entro un determinato periodo dopo l'appalto precommerciale come indicato nel contratto, trasferisce le proprietà dei risultati alle amministrazioni aggiudicatrici.

3. Disposizioni specifiche in materia di proprietà, di diritti di accesso e di concessione di licenze, sono stabilite nei contratti conclusi in materia di appalti precommerciali per assicurare la massima diffusione dei risultati e per evitare qualsiasi vantaggio sleale.”.

Sui principi base e i modelli da seguire nella gestione dei diritti di proprietà intellettuale (soprattutto, nella fase esecutiva del contratto) si legga anche il paragrafo 4.3 di “Exploring Public Procurement as a Strategic Innovation Policy Mix Instrument”, OMC PTP, Berlino 2009, che si sofferma altresì sulla rilevanza di clausole aggiuntive in materia di ingegnerizzazione e sull'eventuale alternativa consistente in chiudere contratti con termini brevi (per quanto non appropriati in genere per i servizi innovativi) e rinegoziabili in qualsiasi tempo. Sugli strumenti da mettere in atto con accorta valutazione e gestione anche del rischio si legga Granieri Massimiliano, *La gestione della proprietà intellettuale nella ricerca universitaria*, il Mulino, Bologna 2010, pp. 227 e ss..

⁶¹ La previsione di un più ampio ed ulteriore cofinanziamento da parte dell'impresa sarà dibattuta più avanti e non viene, invece, scrutinata dalla Commissione, a parte il cenno contenuto al paragrafo 4 del documento di accompagnamento “Commission Staff working document: example of a possible approach for procuring R&D services applying risk – benefit sharing at market conditions, i.e. pre – commercial procurement”, allegato alla Comunicazione “Appalti Pre-Commerciali: promuovere l'innovazione per garantire servizi pubblici sostenibili e di elevata qualità in Europa” del 14.12.2007 COM(2007) 799 Definitivo {SEC(2007) 1668}. Si legge, infatti, che, se viene chiesto alle ditte di presentare offerte indicanti un prezzo fisso massimo, la condivisione di rischi e benefici fa sì che spetti alle ditte farsi

apprendimento reciproco, sia alle imprese che agli acquirenti pubblici un vantaggio duplice (ampia commercializzazione e adozione delle soluzioni sviluppate), che a sua volta stimola le due parti a proseguire la standardizzazione e la pubblicazione dei risultati, limitando proprio la frammentazione della domanda pubblica.

In altre parole l'acquirente pubblico, soprattutto se si aggrega⁶², risparmia risorse (ottimizzando il processo delle attività di ricerca e la relativa spesa), raggiunge prima lo sviluppo degli obiettivi sottesi ai bisogni che vengono soddisfatti con le soluzioni innovative proposte e testate, orienta il processo di standardizzazione e rende possibile la concorrenza in nuovi mercati aperti dalle soluzioni sviluppate, mentre le imprese, con una concreta attenzione a quelle medio piccole, riducono i tempi e i costi di commercializzazione e vengono messe in grado di conquistare leadership commerciale e nuovi mercati.

Entrambi (acquirenti pubblici e imprese) potranno, poi, avere solide conferme sul lato sia della domanda di innovazione (a proposito delle esigenze funzionali e dei requisiti di prestazione) sia dell'offerta (con riguardo alle capacità e alle limitazioni dei nuovi sviluppi tecnologici), in quanto la procedura, precedendo la diffusione commerciale su larga scala, serve da filtro dei rischi tecnologici di ricerca e sviluppo rispetto all'impegno profuso in appalti di soluzioni innovative.

6. Integrazioni al paradigma comunitario: fra principi e linee guida

L'appalto precommerciale viene indetto⁶³ generalmente tramite bando con funzione di avviso pubblico, senza obbligo di seguire formati (anche per le valutazioni intermedie), rispettare termini ed assicurare quel regime di pubblicità che sono imposti dalle direttive in materia di aggiudicazione degli appalti. Se, peraltro, riflettiamo sulla cogenza dei principi comunitari generali, richiamati dall'articolo 27 del Codice dei contratti pubblici (economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità), possiamo avere delle indicazioni importanti. Peraltro, appare pertinente anche il richiamo all'articolo 69 del Codice dei

carico di eventuali costi aggiuntivi non previsti nel loro progetto, se eccedenti il prezzo fisso al quale si sono vincolate. Questo concorso al finanziamento può presentare elementi di complessità in base al paragrafo 4.4.3 del Parere del Comitato Economico e Sociale europeo in merito alla Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale europeo e al Comitato delle Regioni "Appalti pre-commerciali: promuovere l'innovazione per garantire servizi pubblici sostenibili e di elevata qualità in Europa" COM(2007). Che l'appalto precommerciale è strumento di attrazione di investimenti esterni alla regione di riferimento ed è orientato alla ricerca applicata (e non fondamentale) è affermazione contenuta anche nelle FAQ (7 e 11, in particolare) reperibili consultando il sito <http://cordis.europa.eu/fp7/ict/pcp/home>, dove si accenna idealmente a programmi di cofinanziamento (al 50%) fra pubblico e privato. Di cofinanziamento nelle azioni precommerciali si ha traccia anche nella "Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce le regole di partecipazione e di diffusione nell'ambito del programma quadro di ricerca e innovazione 'Orizzonte 2020' (2014-2020)" 2011/0399 (COD) nella versione esaminata dal Consiglio "Competitività" del 10 ottobre 2012 e parzialmente rivista nella versione trasmessa al Comitato dei rappresentanti permanenti in data 12 luglio 2013.

⁶² L'appalto precommerciale congiunto come strumento di aggregazione della domanda di innovazione viene, in particolare, auspicato dal Parere del Comitato delle Regioni "Appalti pre-commerciali: promuovere l'innovazione per garantire servizi pubblici sostenibili e di elevata qualità in Europa" dell'08.10.2008 (2008/C 325/06), pubblicato sulla Gazzetta ufficiale dell'Unione europea C 325/44 IT del 19.12.2008

⁶³ Indicazioni e riflessioni sulla procedura vengono offerte in modo dettagliato dal paragrafo 4 di "Exploring Public Procurement as a Strategic Innovation Policy Mix Instrument", OMC PTP, Berlino 2009.

contratti pubblici in tema di condizioni particolari per l'esecuzione del contratto, sulla cui compatibilità con il diritto comunitario e i suoi principi può essere richiesta la pronuncia all'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici, fermo restando il coesistente e, quindi, problematico potere dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, che è stato recentemente rafforzato⁶⁴.

6.1 Il bando

Appare opportuno far precedere il bando da un avviso di preinformazione, al fine di agevolare al massimo la partecipazione delle imprese, con il vincolo del Codice dei contratti pubblici per l'invito ad almeno 5 ditte e con particolare riferimento a quelle medio – piccole. Soprattutto pensando a queste, all'esigenza di coinvolgerle positivamente nella crescita globale dell'Europa e all'effetto redistributivo in termini di risorse e di opportunità per le medesime, occorre, da un lato, che i requisiti di partecipazione e le garanzie finanziarie richieste non solo evitino il fenomeno ricorrente della sproporzione penalizzante, ma siano facilmente accessibili; dall'altro lato, appare necessario modulare - in ragione di una loro coinvolgimento tutelato e propositivo - norme di gara in materia di subappalto, avvalimento e raggruppamento di imprese con un occhio di riguardo a quelle realtà ad alta intensità innovativa e spingendosi anche a prevedere, a fronte di questo coinvolgimento effettivo, l'attribuzione di un circoscritto peso nella parte qualitativa del punteggio assegnato tramite l'offerta economicamente più vantaggiosa.

Il grado di pubblicità che si decide di dare all'avviso determina di fatto il carattere locale o globale della misura⁶⁵ e, in ragione di questa variabilità che connota la

⁶⁴ Nello specifico, in attuazione degli articoli 26 e 38 rispettivamente delle direttive 2004/18/CE e 2004/17/CE, si riconosce alle stazioni appaltanti la possibilità di esigere condizioni particolari per l'esecuzione del contratto, generalmente per esigenze sociali ed ambientali, a condizione che: (1) siano compatibili con il diritto comunitario e, tra l'altro, con i relativi principi (parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità); (2) siano precisate nel bando di gara, o nell'invito in caso di procedure senza bando, o nel capitolato d'oneri. La stazione appaltante che prevede tali condizioni particolari può comunicarle all'Autorità di Vigilanza, che si pronuncia entro trenta giorni sulla compatibilità con il diritto comunitario. Decorso tale termine, il bando può essere pubblicato e gli inviti possono essere spediti. In sede di offerta gli operatori economici dichiarano di accettare le condizioni particolari. Da aggiungere, con esiti di paradossale proliferazione di compiti ed autorità indipendenti, che con l'articolo 35 del decreto legge 6 dicembre 2011, n. 201 (c.d. Decreto Salva Italia), convertito nella legge 22 dicembre 2011, n. 214, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato è legittimata ad agire in giudizio contro gli atti amministrativi generali, i regolamenti ed i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato. L'Autorità garante della concorrenza e del mercato, nel caso di tale violazione, emette, entro sessanta giorni, un parere motivato, nel quale indica gli specifici profili delle violazioni riscontrate e, se la pubblica amministrazione non si conforma nei sessanta giorni successivi alla comunicazione del parere, può presentare, tramite l'Avvocatura dello Stato, il ricorso, entro i successivi trenta giorni. I principi comunitari sono richiamati, a proposito degli appalti precommerciali e degli appalti pubblici per soluzioni innovative, anche dall'articolo 35, paragrafo 2, lettera), della "Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce le regole di partecipazione e di diffusione nell'ambito del programma quadro di ricerca e innovazione 'Orizzonte 2020' (2014-2020)" 2011/0399 (COD) nella versione esaminata dal Consiglio "Competitività" del 10 ottobre 2012 e parzialmente rivista nella versione trasmessa al Comitato dei rappresentanti permanenti in data 12 luglio 2013.

⁶⁵ Il che non significa adottare di per sé il criterio di residenzialità per le imprese partecipanti. Questa rimane, peraltro, un'opzione possibile e, nel caso di utilizzo dei fondi strutturali e nell'ambito delle politiche di sviluppo territoriale, potenzialmente appropriata, ma è del tutto subordinata alla verifica di compatibilità con le regole comunitarie (cui si deroga), da attuarsi tramite la negoziazione preventiva del regime d'aiuto con la Commissione europea. Sul punto si

procedura come a matrice aperta più che di evidenza pubblica, incide, di conseguenza, sui destinatari, per cui la latitudine estesa della relativa discrezionalità andrebbe attenuata con regole generali stabilite in atti normativi o di programmazione, anche se il principio di proporzionalità fra pluralità obbligatoria delle imprese coinvolte, strumento incentivante e livello territoriale identificato tendenzialmente nella regione di riferimento implica l'obbligo di assicurare quale livello minimo adeguata pubblicità sul sito ufficiale dell'acquirente pubblico, sul bollettino ufficiale regionale e (ad esempio) su almeno un quotidiano a diffusione regionale⁶⁶. Inoltre, possono essere giustificate oggettivamente delle condizioni relative al luogo di esecuzione delle attività appaltate, sempreché si ravvisi un collegamento ragionevolmente funzionale con il territorio e in presenza di un interesse pubblico imperativo⁶⁷. Ragionando per analogia, non si può escludere la

registra, infine, la posizione assolutamente negativa per eventuali limitazioni geografiche in nome del principio di non discriminazione, secondo la versione *preprint*, in “Gli Appalti pubblici pre-commerciali- Istruzioni per l’uso”, realizzato dal Dipartimento per la Digitalizzazione della Pubblica Amministrazione e l’Innovazione Tecnologica presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, Edizioni Forum PA, marzo 2012, pp. 29-30, dove si subordina la facoltà, da giustificare comunque, dell’acquirente pubblico di richiedere alle imprese di svolgere determinate attività di ricerca *in loco* alla condizione di non creare situazioni di vantaggio ingiusto (come si esemplifica nel caso di una ricerca che comporta l’utilizzo di infrastrutture fisiche non ingombranti o facilmente replicabili.). Favorevole, per contro, previa notificazione della misura nei confronti dell’Unione Europea, 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, p. 38, che può essere reperito, consultando l’indirizzo <http://www.aginnovazione.gov.it/attivita/collaborazione-pubblico-privato/quaderni-dellinnovazione/>, dove si richiama l’accortezza di richiedere che “l’impresa partecipante ad un progetto, ancorché abbia sede legale fuori Regione e magari in un altro Stato membro, tuttavia disponga di un’unità locale registrata nel territorio di riferimento, e che le attività di R&S oggetto del finanziamento regionale si svolgano in tale unità, tramite utilizzazione di personale afferente ad essa”. Sull’utilizzo dei fondi strutturali, sulla problematica degli aiuti di Stato e sul trasferimento di risorse fra autorità pubbliche si vedano: il Parere del Comitato delle Regioni “Appalti pre-commerciali: promuovere l’innovazione per garantire servizi pubblici sostenibili e di elevata qualità in Europa” dell’08.10.2008 (2008/C 325/06), pubblicato sulla Gazzetta ufficiale dell’Unione europea C 325/44 IT del 19.12.2008, e il Parere del Comitato Economico e Sociale europeo in merito alla Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale europeo e al Comitato delle Regioni “Appalti pre-commerciali: promuovere l’innovazione per garantire servizi pubblici sostenibili e di elevata qualità in Europa” COM(2007) 799 def. (2009/C 100/02), pubblicato sulla Gazzetta ufficiale dell’Unione europea C 100/6 IT del 30.4.2009. Si leggono delle preoccupazioni per il parziale trasferimento di risorse regionali dedicate alla ricerca da una regione all’altra e al contempo si esorta la Commissione a fornire dimostrazione dei vantaggi per gli enti appaltanti (anche quando i soggetti interessati non sono ubicati nel territorio della regione stessa).

⁶⁶ Si veda la Comunicazione interpretativa della Commissione relativa al diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti non o solo parzialmente disciplinate dalle direttive «appalti pubblici» (2006/C 179/02), pubblicata in Gazzetta Ufficiale dell’Unione Europea C 179 del 01.08.2006 e consultabile tramite <http://eur-lex.europa.eu/>. Infatti, il livello di pubblicità deve essere adeguato e tale da assicurare l’apertura del mercato alla concorrenza, per cui l’avviso deve essere accessibile e idoneo a consentire la manifestazione di interesse alle imprese interessate. Inoltre, tanto crescente è l’interesse dei potenziali offerenti per l’appalto tanto maggiore deve essere copertura della pubblicità. Infine, nell’avviso vanno anche succintamente descritti gli elementi essenziali dell’appalto, di cui l’operatore interessato ha bisogno per assumere una ragionevole decisione se partecipare o meno.

⁶⁷ Oltre a quanto detto nella nota precedente si rileva che in base all’articolo 35, paragrafo 2, lettera b) “Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce le regole di partecipazione e di diffusione nell’ambito del programma quadro di ricerca e innovazione ‘Orizzonte 2020’ (2014-2020)” 2011/0399 (COD) nella versione esaminata dal Consiglio “Competitività” del 10 ottobre 2012, e complessivamente rivista nella versione trasmessa al Comitato dei rappresentanti permanenti in data 12 luglio 2013, le procedure d’appalto “...in casi debitamente giustificati dagli obiettivi delle azioni, possono prevedere condizioni specifiche come per il luogo di esecuzione delle attività appaltate che, nel caso degli appalti precommerciali, è limitato al territorio degli Stati membri e dei paesi associati a “Orizzonte 2020” ...”. Peraltro, sotto il profilo generale la Commissione ha sinora accettato la condizione di una sede operativa o del domicilio locale del beneficiario dell’aiuto, come collegamento minimo con il territorio, per cui la condizione dell’operatività locale del beneficiario appare compatibile con i principi del mercato interno (libero stabilimento e prestazione di servizi): (1) in quanto giustificata da un motivo imperativo di interesse

possibilità che, per quanto possa essere scarsamente opportuno e fermo restando il regime di esenzione dalle direttive in materia di appalti, la stazione appaltante non pubblichi un bando aperto, ma selezioni direttamente ed inviti delle imprese, qualora il valore (se determinabile⁶⁸) del contratto complessivamente stipulabile con la singola ditta rimanga entro la soglia di rilevanza comunitaria⁶⁹.

6.2 La selezione

I criteri di selezione vanno tenuti al minimo e, soprattutto, quelli premianti vanno focalizzati sulle caratteristiche innovative della proposta⁷⁰. In particolare, l'attrattività, la rilevanza per il territorio⁷¹ (quale indicazione dei benefici e delle

generale, (2) se conforme ai principi di non discriminazione, necessità e proporzionalità. Inoltre, dall'analisi della disciplina pare dedursi che, se richiesto, questo onere può essere assolto dal beneficiario anche successivamente alla presentazione della domanda di intervento (*id est*: non dovrebbe essere imposto prima), ma comunque prima del pagamento dell'aiuto.

⁶⁸ Si tenga a mente il richiamo operato in Bonaccorsi Andrea e Bucchi Massimiano (a cura di), *Trasformare conoscenza trasferire tecnologia. Dizionario critico delle scienze sociali sulla valorizzazione della conoscenza*, Marsilio Editori, Venezia 2011, p. 13, dove si assume che il valore d'uso della conoscenza possa essere indeterminato e, quindi, non misurabile ex ante né suscettibile di valutazione in ordine alla convenienza economica. Sul valore economico della conoscenza e sulle difficoltà della sua trasformazione in tecnologia si legga pure Bonaccorsi Andrea "Trasferimento tecnologico", in Bonaccorsi Andrea e Bucchi Massimiano (a cura di), *Trasformare conoscenza trasferire tecnologia. Dizionario critico delle scienze sociali sulla valorizzazione della conoscenza*, Marsilio Editori, Venezia 2011, p. 235. Sulle diverse metodologie per valutare, anche in assenza di mercato, i diritti di proprietà intellettuale appare utile la lettura di Granieri Massimiliano, "Valutazione <qualitativa> della proprietà industriale, *rating* dei titoli brevettuali e stima del rischio nelle operazioni di finanziamento", *Giurisprudenza Commerciale*, n. 4/2012, pp. 510 e ss..

⁶⁹ Dal 1 gennaio 2012 la nuova soglia in materia di appalti di servizi e forniture nei settori ordinari passa da Euro 193.000 ad euro 200.000, giusto il Regolamento (UE) n. 1251/2011 della Commissione, pubblicato in GU dell'Unione Europea L 319/43 del 02.12.2011.

⁷⁰ Apre, per contro, alla valutazione degli elementi soggettivi, almeno nella versione *preprint*, "Gli Appalti pubblici pre-commerciali- Istruzioni per l'uso", realizzato dal Dipartimento per la Digitalizzazione della Pubblica Amministrazione e l'Innovazione Tecnologica presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, Edizioni Forum PA, marzo 2012, p. 34. In verità, si richiamano espressamente le considerazioni cui giunge, nel paragrafo 4.4, la Determinazione n. 7 del 24 novembre 2011 dell'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture, scaricabile da <http://www.avcp.it/portal/public/classic/AttivitaAutorita/AttiDellAutorita/Atto?ca=4846>. Sul punto è noto che i requisiti di natura soggettiva, in quanto attinenti all'esperienza professionale del candidato (quali: *curricula*, referenze, licenza, competenza, lavori e servizi realizzati, risorse disponibili), sono considerati requisiti per la partecipazione e non per la valutazione e la selezione dell'offerta. Tuttavia, il divieto di commistione fra requisiti di natura soggettiva e quelli di natura oggettiva è stata recentemente attenuato, allorché, con riferimento ai servizi di ingegneria e di tesoreria, la giurisprudenza amministrativa ha evidenziato l'importanza di valutare gli aspetti organizzativi del competitore (il "valore qualitativo dell'impresa" oppure la struttura aziendale), in quanto possono proiettarsi sulla consistenza e sulla garanzia esecutiva dell'offerta e non riguarderebbero semplicemente l'insieme delle capacità tecniche del candidato. Si vedano Consiglio di Stato, sezione VI, sentenza resa in data 09.06.2008, n. 2770; Consiglio di Stato, sezione V, sentenza resa in data 16.02.2009, n. 837; Consiglio di Stato, sezione V, sentenza resa in data 12.06.2009, n. 3716; Consiglio di Stato, sezione VI, sentenza resa in data 18.09.2009, n. 5626; Consiglio di Stato, sezione VI, sentenza resa in data 15.12.2010, n. 8933, tutte consultabili su www.giustizia-amministrativa.it. Di certo, se la tipologia di appalto precommerciale è quella prettamente promozionale dell'innovazione, si possono prendere in considerazione, ai fini anche valutativi, i requisiti soggettivi nei limiti ora considerati, a differenza dell'appalto precommerciale quale strumento di acquisizione di innovazione dove non è l'organizzazione (in termini di insediamento, soprattutto), ma la prestazione nella sua innovatività ad essere al centro del processo di selezione.

⁷¹ Sull'individuazione tra i criteri di selezione della rilevanza per il territorio si fa presente che la "Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce le regole di partecipazione e di diffusione nell'ambito del programma quadro di ricerca e innovazione 'Orizzonte 2020' (2014-2020)" 2011/0399 (COD) nella versione esaminata dal Consiglio "Competitività" del 10 ottobre 2012 e parzialmente rivista nella versione trasmessa al Comitato dei rappresentanti permanenti in data 12 luglio 2013, all'articolo 14 individua quali criteri di aggiudicazione l'eccellenza, l'impatto e la qualità /efficienza dell'attuazione, precisando al contempo che al criterio dell'impatto può essere destinata una maggiore ponderazione proprio per le proposte di azioni innovative, fra cui quelle precommerciali.

ricadute non solo economiche, ma anche collettive e sociali), il costo stimato (espresso in base a prezzi unitari e comprensivo del ciclo di vita del prodotto), la fattibilità (con gradi di specificità crescenti nel corso della procedura), il valore potenziale (inteso quale capacità tecnica di rispondere ai bisogni espressi dalla stazione appaltante) e l'innovatività (anche tramite l'uso della variante migliorativa) della proposta⁷² possono essere esaminati da una commissione indipendente di esperti, il cui giudizio non necessariamente deve essere formulato in termini quantitativi. Starà al bando di gara, anche in base alle linee guida, stabilire l'eventuale disciplina delle offerte anomale, per quanto la peculiarità dell'istituto ne giustifichi un'esenzione oppure ne mitighi l'applicazione delle regole ordinarie alla sola fase finale competitiva o alla produzione pre - serie, purché sia prevista *ab origine* e limitata allo stretto necessario per le finalità di un progetto pilota.

I tempi delle diverse fasi vanno prefissati nel rispetto del binomio dei principi di imparzialità ed economicità, che non consente di ridurre il tempo a variabile indipendente⁷³ ed è, invece, parte della condivisione di un rischio, così come va definito il regime della condivisione dei rischi e dei benefici in relazione alla riduzione del prezzo, al cofinanziamento ed ai diritti di proprietà intellettuale, al fine di mettere tutti i concorrenti sullo stesso piano di parità.

6.3 La condivisione della conoscenza

In tema di condivisione della conoscenza e dei diritti di proprietà intellettuale solo i vincitori delle fasi (intermedie e finali) si impegnano nei confronti della stazione appaltante, mentre tutti gli altri partecipanti possono comunque sviluppare le proposte avanzate ed escluse, non ricevendo alcun compenso e non avendo al contempo alcun obbligo sulla condivisione dei benefici. Andranno acquisite le dichiarazioni delle conoscenze preesistenti, in quanto già possedute alla data della procedura o dell'accordo quadro e sulle quali l'appalto precommerciale non può far

⁷² Punta, peraltro in modo svitante rispetto alle finalità dell'appalto precommerciale, sulla valutazione della capacità della rispondenza alle aspettative del mercato (anziché della stazione appaltante) e, di conseguenza, sull'attenzione alla formulazione del *business plan*, nella versione *preprint* "Gli Appalti pubblici pre-commerciali- Istruzioni per l'uso", realizzato dal Dipartimento per la Digitalizzazione della Pubblica Amministrazione e l'Innovazione Tecnologica presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, Edizioni Forum PA, marzo 2012, p. 36 e pp. 54 e ss.. Fondamentale rimane definire i pesi ponderali da assegnare a ciascun criterio e sub – criterio di valutazione in ragione del livello di utilità per la stazione appaltante, come ricorda al paragrafo 3 la Determinazione n. 7 del 24 novembre 2011 dell'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture, reperibile all'indirizzo <http://www.avcp.it/portal/public/classic/AttivitaAutorita/AttiDellAutorita/ Atto?ca=4846>. Ad un livello più generale si richiama la "Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce le regole di partecipazione e di diffusione nell'ambito del programma quadro di ricerca e innovazione 'Orizzonte 2020' (2014-2020)" 2011/0399 (COD) nella versione esaminata dal Consiglio "Competitività" del 10 ottobre 2012 e parzialmente rivista nella versione trasmessa al Comitato dei rappresentanti permanenti in data 12 luglio 2013, che all'articolo 14 individua quali criteri di aggiudicazione l'eccellenza, l'impatto e la qualità /efficienza dell'attuazione, precisando al contempo che al criterio dell'impatto può essere destinata una maggiore ponderazione proprio per le proposte di azioni innovative, fra cui quelle precommerciali.

⁷³ La durata di un appalto precommerciale varia dai 20 ai 26 mesi in base alla FAQ n. 10, reperibile consultando il sito <http://cordis.europa.eu/fp7/ict/pcp/home>. Non può essere, quindi, accolta la posizione di chi ritiene, per converso, il tempo come oggetto del rischio condiviso e come tale non suscettibile di predeterminazione. Il principio di temporalità dell'azione del pubblico contraente prevale in nome delle esigenze di imparzialità ed economicità e circoscrive il rischio temporale entro un *timing*, metafora della clessidra dell'innovazione.

maturare alcun diritto al committente pubblico. Il regime annunciato nel bando di gara⁷⁴ potrà prevedere che:

- i risultati, brevettabili o meno, conseguiti attraverso i gradi dell'appalto precommerciale, e i conseguenti diritti di sfruttamento appartengano in comproprietà all'affidatario e alla stazione appaltante in proporzione ai loro rispettivi apporti finanziari sul totale della spesa sostenuta; un esempio suggerito di accordo equilibrato può essere che l'acquirente pubblico ottiene (dietro pagamento per l'acquisizione e la protezione) i diritti di proprietà intellettuale che ha generato e le imprese conseguono quelli che hanno generato, mentre i diritti generati in comune sono detenuti congiuntamente;
- gli eventuali brevetti vengano registrati in comproprietà, a nome ed a beneficio congiunto delle parti da cui dipendono gli inventori (cui rimane il diritto d'autore) e con spese di deposito e manutenzione a totale carico dell'affidatario;
- le parti si riservino per le proprie esigenze interne un diritto d'uso, gratuito ed incedibile, sui risultati ottenuti per le sue proprie necessità;
- a fronte di una riduzione del prezzo (da quantificare come sconto in sede d'offerta) il committente pubblico, in parziale alternativa ai punti precedenti, rinunci (totalmente o meno) ai risultati ottenuti, mantenendo in ogni caso il diritto di uso interno;
- il committente pubblico si riservi, mediante la clausola di *call back*, il diritto alla restituzione dei diritti ceduti, qualora entro un determinato termine non vi sia stato da parte dell'affidatario lo sviluppo concordato dei risultati ed ottenuto nell'appalto precommerciale;
- il committente pubblico subordini ad un proprio assenso, da esercitare secondo forme e termini preconvenuti, la cessione dei risultati maturati con l'appalto precommerciale e rilasciati (in esclusiva o meno) all'impresa partecipante.

Appare, peraltro, importante che anche il discrimine fra informazione accessibile e informazione confidenziale venga stabilito a priori in modo da chiarire il perimetro della conoscenza che dalla singola ditta è (o deve essere) reso disponibile agli altri, e questo non solo perché è pur sempre una procedura improntata alla trasparenza e alla parità di trattamento, ma anche perché il riuso delle informazioni è determinante, a differenza di altro istituto prossimo (come il dialogo competitivo), per guidare un'innovazione aperta alla più estesa competizione⁷⁵. Il che può

⁷⁴ Per un esempio di criteri sulla valorizzazione e sulla gestione della conoscenza finanziata dall'ente pubblico si veda la deliberazione della Giunta provinciale di Trento n. 3107 del 30.12.2010, disponibile sul sito <http://www.delibere.provincia.tn.it/scripts/gethtmlDeli.asp?Item=3&Type=HTML>.

⁷⁵ Si pone il problema della confidenzialità delle informazioni anche 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, pp. 63 e ss., consultabile all'indirizzo <http://www.aginnovazione.gov.it/attivita/collaborazione-pubblico-privato/quaderni-dellinnovazione/>. Una disciplina è pure contenuta nella "Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce le regole di partecipazione e di diffusione nell'ambito del programma quadro di ricerca e innovazione 'Orizzonte 2020' (2014-2020)" 2011/0399 (COD) nella versione esaminata dal Consiglio "Competitività" del 10 ottobre 2012 e complessivamente rivista nella versione trasmessa al Comitato dei rappresentanti permanenti in data 12 luglio 2013, che

incidere sulla pubblica amministrazione quale parte imparziale e sulla strategia delle stesse imprese.

Pertanto, proprio con riferimento allo schema della condivisione dei rischi e benefici l'acquirente pubblico nell'appalto precommerciale mette a disposizione, soprattutto con la pubblicazione, i risultati ad una platea più vasta di concorrenti, per agevolare gli stadi successivi del processo di ricerca e sviluppo, a fronte del fatto che il fornitore privato rinuncia all'esclusività dei diritti di sfruttamento, anche se è libero di proseguire autonomamente il percorso di innovazione. Sul punto saranno gli atti di indizione della gara, anche sulla base di eventuali linee guida⁷⁶, a chiarire, da un lato, in che termini il riuso dei risultati come base di riferimento – nei vari stadi – per la formulazione dell'offerta tecnica ed economica non precluda l'applicazione di licenze o *royalties* per l'utilizzo, ad opera di terzi, dei dispositivi o ritrovati generati durante gli stadi precedenti; dall'altro lato, a precisare se il singolo affidatario, a fronte di un'adeguata e circostanziata motivazione, possa pretendere la segretezza per eventuali risultati, pur nella confermata garanzia dell'accessibilità ai documenti di gara secondo la disciplina generale.

6.4 Ulteriori aspetti della procedura

Se l'esenzione dell'appalto precommerciale dalla direttiva in materia di appalti implica anche la non soggezione alla direttiva in materia di ricorsi, fermo restando l'ineludibile principio di tutela giurisdizionale⁷⁷, appare opportuno che gli atti di

agli articoli 43 e 44 prescrive la regola che il partecipante beneficia di diritti di accesso: (1) ai risultati di un altro partecipante alla stessa azione, se tali risultati sono necessari al primo per svolgere il proprio lavoro nell'ambito dell'azione; tali diritti di accesso, se sono concessi gratuitamente ai fini dell'attuazione, esigono un accordo a condizioni eque e ragionevoli ai fini della valorizzazione; (2) alle conoscenze preesistenti di un altro partecipante alla stessa azione, se tali conoscenze preesistenti sono necessarie al primo per svolgere il suo lavoro nell'ambito dell'azione, fatte salve le restrizioni di cui all'articolo 43, paragrafo 3; questi diritti di accesso sono concessi a titolo gratuito ai fini dell'attuazione, se non diversamente convenuto dai partecipanti prima della loro adesione alla convenzione di sovvenzione, mentre richiedono sempre un accordo a condizioni eque e ragionevoli ai fini della valorizzazione. Tale disciplina, come si può evincere, appare di limitata utilità, in quanto, da un lato, è a beneficio dei soli partecipanti (effetto interno e non esterno), dall'altra è finalizzata all'attuazione della misura e alla valorizzazione dei relativi risultati (accessibilità ad uso strumentale e mancata valenza sociale – collettiva). Inoltre, appare eccessivamente confidente sulla giustiziabilità delle clausole di equità e ragionevolezza e sul ricorso alla negozialità da parte comunitaria in luogo della prescrittività diretta.

⁷⁶ Un primo riferimento alla tematica dei diritti di proprietà intellettuale può essere ora consultato, nella versione *preprint*, in "Gli Appalti pubblici pre-commerciali- Istruzioni per l'uso", realizzato dal Dipartimento per la Digitalizzazione della Pubblica Amministrazione e l'Innovazione Tecnologica presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, Edizioni Forum PA, marzo 2012, pp. 38 e ss..

⁷⁷ Secondo la Comunicazione interpretativa della Commissione relativa al diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti non o solo parzialmente disciplinate dalle direttive «appalti pubblici» (2006/C 179/02), pubblicata in Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea C 179 del 01.08.2006 e consultabile tramite <http://eur-lex.europa.eu/>, va sempre assicurato un livello effettivo di controllo imparziale della procedura seguita mediante mezzi di ricorso, anche se le direttive sulle procedure di ricorso coprono unicamente gli appalti rientranti nelle direttive in materia di appalti. Nello specifico, vedi il paragrafo 4.2.1 di "Exploring Public Procurement as a Strategic Innovation Policy Mix Instrument", OMC PTP, Berlino 2009. Per una conferma indiretta, che si ricava dall'uso del condizionale a proposito degli effetti della direttiva 2006/77/CE, leggi pure, per il venire meno della clausola di *standstill*, gli effetti sospensivi, il paragrafo 4.3.6. del Parere del Comitato Economico e Sociale europeo in merito alla Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale europeo e al Comitato delle Regioni "Appalti pre-commerciali: promuovere l'innovazione per garantire servizi pubblici sostenibili e di elevata qualità in Europa" COM(2007). Sul punto va ricordata la problematica posizione espressa da Cacciari Alessandro "La

indizione della gara, conformemente a precedenti linee guida che ne rafforzano l'impianto, si pronuncino su altre condizioni contrattuali.

In particolare, andrà esclusa la cessione integrale del contratto, mentre, anche con criteri volti a favorire le piccole medie imprese, è da ammettere, secondo modalità e limiti da indicare, il subappalto a favore delle ditte indicate in sede di proposta tecnica (evitando incroci con le ditte partecipanti nelle varie fasi⁷⁸) e dettare regimi adeguati sui raggruppamenti temporanei (immutabili nei diversi gradi) e sull'avvalimento⁷⁹.

Alla luce della complessità dell'appalto precommerciale e in ragione di tempi lunghi per lo svolgimento delle fasi dell'intero processo, che possono produrre variazioni significative nel prezzo e nell'innovazione tecnologica proposta, si ritiene doveroso normare sia l'ipotesi di inadempimento con recesso (tramite la doppia possibilità della risoluzione e della rescissione) sia l'ipotesi che dalla pluralità di ditte coinvolte rimanga in piedi un solo partecipante (continuazione o interruzione)⁸⁰.

Al tempo stesso si ravvisa l'opportunità di prevedere una clausola sull'ingegnerizzazione dei risultati e di fare ricorso, a condizioni prefigurate ed oggettivamente identificabili senza particolare discrezionalità, alla clausola di rinegoziazione nel rispetto della parità di trattamento e della trasparenza, qualora vi sia un concreto, esplicitato e prevalente interesse pubblico (in particolare per i diritti di utilizzo e valorizzazione della conoscenza co-generata).

sospensione obbligatoria (*standstill*) prima della stipulazione del contratto: ambiti di applicazione", in Benacchio Gian Antonio e Cozzio Michele (a cura di), *Gli appalti pubblici tra regole europee e nazionali*, EGEA, Milano 2012, pp. 573 e ss., in cui si conferma che sono esclusi dalla soggezione al termine dilatorio i contratti non soggetti all'applicazione del Codice dei contratti pubblici a norma degli articoli 17 e ss., a meno che: (1) la stazione appaltante si autovincoli; (2) la clausola di *standstill* non sia riconosciuta quale espressione del principio di trasparenza, di cui all'articolo 27 del Codice dei contratti pubblici. Secondo l'Autore, guardando al Codice dei contratti pubblici, tale non soggezione appare coerente con la non applicazione delle norme processuali in materia di contratti di lavori, servizi e forniture, ma, se spostiamo il *focus* sul Codice del processo amministrativo, gli articoli 119 e ss. non distinguono fra procedure volte all'affidamento dei contratti compresi od esclusi dal Codice dei contratti pubblici. Tali discrasia genera secondo l'Autore un'aporia, ma a giudizio di chi scrive può essere oggi superata dall'interpretazione, per cui si può ritenere con il diritto positivo che i contratti esclusi, fra cui quelli precommerciali, sono esenti dalla clausola di *standstill* e non soggetti al rito di cui agli articoli 119 e ss. del Codice del processo amministrativo.

⁷⁸ Per rispettare il principio di *par condicio* e per preservare lo spirito competitivo fra le imprese, che devono prevalere anche sull'utilità, talvolta presente, di favorire aggregazioni in corso.

⁷⁹ Sul subappalto (che non potrebbe essere oggetto di divieto assoluto) e sull'avvalimento vedi ora, nella versione *preprint*, "Gli Appalti pubblici pre-commerciali- Istruzioni per l'uso", realizzato dal Dipartimento per la Digitalizzazione della Pubblica Amministrazione e l'Innovazione Tecnologica presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, Edizioni Forum PA, marzo 2012, p. 37. Vedi pure le considerazioni svolte in 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, pp. 66-67, consultabile all'indirizzo <http://www.aginnovazione.gov.it/attivita/collaborazione-pubblico-privato/quaderni-dellinnovazione/>.

⁸⁰ Analoghe considerazioni si trovano ora in 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, pp. 66-67, che può essere agevolmente reperito all'indirizzo <http://www.aginnovazione.gov.it/attivita/collaborazione-pubblico-privato/quaderni-dellinnovazione/>.

6.5 Il raffronto con altre procedure di appalto

L'appalto pubblico di innovazione non passa solo attraverso l'appalto precommerciale e generalmente trova maggior modo di esprimersi nelle forme commerciali e, quindi, regolate di appalti⁸¹.

Tra questi il concorso di progettazione, che offre alta visibilità agli innovatori e può indurre la società ad una maggiore consapevolezza sul valore dell'innovazione, stimola primariamente un'azione creativa con il vantaggio duplice per la stazione appaltante: è un mezzo per dare significato alla fase esplorativa dell'innovazione, anche nell'appalto precommerciale, e fa emergere in superficie l'innovazione a un costo accettabile per i governi.

Poi, abbiamo il dialogo competitivo, che, identificando le necessità della stazione appaltante, condivide la flessibilità e l'adequazione per fasi della procedura con l'appalto precommerciale, ma se ne distanzia, vertendo sì su questioni di particolare complessità (legale, finanziaria, tecnologica, organizzativa), ma dove il mercato, che, quindi, ne è più tutelato quanto a *know-how*⁸², presenta già delle soluzioni

⁸¹ Si veda il paragrafo 4.2.2. di "Exploring Public Procurement as a Strategic Innovation Policy Mix Instrument", OMC PTP, Berlino 2009. Viene citato anche il *Forward Commitment Procurement* (FCP), che, quale approccio rivolto alla produzione di soluzioni tecnologiche industriali destinate alla commercializzazione da parte delle imprese, stimola investimenti ed offerte di soluzioni in casi in cui non sono ancora apprezzabili sul piano commerciale, ma differisce dall'appalto precommerciale non solo per il fine (creare un mercato visibile e credibile, senza focalizzarsi sulla ricerca), ma anche per il ruolo passivo dell'autorità contraente (sviluppo e rischio dell'iniziativa). Nello specifico, il settore pubblico esplicita un impegno all'acquisto dei prodotti e servizi innovativi, riducendo in tal modo il rischio tecnico ed economico implicito nelle attività di innovazione, e fornisce alle imprese le informazioni essenziali sulle possibili opportunità di mercato legate alla soddisfazione di fabbisogni del settore pubblico, unitamente alla garanzia di acquisto dei beni o servizi innovativi prodotti, a condizione che siano forniti nel rispetto dei tempi, delle prestazioni e del prezzo concordati (diversamente la stazione appaltante continua ad acquistare la tecnologia già esistente). Per maggiori ragguagli su questo istituto, ideato dall'Office of Government Commerce del Regno Unito e dall'industria, si suggerisce di consultare anche il sito <http://www.bis.gov.uk/policies/innovation/procurement/forward-commitment>. L'istituto è ben delineato anche al paragrafo 5.3 del documento "Appalti Pubblici per l'Innovazione – Indagine Conoscitiva", maggio 2010, realizzato dall'Istituto per la Promozione Industriale (IPI) su mandato della Direzione Generale per la Politica Industriale e la Competitività del Ministero dello Sviluppo Economico. Sull'intreccio fra appalti di innovazione e *partnership* si veda Calderini Mario "Public procurement dell'innovazione e partenariato pubblico – privato", in Bonaccorsi Andrea e Bucchi Massimiano (a cura di), *Trasformare conoscenza trasferire tecnologia. Dizionario critico delle scienze sociali sulla valorizzazione della conoscenza*, Marsilio Editori, Venezia 2011, pp. 160 e ss. e p. 299.

⁸² Nel dialogo competitivo, come previsto dall'articolo 29 della Direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, l'amministrazione aggiudicatrice, dopo aver pubblicato un bando di gara, avvia con i candidati selezionati un dialogo finalizzato all'individuazione e alla definizione dei mezzi più idonei a soddisfare le necessità indicate nel bando di gara. Nella fase del dialogo l'autorità contraente può discutere con i candidati selezionati tutti gli aspetti dell'appalto, a condizione di garantire la parità di trattamento di tutti gli offerenti. Questo significa che la stazione appaltante non può: (1) fornire, in modo discriminatorio, informazioni che possano favorire alcuni offerenti rispetto ad altri; (2) rivelare agli altri partecipanti le soluzioni proposte né altre informazioni riservate comunicate dal candidato partecipante al dialogo senza l'accordo di quest'ultimo. Come nell'appalto precommerciale, è premiabile anche più di una proposta e, se sono previste due o più fasi, il vincitore passa automaticamente alla fase successiva. Secondo il paragrafo 6.1 del documento "Appalti Pubblici per l'Innovazione – Indagine Conoscitiva", maggio 2010, realizzato dall'Istituto per la Promozione Industriale (IPI) su mandato della Direzione Generale per la Politica Industriale e la Competitività del Ministero dello Sviluppo Economico, la criticità maggiore del dialogo competitivo è "...l'assenza di reali incentivi per le imprese a partecipare alla procedura e ad investire per realizzare un'offerta tecnologicamente valida per la richiesta della P.A. appaltante. In effetti, il rischio economico a partecipare senza garanzie di aggiudicazione può rappresentare un deterrente per le imprese. Da più parti si è suggerito, dunque, di introdurre un meccanismo premiale per tutti i partecipanti che preveda un premio crescente per ogni fase successiva fino all'aggiudicazione finale dell'appalto". A proposito, infine, dell'appalto precommerciale quale veicolo di approvvigionamento dell'innovazione vi sono alcune interessanti considerazioni sul concorso di idee e sul dialogo competitivo in Agenzia per la diffusione delle tecnologie per l'innovazione (a cura di), *Gli appalti pre-commerciali per*

disponibili e la stazione appaltante, che non arriva ad essere proprietaria dei risultati, ha una concreta possibilità di acquisirne, valorizzando al massimo la fase dell'interazione con il mercato per individuare i mezzi più idonei e puntando, con la successiva fase della lettera invito, dritto all'aggiudicazione con l'offerta economicamente più vantaggiosa. Infatti, il risultato finale non è un prototipo di innovazione, come nell'appalto precommerciale, ma un'offerta tecnico-economica, ancorché negoziata. Sulle conseguenze della differenza fra dialogo competitivo e appalti precommerciali se ne ha una conferma indiretta anche nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea⁸³, allorché ha censurato la disciplina francese dei *marchés de définition* e *marchés d'exécution* (appalti di definizione e appalti di esecuzione, rispettivamente). Infatti, nell'ambito di affidamenti di beni o servizi commerciali, gli appalti di esecuzione non possono essere riservati ai soli aggiudicatari dell'appalto di definizione, in quanto vengono discriminati gli altri operatori economici interessati, ma non partecipanti al primo appalto di definizione. Mentre nel dialogo competitivo è aggiudicato un unico appalto, nella censurata procedura transalpina venivano affidati appalti di varia natura: un appalto di definizione e uno o più appalti di esecuzione. E il giudice europeo ha sanzionato tale approccio, in realtà simile all'appalto precommerciale, per carenza della deroga espressa da parte della direttiva in materia di appalti. Questo significa che l'esenzione degli appalti precommerciali da questa direttiva, legittima proprio in quanto per contro esplicitamente statuita, significa rimodulazione (più che attenuazione) dei principi di non discriminazione, di parità di trattamento, di concorrenza, di trasparenza e pubblicità (così come implementati nella disciplina degli appalti commerciali e, quindi, regolati) e può dirsi salva nei suoi vantaggi di flessibilità procedurale e di incentivazione a offrire prezzi ridotti. Al tempo stesso mostra, per le soluzioni non rinvenibili nel mercato, l'inutilità del ricorso al dialogo competitivo, istituto peraltro facoltativo per gli Stati membri, nella misura in cui si mostra nell'attuale schema eccessivamente poco duttile nella fase esplorativa e poco regolamentato nella fase comparativa.

Infine, va citata, anche per la sua indubbia duttilità, la procedura negoziata con o senza pubblicazione del bando di gara⁸⁴, dove occorre sì assicurare la parità di

il finanziamento dell'innovazione nelle Regioni. Foresight tecnologico a livello regionale, Rubettino Editore, Soveria Mannelli 2012, pp. 42 e ss., che può essere agevolmente reperito, consultando l'indirizzo <http://www.aginnovazione.gov.it/attivita/collaborazione-pubblico-privato/quaderni-dellinnovazione/>.

⁸³ Corte di Giustizia dell'Unione europea, Sezione III, 10.12.2009 (causa C-299/08). Si legga al riguardo Ponzio Silvia "Gli appalti di definizione nell'ordinamento francese. La violazione di principi di trasparenza e concorrenza nell'aggiudicazione degli appalti pubblici", *Foro Amministrativo – Consiglio di Stato*, n. 6/2010, pp. 1189 e ss.

⁸⁴ La procedura negoziata previa pubblicazione del bando di gara è possibile, per gli aspetti che qui interessano, ai sensi dell'articolo 30, comma 1, lettera c), della Direttiva 2004/18/CE "nel caso di servizi, e in particolare di servizi rientranti nella categoria 6 dell'allegato II A e di prestazioni di natura intellettuale quali la progettazione di opere, nella misura in cui la natura della prestazione da fornire renda impossibile stabilire le specifiche dell'appalto con una precisione sufficiente che permetta di aggiudicare l'appalto selezionando l'offerta migliore secondo le norme della procedura aperta o della procedura ristretta". L'amministrazione aggiudicatrice può, invece, ricorrere alla procedura negoziata senza pubblicazione del bando di gara in base all'articolo 31, comma 1, numero 3), della Direttiva 2004/18/CE "per gli appalti pubblici di servizi, qualora l'appalto in questione faccia seguito ad un concorso di progettazione e debba, in base alle norme applicabili, essere aggiudicato al vincitore o a uno dei vincitori del concorso di progettazione. In quest'ultimo caso tutti i vincitori devono essere invitati a partecipare ai negoziati". Un punto di contatto con l'appalto

trattamento fra gli offerenti e si può anche prevedere uno svolgimento per fasi per ridurre il numero delle offerte da negoziare, in linea con l'appalto precommerciale, ma, soprattutto si presenta, nella combinazione legittimata con il concorso di progettazione, quale alternativa allo stesso, seppure in uno stato di soggezione alla direttiva in materia di appalti.

Da ultimo, non si può trascurare il concorso di idee⁸⁵ quale procedura cui fare riferimento nella fase esplorativa dell'appalto precommerciale tramite l'assegnazione di premi.

7. Considerazioni alternative al paradigma comunitario e possibili classificazioni

Ora, appare evidente come la tipizzazione delle fasi e della procedura generale sia esposta al pericolo di astrazione e idealità nel paradigma comunitario. Del resto, si tratta di un approccio raccomandato e non prescritto, anche alla luce della fonte – atto europea. Per questo si ritiene che il paradigma comunitario consegni agli operatori uno schema di appalto precommerciale quale accordo – quadro: il suo compimento integrale, vedendo una proliferazione decrescente di fasi, di operatori, di contratti e rapporti di selezione/valutazione, esige un forte apparato di monitoraggio, sorveglianza e gestione in capo all'acquirente pubblico e, alla fine, è realisticamente alla portata di un'aggregazione di committenti pubblici ovvero di enti di caratura nazionale o internazionale, comunque densamente strutturati. Il che porta, come vedremo, a non abbracciare l'approccio monistico, in base alla quale ad una disciplina consegue un unico schema possibile, ma quello più precisamente plurivoco, secondo cui ad un orientamento (proprio perché *soft* ovvero a minore intensità precettiva) possono conseguire più schemi correlati alle diverse funzioni che si intendono soddisfare in termini di risultati nell'ambito della cornice rappresentata⁸⁶. Si tratta, in altre parole, di tenere un approccio flessibile e di mettere in moto il potere di trascendere i modelli, soprattutto se questi derivano da orientamenti non vincolanti⁸⁷.

precommerciale è che l'amministrazione appaltante può far durare, sempre entro un termine massimo da prevedere, quanto vuole il dialogo.

⁸⁵ L'istituto è disciplinato dagli articoli 108 e 109 del Codice dei contratti pubblici. In questo caso la stazione appaltante diventa proprietaria unica dei risultati ottenuti e premiati, conosce i propri fabbisogni e requisiti, richiede quale soluzione una proposta ideativa o un progetto preliminare di prodotti o servizi, può premiare anche più di una proposta e a determinate condizioni (adeguata motivazione, esplicitazione della facoltà nel bando e/o attivazione del concorso in due gradi) può affidare al vincitore (che ne abbia i requisiti) la progettazione senza espletare la gara.

⁸⁶ Riprendendo il celebre detto di Deng Xiao Ping del 1962: "Non importa se il colore del gatto sia bianco o nero, purché prenda i topi!".

⁸⁷ Il potere di andare oltre i modelli (che vengono spesso scambiati per dei totem) è stato considerato, per efficacia, al primo posto nella classifica di dodici punti dove intervenire in un sistema, come si legge in Donella H. Meadows "Leverage Points: Places to intervene in a system", pubblicato da Sustainability Institute, 1999, e ora disponibile in italiano (con traduzione di Massimiliano Rupalti e Laura Rognone e previa introduzione di Ugo Bardi) sul sito <http://aspoitalia.wordpress.com/2013/01/08/punti-di-leva-dove-intervenire-in-un-sistema/#more-280>. Peraltro, si legge che "c'è un punto di leva ancora più grande del cambiare il paradigma. Che è mantenersi indipendenti nell'arena dei paradigmi, mantenersi flessibile, capire che nessun paradigma è vero, che tutti, incluso quello che dolcemente modella la tua visione del mondo, è una comprensione tremendamente limitata di un immenso incredibile universo che è lontano dall'umana comprensione". Anche "Horizon 2020 Italia", marzo 2013, realizzato dal Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca, pp. 85-86, reperibile all'indirizzo <https://www.researchitaly.it/uploads/50/HIT2020.pdf>,

7.1 Accordo – quadro e procedura - quadro

Sia al fine di semplificare e razionalizzare i diversi passaggi nel rispetto delle condizioni fondamentali sia per tenere conto delle frequenti difficoltà ad individuare il valore complessivo del contratto quadro⁸⁸ e in ossequio al principio di proporzionalità, è possibile ricostruire in alternativa uno schema di appalto precommerciale quale procedura – quadro, dove, nel rispetto della pluralità delle ditte coinvolte, le due fasi essenziali (esplorativa e comparativa) sono in modo unitario preordinate rispettivamente alla definizione delle specifiche funzionali e alla loro esecuzione sperimentale mediante prove e dimostratori entro un cornice procedurale. Si tenga altresì conto che in ciascuna delle fasi può esserci una decisione, motivata, di arresto da parte dell'acquirente pubblico, che, quindi, non proseguirà nella sequenza, definita appunto condizionale (principio della reversibilità).

Infatti, una volta acclarato che il mercato non offre soluzioni (il che può avvenire anche nella fase di dialogo), l'atto di indizione della gara richiede l'accettazione delle varie clausole e condizioni e, sulla base di questa combinazione di impegni unilaterali fra stazione appaltante e candidati offerenti, si svolgono le varie fasi. Potremo avere un dialogo tecnico o una conferenza di consultazione e/o di progettazione partecipata, una volta definita l'analisi di partenza delle priorità, compiuta a livello di singola stazione appaltante o con il coinvolgimento degli *stakeholders* locali, aggregati anche in un distretto comunque denominato; se viene richiesto un livello di ideazione, sarà possibile recuperare le esperienze (e non le regole) del concorso di idee oppure – qualora ne sussistano le condizioni - di progettazione e, con possibilità di premiare una o più proposte (purché le modalità siano preventivamente fissate).

Certo, se la prestazione richiesta è prossima alla progettazione, sarà plausibile un sistema anche misto fra conferimento di un incarico con un corrispettivo ed assegnazione di premi. In ogni caso parteciperanno alla fase di esecuzione sperimentale tutte le ditte beneficiarie di un corrispettivo o premio e, a seconda delle regole fissate per la selezione, altri candidati ammessi alla prima fase. Resta percorribile, dopo il sondaggio, anche una seconda fase che unisca le prassi del concorso di progettazione e della procedura negoziata, in analogia con la previsione della direttiva in materia di appalti. Infine, starà al committente decidere se, in ragione del settore di riferimento e dell'intervento richiesto, tenere in concorrenza

riconosce come alla data del 21 febbraio 2013 siano in atto sperimentazioni in contesti nazionali e locali che presentano “molti aspetti innovativi” anche rispetto al *mainstream* comunitario e, di conseguenza, come vada considerato in modo aperto (e non dogmaticamente) lo schema europeo, a condizione che la domanda pubblica assolvere alle funzioni di promozione della ricerca e di sviluppo.

⁸⁸ Anche con riferimento alla difficoltà di individuare l'oggetto contrattuale si richiama Candian Albina “Ricerca (contratto di)” in *Digesto delle discipline privatistiche*, Sezione Civile, XVII, UTET, Torino 1998, pp. 517 e ss, che parla nell'ambito dei contratti di ricerca di: (a) contratto a premessa lunga quale regolamento unitario connotato da una dettagliata premessa che individua tema della ricerca e obiettivo del committente; (b) contratto a premessa progressiva quale insieme di negozi collegati, in una sorta di accordo quadro stipulati ad un certo intervallo temporale e descrittivi del solo settore di intervento.

almeno due contratti con distinti fornitori ammessi alla fase strettamente competitiva. Ciò che rileva è che delle modalità scelte venga fornita motivazione nell'atto di indizione della gara, eventualmente richiamando le linee guida in precedenza adottate o gli atti compiuti a livello di *foresight* e di programmazione.

7.2 Appalto promozionale e appalto pro - sperimentale

Al tempo stesso emerge, a prescindere da un quadro definito previo accordo o procedura, una doppia configurazione dell'appalto precommerciale come strumento promozionale (incentivo all'innovazione) o pro - sperimentale (approvvigionamento di innovazione): nel primo caso io acquisto per stimolare l'innovazione, nel secondo per sperimentarla da utente⁸⁹.

Infatti, può essere utilizzato, in alternativa allo schema – contributo proprio dei tradizionali bandi di ricerca e sviluppo, per promuovere l'innovazione secondo linee politiche che intendono facilitare la diffusione dell'innovazione nel mercato pubblico, semplificando i procedimenti amministrativi sia per l'ente pubblico (anche soggettivamente distinto fra livello di programmazione, di animazione territoriale, di acquirente finale) sia per le imprese sia per i beneficiari. Il contesto

⁸⁹ Un'indicazione simile, ancorché non oggetto di una sistematica giuridica, è emersa pure nell'elaborazione fornita dai Gruppi di Lavoro n. 1 e 4 nell'ambito del progetto "Sostegno alle politiche di ricerca e innovazione delle Regioni", supportato dall'Agenzia per la diffusione delle tecnologie per l'innovazione e dal Dipartimento per lo Sviluppo e la Coesione Economica, citato anche nella nota 1. Vedi ora 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, pp. 35 e ss., consultabile all'indirizzo <http://www.aginnovazione.gov.it/attivita/collaborazione-pubblico-privato/quaderni-dellinnovazione/>, dove si parla di una forte correlazione fra promozione della domanda e veicolo di approvvigionamento dell'innovazione e si citano esempi di appalto precommerciale quale strumento per l'approvvigionamento dell'innovazione (Regione Val d'Aosta, pp. 52 e ss.) e per la promozione della domanda di innovazione (Regione Puglia, pp. 48 e ss.). Una parziale eco di questa possibile classificazione si rinviene, seppure in termini generali, anche in Basile Massimo "Ricerca scientifica" in *Enciclopedia del Diritto*, XL, Giuffrè, Milano 1989, pp. 414 e ss., allorché distingue, con relativa graduazione dell'obbligo di ricerca, fra commesse di ricerca (nella forma di appalti o di contratti d'opera intellettuale) e contratti di promozione della ricerca: le prime attengono al conseguimento di quelle determinata utilità investigative, i secondi all'espletamento del programma scientifico. Vi aderisce pure Candian Albina "Ricerca (contratto di)" in *Digesto delle discipline privatistiche*, Sezione Civile, XVII, UTET, Torino 1998, pp. 517 e ss., che si sofferma sulla riferibilità dei contratti di ricerca ad un "tipo sociale". L'eterogenea nozione di contratti di ricerca è stata affrontata più recentemente anche da Oggianu Serena "I contratti di ricerca" in Franchini Claudio (a cura di), *I contratti con la Pubblica Amministrazione*, II, UTET, Torino 2007, p. 1283 e pp. 1287-1288, per la quale i contratti di ricerca in senso stretto sono solo quei negozi avente per oggetto dell'obbligazione la realizzazione di "attività di ricerca ad opera di una parte contraente verso il pagamento di un corrispettivo che grava sul committente, il quale ha diritto di avvalersi delle nuove conoscenze in tal modo acquisite"; se, invece, ci si riferisce alle forme negoziali finalizzate a "promuovere il progresso scientifico e tecnologico attraverso la partecipazione finanziaria all'attività della ricerca svolta da altri soggetti", siamo di fronte a "contratti per la ricerca" quali contratti ad oggetto pubblico, in quanto accedono al provvedimento di concessione, non fondano il rapporto su un vincolo sinallagmatico, non individuano l'ammontare del finanziamento quale corrispettivo e perseguono risultati scientifici per soddisfare un bisogno della collettività (interesse pubblico oggettivo) e non del committente (interesse pubblico soggettivo). In realtà, anche guardando al diritto europeo e alle significative evoluzioni in materia di appalto, nel caso dell'appalto precommerciale entrambe le fattispecie riproducono lo schema – commessa e sono alternative allo schema – contributo: non vi è un contratto accessivo ad un provvedimento che assegna una sovvenzione, mentre permangono elementi propri dell'istituto negoziale in relazione sia alla corrispettività dell'attività di ricerca sia allo scambio fra prestazioni, seppure in una struttura complessa e in una dimensione collaborativa. Sul punto si segnala come, senza per questo trarne implicazioni concettuali o sistematiche, si parli di appalti precompetitivi e commerciali con finalità di promozione della ricerca e dell'innovazione in "Horizon 2020 Italia", marzo 2013, realizzato dal Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca, p. 86 e reperibile all'indirizzo <https://www.researchitaly.it/uploads/50/HIT2020.pdf>.

dell'appalto promozionale è riconducibile generalmente agli indirizzi della programmazione regionale di coesione⁹⁰ e vede nella stazione appaltante la figura del primo compratore che, da un lato, sostiene le imprese fornitrici, dall'altra impone già nell'atto di indizione della gara la trasferibilità dei risultati a favore delle altre imprese a prezzi di mercato secondo condizioni predefinite e/o il riuso tramite la pubblicazione dei medesimi. In questo caso l'ente pubblico, che acquista non per affari di propria diretta pertinenza (ma per finalità di coesione, animazione e sviluppo territoriale), non rilascerà totalmente i diritti di proprietà intellettuale, ma la condivisione si tradurrà plausibilmente in contitolarità predeterminata, con la possibilità di destinare eventuali *royalties* ad un fondo per il sostegno delle iniziative di sviluppo economico e di innovazione del territorio. La stessa clausola di *call back* avrà una previsione più stringente o ci sarà in generale una durata più breve del contratto. Qui l'innovazione costituisce un'opportunità e, sulla falsariga dello schema – contributo, si tenderà a chiedere ai candidati offerenti di ubicare unità operative nella regione di riferimento e con determinati requisiti dimensionali, variamente ricostruiti in base a risorse organizzative, finanziari ed umane. Sotto un profilo civilistico questa figura, ancorché si differenzi dal contratto accessivo ad una decisione amministrativa di finanziamento e sia, quindi, alternativa allo schema - contributo, dà vita ad una commessa con un impianto strutturalmente più complesso⁹¹, in quanto la causa non è integralmente commutativa: infatti, lo scambio fra due prestazioni, che pur qualifica in senso sinallagmatico il contratto, presenta profili aleatori (dati dall'esito incerto per definizione nel campo della ricerca) e coesiste qui con una dimensione collaborativa, che lo avvicina alla

⁹⁰ Prendendo uno spunto da Bonaccorsi Andrea "Towards better use of conditionality in policies for research and innovation under Structural Funds. The intelligent policy challenge. DG Regio, Working Paper", gennaio 2009, reperibile all'indirizzo http://ec.europa.eu/regional_policy/archive/policy/future/pdf/3_bonaccorsi_final-formatted.pdf. Diverse sono le esperienze di utilizzo dei fondi strutturali censite nel contesto internazionale. Nella regione polacca del Kujawsko-Pomorskie, l'ufficio presidenziale ha lanciato nel 2010-2011 un progetto speciale del valore di Euro 80.000 Euro, interamente finanziati dal FSE, avente come obiettivo la progettazione e realizzazione di una piattaforma PCP comune agli enti pubblici del territorio. Nella regione ungherese di Észak-Alföld, la programmazione del POR Obiettivo 1 è stata integrata con una spesa di 75 milioni di fiorini (controvalore di poco inferiore ad Euro 300.000), per l'implementazione di due progetti pilota nel 2010-2011, attraverso la locale Agenzia per l'innovazione. Nella regione britannica del South West England nel 2010 è stato finanziato con fondi della programmazione FESR un incarico esterno di importo pari a 30.000 sterline (controvalore di poco inferiore ad Euro 35.000) per uno studio di fattibilità dell'appalto precommerciale (PCP) attraverso la locale Agenzia per l'innovazione. Più in generale consulta http://rapidenetwork.eu/downloads/action_plan_final_plans.aspx. La declinazione dell'appalto precommerciale secondo questa polarità promozionale pone oggettivamente il problema di misurarne la compatibilità con le regole comunitarie in materia di aiuti di Stato. Si ritiene che in questo caso la soluzione sia rinvenibile nella negoziazione preventiva del regime d'aiuto con la Commissione europea da parte dell'Autorità di Gestione titolare della competenza in materia di formazione e adozione dello strumento programmatico. Sull'utilizzo dei fondi strutturali, sulla problematica degli aiuti di Stato e sul trasferimento di risorse fra autorità pubbliche si vedano: il Parere del Comitato delle Regioni "Appalti pre-commerciali: promuovere l'innovazione per garantire servizi pubblici sostenibili e di elevata qualità in Europa" dell'08.10.2008 (2008/C 325/06), pubblicato sulla Gazzetta ufficiale dell'Unione europea C 325/44 IT del 19.12.2008, e il Parere del Comitato Economico e Sociale europeo in merito alla Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale europeo e al Comitato delle Regioni "Appalti pre-commerciali: promuovere l'innovazione per garantire servizi pubblici sostenibili e di elevata qualità in Europa" COM(2007) 799 def. (2009/C 100/02), pubblicato sulla Gazzetta ufficiale dell'Unione europea C 100/6 IT del 30.4.2009.

⁹¹ Si prende spunto da un'osservazione, non riferita all'appalto precommerciale, ma ai contratti complessi, di Caranta Roberto, *I contratti pubblici*, Giappichelli Editore, Torino 2012, II Edizione, p. 138.

fattispecie della comunione di scopo⁹². Questo elemento di forte atipicità marca ulteriormente la riconduzione dell'appalto precommerciale di tipo promozionale al partenariato contrattuale⁹³, di cui fa parte specialmente in ragione della condivisione dei rischi e dei benefici.

Nella seconda ipotesi l'acquirente pubblico (quale stazione appaltante in conformità a piani propri o di altri livelli governativi) sceglie di giocare il ruolo di utente primo sperimentatore, in quanto ha nella sua missione la cura di interessi diretti per i cittadini sotto forma di servizi di interesse generale e, per soddisfarli, guida tramite le coordinate delle sue politiche una domanda di innovazione ancora immatura (perché espressa in termini di bisogni e - al massimo - requisiti funzionali, ma non di servizi specifici o di specifiche tecniche). Di conseguenza, dandone opportuno conto già nell'atto di indizione della gara, tenderà a riservarsi la licenza d'uso interno dei risultati conseguiti e rilascerà i diritti di proprietà intellettuale alla platea dei fornitori in cambio di una ragionevole riduzione del prezzo secondo parametri prefigurati. Qui l'innovazione costituisce un'utilità e, a differenza dello schema - contributo, si tenderà a chiedere ai candidati offerenti di ubicare attività operative nella regione di riferimento e con determinati requisiti prestazionali in termini di profili e giornate - uomo. Sotto un profilo civilistico questa figura costituisce un appalto, è senza dubbio a matrice più sinallagmatica e presenta una minore intensità della dimensione collaborativa, anche se può residuare una causa non commutativa. Questa diversa composizione strutturale non pregiudica comunque l'atipicità della commessa e la sua riferibilità al partenariato contrattuale in virtù degli spazi determinati dalla necessaria condivisione dei rischi e dei benefici.

7.3 Schema – commessa e schema - contributo

La condivisione dei rischi e benefici assume significati diversi in base agli attori, in quanto l'appalto precommerciale si presenta come schema – commessa alternativa allo schema – contributo⁹⁴.

Infatti, l'una, facilitata dalla struttura negoziale, spinge sull'innovazione – cambiamento – miglioramento continuo e richiede un servizio tramite un approccio

⁹² Secondo Basile Massimo "Ricerca scientifica" in *Enciclopedia del Diritto*, XL, Giuffrè, Milano 1989, pp. 414 e ss., il contratto di promozione della ricerca, che presenta elementi non certi sotto il profilo sistematico, può essere accostato con qualche cautela alla fattispecie dell'associazione in partecipazione.

⁹³ Abbiamo già avuto modo di rilevare la nostra posizione, in base alla quale il termine "partenariato" ricomprende nel linguaggio comunitario anche la figura dell'appalto (si cita espressamente il dialogo competitivo), benché la nomenclatura dell'ordinamento interno esalti l'antitesi fra appalto e partenariato. In questo contesto l'appalto precommerciale, ancorché rimoduli il confine fra pubblico e privato rispetto all'appalto pubblico di tipo commerciale e presenta elementi di atipicità (potendo essere la causa non integralmente commutativa), rimane civilisticamente una commessa e, tuttavia, alla luce della condivisione dei rischi e dei benefici, presenta elementi comuni al partenariato contrattuale.

⁹⁴ Una disamina delle opportunità e dei rischi, che, lato Regioni, gli strumenti del bando a contributo e dell'appalto precommerciale presentano, è offerta da 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, p. 37, che può essere agevolmente reperito, consultando l'indirizzo <http://www.aginnovazione.gov.it/attivita/collaborazione-pubblico-privato/quaderni-dellinnovazione/>. In termini generali si segnala altresì la ricostruzione operata da Basile Massimo "Ricerca scientifica" in *Enciclopedia del Diritto*, XL, Giuffrè, Milano 1989, pp. 414 e ss..

flessibile e tecnologico che stimola il risparmio di risorse finanziarie, puntando sul ciclo di vita (e sui costi) del servizio offerto e testato, e, mirando al controllo dei risultati, ammette il fallimento (come rischio condiviso); l'altra, sotto l'egida del provvedimento che assegna la sovvenzione, spinge sulla rendicontazione – adempimento e richiede la sola verifica o meno degli obiettivi iniziali tramite un approccio rigido e formale – contabile che guarda non al risparmio del budget, ma al suo non superamento e sanziona il fallimento con la revoca.

Il riferimento al mercato nella definizione dell'acquisito e delle condizioni contrattuali e ai risultati fa sì che nello schema – commessa si richiedano con un accento marcato rispetto alla tradizionale disciplina degli appalti pubblici, competenze e conoscenze proprie del “cliente intelligente” in materia di valutazione dei risultati e di gestione del rischio, in modo da presidiare efficacemente il processo seriale di selezione/trattativa aperta e compensare, anche a fronte di questa sorveglianza attiva, i divari in termini di asimmetrie informative fra acquirente/fornitori, di incertezze correlate alla complessità delle soluzioni e di approssimazioni di criteri oggettivi che, definendo *ex ante* il processo⁹⁵, permettano l'individuazione dei soggetti più attrezzati e delle proposte migliori.

Va da sé che questa riconduzione alle commesse determina la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in base all'articolo 244 del Codice dei contratti pubblici, laddove nello schema –contributo ricorre quella generale di legittimità⁹⁶.

⁹⁵ Oltre che per il rispetto dei principi comunitari (trasparenza e non discriminazione) secondo la Determinazione n. 7 del 24 novembre 2011 dell'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture, reperibile all'indirizzo <http://www.avcp.it/portal/public/classic/AttivitaAutorita/AttiDellAutorita/Atto?ca=4846> (vedi il paragrafo 4.2) Del resto, come confermata dal successivo paragrafo 5 della medesima determinazione, la giurisprudenza amministrativa ritiene che, attraverso il ricorso all'analisi *multicriteria* e in ragione del carattere multi-dimensionale degli obiettivi, negli atti di gara siano prefigurati non solo i criteri di valutazione, ma vadano indicati *ex ante* anche lo scenario, i pesi assegnati ai criteri stessi e il metodo per individuare l'offerta economicamente più vantaggiosa (metodo “evamix”, metodo aggregativo–compensatore, metodo “electre”, metodo TOPSIS, metodo “analytic hererchy process”). Si veda, in particolare, Consiglio di Stato, sezione V, sentenza resa in data 18.11.2011, n. 5583, consultabile su www.giustizia-amministrativa.it. La sentenza, in particolare, in modo chiaro e completo specifica come proprio le analisi *multicriteria* consentano di individuare quale delle alternative realizzabili presenti la migliore combinazione del livello degli obiettivi. Infatti, sulla base delle alternative dei beni o servizi da valutare e degli obiettivi da perseguire o da soddisfare si costruiscono sempre due matrici: a) la prima è una matrice di valutazione, ha carattere prevalentemente oggettivo (essendo la tabulazione delle misure quantitative e qualitative dell'effetto o impatto prodotto da ciascuna alternativa rispetto ad ognuno degli obiettivi) e di norma, sull'asse orizzontale della matrice sono posti gli obiettivi e sull'asse verticale le alternative; b) la seconda è una matrice dei pesi e presenta carattere prevalentemente soggettivo. Il problema è “come ricavare dai dati delle suddette tabelle una graduatoria delle alternative” e, quindi, individuare la procedura per selezionare la proposta che costituisca il miglior compromesso rispetto ai diversi obiettivi. Degna di nota per gli appalti precommerciali è la considerazione formulata nella sentenza: “... il metodo prescelto per l'elemento-prezzo avrebbe determinato un illogico appiattimento del punteggio spettante per l'offerta economica, con la conseguenza che il suo valore, nell'economia generale dell'attribuzione dei punteggi, è stato ridotto in modo tale da privare ampiamente di contenuto significativo la stessa offerta economica e da assegnare preponderanza decisiva a quella tecnica, oltre a quello che era il rapporto potenziale oggetto di autolimitazione da parte della stessa Amministrazione ...”. L'utilizzo di tale formula parabolica che privilegia l'offerta tecnica rispetto all'elemento prezzo si reputa appropriato, se è previsto in gare ove l'oggetto delle prestazioni giustifica la tutela dell'elemento “qualità”, come di certo nel caso dell'appalto precommerciale che non dia spazio al cofinanziamento.

⁹⁶ A questi esiti perviene, in relazione alla classificazione dei contratti “di” e “per la” ricerca, anche Oggianu Serena “I contratti di ricerca” in Franchini Claudio (a cura di), *I contratti con la Pubblica Amministrazione*, II, UTET, Torino 2007, pp. 1296-1297.

7.4 Il cofinanziamento

Da ultimo, ma non per importanza, il tema del cofinanziamento dei privati all'investimento che il committente pubblico attiva, facendo leva sulla domanda di innovazione. Non c'è dubbio che esso rientri nell'ambito di quell'elemento essenziale che nell'appalto precommerciale va sotto il nome di condivisione dei rischi e benefici. Ed è al tempo stesso un dato pacificamente acquisito che esso generalmente si realizza per mezzo dello sconto praticato (quale riduzione del prezzo), soprattutto, a fronte del rilascio – più o meno esteso – dei diritti di proprietà intellettuale. Così come viene ammesso, in quanto non interferisce con la gara, il cofinanziamento che il fornitore decide di propria volontà di mettere a disposizione quale autonomo apporto (in *kind* o *cash*) all'interno dei processi di propria pertinenza o nel caso in cui lo stadio di gara preveda espressamente la partecipazione (nello specifico, all'ideazione o alla progettazione) senza compenso o eventualmente con la sola assegnazione di premi⁹⁷.

Altra questione è, invece, se quel cofinanziamento che non è correlato al regime condiviso dei risultati fa parte obbligatoria dello schema di gara e diventa, nella sua accezione di rischio condiviso, requisito minimo se non elemento misurabile (come ulteriore sconto praticato in trasparenza) nella ponderazione dell'offerta.

Sul punto si ritiene che, qualora si verta nell'ambito dell'appalto promozionale, il cofinanziamento è maggiormente assimilabile a requisito minimo essenziale e si può combinare con la richiesta di ubicare unità operative di determinate dimensioni; questo ovviamente genera una complessità nella verifica *ex post* di tali requisiti (mediante la predisposizione di formati di attestazione e il loro controllo periodico), ma può favorire, nella logica del *matching fund*, l'elevazione del partenariato da contrattuale a strutturato (almeno pre – istituzionalizzato).

Per contro, nel caso di appalto pro – sperimentale, il cofinanziamento può tradursi in ulteriore sconto o – meglio ancora – in una proposta addizionale (variante migliorativa), purché misurabile *ex ante* e verificabile *ex post*, in sede di formulazione dell'offerta tecnica ed economica; anche in tale circostanza gli atti di gara devono coprire opportunamente questo aspetto e la necessità di garantire la qualità delle prestazioni richieste fa sì che lo sconto praticabile o la variante migliorativa non solo sia dimostrabile, ma, soprattutto, sia possibile entro un certo *range* (o forchetta), per dirla con i documenti comunitari.

Comunque in ambedue le fattispecie, che possono avere combinazioni anche diverse degli aspetti sopra richiamati, deve essere chiaro come il cofinanziamento sia ammissibile in quanto costituisca un apporto aggiuntivo e complementare, ma non sostitutivo, e come, trattandosi di elemento rientrante a pieno titolo nella condivisione fra le parti, non superi ragionevolmente il 50%⁹⁸ dell'intero

⁹⁷ In merito al concetto di servizi di ricerca e, specificatamente, in relazione al requisito dell'onerosità per gli appalti si ricorda che la Corte di Giustizia dell'Unione europea, Grande Sezione, 19.12.2012 (causa C-159/11) ammette il mero rimborso delle spese (in luogo del classico compenso) quale elemento che non esclude la configurazione dello schema – appalto.

⁹⁸ Vedi, in proposito, la decisione 11 febbraio 2004 Eurostat, che ha fornito indicazioni per il trattamento nei conti economici nazionali di specifiche tipologie di Partenariato Pubblico- Privato (PPP). Altra interessante citazione è data dalle FAQ (7 e 11, in particolare) reperibili consultando il sito <http://cordis.europa.eu/fp7/ict/pcp/home>, dove si accenna

investimento, pena l'alterazione della causa funzionale del contratto d'appalto precommerciale e ferma restando la compatibilità in tema di aiuti di Stato.

7.5 L'appalto precommerciale quale procedura ad evidenza aperta

Emerge, infine, una collocazione ben precisa dell'appalto precommerciale, al quale sarebbe riduttiva la definizione di istituto di evidenza pubblica. Infatti, se consideriamo che si tratta di uno strumento derogatorio alle direttive in materia di appalti e se teniamo ferma l'applicabilità dei principi comunitari, prevale l'accento di evidenza aperta a tutto tondo, dove la trasparenza si esprime nelle diverse condizionalità della sequenza (progressiva per formazione e per criteri predefiniti) e la flessibilità dà vita ad una procedura comunque formalizzata e non informale *tout court*⁹⁹. Apertura da rimarcare rispetto all'innovazione come finalità/risultato, al processo di co-generazione della conoscenza, ai soggetti coinvolti (dacché committente pubblico e operatori economici, seppure fra di loro in competizione, cooperano e non sono meri antagonisti), alla pluralità delle fasi, degli esiti e degli affidamenti.

In altre parole, la matrice (procedura), la traiettoria (percorso) e la prospettiva (risultati attuali o potenziali) caratterizzano nella cornice della condivisione dei rischi e dei benefici questo istituto, che è di scelta (non solo) del contraente ma anche di esplorazione dell'innovazione possibile, e, di conseguenza, mutano, mutando la funzione della procedura, i ruoli di committente (pubblico) e affidatari (privati). Non può, infatti, sfuggire che, se per evidenza pubblica intendiamo la selezione dell'unico contraente mediante un processo di rigida separazione dei ruoli fra stazione appaltante e imprese candidate in vista di uno scambio predefinito, nell'evidenza aperta mettiamo in luce non solo la presenza di più contraenti, ma anche la coesistenza fra scambio di utilità e mutua collaborazione, il grado di cooperazione in luogo della separatezza fra pubblico e privato e il raggiungimento di un bene della vita, che non può essere limitato ai prototipi finali, ma guarda alle nuove frontiere della conoscenza co-generata e trasferita.

idealmente a programmi di cofinanziamento (al 50%) fra pubblico e privato. Il cofinanziamento, che rientra nel più generale elemento della condivisione dei benefici e dei rischi, introduce nell'appalto precommerciale un indubbio aspetto di atipicità. Interessante appare anche 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, p. 61, che può essere agevolmente reperito, consultando l'indirizzo <http://www.aginnovazione.gov.it/attivita/collaborazione-pubblico-privato/quaderni-dellinnovazione/>, dove si legge che nell'avviso pubblico si potrebbe fare riferimento in via presuntiva alla circostanza per cui "l'importo messo a gara corrisponda al 50% (o ad altra percentuale indicata dal Disciplinare, anche con riferimento alle percentuali massime di aiuto alla ricerca poste in sede europea) di tutti gli oneri relativi, calcolati alle normali quotazioni di mercato".

⁹⁹ Anche per effetto della cogenza dei principi comunitari. Se ne veda un esempio, per quanto relativo all'istituto (prossimo, per certi aspetti, all'appalto precommerciale) del dialogo competitivo e per gare sotto soglia, in Tribunale Amministrativo Regionale per il Friuli Venezia Giulia, sezione I, sentenza resa in data. 14 novembre 2012, n. 420, consultabile su www.giustizia-amministrativa.it

7.6 Fra bene della conoscenza co-generata e diritti di proprietà intellettuale

Con l'appalto precommerciale, abbiamo visto, la pubblica amministrazione acquista servizi di ricerca e sviluppo a fronte dell'esplicitazione di un bisogno (ovvero il problema da risolvere), non esistendo soluzioni commerciali. Il committente pubblico compensa così la rinuncia all'esclusività del *know – how* sia con la possibilità di riservarsene diritti d'uso o quote di proprietà sia con l'applicazione di una logica di trasferibilità aperta alla standardizzazione. Il processo che si innesca è di cogenerazione della conoscenza mediante un mutuo e progressivo apprendimento e viene canalizzato al fine di creare sì nuova conoscenza, ma anche valore d'uso e/o di scambio, che come tali necessitano di protezione tramite la combinazione sia del regime giuridico del bene sia dell'istituto dei diritti di proprietà intellettuale..

Ora la pubblica amministrazione può decidere di attribuire la titolarità dei risultati alle imprese esecutrici dell'appalto e tenersi un diritto d'uso interno (alla propria organizzazione) o esterno per esigenze connesse all'esercizio delle funzioni ad essa assegnate. In tal caso il grado di condivisione dei rischi e dei benefici è sbilanciato a favore dei soggetti affidatari, in quanto il dominio dei risultati è ceduto in termini di valore di scambio dal committente pubblico che tiene per sé un circoscritto valore d'uso. Per di più l'assetto della licenza d'uso sarà differenziata a seconda del perimetro interno o esterno alla pubblica amministrazione: nel primo caso essa si comporta da primo utente in senso stretto, nel secondo da primo sperimentatore.

Per contro, se l'acquirente pubblico rimane contitolare dei risultati, l'appalto precommerciale può essere definito a dominio congiunto e vede declinare la proprietà in mano pubblica quale garanzia che presidia ad una fruizione collettiva e sociale della conoscenza creata oppure quale quota dominicale messa a frutto secondo la logica dell'investitore privato che si attende un ritorno economico. Il che non esclude affatto in capo al soggetto affidante l'attribuzione di licenze d'uso con un ruolo passivo o attivo. In ragione, poi, della trasparenza e della non discriminazione vanno predeterminati i criteri per l'attribuzione e la gestione dei diritti di proprietà intellettuale e secondo queste coordinate, non certo in forma libera, può svolgersi una negoziazione fra acquirente pubblico e fornitore.

Guardando alla standardizzazione e alla pubblicazione dei risultati e tralasciando se il dominio è ceduto o congiunto, appare chiaro che l'accessibilità della soluzione base per tutti gli operatori (gratuitamente o secondo condizioni eque e ragionevoli a seconda, per esempio, del grado di personalizzazione della soluzione conseguita) gli appalti a tendenza orizzontale da quelli a tendenza verticale, dove, invece, la conoscenza attribuita in esclusiva al privato (in concorso eventualmente con il pubblico) è protetta da meccanismi di barriera per tempi non brevi, è rilasciata a terzi solo a prezzi di mercato e procura vantaggi economici alle imprese sotto forma di utili e al committente pubblico sotto forma sia di *royalties* o di compartecipazione agli utili e di migliore efficienza nell'erogazione delle proprie prestazioni (interne o esterne). Negli appalti verticali la logica che guida la pubblica amministrazione è aziendalista da primo compratore in quanto investitore e conduce alla compartecipazione degli utili e dei rischi, mentre negli appalti orizzontali è di tipo aperto da primo mediatore e si privilegiano rapporti sistematici o strutturati con

stakeholders e *Living Labs*. L'allargamento del grado di fruizione della soluzione o del ritrovato può produrre, allora, una disarticolazione fra proprietà ed appartenenza e realizza pienamente il significato più profondo di ricerca – bene della conoscenza – bene pubblico o comune -¹⁰⁰. Proprio perché si tratta di una tendenza, non si può escludere neppure l'appalto più o meno “inclinato”, dove con intensità diverse coesistono elementi del primo e del secondo tipo: ad esempio, il committente pubblico detiene un diritto di percezione decrescente (nel tempo e/o nella quantità) delle *royalties* a fronte di un progressivo rilascio aperto della soluzione base.

In questo contesto variegato la stessa previsione di clausole sugli oneri di protezione dei ritrovati, sull'ingegnerizzazione dei prototipi e sullo sfruttamento economico dei risultati può essere accompagnata da ipotesi di risoluzione rispettivamente per mancata tutela giuridica, mancata ingegnerizzazione o mancato sfruttamento e determinare, con il ricorso alla clausola di *recall*, la restituzione in capo al soggetto affidante dei diritti attribuiti all'ex affidatario, oltre all'escussione di garanzie o all'applicazione di penali anche con funzione risarcitoria, ma, soprattutto, anche alla messa a disposizione dei risultati mediante la pubblicazione. Questo complesso di statuizioni attua, particolarmente nel caso dell'appalto a dominio ceduto, quella funzione sociale cui può essere chiamata a conformarsi la proprietà privata secondo l'articolo 43 della Costituzione.

Ne consegue, in primo luogo, che nell'appalto precommerciale la definizione dell'assetto in materia di diritti di proprietà intellettuale varia: (1) nella misura in cui si cede (anche solo in parte) la titolarità o il semplice godimento (appalti a dominio congiunto e ceduto); (2) allorché la pubblica amministrazione si riserva un semplice e ristretto uso o procede alla sperimentazione; (3) a seconda del grado di disseminazione dei risultati (appalti a tendenza verticale, orizzontale, inclinata).

In secondo luogo, si avvertono delle ripercussioni sullo statuto dei risultati quale esito terminale del processo di creazione che si innesca con l'acquisizione dei servizi di ricerca e sviluppo. Infatti, potremo avere dei ritrovati o delle soluzioni che partecipano della natura ora di bene pubblico, ora di bene comune, ora di bene semplicemente patrimoniale con le inevitabili conseguenze in termini di circolazione, poteri dispositivi e modalità di utilizzo. Passa anche di qui il sentiero che, scovando e sfidando le frontiere del sapere, porta alla conoscenza trasferita e/o trasformata sotto forma di nuovi ritrovati fruibili, tecnologia innovativa disponibile, soluzioni originali accessibili.

¹⁰⁰ Illuminante, soprattutto per gli evidenti punti di contatto fra ricerca e cultura, Settis Salvatore, *Azione popolare. Cittadini per il bene comune*, Einaudi, Torino 2012, pp. 64 e ss.. Peraltro, parla di prodotti della ricerca come di beni di cultura Basile Massimo “Ricerca scientifica” in *Enciclopedia del Diritto*, XL, Giuffrè, Milano 1989, pp. 414 e ss.. Una nuova classificazione di beni pubblici (e comuni) è stata oggetto della Commissione sui Beni Pubblici, presieduta dal prof. Stefano Rodotà e che ha lavorato nel periodo giugno 2007 – febbraio 2008, elaborando una proposta di riforma degli articoli del Codice Civile sul diritto di proprietà.

8. Lo stato di implementazione a livello italiano

In Europa gli Stati membri, anche sotto lo stimolo politico e finanziario della Commissione europea, hanno avviato delle sperimentazioni del paradigma comunitario relativo all'appalto precommerciale e più significative sono le esperienze di quei paesi che, sulla falsariga dei programmi statunitensi di sostegno alle piccole – medie imprese, hanno offerto spunti per la definizione di questo approccio nell'affidamento delle commesse di ricerca o che comunque investono tradizionalmente più della media europea in ricerca e, particolarmente, in innovazione¹⁰¹.

8.1 L'azione del governo nazionale

A livello di governo italiano si è pubblicato nel 2010 un'interessante indagine conoscitiva¹⁰² nella convinzione che la pubblica amministrazione svolge un ruolo

¹⁰¹ Alcuni casi, come quello britannico e olandese, sono stati citati più volte nelle note, negli altri casi ci riferiamo a Svezia e Finlandia (ma vedi pure Belgio e Spagna). Per una panoramica discorsiva dei casi si rinvia all'allegato finale di "Exploring Public Procurement as a Strategic Innovation Policy Mix Instrument", OMC PTP, Berlino 2009. Lo stato di implementazione, invece, dell'appalto precommerciale in Europa (ultima data aprile 2011) è ben descritta nel documento della Commissione (Direzione generale sulla società dell'informazione e media) "Compilation of results of the EC survey on the status of implementation of pre-commercial procurement across Europe" (<http://cordis.europa.eu/fp7/ict/pcp/home>). Numerose sono pure le azioni di sostegno che l'Unione europea ha messo in pista per aiutare gli Stati membri nel ricorso a questa peculiare tipologia di appalto. Si ricordano, fra i tanti: il progetto europeo P3ITS ("Pre-commercial Public Procurement for Intelligent Transport Systems"), della durata di 18 mesi, riguardante il sistema dei trasporti, con la partecipazione per l'Italia di TTS Italia (associazione nazionale della Telematica per i Trasporti e la Sicurezza) e coordinato da ERTICO – ITS Europe (Belgio), per il quale consulta http://www.ttsitalia.it/newsletter/2_marzo_2010.html ed <http://www.ertico.com/en/activities/infomobility/p3its.htm>; la Rete PreCo ("Enhancing Innovation in Pre-Commercial Public Purchasing Processes"), rete tematica della durata di 24 mesi e coordinata da Culminatum Innovation Oy Ltd (Finlandia), nei settori *eHealth* ed *Energy*, con la partecipazione per l'Italia dell'Unione Regionale delle Camere di Commercio I.A.A. del Veneto e rispetto al quale maggiori informazioni sono reperibili presso : <http://www.eicveneto.it/preco.asp>, ed <http://preco.share2solve.org/main/>; la Rete PPN ("Public Procurement Network"), rete informale di cooperazione a livello europeo nel settore degli appalti pubblici istituita a Copenhagen il 31 gennaio 2003 con l'obiettivo di rafforzare l'applicazione delle norme sugli appalti pubblici attraverso lo scambio reciproco di esperienze e il *benchmarking*, nonché di creare un'affidabile ed efficace cooperazione informale nelle controversie transfrontaliere relative agli appalti pubblici. (<http://www.ppneurope.org/>); il manuale STEPPIN concepito come strumento di uso quotidiano nelle attività di predisposizione e gestione delle gare d'appalto, al fine di favorire un risparmio di tempi amministrativi, il rafforzamento delle condizioni di parità di accesso dei partecipanti e l'innovazione dei beni e servizi oggetto di gara (la versione web è disponibile su: <http://standards.eu-innova.org/Pages/Steppin/Tools.aspx>) e al cui progetto, concluso nel 2008, l'Italia ha partecipato tramite la CONSIP (<http://www.consip.it/on-line/Home/Ricercaesviluppo/Progetti/Steppin.html>). La Commissione continua a sostenere la diffusione dell'appalto precommerciale. Ad esempio, il 7°PQ ICT (con la *call* n. 8 in scadenza il 17 gennaio 2012) prevede il finanziamento di programmi di ricerca, coordinamento e creazione di reti predisposti da consorzi internazionali in diversi settori prioritari. Nello specifico, la ricerca può consistere nell'esplorazione di soluzioni per il miglioramento di specifici servizi pubblici, la fissazione di obiettivi di miglioramento e la verifica sperimentale/validazione/valutazione delle possibili alternative sulla base dei criteri di *performance* assegnati (con finanziamento pari al 50% dei costi, incluso il personale); inoltre, il coordinamento e la creazione di reti di cooperazione possono consistere nello sviluppo congiunto di strategie di innovazione dei servizi che includano l'appalto precommerciale (con finanziamento pari al 100% dei costi diretti specifici). Si consulti <http://cordis.europa.eu>.

¹⁰² Si tratta del documento "Appalti Pubblici per l'Innovazione – Indagine Conoscitiva", maggio 2010, realizzato dall'Istituto per la Promozione Industriale (IPI) su mandato della Direzione Generale per la Politica Industriale e la Competitività del Ministero dello Sviluppo Economico. Tale iniziativa ha per *background* l'iniziativa della Commissione europea del 2008 (*Lead Market Initiative* - LMI), dedicata a promuovere l'innovazione in sei "mercati guida" (*eHealth*, tessuti protettivi, costruzioni sostenibili, riciclo dei materiali, prodotti biologici ed energie rinnovabili) attraverso diversi strumenti di *policy* tra cui gli appalti pubblici. Inoltre, si è inserita nell'ambito delle attività di Cooperazione internazionale, di cui al Programma Pluriennale dell'Istituto (2009-2011), e del Programma RIDITT –

centrale nei processi di innovazione, non solo attraverso il finanziamento della ricerca privata, ma anche con le sue scelte di investimento e acquisizione di beni e servizi a maggiore o minor contenuto tecnologico¹⁰³. Riferendosi all'appalto precommerciale, ne evidenzia una doppia lettura di processo che esige: (1) una fase di candidatura di progetti e/o di soggetti, che, da un lato, abilita alla fase successiva, dall'altra parte, costituisce oggetto di valutazione separata e trasparente, con criteri predeterminati; (2) una selezione e/o trattativa diretta con i soggetti individuati a seguito della selezione svolta nella fase precedente. Rispetto all'attenzione crescente per gli appalti pubblici da parte dell'Unione Europea per il lato della domanda e alla presenza di ostacoli nell'accesso ai medesimi da parte delle piccole medie – imprese, emergono dei dati interessanti riguardo al mercato degli appalti pubblici in Italia:

- il mercato degli appalti pubblici in Italia sta crescendo (14,08% del PIL nel 2008 rispetto all'11% nel 2004);
- viene definito discreto l'accesso a questo mercato delle piccole medio – imprese (49% dei contratti nel 2007);
- sull'*E-procurement* l'Italia è un *early adopter* di regole nazionali nel 2002 rispetto al quadro offerto con le direttive del 2004;
- gli acquisiti pubblici sono centralizzati attraverso CONSIP¹⁰⁴ in casi specifici;
- gli enti locali svolgono un ruolo rilevante e crescente, soprattutto, nel settore del *Green Public Procurement*¹⁰⁵.

In questo contesto il piano del Ministero dello Sviluppo Economico “Industria 2015” riconosce come essenziale nell'ambito dei Progetti di Innovazione Industriale

Rete Italiana per la Diffusione dell'Innovazione e il Trasferimento Tecnologico alle imprese. Il paragrafo 3.2. è dedicato all'appalto precommerciale ed è riepilogativo degli indirizzi europei. Maggiore sviluppo dell'istituto si rinviene nel paragrafo 4, importante anche per l'evidenza del ciclo di vita dell'appalto e dell'innovazione, alla valutazione dei rischi e alla partecipazione delle piccole medio – imprese. Relativamente a queste ultime si ricorda che la quota di appalti pubblici afferenti alle piccole medio – imprese è, ad esempio, del 35% in Francia, del 77% in Slovacchia, del 65% in Irlanda.

¹⁰³ Un interessante seminario proprio sugli appalti pubblici innovativi si è tenuto a Torino in data 27 – 28 giugno 2011 dal titolo “European Conference on public procurement of Innovation”. Tutti i documenti delle relazioni sono disponibili sul sito <http://www.comune.torino.it/reint/PPI/presentazioni/index.shtml>. Si segnala, in particolare, l'intervento fatto, per conto del Dipartimento per la Digitalizzazione della Pubblica Amministrazione e l'Innovazione Tecnologica presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, di Turatto Renzo “Closing remarks - “Italian Government Priorities on Public Procurement of Innovation within the new EU framework”.

¹⁰⁴ CONSIP, identificabile quale agenzia centralizzata per razionalizzare gli acquisti di beni e servizi da parte della pubblica amministrazione, è un *early adopter* e promotore dell'introduzione degli aspetti ambientali negli acquisti pubblici. Si vedano: (i) il “Contratto quadro nazionale per la fornitura di servizi di riscaldamento efficienti” (2002) quale esempio di combinazione tra efficienza e innovazione; (ii) l'Accordo Quadro CONSIP-ENEA-MEF per promuovere l'efficienza energetica negli edifici pubblici (2009); (iii) CONSIP-MEF GPP Award, per la diffusione della cultura degli acquisti verdi tra le amministrazioni pubbliche centrali e locali (2009-2010).

¹⁰⁵ Esempi, dove a livello locale vi è stata attenzione convergente fra formazione/disseminazione/*capacity building*/appalti per l'innovazione, sono: GPPInfoNet, Comune di Cremona, (2002-2010); BUYGREEN, GPP International Forum, Comune di Cremona (2006-2009); Piano per il GPP, Regione Sardegna (2010); Piano triennale per il GPP, Regione Liguria (2007); Progetto scolastico per l'adozione di cibo biologico nelle mense scolastiche, Comune di Ferrara (2003). Altri esempi si hanno leggendo il paragrafo 6.2 del documento “Appalti Pubblici per l'Innovazione – Indagine Conoscitiva”, maggio 2010, realizzato dall'Istituto per la Promozione Industriale (IPI) su mandato della Direzione Generale per la Politica Industriale e la Competitività del Ministero dello Sviluppo Economico.

(PII) il ricorso agli appalti pubblici per finalità di innovazione nell'ambito delle "azioni connesse", attraverso il coinvolgimento delle autorità pubbliche nei progetti finanziati in qualità di utilizzatori finali delle tecnologie sviluppate. Così come si cita il "GPP Piano di Azione Nazionale", che, in collaborazione con il Ministero dell'Ambiente e il Ministero dell'Economia e delle Finanze, fornisce uno stimolo all'inclusione degli aspetti ambientali negli appalti pubblici.

La conclusione è l'affermata presenza in Italia di ampio spazio per rendere l'appalto pubblico uno strumento di promozione dell'innovazione. Occorre, tuttavia, migliorare la formazione, l'assistenza tecnica e la diffusione di buone prassi ed informazioni nell'ambito della struttura complessa dell'acquirente pubblico, rafforzandone il *capacity building* e favorendo mediante un coordinamento sistematico una "massa critica" di domanda pubblica fra i diversi enti. Contestualmente si raccomanda di pianificare nel lungo periodo le priorità strategiche e di migliorare l'accesso delle piccole medio – imprese agli appalti pubblici¹⁰⁶.

Sulla spinta del documento nazionale il Governo italiano ha promosso un interessante progetto biennale di sostegno alle Regioni, per favorire le politiche di ricerca e innovazione, ormai ultimato¹⁰⁷, e intende non solo varare delle linee guida a livello statale in nome di un interesse nazionale che pare rinascere come l'araba fenice dalle ceneri del Titolo V¹⁰⁸, ma al tempo stesso ha esplicitato, seppure in

¹⁰⁶ Vedi il paragrafo 6.3 del documento "Appalti Pubblici per l'Innovazione – Indagine Conoscitiva", maggio 2010, realizzato dall'Istituto per la Promozione Industriale (IPI) su mandato della Direzione Generale per la Politica Industriale e la Competitività del Ministero dello Sviluppo Economico.

¹⁰⁷ Si tratta del progetto "Sostegno alle politiche di ricerca e innovazione delle Regioni", supportato dall'Agenzia per la diffusione delle tecnologie per l'innovazione e dal Dipartimento per lo Sviluppo e la Coesione Economica, citato anche nella nota 1. Come risultato intermedio del progetto si può citare il seminario aperto, tenutosi a Roma il 12 luglio 2011, dal titolo "Innovation Café! Le politiche di ricerca e innovazione delle Regioni", di cui sono disponibili anche gli atti sul sito <http://www.aginnovazione.gov.it/attivita/assistenza-alla-valutazione-tecnico-scientifica/il-progetto-di-sostegno-alle-politiche-di-ricerca-e-innovazione-delle-regioni/>. Un rapporto dell'attività svolta è disponibile in 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, pp. 35 e ss., <http://www.aginnovazione.gov.it/attivita/collaborazione-pubblico-privato/quaderni-dellinnovazione/>. Da ultimo, in vista delle sfide collegate alla nuova programmazione europea appare utile, *ratione materiae*, richiamare il "Position Paper" dei Servizi della Commissione sulla preparazione dell'Accordo di Partenariato e dei Programmi in ITALIA per il periodo 2014-2020, del 09.11.2012, Rif. Ares (2012) 1326063 -.

¹⁰⁸ Alla data del 1 agosto 2013 non ancora rese pubbliche. Peraltro, va dato conto di un riferimento contenuto nel Decreto Legge 18 ottobre 2012, n. 179, recante "Ulteriori misure urgenti per la crescita del Paese", noto come Decreto Digitalita e convertito con modifiche dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221. Si tratta del decreto che attua la previsione dell'articolo 47 del decreto-legge 9 febbraio 2012, n. 5, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 aprile 2012, n. 35, e volto a promuovere lo sviluppo dell'economia e della cultura digitali, definisce politiche di incentivo alla domanda di servizi digitali e favorisce l'alfabetizzazione informatica, nonché la ricerca e l'innovazione tecnologiche quali fattori essenziali di progresso e opportunità di arricchimento economico, culturale e civile. Nello specifico, l'articolo 19, rubricato significativamente "Grandi progetti di ricerca e innovazione e appalti precommerciali", stabilisce che: "8. Per le finalità dell'articolo 47, comma 2-bis, lettera e), del decreto-legge 9 febbraio 2012, n. 5, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 aprile 2012, n. 35, con decreto del Ministro dello sviluppo economico e del Ministro dell'istruzione, dell'università e della ricerca, da adottare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto, sono adottate linee guida per promuovere la diffusione degli acquisti pubblici innovativi e degli appalti precommerciali presso le amministrazioni aggiudicatrici, le imprese pubbliche e gli altri enti e soggetti aggiudicatori ai sensi dell'articolo 3 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163". Incidentalmente appare opportuno chiedersi l'utilità o la necessità della copertura normativa in simili casi e prendere atto che la produzione legislativa deriva dalla preponderante forza degli organi del potere esecutivo, come fa Cassese Sabino, "Che cosa fanno gli uffici dei ministeri?", *Giornale di diritto Amministrativo*, n. 2/2013, pp. 113 e ss.. Un vademecum, con un inquadramento sia

modo non sempre coerente e con esiti potenzialmente centralistici, l'intenzione di affidare lo strumento dell'appalto precommerciale alla nuovissima Agenda digitale italiana, che, detto incidentalmente, rimane allo stato odierno imprigionata da uno schema complesso della *governance*¹⁰⁹.

giuridico che procedurale, è stato compilato, nella versione *preprint*, in “Gli Appalti pubblici pre-commerciali-Istruzioni per l'uso”, realizzato dal Dipartimento per la Digitalizzazione della Pubblica Amministrazione e l'Innovazione Tecnologica presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, Edizioni Forum PA, marzo 2012, dove a pp. 69 e ss. viene allegato un modello di bando, conforme alle attuali direttive appalti. Una ulteriore eco (del progetto) delle linee guida nazionali si avverte anche nel recente bando indetto dalla Regione Lombardia per l'affidamento dell'appalto pre-commerciale relativo a servizi di ricerca industriale e sviluppo sperimentale funzionali alla realizzazione di un nuovo sistema universale automatizzato per il traino dei letti di degenza, consultabile all'indirizzo <http://www.ricerca.regione.lombardia.it/cs/Satellite?c=Avviso&childpagename=Regione%2FWrapperAvvisiLayout&cid=1213589541348&p=1213589541348&pagename=RGNWrapper>, dove si legge nel disciplinare di gara (p. 7): “In accoglimento della risoluzione non legislativa del Parlamento Europeo del 2009 in ordine alla definizione di interventi di *soft regulation* da parte di ciascun Paese Membro e come comunicato alla Commissione Europea nel 2010 in risposta al questionario *Status on implementation of PCP across Europe*, il Dipartimento per la Digitalizzazione della pubblica amministrazione e l'Innovazione tecnologica (DDI) ha condotto tra il 2009 e il 2011 un lavoro di definizione del modello attuativo cui la presente procedura si ispira e delle linee guida nazionali in materia di appalti pubblici pre-commerciali che ha visto il coinvolgimento di diversi organismi pubblici di ricerca, nonché altri enti pubblici tra i quali la Direzione Centrale Programmazione Integrata di Regione Lombardia”. Peraltro, nel “Piano Nazionale di Riforma 2012”, si esplicita la necessità di mettere in pratica “politiche della domanda, con particolare riferimento al *public procurement* pre-commerciale” accanto a politiche di *clustering* che migliorano l'ecosistema, a politiche di sostegno alla crescita della dimensione media dell'impresa (reti d'impresa e *venture capital*) e politiche di *capacity building* per le risorse umane finalizzate a dotare le PMI di competenze interne per partecipare ai bandi europei. Nello specifico, si parla di un “programma nazionale di *procurement* pre-commerciale mirato a stimolare l'innovazione agendo sulla leva della domanda”. Infine, occorre dare conto dell'affermazione in base alla quale sarebbero rilevanti le difficoltà di linee guida generali per via delle problematiche connesse alla standardizzazione: vedi, in proposito, citata quale caso di strumento per la promozione della domanda di innovazione in 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, p. 59, reperibile all'indirizzo <http://www.aginnovazione.gov.it/attivita/collaborazione-pubblico-privato/quaderni-dellinnovazione/>.

¹⁰⁹ L'articolo 19, comma 9, dello Decreto Legge 18 ottobre 2012, n. 179, recante “Ulteriori misure urgenti per la crescita del Paese”, noto come Decreto Digitalia e convertito con modifiche dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221, rinvia per l'accesso ai fondi “...

9. L'accesso ai fondi per la realizzazione delle iniziative di cui al comma 2, lettere c) e d-bis), è disciplinato con uno o più decreti del Ministro dello sviluppo economico e del Ministro dell'istruzione, dell'università e della ricerca sulla base dei seguenti criteri:

- a) previsione che, l'Agenzia per l'Italia digitale, previa intesa tra il Ministro dello sviluppo economico e il Ministro dell'istruzione, dell'università e della ricerca, pubblici con cadenza almeno annuale una sollecitazione a manifestare interesse, rivolta alle amministrazioni pubbliche, diretta ad acquisire la segnalazione di problemi di particolare rilevanza sociale o ambientale che non trovano una risposta soddisfacente in prodotti, servizi e tecnologie già esistenti sul mercato;
- b) definizione di misure premiali per incentivare le aggregazioni di pubbliche amministrazioni al fine di raggiungere un adeguato livello di domanda di soluzioni innovative a problemi di particolare rilevanza;
- c) previsione che nelle manifestazioni di interesse sia contenuta la disponibilità dei soggetti pubblici ad agire come contesto operativo per la sperimentazione delle soluzioni elaborate;
- d) valutazione da parte dell'Agenzia per l'Italia Digitale delle manifestazioni d'interesse pervenute in termini di rilevanza sociale, accessibilità, innovatività, scalabilità e successiva attivazione degli appalti precommerciali finalizzati all'individuazione della migliore;
- e) previsione che i risultati della procedura precommerciale siano divulgati e resi disponibili a terzi

Il ruolo di centrale di committenza, così affidato all'Agenzia per l'Italia Digitale, è sancito nel precedente articolo 36, comma 5, riguarda agli appalti pubblici innovativi nella forma anche dell'appalto precommerciale e del partenariato per l'innovazione e può adombrare, nella sua connessione con i contratti precommerciali, una centralizzazione in danno del livello regionale di autogoverno, anche se abbiamo visto come non sempre l'appalto precommerciale veda coincidere stazione appaltante e primo sperimentatore. Appare positivo il richiamo a soluzioni con una pluralità di amministrazioni pubbliche, dal momento che l'appalto precommerciale può realmente richiedere un'aggregazione di utenti sperimentali interessati. Peraltro, la previsione di divulgare a terzi i risultati dell'appalto precommerciale sembra distonica rispetto all'elemento della condivisione dei diritti secondo l'*acquis* comunitario. Infine, va osservata l'enfasi sulla domanda di innovazione pubblica, allorché si esplicita che la missione dell'Agenzia in parola debba riguardare:

Più focalizzato sull'uso dei fondi strutturali per il nuovo periodo di programmazione europea 2014 – 2020 appare il contributo governativo¹¹⁰, che, richiamando gli esiti del Piano d'Azione per la Coesione e pur non declinando la strategia, fornisce un metodo per il riscatto della qualità dell'azione pubblica anche tramite l'approccio della specializzazione intelligente ed apre ad un interessante percorso istituzionale in vista dell'Accordo di Partenariato e dei relativi Programmi Operativi. L'appalto precommerciale viene qui menzionato come azione da attivare sia al fine di rafforzare la ricerca, lo sviluppo tecnologico e l'innovazione sia al fine di promuovere la competitività delle piccole e medie imprese, il settore agricolo e quello della pesca. Nello specifico, per l'ambito della ricerca, dello sviluppo tecnologico e dell'innovazione questo istituto, che è preordinato a rafforzare e qualificare la domanda di innovazione della pubblica amministrazione, richiede anche interventi mirati per accompagnarla: (a) nella diagnosi delle proprie esigenze; (b) nella traduzione in obiettivi di innovazione dei requisiti prestazionali della soluzione richiesta; c) nella definizione di adeguate modalità di *governance*. Per l'ambito, invece, che riguarda la competitività dei sistemi produttivi, questo strumento è maggiormente dedicato alla vitalità e alla capacità di adattamento ai cambiamenti strutturali dei relative settori della produzione e mira prioritariamente a beneficiare specifiche filiere tecnologiche nazionali o aree territoriali delimitate.

Infine, in termini di prima attuazione e a riprova di una progressiva domestichezza della misura va citato l'avviso pubblico, a cura del Ministero per l'Istruzione, l'Università e la Ricerca, per la rilevazioni di fabbisogni di innovazioni all'interno del settore pubblico nelle Regioni della Convergenza¹¹¹. Si tratta di una chiamata di idee, avente carattere aperto ed esplorativo, in funzione preparatoria della sperimentazione di appalti precommerciali. La ricognizione del fabbisogno di innovazione è espressamente definita preliminarmente all'attivazione dello strumento precommerciale e si pone nella fase 0 rispetto al paradigma comunitario. Le

“... a) lo sviluppo di una nuova tecnologia e l'integrazione di tecnologie esistenti in sistemi innovativi complessi che si traducono nella realizzazione in un prototipo di valenza industriale che sia in grado di qualificare un prodotto innovativo;

b) le attività di ricerca finalizzate allo sviluppo di un servizio o di un prodotto innovativo in grado di soddisfare una domanda espressa da pubbliche amministrazioni;

c) i servizi di ricerca e sviluppo di nuove soluzioni non presenti sul mercato volte a rispondere a una domanda pubblica.”.

Peraltro, il Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca ha emanato di recente l'Avviso per la presentazione di Idee Progettuali per Smart Cities and Communities and Social Innovation, di cui Decreto Direttoriale 5 luglio 2012 n. 391/Ric. e reperibile all'indirizzo <http://attiministeriali.miur.it/anno-2012/luglio/dd-05072012.aspx>. Nella FAQ 17, consultabile all'indirizzo <http://www.istruzione.it/web/ricerca/smart-cities-and-communities-and-social-innovation> e in merito al paragrafo 2), si parla in modo del tutto non pertinente di appalto precommerciale a proposito di sperimentazione, in quanto tale modalità serve a preselezionare i soggetti con cui fare la sperimentazione ed è determinata dall'individuazione del bisogno della pubblica amministrazione, mentre nella risposta si sottintende il bisogno delle imprese e la sperimentazione potrebbe essere già operativa.

¹¹⁰ Vedi “Metodi e obiettivi per un uso efficace dei fondi comunitari 2014-2020. Documento di apertura del confronto pubblico”, documento presentato nella seduta del 17 dicembre 2012 al Consiglio dei Ministri dal Ministro per Coesione Territoriale d'intesa con i Ministri del Lavoro e delle Politiche Sociali e delle Politiche Agricole, Alimentari e Forestali e reperibile all'indirizzo <http://www.coesioneterritoriale.gov.it/wp-content/uploads/2012/12/Metodi-e-obiettivi-per-un-uso-efficace-dei-fondi-comunitari-2014-20.pdf>.

¹¹¹ Di cui al decreto direttoriale del Ministero per l'Istruzione, l'Università e la Ricerca n. 437 di data 13 marzo 2013 e reperibile all'indirizzo <http://www.ponrec.it/pac/appalti-pre-commerciali/documenti/>.

manifestazioni di interesse, da redigersi secondo gli elementi tipizzati¹¹², devono pervenire da amministrazioni pubbliche situate nelle Regioni della Convergenza e sono valutate secondo tre criteri di rilevanza: (1) socio – economica dei fabbisogni; (2) tecnica della soluzione proposta; (3) industriale della soluzione e del potenziale mercato di sbocco. I fabbisogni previsti nelle manifestazioni di interesse utilmente posizionate in graduatoria, qualora il dialogo tecnico con il mercato evidenzia la non reperibilità di soluzioni di stato dell'arte, sono oggetto di appalti precommerciali, rispetto ai quali si riservano sia l'80% delle risorse finanziarie¹¹³ del Piano di Azione per la Coesione sia l'effettuazione di almeno un appalto precommerciale in ciascuna Regione Convergenza. Lo schema perseguito è simile negli effetti a quello attivato, nella corrispondente fase iniziale, dalla Regione Lombardia con la precisazione che qui vengono stimulate determinate amministrazioni pubbliche a confrontarsi, senza individuare un settore specifico, con il mercato per individuare futuri oggetti di appalti precommerciali in piena conformità agli obiettivi della nuova programmazione europea, al miglioramento della qualità della vita e al contesto, programmatico ed operativo, del territorio industriale di riferimento. Da ultimo, anche richiamando proprio il manifesto governativo sull'uso dei fondi strutturali per il nuovo periodo di programmazione europea 2014 – 2020, si colloca il recente documento “Horizon 2020 Italia”¹¹⁴ in evidente sintonia con la programmazione europea in materia di ricerca e innovazione e all'insegna di una interiorizzata strategia di specializzazione intelligente. Gli obiettivi espliciti sono: (a) promuovere l'incontro tra la domanda di ricerca e innovazione, espressa dai cittadini, e l'offerta da parte di università, organismi di ricerca e imprese; (b) definire un metodo di programmazione che punti ad incrementare l'efficacia e l'efficienza degli investimenti nei settori della ricerca e dell'innovazione; (c)

¹¹² Le caratteristiche della manifestazione di interesse, riportate all'articolo 4 dell'avviso, mentre lo schema è riportato all'Allegato n. 1 dello stesso avviso, trovano corrispondenza nella valutazione di merito, nella pesatura dei tre criteri di rilevanza e nell'elencazione dei sotto criteri, di cui si occupa l'articolo 6. In particolare, la rilevanza socio – economica dei fabbisogni (cui sono destinati al massimo 30 punti), passa attraverso il grado di coerenza con le priorità tematiche sia di *Horizon 2020* sia della qualità della vita nelle collettività locali. In secondo luogo, la rilevanza tecnica della soluzione (cui sono destinati al massimo 35 punti) è data dal riscontrato carattere di novità ed originalità (soprattutto, se già è stata esperita la consultazione con il mercato), dal livello di qualità dei requisiti funzionali e prestazionali (soprattutto, se vi sono più soluzioni alternative) e dell'adeguatezza del contesto operativo per la sperimentazione “pilota” (nello specifico, se l'ambiente di sperimentazione è trasferibile ad una platea più vasta di amministrazioni pubbliche). Infine, la rilevanza industriale della soluzione e del potenziale mercato di sbocco (cui sono destinati al massimo 35 punti) è valorizzata dal grado di coerenza e di intensità con gli obiettivi di politica industriale territoriale e, più in generale, con il tessuto produttivo locale (con un occhio di riguardo per la localizzazione e la qualità dei territori potenzialmente interessati), dal livello di aggregazione della domanda di innovazione (soprattutto, se coinvolge Regioni non appartenenti alla Convergenza) e dalla documentata esistenza di ulteriori mercati (con un espresso *favor*, se la risposta al fabbisogno intercetti anche una potenziale domanda privata). Come si può evincere, alcune delle coordinate che misurano le grandezze di rilevanza si prestano ad un tasso di discrezionalità che in sede di esame comparativo andrà compensato con una motivazione analitica.

¹¹³ L'avviso riserva una quota del 20%, incrementabile con risorse regionali, per cofinanziare eventuali appalti commerciali successive e conseguenti all'espletamento degli appalti precommerciali.

¹¹⁴ “Horizon 2020 Italia”, marzo 2013, realizzato dal Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca, è reperibile all'indirizzo <https://www.researchitaly.it/uploads/50/HIT2020.pdf> ed è stato presentato ufficialmente a Roma il 19 marzo 2013. Tramite il lancio di un metodo nuovo, frutto di una consultazione partecipata, questo atto di massima programmazione nazionale per la ricerca e l'innovazione traccia priorità e strategie sia nazionali che territoriali, intende caratterizzare gli attori della ricerca e dell'innovazione e si prefigge di valutare progressi e progetti, anche al fine di ridurre la frammentazione e la duplicazione di cui soffre il sistema nazionale.

aumentare l'attrattività del sistema per una maggiore mobilità dei ricercatori in entrata ed in uscita; (d) acquisire in via crescente le risorse messe a disposizione in sede europea. Nello specifico, fa riferimento proprio all'esperienza dell'appalto precommerciale, per riconoscere alla pubblica amministrazione sia il ruolo di "innovatrice" sia il compito di stimolare le imprese verso la frontiera tecnologica¹¹⁵, allorché esercita la funzione di committenza di beni e servizi qualificati. Con due importanti effetti: da un lato, si favorisce l'intelligenza complessiva ed interna delle singole amministrazioni in termini sia di *governance* sia di un processo continuo di apprendimento-programmazione; dall'altro, si creano le condizioni per avere un mercato dedicato a prodotti e servizi innovativi realizzati dalle imprese. Da qui scaturisce che l'innovazione, essendo tale perché risponde alle grandi sfide sociali e di cambiamento sostenibile, abbia nel sistema pubblico l'acquirente di ultima istanza e passi mediante il *procurement* pubblico, commerciale e precompetitivo, con finalità di promozione della ricerca e dell'innovazione, soprattutto in riferimento al livello regionale, di cui si registrano significative esperienze, anche innovative rispetto al *mainstream* comunitario¹¹⁶.

8.2 L'attività a valenza generale delle Regioni

Proprio a livello regionale¹¹⁷ si registra una notevole attenzione, inizialmente, sul versante della programmazione. Inquadrano con molto dettaglio e visione organica, anche in ragione di documenti che si autodefiniscono strategici, l'istituto dell'appalto precommerciale sia la Valle d'Aosta sia la Lombardia¹¹⁸. Il documento valdostano, che richiede una preliminare valutazione di impatto e per il resto

¹¹⁵ Così si esprime "Horizon 2020 Italia", marzo 2013, realizzato dal Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca, p. 33 e reperibile all'indirizzo <https://www.researchitaly.it/uploads/50/HIT2020.pdf>.

¹¹⁶ Si fa riferimento a "Horizon 2020 Italia", marzo 2013, realizzato dal Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca, pp. 85-86 e reperibile all'indirizzo <https://www.researchitaly.it/uploads/50/HIT2020.pdf>, anche se la consultazione pubblica, prodromica al suo varo, ha ravvisato la scarsa dimestichezza delle università e degli enti pubblici di ricerca nei confronti del *public procurement* in generale. Il documento è comunque importante nella misura in cui indica "la strategia di *soft co-ordination*, focalizzata su tre principali direttrici:

- favorire il consolidamento e l'accreditamento (anche all'interno delle strategie regionali di *smart specialisation*) della strumentazione giuridicoamministrativa in tema di appalti precompetitivi e commerciali con finalità di promozione della R&I...;
- promuovere la partecipazione, fin qui poco significativa con riferimento al VII PQ, di stazioni appaltanti italiane a consorzi europei di committenza promossi o sostenuti dalla Commissione e/o da *Horizon 2020*;
- approfondire, a livello sperimentale, il tema della federazione della domanda di ricerca e innovazione da parte di più amministrazioni regionali o locali, secondo una logica di riuso, ovvero per rafforzare le prospettive di mercato delle soluzioni tecnologiche e organizzative individuate, in particolare nelle aree dell'Obiettivo Convergenza".

¹¹⁷ Sulla ricerca come materia di interesse regionale anche prima della Riforma del Titolo V della Costituzione si può leggere un'interessante disamina in Oggianu Serena "I contratti di ricerca" in Franchini Claudio (a cura di), *I contratti con la Pubblica Amministrazione*, II, UTET, Torino 2007, pp. 1277-1283, che cita espressamente Corte Costituzionale n. 569 del 21 dicembre 2000, consultabile presso <http://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do>. Infatti, la ricerca non può soffrire di limiti territoriali e permette alle Regioni (organizzandola direttamente o promuovendo studi) di acquisire sia mezzi che conoscenze tecnico scientifiche, al fine di espletare al meglio le funzioni regionali stesse.

¹¹⁸ Si vedano il "Piano strategico di posizionamento e sviluppo del territorio" della Regione Valle d'Aosta, realizzato nel 2008 con Ambrosetti S.p.A. e approvato dalla Giunta regionale con deliberazione n. 1043 di data 11.04.2008 (http://www.regione.vda.it/attiprod/marketing_territoriale/piano_strategico_i.asp), e il "Documento strategico per la ricerca e l'innovazione" della Regione Lombardia, così come comunicato nella seduta della Giunta regionale in data 04.08.2011 e predisposto in collaborazione con Éupolis.

riproduce il quadro comunitario (a parte un ovvio divieto di duplicazione delle spese), collega l'appalto precommerciale ai settori dell'inclusione, della sanità, dei trasporti e della sicurezza, impone la pubblicazione in modo trasparente delle gare in sede europea, qualifica il novero dei partecipanti ammessi (imprese *profit*; imprese con centri di ricerca e sviluppo in Europa; imprese che hanno in organico i ricercatori principali impiegati sul progetto) e, pur dando conto della tendenza a rilasciare i risultati ai fornitori e a mantenere un diritto di sfruttamento gratuito (interno, ma non è esplicitato), stabilisce la regola della negoziazione sui diritti di proprietà intellettuale¹¹⁹. Il documento lombardo, da parte sua, stabilisce un nesso fra appalto precommerciale e valorizzazione della capacità di spesa pubblica e sviluppa la sua funzione di promuovere la domanda di innovazione aperta, facendola emergere nella pubblica amministrazione (soprattutto, nel settore della salute), rendendo attrattivo il territorio regionale e sostenendo i settori strategici lombardi¹²⁰. Sulla procedura si segnala che il documento lombardo fa anticipare l'avviso di pre - informazione (non dicendo dove, a differenza del documento valdostano) dalla consultazione del mercato mediante il dialogo tecnico, correndo il rischio di identificare l'analisi dei bisogni con l'esplorazione del mercato, non prevede il ricorso obbligatorio all'offerta economicamente più vantaggiosa (solo suggerita e con la specificazione di assegnare il punteggio più alto alle soluzioni più innovative) e, sul piano contrattuale, punta sulla ripartizione del rischio, sull'incentivazione dell'innovazione, sulla gestione dei diritti di proprietà intellettuale e sulla funzione preventiva di controversie affidata al monitoraggio. Un passaggio interessante, anche se ritenuto comune a tutti gli appalti di e per l'innovazione, è l'implementazione di una logica premiale dei migliori processi creativi e realizzativi: la regione individua una sfida nell'ambito delle priorità programmatiche, la lancia pubblicandola e riconoscendo un premio, seleziona e finanzia la migliore soluzione presentata. Però, se riferiamo integralmente questa logica all'appalto precommerciale, rimaniamo nell'alveo dei finanziamenti a premi e non delle commesse di ricerca, mentre può essere un valido ausilio per la fase esplorativa dell'appalto precommerciale stesso, come abbiamo visto sopra e come riconosce lo stesso documento nell'Allegato C. Peraltro, va anche detto che nell'approntare questa misura la Regione Lombardia si è, poi, orientata verso lo schema – commessa e non verso lo schema – contributo. Una conferma, non casuale, è arrivata con il recente aggiornamento dello stesso documento programmatico¹²¹, in cui: (1) si riconferma l'appalto precommerciale fra le forme

¹¹⁹ In base all'indirizzo dettato dal bando di gara secondo la ricostruzione qui offerta.

¹²⁰ Sono quelli definiti nell'allegato A della deliberazione della Giunta regionale della Lombardia n. 1817 dell'08.06.2011 (agroalimentare, aerospazio, edilizia sostenibile, automotive, energia e fonti rinnovabili, biotecnologie, ICT, materiali avanzati o nuovi, moda e design, meccanica di precisione – metallurgia – beni strumentali).

¹²¹ Si veda il documento "Stato di attuazione delle politiche regionali a chiusura della IX legislatura – Presentazione del Documento strategico per la ricerca e l'innovazione", di cui la Giunta regionale della Lombardia ha preso atto con deliberazione n. IX/4748 del 23.01.2013. Tale documento non solo misura lo stato di attuazione della programmazione in materia di innovazione e ricerca, ma al contempo ne costituisce un aggiornamento. Il tutto è consultabile all'indirizzo http://www.ricerca.regione.lombardia.it/cs/Satellite?c=Page&childpagename=Regione%2FMILayout&cid=1213382140333&packedargs=TemplateDestinazione%3DMIRedazionaleDettaglio2Col%26assetid%3D1213454810984%26assettype%3DRedazionale_P&pagename=RGNWrapper.

nuove di finanziamento della ricerca e dell'innovazione; (2) si vira in modo deciso verso il paradigma comunitario dell'appalto precommerciale; (3) dall'analisi dei fabbisogni tecnologici in ambito sanitario si perviene ad un modello di rilevazione quali – quantitativo, con cui individuare le priorità di innovazione tramite la combinazione graduata fra condizioni abilitanti e criteri di selezione¹²²; (4) si dà conto dell'avvenuto svolgimento della fase di dialogo tecnico, oggetto di menzione comunitaria¹²³.

La Regione Puglia, invece, sposa l'appalto precommerciale nell'ambito del programma operativo regionale FESR¹²⁴, declinandolo espressamente fra gli appalti pubblici per l'innovazione e facendo leva sul ruolo di cliente intelligente della pubblica amministrazione (che deve provare prima di impegnarsi in acquisti massivi), sulla modularità e flessibilità della procedura, sull'importanza di far lavorare in parallelo più imprese. Non si segnalano settori specifici, ma si possono individuare in base all'assunto che la domanda pubblica di innovazione è un motore fondamentale di innovazione dei mercati nei quali il settore pubblico riveste il ruolo di committente essenziale (telecomunicazioni, energia, salute, trasporti, sicurezza). Non vengono date prescrizioni sullo strumento in sé, a differenza dei casi lombardo e valdostano.

Altro esempio è quello della Provincia autonoma di Trento sia per il varo di una doppia disposizione legislativa a valenza generale e specifica¹²⁵ sia per il

¹²² Le condizioni abilitanti sono nello specifico: (a) riproducibilità industriale e potenziale brevettabilità del dispositivo; (b) disponibilità di un contesto operativo reale per la sperimentazione; (c) rapidità e semplicità del processo di omologazione e/o certificazione. I criteri di selezione sono: (1) volume annuo di spesa (presunta) per l'acquisto del dispositivo; (2) volume (potenziale) del mercato di sbocco del dispositivo; (3) livello di concentrazione (attuale) del canale di approvvigionamento; (4) livello di ampliamento (potenziale) del canale di approvvigionamento; (5) necessità di introdurre standard aperti e condizioni di intercambiabilità; (6) *gap* di qualità percepita dagli utenti finali; (7) rischio e complessità tecnologica.

¹²³ Si rinvia al sito http://cordis.europa.eu/fp7/ict/pcp/msinitatives_en.html. Su questo si ritorna in seguito.

¹²⁴ Si veda la deliberazione della Giunta regionale della Puglia n. 1779 del 02.08.2011, avente ad oggetto “ PO FESR 2007 – 2013 – Asse I Promozione, valorizzazione e diffusione della ricerca e dell'innovazione per la competitività –. Modifiche al programma Pluriennale di Attuazione 2007 – 2013 e variazioni di bilancio”. Il documento è consultabile al sito http://www.isfol.it/DocEditor/arlex/File/2011/Puglia/Puglia_DGR%20n.1779%20del%2002-08-11.pdf. Peraltro, l'esperienza pugliese è interessante per l'esercizio del *foresight* quale fase propedeutica all'appalto precommerciale, anche alla luce del protocollo d'intesa con gli *stakeholders* locali, ed è citata quale caso di strumento per la promozione della domanda di innovazione in 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, pp. 48 e ss., 174 e 222-223 che può essere reperito, consultando l'indirizzo <http://www.aginnovazione.gov.it/attivita/collaborazione-pubblico-privato/quaderni-dellinnovazione/>. Inoltre, l'esempio pugliese appare degno di nota nel porre le politiche regionali per il *welfare* all'incrocio fra bisogni sociali e valorizzazione dei risultati della ricerca e nell'integrarle in chiave sinergica su temi dell'*Independent Living* e della Domotica Sociale.

¹²⁵ Si tratta della legge provinciale di Trento 2 agosto 2005, n. 14, recante norme in materia di “Riordino del sistema provinciale della ricerca e dell'innovazione. Modificazioni delle leggi provinciali 13 dicembre 1999, n. 6, in materia di sostegno dell'economia, 5 novembre 1990, n. 28, sull'Istituto agrario di San Michele all'Adige, e di altre disposizioni connesse”. La disposizione a valenza generale è quella riportata all'articolo 22, comma 4 bis, che recita: “La Provincia può comunque affidare commesse di ricerca, anche attraverso le ordinarie procedure di evidenza pubblica, in conformità alla normativa provinciale, nazionale e comunitaria in materia di attività contrattuale”. Quella specifica, dedicata all'appalto precommerciale, è l'articolo 25 bis, che, inquadrabile fra le norme - manifesto, stabilisce: “1. Al fine di sostenere l'innovazione attraverso la ricerca e lo sviluppo di prodotti e servizi non disponibili sul mercato, la Provincia, anche in deroga a quanto previsto da questa legge, può promuovere iniziative di pre-commercial procurement. 2. Per tali fini, la Provincia, in relazione ad esigenze di provvista di prodotti e servizi non esistenti sul mercato, può indire procedure per addivenire alla stipula di contratti che si ascrivono a detta tipologia, nel rispetto della

programma Pluriennale della Ricerca¹²⁶. L'importanza di una cornice legislativa specifica (seppure con effetti autorizzatori più che regolatori) è determinata dal riferimento ai noti principi anche comunitari (principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza e proporzionalità), dal regime di flessibilità sui risultati e dalla riconduzione della procedura fra quelle non ad evidenza pubblica (in ragione della deroga rispetto alla norma generale che parla di

disciplina europea e, comunque, dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza e proporzionalità. 3. I risultati delle iniziative, compresi i brevetti e i diritti di proprietà intellettuale conseguibili, e le relative possibilità di utilizzazione anche economica possono non appartenere in via esclusiva alla Provincia e i risultati sono amministrati anche in deroga a quanto previsto dall'articolo 25 di questa legge. 4. Alla copertura degli eventuali oneri derivanti dall'applicazione del comma 1 si provvede con le autorizzazioni di spesa disposte in bilancio sulle unità previsionali di base ove sono imputate le spese per la realizzazione degli interventi interessati dalle azioni di pre-commercial procurement". La legge è comunque visionabile per intero, andando a consultare il sito http://www.consiglio.provincia.tn.it/banche_dati/codice_provinciale/clex_elenco_trovati_ricerca_per_campi.it.asp?ZID=2384760. Rimane da chiarire quale spazio possa avere l'autonomia legislativa provinciale che volesse regolare (e non solo tanto promuovere) l'appalto precommerciale. Sul punto può essere utile ricordare la sentenza della Corte Costituzionale n. 45 dell'8 febbraio 2010, pur relativa alla materia, oggetto di competenza primaria, dei lavori pubblici e consultabile presso <http://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do>. Vi si legge, infatti:

"... Questa Corte ha già avuto modo di precisare che la nozione di concorrenza di cui al secondo comma, lettera e), dell'articolo 117 della Costituzione «non può che riflettere quella operante in ambito comunitario» (sentenza n. 401 del 2007).

Avendo riguardo al diritto europeo, devono, pertanto, essere ricomprese in tale nozione: a) «le misure legislative di tutela in senso proprio, che hanno ad oggetto gli atti ed i comportamenti delle imprese che incidono negativamente sull'assetto concorrenziale dei mercati e ne disciplinano le modalità di controllo, eventualmente anche di sanzione» (sentenza n. 430 del 2007): si tratta, in sintesi, di misure antitrust; b) le disposizioni legislative «di promozione, che mirano ad aprire un mercato o a consolidarne l'apertura, eliminando barriere all'entrata, riducendo o eliminando vincoli al libero esplicarsi della capacità imprenditoriale e della competizione tra imprese» (citata sentenza n. 430 del 2007): si tratta, in sintesi, di misure volte ad assicurare la concorrenza "nel mercato"; c) le disposizioni legislative che perseguono il fine di assicurare procedure concorsuali di garanzia mediante la strutturazione di tali procedure in modo da assicurare «la più ampia apertura del mercato a tutti gli operatori economici» (sentenza n. 401 del 2007): si tratta, in sintesi, di interventi mirati a garantire la concorrenza "per il mercato" (da ultimo, sentenza n. 160 del 2009).

Nello specifico settore degli appalti vengono in rilievo tutte le disposizioni che perseguono fini riconducibili all'esigenza sia di evitare comportamenti delle imprese idonei ad alterare le regole concorrenziali sia di garantire la progressiva liberalizzazione dei mercati in cui sono ancora presenti barriere all'entrata o altri impedimenti all'ingresso di nuovi operatori economici.

In questa sede assumono, poi, rilevanza particolare le norme che, disciplinando la fase procedimentale prodromica alla stipulazione del contratto, si qualificano per la finalità perseguita di assicurare la concorrenza "per" il mercato. Si tratta di disposizioni che, sul piano comunitario, e dunque anche sul piano dell'ordinamento dello Stato, tendono a tutelare essenzialmente i principi della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione di servizi (artt. da 28 a 32; da 34 a 37; da 45 a 54; da 56 a 66 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, già artt. da 23 a 31 e da 39 a 59 del Trattato che istituisce la Comunità europea).

La previsione, infatti, di norme che si discostino, eventualmente, dal modello definito in ambito comunitario viola tanto i valori tutelati dal diritto europeo impedendo o restringendo l'esercizio delle fondamentali libertà comunitarie, quanto le corrispondenti normative statali adottate nell'esercizio della competenza legislativa esclusiva prevista dall'articolo 117, secondo comma, lettera e), della Costituzione.

In conclusione sul punto, la Provincia autonoma di Trento, nel dettare norme in materia di lavori pubblici di interesse provinciale, pur esercitando una competenza primaria specificamente attribuita dallo statuto di autonomia, deve non di meno rispettare, con riferimento soprattutto alla disciplina della fase del procedimento amministrativo di evidenza pubblica, i principi della tutela della concorrenza strumentali ad assicurare le libertà comunitarie e dunque le disposizioni contenute nel Codice degli appalti che costituiscono diretta attuazione delle prescrizioni poste a livello europeo. ...".

Un commento della sentenza è con opinioni distinte quello di: De Nictolis Rosanna, "Appalti di lavori pubblici e Corte Costituzionale: da uno a sette codici dei lavori pubblici?", in *Urbanistica e appalti*, n. 4/, 2010, pp. 377 e ss., e Bin Roberto, "Lavori pubblici: quanto < intangibili > sono le materie enumerate negli Statuti speciali?", in *Le Regioni*, n. 5/2010, pp. 1148 e ss..

¹²⁶ Due sono i programmi finora, quello della XIII legislatura (2006 – 2008) e quello attuale della XIV legislatura (2010 – 2013), approvati rispettivamente con deliberazione n. 2365 del 10.11.2006 e n. 2902 del 14.12.2010. Sono entrambi reperibili sul sito <http://www.uniricerca.provincia.tn.it/documentazione/>.

procedure di evidenza pubblica). Con riferimento, poi, alla funzione programmatica già a partire del 2006 si fa una distinzione fra bandi per: (1) il finanziamento di progetti di ricerca mediante concessione di contributi, a cui possono partecipare i soggetti qualificabili come organismi di ricerca secondo l'accezione comunitaria; (2) l'affidamento di commesse di ricerca, da attivare secondo le modalità stabilite dall'ordinamento provinciale, nazionale e comunitario in materia di scelta del contraente, a cui possono partecipare tutti i soggetti pubblici e privati di cui all'articolo 4, comma 2, della legge provinciale di Trento 2 agosto 2005, n. 14¹²⁷. Rispetto al 2006 il documento programmatico del 2010 richiama gli indirizzi nel frattempo maturati a livello europeo, nel senso che le commesse di ricerca vanno reindirizzate, al fine di guidare in termini proattivi la domanda di innovazione (sul lato dell'offerta, infatti, i bandi con contributi e le intese hanno già esaurito lo spazio disponibile in misura adeguata).

Con un dettaglio più attento allo strumento che alla strategia si individuano anche le macro fasi per la definizione delle commesse che vedono la Provincia riconosciuta espressamente come utente innovatore:

- analisi dei requisiti dell'utente;
- studio di fattibilità;
- analisi delle implicazioni organizzative
- elaborazione della proposta;
- attuazione della commessa (progettazione e sviluppo);
- messa in produzione.

Il bando, da redigere in conformità all'ordinamento provinciale, nazionale e comunitario in materia di appalti pubblici, deve prevedere, fra i diversi aspetti, fra cui i tempi e i modi di realizzazione della commessa nonché il regime di utilizzo dei risultati¹²⁸.

¹²⁷ Unico esempio di attuazione della commessa di ricerca nella precedente legislatura provinciale di Trento è stato quello di cui alla deliberazione della Giunta provinciale di Trento n. 3145 del 28 dicembre 2007, avente ad oggetto: "Approvazione dello schema di bando per l'affidamento di 2 (due) commesse di ricerca aventi per oggetto "la progettazione, realizzazione ed approntamento di due edifici "laboratorio" a basso consumo energetico ed ad alta sostenibilità ambientale e con tecnologie innovative" ai sensi dell'articolo 22 della legge provinciale 2 agosto 2005, n. 14". Si è trattato di una gara di lavori pubblici (con una parte di servizi complementari), poi revocata, nella quale si è fatto ricorso, in presenza di contratti misti, alla procedura negoziata previa pubblicazione del bando, stante il richiamo dell'allora articolo 33 della legge provinciale di Trento 10 settembre 1993, n. 26, recante norme in materia di lavori di interesse provinciale, all'articolo 56, comma 1, lettera c) del Codice di contratti pubblici ("lavori per scopi realizzati unicamente di ricerca, sperimentazione o messa a punto, e non per assicurare una redditività o il recupero dei costi di ricerca e sviluppo").

¹²⁸ Gli aspetti che il bando deve riportare sono i seguenti secondo il documento programmatico provinciale:

- ✓ le tematiche oggetto del progetto di ricerca da realizzare;
- ✓ l'eventuale importo posto a base della gara per l'affidamento della commessa;
- ✓ le procedure di scelta del contraente e le modalità di affidamento della commessa;
- ✓ i requisiti soggettivi dei partecipanti al bando;
- ✓ i tempi e i modi di realizzazione della commessa;
- ✓ le modalità e i criteri per la presentazione e formulazione delle domande di partecipazione ed offerte da presentare;
- ✓ le modalità e i criteri specifici per la selezione delle domande di partecipazione e per la valutazione delle offerte presentate;
- ✓ le modalità per l'erogazione del corrispettivo contrattuale;
- ✓ le modalità di riscontro della regolare esecuzione, di monitoraggio e di valutazione;
- ✓ il regime di utilizzo dei risultati, nel rispetto di quanto previsto dall'articolo 22, comma 4, della legge

Attesa la peculiarità della procedura di scelta del contraente, vengono anche riportati dall'atto programmatico i possibili criteri generali di valutazione:

- 1) varianti migliorative del progetto di ricerca in base a: qualità scientifica; contenuto innovativo; grado di successo;
- 2) qualificazione scientifica del gruppo di ricerca dedicato al progetto;
- 3) tempi e programmi di esecuzione della commessa di ricerca;
- 4) organizzazione tecnica;
- 5) grado di cooperazione con i soggetti del sistema provinciale della ricerca;
- 6) congruità del piano economico – finanziario;
- 7) eventuale ribasso percentuale su prezzi unitari - prezzo proposto, qualora il prezzo sia determinato o determinabile.

Il giudizio scientifico di qualità e la valutazione sono affidate al Comitato tecnico scientifico per la ricerca e l'innovazione, formato da personalità altamente qualificate e indipendenti¹²⁹.

Le aree di intervento, fra cui spiccano ICT, energia e salute, sono puntualmente elencate.

9. Quattro tipologie su cinque casi di appalto precommerciale regionale o equiparato

Il panorama regionale italiano ha conosciuto alcuni casi di ricorso all'appalto precommerciale, particolarmente, nell'ultimo quadrimestre del 2011 e nei primi due del 2012¹³⁰. Si tratta di esperienze diverse e, proprio per questo, ancora più significative.

provinciale di Trento 2 agosto 2005, n. 14.

L'erogazione è specificata dal documento descrittivo dell'appalto e/o dal capitolato speciale d'appalto ed è subordinata alle previsioni vigenti per l'attività contrattuale della Provincia per quanto riguarda gli acconti. Le eventuali modalità di presentazione dei risultati finali e di verifica per certificare la regolare esecuzione della commessa saranno specificate dal documento descrittivo dell'appalto e/o dal capitolato speciale d'appalto. Inoltre, la tipologia dei costi ammissibili in relazione ai progetti di ricerca oggetto di bando di gara per l'affidamento di commesse è data da: (1) esecuzione del servizio di ricerca con indicazione del corrispettivo contrattuale secondo le voci individuate nel progetto di ricerca, nel documento descrittivo dell'appalto e/o nel capitolato speciale d'appalto, comprensivo degli oneri fiscali; (2) costi per imprevisti, non superiore al 5% del costo complessivo dell'iniziativa finanziata.

¹²⁹ Si veda l'articolo 23 della legge provinciale di Trento 2 agosto 2005, n. 14.

¹³⁰ Un primo commento delle esperienze regionali sull'appalto precommerciale, seppure non esaustivo e con un punto di vista dettato dall'economia dell'innovazione, è stato recentemente presentato ad una conferenza, tenutasi in data 22 – 23 marzo 2012 a Manchester, dal titolo "Demand, Innovation and Policy. Underpinning Policy Trends with Academic Analysis", da parte di Bonaccorsi Andrea, Cappiello Francesca e Molinari Francesco "The challenges of bringing innovation through public procurement at regional level. Early experiments in Italy", consultabile sul sito <http://underpinn.portals.mbs.ac.uk/>. Si legge che i casi valdostano e pugliese, ancorché non ancora pubblicati alla data della relazione stessa, meglio incarnano il modello di appalto precommerciale (prevedendosi, ad esempio, la pluralità di vincitori) e costituiscono riferimenti consolidati per le linee guida nazionali, annunciate in fase di pubblicazione. La medesima impostazione è non a caso presente in 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, pp. 36 e ss., agevolmente consultabile all'indirizzo <http://www.aginnovazione.gov.it/attivita/collaborazione-pubblico-privato/quaderni-dellinnovazione/>. Infine, ancorché si avanzi qualche dubbio sulla piattezza (per ora) attendibilità di Internet (in assenza di *factchecking*) e dei relativi meccanismi di influenza, si rileva che l'esperienza della Regione Lombardia è stata citata quale unico e primo caso di appalto precommerciale a livello italiano sul sito della Commissione Europea

9.1 La Provincia autonoma di Bolzano

La Provincia autonoma di Bolzano ha lanciato un bando, ad oggi aggiudicato, per la scelta dell'impresa *partner* di un progetto di *pre - commercial procurement*¹³¹, allo scopo non solo di favorire l'aumento degli investimenti in ricerca e sviluppo sul territorio dell'Alto Adige e la collaborazione fra istituzioni pubbliche e imprese private tramite progetti, ma anche per consentire all'Istituzione pubblica partecipante (diversa dalla stazione appaltante) al progetto di ricerca di condividere gli utili derivanti dalla vendita di eventuali prototipi o dalle soluzioni ottenute. Quest'ultima finalità già pare emblematica della procedura seguita (anomala, come vedremo), rispetto alla quale il committente dichiara sia di fare riferimento per la disciplina giuridica al Codice dei contratti pubblici sia di qualificare il bando espressamente un progetto pilota per sperimentare le potenzialità dell'appalto precommerciale come metodo definito dalla Comunicazione della Commissione del 2007. Va dato conto che recentemente tale modo di operare è stato confermato con l'approvazione dei nuovi criteri di attuazione per gli interventi in materia di ricerca e innovazione¹³².

http://cordis.europa.eu/fp7/ict/pcp/msinitiatives_en.html. Come emerge dalla rassegna qui condotta, non si concorda pienamente con questa menzione, senza per questo ledere o negare il valore aggiunto del percorso lombardo.

¹³¹ Le informazioni al riguardo possono essere recuperate, anche consultando il sito ufficiale http://www.bandi-altoadige.it/pleiade/?pagina=trattativa_partecipa&idT=14961&hmac=3c16b0637d1fcc5bb97984621b0371a9. Nello

specifico, si ricorda che le imprese partecipanti al bando dovevano allegare il piano di attività da attuare entro i successivi due anni dalla presentazione della domanda, con la precisazione che tali attività sono direttamente riconducibili al progetto di cooperazione con il Comprensorio Sanitario di Bolzano dell'Azienda Sanitaria dell'Alto Adige. Il piano di attività doveva riferirsi alla soluzione del seguente problema individuato dalle Unità Operative di Oncologia e Farmacia dell'Ospedale del Comprensorio Sanitario di Bolzano: - progetto "closed loop" nell'automazione avanzata e gestione del rischio clinico e dei processi in terapia medica oncologica (come descritto nell'allegato A). Il bando è stato emanato in attuazione della legge provinciale di Bolzano 13 dicembre 2006, 14, recante norme in materia di ricerca e innovazione, in base al quale: "La Provincia promuove, nel rispetto delle norme sugli aiuti di Stato, lo sviluppo dell'innovazione, con particolare riguardo alle piccole e medie imprese, mediante:

- a) aiuti alle imprese per progetti di ricerca e sviluppo, formazione e consulenza in cooperazione con istituti di ricerca nazionali ed esteri;
- b) stipulazione di convenzioni tra i soggetti del sistema provinciale della ricerca e dell'innovazione e i soggetti operanti nel settore della ricerca e dell'innovazione a livello statale e internazionale;
- c) finanziamento di progetti di ricerca applicata finalizzati allo sviluppo di tecnologie e processi innovativi;
- d) sostegno di progetti di ricerca e sviluppo delle imprese attraverso il finanziamento del distacco temporaneo di personale dalle università e dagli enti di ricerca, nonché concessione di premi per l'assunzione nelle imprese di personale altamente qualificato;
- e) concessione di contributi per la promozione di attività imprenditoriali nonché di "spin off" attuati da università, strutture di ricerca, imprese o da altri enti appositamente costituiti;
- f) svolgimento di iniziative mirate alla realizzazione di brevetti;
- g) indizione di bandi per il finanziamento di progetti di innovazione, ricerca e sviluppo;
- h) promozione della partecipazione a programmi europei e attuazione di programmi europei;
- i) individuazione, sviluppo e sostegno finanziario di cluster e di altre forme di collaborazione tra imprese con particolare riguardo alle imprese leader;
- j) partecipazione a capitale di rischio oppure a fondi per la prestazione di garanzie a favore di imprese innovative di nuova costituzione;
- k) partecipazione al capitale e alle spese di gestione per parchi tecnologici, incubatori d'impresa, centri di competenza e altri enti finalizzati alla promozione della ricerca e dell'innovazione;
- l) attuazione di iniziative, studi e ricerche per la promozione dell'innovazione".

¹³² Si veda la deliberazione della Giunta provinciale di Bolzano n. 1252 di data 27 agosto 2012, consultabile presso https://cert.provinz.bz.it/beschluesse/searchn/profilesearchact2.asp?RECENTLYDOCS=1&TIPORIC=SIMPLE_SEAR

Se guardiamo, però, al paradigma comunitario, notiamo che nel bando altoatesino non vi è traccia delle 4 fasi, ma si prevede, senza apparenti particolari motivazioni (è stata fatta un'indagine di mercato?) e in base alla probabile disponibilità di una soluzione tecnica non ancora commercializzata, la sola fase di creazione del prototipo, che sarà testato, con relativa valorizzazione, dall'azienda ospedaliera individuata. Ma le anomalie maggiori sono altre e portano a ritenere che questo bando, simile al programma americano di sostegno alle piccole e medie imprese, non attiva alcuna forma di appalto precommerciale e rimane (non a caso) nel solco dello schema contribuito. Infatti, il cofinanziamento del servizio di ricerca e la condivisione dei diritti di proprietà intellettuale (secondo un regime giustamente predefinito) quali elementi peculiari dell'appalto precommerciale sono stati tradotti in uno schema che è formalmente contrattuale e di cooperazione, ma che nella sostanza presenta più gli aspetti della decisione amministrativa di incentivo¹³³. Mancano, infatti, i riferimenti che anche in una cornice di partenariato denotano l'affidamento della commessa di ricerca, dato che sembrano prevalere anche sull'esecuzione e sulla garanzia del contratto i meccanismi di finanziamento. Inoltre, non sono state chiarite le regole in merito alla garanzia e alla manutenzione per il prototipo messo a disposizione. Infine, non si comprende, sempre in riferimento alla natura di appalto precommerciale, se il beneficiario dell'intervento (anche il nome tradirebbe la natura della misura approntata) abbia un rischio o meno nell'organizzazione dell'attività a fronte sia di una rigida predeterminazione dell'entità dell'apporto scollegato dal prezzo sia della possibilità di integrare le risorse da parte dell'ente banditore. La circolarità stessa (e non la sinallagmaticità che caratterizza tendenzialmente anche l'appalto precommerciale in quanto appalto) dell'operazione approntata pone un serio interrogativo: il cofinanziamento nell'appalto precommerciale è un effetto (anche rilevante) della commessa affidata o può essere anche un obiettivo del tutto dominante? Se si è in quest'ultima ipotesi, si ottimizza non il prototipo quale risultato della commessa (come nell'appalto), ma la pianificazione finanziaria dell'investimento. Ancora: il fondo dove allocare gli utili pare, peraltro, poggiare su una base non coperta completamente in sede normativa e tale da interferire notevolmente sulla causa della commessa. La stessa retrocessione degli utili¹³⁴ in un quadro chiaramente riferibile alla misura di finanziamento

[CH&LANG=IT](#), nella quale si cita espressamente la notifica alla Commissione europea e che nell'articolo 29 disciplina come procedura negoziale proprio l'appalto precommerciale. Per completezza occorre riconoscere che la "Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce le regole di partecipazione e di diffusione nell'ambito del programma quadro di ricerca e innovazione 'Orizzonte 2020' (2014-2020)" 2011/0399 (COD) nella versione esaminata dal Consiglio "Competitività" del 10 ottobre 2012 e complessivamente rivista nella versione trasmessa al Comitato dei rappresentanti permanenti in data 12 luglio 2013, può dare adito a simile equivoco, allorché dispone all'articolo 35, paragrafo 2, che: "... Il finanziamento dell'Unione può assumere la forma di appalti precommerciali o approvvigionamenti di soluzioni innovative da parte della Commissione o del pertinente organo di finanziamento per proprio conto o congiuntamente ad amministrazioni aggiudicatrici degli Stati membri e dei paesi associati."

¹³³ Nel bando, a riprova del fatto che è un finanziamento e non un appalto precommerciale, vi sono costanti richiami a termini identificativi in modo univoco (contributi, aiuti, percentuali di aiuto, soglia di ammissibilità, beneficiario, costi ammissibili, rendicontazioni). L'individuazione del *partner*, peraltro, è avvenuto sulla base di una sorta di offerta economicamente più vantaggiosa (60 merito tecnico, 40 elemento economico).

¹³⁴ Nel caso lombardo, che è analizzato nel sottoparagrafo successivo, pure si ricorre, sebbene in un contesto diverso, alla fattispecie della retrocessione degli utili

sembra mostrare profili non del tutto coerenti. Né sembra plausibile, al di fuori dei programmi dei fondi strutturali ed entro il mercato degli appalti pubblici, limitare la partecipazione alle sole imprese aventi unità operativa nel territorio sudtirolese, quando poi il livello di pubblicità è stato più ampio. In definitiva siamo di fronte ad un “appalto precommerciale che non c’è”, per quanto si mescolino decisamente caratteri di promozione della ricerca e di applicazione della categoria dell’utente primo sperimentatore e non mancano profili riferibili all’ente pubblico come investitore secondo una logica non aperta all’accessibilità dei risultati.

9.2 Trento RISE

Il secondo caso è quello trentino e vede coinvolto *Trento RISE*¹³⁵, strumento di sistema per l’attuazione delle politiche provinciali in materia di ricerca, innovazione

¹³⁵ La legge provinciale di Trento 2 agosto 2005, n. 14 (legge sulla ricerca) ha riordinato l’intero sistema della ricerca trentino, nonché il ruolo della Provincia nel governo e nel sostegno dello stesso e, all’articolo 1, prevede l’attuazione da parte della Provincia di “una strategia di sviluppo territoriale basata sulla conoscenza, riconoscendo nella promozione, nella crescita e nella diffusione della ricerca e dell’innovazione uno strumento fondamentale per la crescita del capitale umano, per lo sviluppo del sistema delle imprese e della qualità e competitività dell’intero territorio provinciale”. La Provincia, ai sensi dell’articolo 4 della legge sulla ricerca promuove la creazione di un quadro della cooperazione finalizzato alla realizzazione di un sistema provinciale della ricerca (STAR) e a rendere il sistema produttivo locale più competitivo, in virtù di una capacità diffusa delle proprie realtà produttive di trarre vantaggio dai cambiamenti indotti dalla tecnologia e dal progresso della conoscenza. L’articolo 21 bis della legge sulla ricerca assicura il sostegno della Provincia autonoma di Trento all’iniziativa “Trento research, innovation and education system” (*Trento RISE*), “nodo associato dell’EIT ICT Labs”, consorzio selezionato dall’Istituto Europeo di Tecnologia ed Innovazione (istituito dal regolamento (CE) n. 294/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio dell’11 marzo 2008 e riferibile alla funzione di catalizzatore dell’innovazione). In particolare, al fine di rafforzare la cooperazione dei soggetti operanti nel campo delle tecnologie dell’informazione e della comunicazione, con riferimento alla ricerca, all’innovazione e all’alta formazione e comunque per finalità d’interesse generale non economico, si prevede che la Provincia Autonoma di Trento può sostenere programmi di attività dell’iniziativa *Trento RISE* mediante convenzione stipulata con enti o organismi costituiti da soggetti pubblici aderenti all’iniziativa. Nel dicembre 2010 l’Università degli studi di Trento e la Fondazione Bruno Kessler hanno costituito l’Associazione *Trento RISE*, il cui fine è agire come *partner* associato dell’EIT ICT Labs e contribuire alla creazione nel territorio trentino di un polo di eccellenza nella ricerca, innovazione e alta formazione nel settore delle tecnologie dell’informazione e della comunicazione. La Giunta provinciale con deliberazione n. 2902 del 14 dicembre 2010 ha approvato il Programma Pluriennale della Ricerca per la XIV Legislatura che individua tra le aree di ricerca d’interesse prioritario per il territorio provinciale l’area delle tecnologie dell’informazione e della comunicazione. Il Programma Pluriennale della Ricerca per la XIV Legislatura espressamente afferma che l’ente, incaricato per l’esercizio delle funzionalità previste nel progetto *Trento RISE*, è chiamato ad aggregare in una logica cooperativa e per finalità di interesse generale non economico gli attori pubblici del sistema trentino, che sono stati i proponenti in sede comunitaria, e venga finanziato a carico del bilancio provinciale con fondi oggetto di uno strumento convenzionale. Con deliberazione n. 621 di data 1 aprile 2011 la Giunta provinciale ha approvato lo schema di convenzione con *Trento RISE*, poi sottoscritta in data 11 maggio 2011, mentre con deliberazione n. 1149 dell’8 giugno 2012 è stato approvato l’atto aggiuntivo a fronte del riconoscimento di nodo nazionale dell’ICT per l’EIT, decorrente dal 1 gennaio 2012. In quest’ultimo provvedimento si è maggiormente focalizzata la correlazione fra Provincia autonoma di Trento e *Trento RISE* nell’espletamento di attività a titolo di supporto per gli appalti precommerciali. Da ultimo, si richiama anche la deliberazione della Giunta provinciale n. 2502 del 23 novembre 2012, con cui sono state individuate due ulteriori iniziative di innovazione in materia di agricoltura, turismo, commercio e promozione nonché di territorio, ambiente e foreste, per un importo di Euro 600.000,00 ciascuna e da realizzarsi, ai sensi e con le modalità previste dall’articolo 4 del Primo atto aggiuntivo alla Convenzione in essere tra Trento RISE e la Provincia, dalla Associazione citata, attraverso l’integrazione del Piano attuativo 2012. Le deliberazioni ora richiamate sono consultabili sul sito <http://www.delibere.provincia.tn.it/>. Pertanto, l’ente incaricato è da qualificarsi come strumento per il sistema provinciale della ricerca (STAR). Maggiori informazioni su *Trento RISE* sono reperibili sul sito <http://www.trentorise.eu/>. Riassumendo, *Trento RISE*, quale entità catalizzatrice della attività di ricerca e di innovazione anche tramite l’alta formazione, focalizza la propria attività volta al cambiamento e in risposta alle grandi sfide della società attuale su:

e alta formazione. Si tratta di appalto precommerciale, ancorché privo di alcuni elementi peculiari, per cui, a differenza del caso altoatesino, siamo nell'ambito dello schema – commessa.

Nello specifico, viene indetta una prima procedura, espressamente e tradizionalmente definita (di evidenza) pubblica (*rectius* aperta), per la stipula di un accordo quadro avente ad oggetto la realizzazione di un progetto di ricerca e sviluppo concernente “A platform for enhanced tourist experience management”¹³⁶. Il criterio di aggiudicazione è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa ed è degna di segnalazione la riserva di *Trento RISE* nel richiedere lo sviluppo di un

-
- A) aree di dominio quali: (1) *smart city*, che comprende: turismo, fruizione culturale e mobilità; (2) energia e ambiente; (3) *welfare* e sanità; (4) conoscenza e cultura;
 - B) aree infrastrutturali abilitanti quali: (1) *open e big data*, da intendere come la messa a disposizione di grandi quantità di dati da parte, soprattutto, dell'attore pubblico, e il loro utilizzo per l'abilitazione di servizi personalizzati; (2) *smart services* ai fini della creazione di servizi intelligenti per il cittadino, anche abilitati dai dati messi a disposizione dal progetto *open e big data*;
 - C) aree interdisciplinari abilitanti: (1) sviluppo dei modelli di business, fra cui, ad esempio, la gestione della proprietà intellettuale; (2) lo studio dei diritti e dei doveri del cittadino nella società del futuro (comprendendo, ad esempio, tutte le problematiche relative alla *privacy* e alla sicurezza).

¹³⁶ L'avviso, pubblicato in data 9 dicembre 2011, con tutto il materiale è su <http://www.trentorise.eu/news/avviso-pubblico-pre-commercial-procurement>. Si richiamano in modo esplicito la categoria del *precommercial procurement* e i riferimenti normativi, cui conformarsi, degli articoli 19 e 27 del Codice dei contratti pubblici e dell'articolo 25 bis della legge provinciale di Trento 2 agosto 2005, n. 14, mentre viene eliso il necessario collegamento con il Programma Pluriennale della Ricerca per la XIV Legislatura, approvato con deliberazione della Giunta provinciale di Trento n. 2902 del 14 dicembre 2010. L'importo complessivo stimato per la realizzazione del progetto nel settore del turismo è pari ad Euro 2.500.000,00 all'anno, per tre anni, e la durata del progetto è stabilita in 36 mesi. L'appalto in parola è stato affidato nel mese di luglio 2012. Del tutto simile è il successivo avviso pubblicato in data 17 febbraio 2012 nel settore dei beni culturali relativamente alla realizzazione di un progetto di ricerca e sviluppo concernente “A platform for intelligent provision and ubiquitous access to information and services for the cultural heritage”; qui l'importo complessivo stimato per la realizzazione del progetto è pari ad Euro 1.800.000,00.= all'anno, per tre anni, la durata del progetto è stabilita in 36 mesi e, sempre con il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, *Trento RISE* si riserva la facoltà di richiedere lo sviluppo di un applicativo-pilota (ed eventuale prima fase di esercizio), relativo al progetto di ricerca e sviluppo in oggetto con un importo massimo complessivo stimato di Euro 850.000,00.=; alla data del 31 maggio 2013 è stata chiusa la fase della preselezione. Questo avviso in materia di beni culturali è reperibile all'indirizzo http://www.trentorise.eu/public_notice/pre-commercial-procurement-17-february-2012. Altri appalti sono stati recentemente lanciati da *Trento RISE*, per una durata sempre di 36 mesi (prorogabile), per la realizzazione di un progetto di ricerca e sviluppo riguardante: (a) “Organisational and process models enabling technology transfer and the application of innovative solutions” in data 6 giugno 2012 nel settore dei modelli organizzativi e di processo abilitanti al trasferimento tecnologico con un importo massimo complessivo stimato pari ad Euro 2.500.000,00 all'anno e senza lo sviluppo di un applicativo-pilota (http://www.trentorise.eu/public_notice/pre-commercial-procurement-6-june-2012); risulta in corso la seconda fase alla data dell'1 agosto 2013; (b) “Advanced ICT services for well being at home” in data 2 luglio 2012 nel settore dell'ICT per la qualità della vita con un importo complessivo stimato pari ad Euro 1.500.000,00 all'anno e senza lo sviluppo di un applicativo-pilota (http://www.trentorise.eu/public_notice/pre-commercial-procurement-2-july-2012); l'appalto è stata assegnato alla data dell'1 agosto 2013; (c) “Smart space management platform” in data 26 ottobre 2012 con un importo massimo complessivo stimato pari ad Euro 2.100.000,00 all'anno e con lo sviluppo di almeno 3 applicativi-pilota, per cui è messo a disposizione l'importo di Euro 3.500.000,00 complessivamente (http://www.trentorise.eu/public_notice/pre-commercial-procurement-smart-space-management-platform-26-october-2012); risulta aperta la fase di preselezione alla data dell'1 agosto 2013; (d) “ICT platform for smart building energy optimization and smart grid integration” in data 7 febbraio 2013 con un importo massimo complessivo stimato pari ad Euro 1.500.000,00 all'anno e con lo sviluppo di uno o più applicativi-pilota, per cui è messo a disposizione l'importo di Euro 500.000,00 complessivamente (http://www.trentorise.eu/public_notice/pre-commercial-procurement-ict-platform-smart-building-energy-optimization-and-smart); risulta aperta la fase di preselezione alla data dell'1 agosto 2013. Comunque i riferimenti contenuti nel testo per l'esperienza qui pertinente di *Trento RISE* riguardano l'appalto precommerciale nel settore del turismo, in quanto i successivi ne hanno seguito la matrice.

applicativo - pilota (ed eventuale prima fase di esercizio), relativo al progetto di ricerca e sviluppo in oggetto¹³⁷.

Se formalmente appare un accordo – quadro, nella sostanza si ricalca la matrice del dialogo competitivo ed, alla luce della costruzione del percorso in scheletriche due fasi (genericamente esplorativa quella del dialogo, minimamente comparativa quella dell’invito ad offrire), siamo in presenza di una procedura – quadro. Al riguardo appaiono critici almeno due passaggi, che possono incidere sul grado di trasparenza e apertura del bando¹³⁸: non viene definito un termine massimo entro cui chiudere la consultazione interattiva con il mercato tramite gli operatori preselezionati e questo aspetto interferisce con il principio di temporalità, espressione del più generale principio di trasparenza; inoltre, il regime in materia di diritti di proprietà intellettuale non è predefinito in termini di indirizzo ed è rimesso alla chiusura del dialogo, per cui le condizioni contrattuali di partenza non sono chiare *ex ante* ed uguali per l’effettiva concorrenza in ordine ad un elemento essenziale dello strumento quale la condivisione dei benefici e dei rischi. Manca in altre parole un *range* predefinito su cui compiere un valutazione imparziale trasparente e, soprattutto, non viene esercitata nel bando sia la funzione regolatoria (in materia di diritti di proprietà intellettuale¹³⁹ e di griglia per la valutazione) sia di guida delle varie fasi (preparatoria, esplorativa, cooperativa, competitiva). Sotto questi profili è come se l’appalto precommerciale fosse fotografato dall’avviso di gara “in negativo”: non è un dialogo competitivo, ma se ne riproducono in modo piatto le due fasi; è dichiarato un appalto precommerciale, ma non si esplicitano termini procedurali e condizioni contrattuali.

Da altra angolatura possiamo far rientrare questo caso (almeno parzialmente) nel novero degli appalti promozionali. Infatti, l’innovazione è presentata come un’opportunità e, come nello schema – contributo, si chiede ai candidati (che non ne hanno uno già insediato) di attivare un centro di ricerca¹⁴⁰, strutturato con minimi requisiti dimensionali e non correlati alle prestazioni e alle funzioni delle persone coinvolte. Questo carattere promozionale è accentuato anche dal marcato peso

¹³⁷ L’importo massimo complessivo stimato per la realizzazione e l’esercizio dell’applicativo pilota è pari ad Euro 850.000,00.

¹³⁸ Ad esempio, si può aggiungere che, contrariamente agli auspici della Commissione europea, sugli elementi afferenti la capacità economica e finanziaria e la capacità tecnica si fissano requisiti non raggiungibili per le piccole medie imprese, che potranno contare sulle previsioni relative all’avvalimento, al subappalto, ai raggruppamenti e ai consorzi.

¹³⁹ Generalmente attribuito alle imprese affidatarie con riserva della licenza d’uso in capo al beneficiario pubblico.

¹⁴⁰ In caso di aggiudicazione andranno ubicata delle unità operative con determinati requisiti dimensionali. Infatti, si richiede l’impegno di aprire un centro di ricerca, che comporti un investimento da parte dell’Impresa di almeno 10 persone, co-locato con *Trento RISE*, ed a mantenerlo operativo per tutta la durata del progetto. La definizione dei requisiti minimi di strutturazione del Centro di Ricerca co-locato sarà specificata nella documentazione d’invito a presentare offerta che sarà trasmessa ai partecipanti che si saranno qualificati per le fasi successive del presente appalto precommerciale. In ogni caso il dimensionamento del Centro di Ricerca co-locato deve essere legato proporzionalmente al corrispettivo offerto dall’Impresa. Il dimensionamento di 10 persone è legato al corrispettivo minimo di Euro 500.000,00 annui. Nel contesto di questo avviso, si legge quanto segue: “ ... per Centro di Ricerca co-locato si intende Centro di Ricerca localizzato all’interno oppure in prossimità delle strutture e degli uffici di *Trento RISE*, negli spazi di volta in volta da questa individuati o, comunque, da questa approvati. Il Centro di Ricerca dovrà essere co-locato in modo da soddisfare il vincolo di prossimità dal punto di vista organizzativo, ovvero il vincolo di continuo scambio di informazioni e collaborazioni con *Trento RISE*”.

attribuito al cofinanziamento¹⁴¹, che, seppure escluso per l'eventuale applicativo – pilota, non potrà essere inferiore al 50% del valore a corrispettivo offerto. Se teniamo conto che questo cofinanziamento non è legato al regime di condivisione dei rischi e dei benefici, l'elevato *range* richiesto altera funzionalmente la causa dello schema – commessa (perché non si affidano servizi di ricerca, ma si costruisce una sorta di *joint venture*) e sembra spingere la fattispecie in esame verso il partenariato europeo per l'innovazione. Tanto più che all'aggiudicatario viene richiesto l'impegno a coinvolgere in modo strutturale almeno un'area di ricerca riferita a gruppi trentini operanti dentro *Trento RISE*, a riprova dell'obiettivo perseguito di provocare un'innovazione discontinua (e non incrementale) secondo una logica non circoscritta al ciclo di vita dell'eventuale soluzione prototipale. Nel contempo va rimarcato, con la riserva dello sviluppo di un applicativo – pilota¹⁴², un elemento tipico dell'appalto pro – sperimentale, ma la configurazione di questa riserva in termini di possibilità e il riferimento ad un primo utente pagante (più che sperimentatore) depongono per una lettura recessiva rispetto al carattere dominante dell'appalto promozionale nonché del partenariato.

Assolutamente positivi nel riscontro, invece, di coerenza con gli orientamenti comunitari e la ricostruzione qui proposta sono il documento tecnico (“Annex 1” in merito alla visione a *target*, alle tecnologie abilitanti e all'area dei servizi innovativi nonché il riferimento al documento strategico a livello provinciale per l'innovazione sui servizi nel settore dell'ICT¹⁴³). Il primo adempie alle funzioni descrittive dell'appalto, il secondo fa da sponda programmatica settoriale.

9.3 La Regione Valle d'Aosta

Infine, anche la Valle d'Aosta ha lanciato un bando di appalto precommerciale nell'ambito del progetto strategico di cooperazione transfrontaliera “Alcotra Innovazione” fra Italia e Francia¹⁴⁴. Sono individuati gli ambiti nei settori

¹⁴¹ Nell'avviso si legge quanto segue: “L'impegno dell'Impresa, in caso di aggiudicazione, al co-finanziamento (*in cash* e/o *in kind* ed, in ogni caso, con le modalità che dovranno essere definite in accordo con *Trento RISE*) delle attività oggetto del progetto di ricerca e sviluppo in misura non inferiore al 50% del valore a corrispettivo che sarà offerto dall'Impresa stessa (intendendosi quello che sarà indicato nell'offerta economica che saranno invitate a formulare le Imprese che avranno concluso la fase di “dialogo” con *Trento RISE*, per cui si veda *infra*), con un minimo (di co-finanziamento) di Euro 500.000,00 all'anno per tutta la durata del progetto”.

¹⁴² Non è chiaro, inoltre, se si tiene conto del ciclo dei costi (soprattutto, evolutivi) al riguardo. Generalmente è fondamentale che il primo utente (pagante o sperimentatore) possieda i necessari requisiti strutturali ed infrastrutturali.

¹⁴³ Si tratta del documento “Una strategia di Legislatura per l'innovazione sui servizi abilitata dall'Information & Communication Technologies (ICT) - Relazione finale fase di Assessment e pianificazione - Aree di innovazione di servizio, infrastrutture abilitanti e iniziative progettuali”, approvato con deliberazione della Giunta provinciale di Trento n. 1501 del 7 luglio 2011, reperibile all'indirizzo <http://www.delibere.provincia.tn.it/>. In particolare, si evidenzia l'importanza di individualizzare i servizi in area ICT, proprio in un contesto di globalizzazione, e si presenta il territorio trentino quale un laboratorio, allorché si parla di “TasLab” (*Trentino as Lab*).

¹⁴⁴ Il programma comunitario di cooperazione prevede che tale iniziativa di appalto precommerciale comprenda, oltre alla Valle d'Aosta, auspicabilmente almeno una fra le seguenti regioni: Piemonte, Liguria, Provence-Alpes-Côte d'Azur e Rhône-Alpes. Si specifica che i bisogni prioritari che risultano espressi nel capitolato e che l'operatore economico dovrà soddisfare, meglio descritti nel capitolato di gara, appartengano ad almeno uno degli ambiti tecnologici (*smart energies* e *intelligent mobility*), pur potendo soddisfare più di un bisogno. Gli atti di gara sono consultabili sul sito <http://appweb.regione.vda.it/dbweb/bandigara/bandigar.nsf/%28vediTutti%29/71F1EEC2EE881A9DC12579CF00383194?opendocument&l=&>. Da ricordare che l'esempio valdostano è ritenuto un caso pilota, al punto da essere presentato

dell'utilizzo delle energie (soprattutto, rinnovabili) e della mobilità intelligente attraverso l'enunciazione dei bisogni quali attese di migliore futura gestione. La Regione Valle d'Aosta espressamente dichiara di voler acquistare servizi di ricerca e sviluppo con relativa sperimentazione di prototipi di prodotti/servizi presso singoli o gruppi di utilizzatori finali, che non solo siano distribuiti sul territorio del progetto di cooperazione transfrontaliera, ma anche che, previo consenso scritto alla partecipazione, siano individuati di concerto con la medesima e possano sperimentare nella forma del "Living Lab" senza oneri a loro carico (trattandosi di prestazioni remunerate dalla stazione appaltante)¹⁴⁵.

Due appaiono gli elementi che caratterizzano in modo innovativo l'esperienza valdostana rispetto ai precedenti casi e che riguardano la dimensione plurale propria dell'appalto precommerciale: si tratta di un bando multistadio, perché vi è l'esplicitazione di due distinte fasi, ciascuna di durata pari a 6 mesi, per cui alla fase di ricerca e sviluppo segue quella della sperimentazione; si stabilisce il numero massimo di affidatari (tre per la prima fase, due per la seconda). Per contro, la condivisione dei rischi e dei benefici appare attenuata, dal momento che: (1) i diritti di proprietà intellettuale appartengono, in regime di deroga espressa rispetto al paradigma comunitario, alla stazione appaltante, che può cederli a titolo oneroso per

come modello in 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, pp. 78 e ss., consultabile all'indirizzo <http://www.aginnovazione.gov.it/attivita/collaborazione-pubblico-privato/quaderni-dellinnovazione/>.

¹⁴⁵ Negli atti di gara (bando, capitolato, disciplinare) si legge che la proposta tecnica da presentare in risposta al bando indicherà le modalità con cui il bisogno specifico dell'amministrazione pubblica potrà essere, a valle della realizzazione del progetto, parzialmente o totalmente soddisfatto. Inoltre, i soggetti affidatari procederanno, nella prima fase, all'attuazione delle attività di ricerca industriale e sviluppo sperimentale, per una durata massima di 6 mesi, e, qualora vengano ulteriormente selezionati per la seconda e conclusiva fase, all'esecuzione delle attività di sperimentazione dei prototipi per una durata massima di 6 mesi, mediante il ricorso alla metodologia dei *Living Labs* (le cui linee guida europee sono espressamente richiamate). Il valore complessivo stimato dell'appalto è di Euro 750.000,00, I.V.A. esclusa, per un importo complessivo di Euro 907.500,00, che consentirà di acquisire, nei due ambiti tecnologici, un massimo di 3 servizi di ricerca e sviluppo (prima fase) di cui un massimo di 2 accederà alla fase di sperimentazione dei prototipi (seconda fase). Di conseguenza, viene esplicitato che: (1) ai fini dell'appalto per ciascun servizio il valore massimo è pari ad Euro 137.500,00, I.V.A. esclusa, comprensivo delle attività previste nella prima e seconda fase; (2) il servizio decorre dalla stipula del contratto di prestazione di servizi e avrà una durata massima di 6 mesi per la prima fase e di ulteriori 6 mesi per la seconda fase. Alla data dell'1 agosto 2013 risultano affidate sia la fase 1 sia la fase 2. Un secondo bando, giunto all'1 agosto 2013 al termine della fase 1, dedicato alle sole *smart energies* e scaricabile da [http://appweb.regione.vda.it/dbweb/bandigara/bandigar.nsf/\(vediTutti\)/C4C45EB90C3F72FCC1257AAF005BDE4C?opendocument&l=&](http://appweb.regione.vda.it/dbweb/bandigara/bandigar.nsf/(vediTutti)/C4C45EB90C3F72FCC1257AAF005BDE4C?opendocument&l=&), è stato pubblicato in data 7 novembre 2012 grazie alle economie ottenute con il primo bando e segue lo schema qui commentato con alcune differenze: (i) la durata delle due fasi è limitata a 4 mesi; (ii) il valore complessivo stimato dell'appalto è più contenuta, attestandosi ad Euro 275.000,00, I.V.A. esclusa, per un importo complessivo di Euro 332.750,00, che consentirà di acquisire, nei due ambiti tecnologici, un massimo di 2 (prima erano 3) servizi di ricerca e sviluppo (prima fase), che potranno accedere alla fase di sperimentazione dei prototipi (seconda fase); (iii) è ridotta la percentuale di importo in spese di ricerca e sviluppo ai fini della capacità tecnica e professionale (30% in luogo del 40%); (iv) nella griglia di valutazione dell'offerta tecnica nella prima fase è stato aumentato il peso sia della qualità scientifica (aggregando le competenze tecnico - scientifiche del gruppo di lavoro) sia del valore aggiunto fornito dalla metodologia di sperimentazione; (v) nella griglia di valutazione dell'offerta tecnica nella seconda fase è stato aumentato il peso sia del valore aggiunto fornito dalla metodologia di sperimentazione sia della qualità, coerenza e sostenibilità del progetto di sperimentazione (a discapito dell'utilizzabilità del monitoraggio sperimentale); (vi) pur precisando che la Regione Valle d'Aosta è disponibile a cedere a titolo oneroso i diritti di proprietà intellettuale (si è eliminato l'inciso "in deroga" con "secondo quanto previsto" dalla disciplina comunitaria, ma poco cambia), si chiariscono meglio gli obblighi in capo all'appaltatore per la fornitura di tutta la documentazione necessaria all'effettivo sfruttamento dei diritti di proprietà intellettuale o d'uso gratuito e per la sottoscrizione degli atti conseguenti, qualora la cessione sopra richiamata non avvenga.

una più ampia diffusione¹⁴⁶, con un riferimento conseguente alla proprietà pubblica quale garanzia (più che signoria); (2) il cofinanziamento viene focalizzato in termini di valutazione più sullo sconto rispetto a costi di produzione¹⁴⁷. Il fatto, poi, che l'offerta economica, pur inserendosi in un appalto definito a corpo, debba recare l'indicazione dei criteri, con cui sono state determinate le singole voci, e delle percentuali di sconto o quote di cofinanziamento applicate su ciascuna voce dal soggetto proponente, è elemento che insieme (lato offerta tecnica) al giudizio delle competenze tecniche, di per sé non strettamente compatibili con i principi dell'appalto¹⁴⁸, e alla riconduzione del rapporto con il *partner* scientifico ad una sub contraenza tende a spostare il baricentro dello schema – commessa verso lidi propri maggiormente dello schema – contributo¹⁴⁹. Rispetto al caso trentino, dove per contro è dato risalto alla fase del dialogo come fase procedurale, viene anche data

¹⁴⁶ In realtà, il “Piano strategico di posizionamento e sviluppo del territorio” della Regione Valle d’Aosta, approvato dalla Giunta regionale con deliberazione n. 1043 di data 11.04.2008, stabilisce l’indicazione tendenziale a rilasciare i risultati ai fornitori e a mantenere un diritto di sfruttamento gratuito ed afferma la regola della negoziazione sui diritti di proprietà intellettuale, che qui appare ridotta alla sola offerta economica.

¹⁴⁷ Non vi sarebbe spazio per il cofinanziamento, nel caso valdostano, per il ridotto valore unitario delle aggiudicazioni secondo 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, p. 61, che può essere agevolmente reperito, consultando l’indirizzo <http://www.aginnovazione.gov.it/attivita/collaborazione-pubblico-privato/quaderni-dellinnovazione/>.

¹⁴⁸ Vedi, però, nella versione *preprint*, “Gli Appalti pubblici pre-commerciali- Istruzioni per l’uso”, realizzato dal Dipartimento per la Digitalizzazione della Pubblica Amministrazione e l’Innovazione Tecnologica presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, Edizioni Forum PA, marzo 2012, p. 34, che richiama, il paragrafo 4.4 della Determinazione n. 7 del 24 novembre 2011 dell’Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture, reperibile all’indirizzo <http://www.avcp.it/portal/public/classic/AttivitaAutorita/AttiDellAutorita/Atto?ca=4846>. Infatti, i requisiti soggettivi, ovvero attinenti all’esperienza professionale del candidato (quali: *curricula*, referenze, licenza, competenza, lavori e servizi realizzati, risorse disponibili), sono notoriamente considerati requisiti per la partecipazione e non per la valutazione e la selezione dell’offerta. Tuttavia, questa rigida delimitazione, che porta al divieto di commistione fra requisiti di natura soggettiva e quelli di natura oggettiva, è stata recentemente messa in dubbio, allorché, con riferimento ai servizi di ingegneria e di tesoreria, si tratta di valutare gli aspetti organizzativi del competitore (il “valore qualitativo dell’impresa” oppure la struttura aziendale), in quanto possono proiettarsi sulla consistenza e sulla garanzia esecutiva dell’offerta e non riguarderebbero semplicemente l’insieme delle capacità tecniche del candidato. Si vedano Consiglio di Stato, sezione VI, sentenza resa in data 09.06.2008, n. 2770; Consiglio di Stato, sezione V, sentenza resa in data 16.02.2009, n. 837; Consiglio di Stato, sezione V, sentenza resa in data 12.06.2009, n. 3716; Consiglio di Stato, sezione VI, sentenza resa in data 18.09.2009, n. 5626; Consiglio di Stato, sezione VI, sentenza resa in data 15.12.2010, n. 8933, tutte consultabili su www.giustizia-amministrativa.it. Di certo, nella tipologia di appalto precommerciale promozionale possono apprezzarsi maggiormente i requisiti soggettivi nei limiti ora considerati, mentre nell’appalto pro-sperimentale non paiono sussistere spazi per superare il divieto, in quanto non è l’organizzazione (in termini di insediamento, soprattutto), ma la prestazione nella sua innovatività ad essere al centro del processo di selezione.

¹⁴⁹ Dall’analisi degli atti di gara si evince che: (1) il costo della prestazione del *partner* scientifico sarà interamente remunerato dall’offerente e, quindi, verrà compreso nell’offerta economica, in quanto il partner scientifico interviene come fornitore di servizi nei confronti dell’offerente senza esigere alcun corrispettivo dall’amministrazione appaltante; (2) l’offerta economica deve comprendere un budget analitico relativo alle successive fasi, rispettivamente, di ricerca e sviluppo e di sperimentazione, accompagnato dall’indicazione dei criteri con cui sono state determinate le singole voci e delle percentuali di sconto o quote di cofinanziamento applicate su ciascuna voce dal soggetto proponente o dai singoli componenti il raggruppamento temporaneo o consorzio stabile o costituendo, fino a raggiungere l’importo offerto. La problematicità, poi, nello stabilire il compenso a fronte di un bene di cultura (quale discende dai servizi di ricerca) è evidenziata da Basile Massimo “Ricerca scientifica” in *Enciclopedia del Diritto*, XL, Giuffrè, Milano 1989, pp. 414 e ss., per il quale anche nei contratti di ricerca ne deriverebbero sia la propensione a commisurare il corrispettivo ai costi effettivi della ricerca, eventualmente aumentati di una quota di utile, sia l’esigenza di predefinire meccanismi di verifica dei costi, mentre sarebbe recessiva l’ipotesi di un computo forfetario.

una composita griglia di valutazione¹⁵⁰, oltre ad una evidente considerazione per le piccole medie imprese riguardo ai requisiti generali, professionali, economici e tecnico-organizzativi. Inoltre, il divieto di cessione del contratto è accompagnato anche dal divieto per il subappalto. Sotto il profilo civilistico la classificazione delle ipotesi di risoluzione contrattuale pare sottintendere un grado di maggiore libertà rispetto agli appalti commerciali rispetto ai motivi di pubblico interesse, a differenza di una mancata distinzione sulla confidenzialità delle informazioni, il cui accesso è appiattito sul modello degli appalti commerciali. Inoltre, non venendo richiesta la stipulazione di un accordo – quadro ed essendo ben focalizzata l’articolazione formale nelle due fasi, siamo di fronte ad una procedura – quadro, espressamente definita “aperta”. Infine, la modalità a trama leggera di previsione e ricorso degli utilizzatori finali nella sperimentazione, combinandosi con il regime ordinario degli appalti per i diritti di proprietà intellettuale, depone più a favore del contenuto promozionale a discapito di quello più propriamente pro – sperimentale¹⁵¹. Se ne avrebbe una conferma, peraltro implicita della ricaduta locale della misura approntata, nella previsione che il disciplinare di gara¹⁵², nell’ammettere la partecipazione a concorrenti con sede in altri stati membri dell’Unione Europea, stabilisce comunque la regola dell’ammissione ai soggetti “che svolgono attività compatibili con le prestazioni oggetto di gara” e impone la sperimentazione nella forma del “Living Lab”, che ne accentua la tendenza orizzontale.

9.4 La Regione Puglia

Del tutto simile al caso valdostano appare l’appalto precommerciale indetto dalla Regione Puglia con riferimento alle due macroaree dell’assistenza e dell’inclusione nonché della sicurezza e della salute¹⁵³, dove, infatti, si sceglie la strada della

¹⁵⁰ In ambedue le fasi previste il criterio è quello dell’offerta economicamente più vantaggiosa con un’interessante ripartizione fra offerta tecnica (70 punti pluriarticolati) e offerta economica (30 punti, suddivisi a metà fra prezzo complessivo offerto e sconto sui costi di produzione), con l’avvertenza che non vengono ammesse a valutazione economica le offerte tecniche che ottengano un punteggio inferiore a 50 punti.

¹⁵¹ Un’opinione diversa, anche se non sufficientemente argomentata, può leggersi in 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, pp. 52 e ss., dove si inquadra il caso valdostano quale esempio di strumento per l’approvvigionamento di innovazione e che può essere reperito, consultando l’indirizzo <http://www.aginnovazione.gov.it/attivita/collaborazione-pubblico-privato/quaderni-dellinnovazione/>.

¹⁵² Vedi l’articolo 6 dell’Allegato C, costituente il “Disciplinare del bando di gara per servizi di ricerca e sviluppo nell’ambito del progetto strategico di cooperazione transfrontaliera Alcotra Innovazione”.

¹⁵³ Vedi, per ogni dettaglio, la determinazione del Dirigente del Servizio Affari Generali della Regione Puglia n. 122 dd. 03.08.2012, con cui, in coerenza con l’acquis comunitario, nel richiamare espressamente la programmazione FESR e nel destinare all’appalto precommerciale l’importo complessivo di Euro 1.920.000, IVA inclusa, si approvano tutti gli atti di gara per l’acquisizione di servizi di ricerca quali contratti esclusi (bando di gara, capitolato tecnico, disciplinare di gara, schema di contratto, istanze di partecipazione, dichiarazioni, moduli per offerte) <http://www.empulia.it/tno-a/empulia/alboa/Lists/Archivio%20privato/DispForm.aspx?ID=726&Source=http%3A%2F%2Fwww.empulia.it%2Ftno-a%2Fempulia%2Falboa%2Fdefault.aspx>. La procedura è definita aperta e prevede la pubblicazione dell’avviso sulla Gazzetta Ufficiale sia della Repubblica Italiana sia dell’Unione Europea. Alla data dell’1 agosto risulta aggiudicata la fase 1 (ricerca e sviluppo sperimentale). L’evidente somiglianza della procedura seguita dalle Regioni Valle d’Aosta e Puglia scaturisce dalla partecipazione dei funzionari regionali al progetto “Sostegno alle politiche di ricerca e

dimensione plurale a tutto tondo (plurisoggettiva e multistadio) per mezzo di una esplicita rappresentazione degli elementi di valutazione¹⁵⁴. Si registrano, peraltro, alcune differenze, dal momento che per la Regione Puglia:

- il riferimento, proprio della fattispecie valdostana, alla cooperazione transfrontaliera è sostituito dal richiamo alla programmazione FESR 2007 – 2013, che sia condiziona la procedura di erogazione del corrispettivo (per fasi pari al 35% sino al 95% finale con trattenuta del 5% quale garanzia della regolare esecuzione) sia pone l'obbligo, sanzionabile (in termini di inammissibilità dell'istanza nella fase dell'evidenza aperta e di inadempimento in quella di esecuzione contrattuale), di fissare la sede operativa nel territorio regionale;
- la peculiarità deriva dall'attivazione del *foresight* quale fase propedeutica all'appalto precommerciale, anche alla luce del protocollo d'intesa con gli *stakeholders* locali con relativo inquadramento nella categoria degli appalti orizzontali;
- pur appartenendo i diritti di proprietà intellettuale alla stazione appaltante (anche qui in termini di garanzia, parrebbe), questa riconosce all'impresa aggiudicataria la compartecipazione a tali diritti nei limiti della percentuale di ribasso sul costo di produzione dalla stessa evidenziato nell'offerta economica e realmente praticato¹⁵⁵;
- sulla valutazione dell'offerta economica lo sconto, sempre limitato al costo di produzione, non può essere superiore al 49% e per la selezione dell'offerta tecnica non si prevede lo sbarramento alla soglia di 50 punti;
- non si prefigura espressamente il rapporto con il *partner* scientifico tramite sub contraenza;
- si accentua il legame territoriale, prevedendo – come già sopra ricordato - a pena di inammissibilità che ciascun operatore economico partecipante si impegni a fissare nel territorio regionale pugliese una propria sede operativa (con relativa certificazione camerale), oltre al fatto che tutte le

innovazione delle Regioni”, supportato dall'Agenzia per la diffusione delle tecnologie per l'innovazione e dal Dipartimento per lo Sviluppo e la Coesione Economica. Nel caso pugliese, peraltro, se ne dà conto esplicitamente anche in relazione alla scelta della metodologia seguita per il *foresight* nella fase 0.

¹⁵⁴ Le fasi sono due: (a) ricerca industriale e sviluppo sperimentale, di durata pari a 8 mesi; (b) validazione e verifica di prototipi, di durata pari a 4 mesi. Se nella prima fase si prevede un massimo di otto servizi (di valore massimo pari ad Euro 200.000, IVA esclusa, per un totale di Euro 1.600.000), accedono alla seconda fase di ambedue le macroaree almeno 4 offerte (di valore massimo pari ad Euro 80.000, IVA esclusa, per un totale di Euro 320.000); se vi sono meno di tre offerte ammesse, la stazione appaltante si riserva di non aggiudicare alcuna offerta, il che abilita la stazione medesima ad ammettere alla fase di sperimentazione eventualmente fino a 8 progetti inseriti in graduatoria nell'altra macroarea; se, poi, sono meno di tre le offerte ammissibili in entrambe le macroaree, l'amministrazione non provvederà ad aggiudicare nessuna offerta. Quanto alla griglia di valutazione il criterio è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa con la stessa ripartizione del caso valdostano fra offerta tecnica (70 punti pluriarticolati con maggiore enfasi sul grado di innovazione ed alcune differenze di pesatura) e offerta economica (30 punti, suddivisi a metà fra prezzo complessivo offerto e sconto sui costi di produzione).

¹⁵⁵ Si precisa, peraltro, che la gara riguarda la fornitura di servizi e non lo sfruttamento dei diritti di proprietà intellettuale.

attività di sperimentazione dei prototipi deve avvenire nello stesso territorio pugliese¹⁵⁶;

- si acconsente al subappalto, pur entro la percentuale del 15%.

Accanto ad elementi propri dell'appalto ordinario (accesso alle informazioni, recesso, *jus variandi*, inadempimento, avvalimento, subappalto) il caso pugliese focalizza di più l'attenzione sulla necessità di dare conto del grado di innovatività della proposta e arriva a stabilire, oltre ad un generale potere di vigilanza (con visite ed accertamenti¹⁵⁷), la regola della identità anche nel tempo del gruppo di lavoro, che è presidiata dall'apposizione della clausola risolutiva espressa. Peraltro, la composizione del gruppo di lavoro può essere variata per cause di forza maggiore riconducibili a motivazioni oggettive e a seguito di procedura concordata con l'amministrazione, con evidente invasione nel perimetro di meccanismi soggettivi più propri dello schema – contributo e, nel mondo dei contratti, eventualmente tipici di quelli *intuitu personae*¹⁵⁸.

Tenendo conto di queste caratteristiche distintive e dell'eventuale presenza di utilizzatori finali nella fase di sperimentazione, anche il modello pugliese (come quello valdostano, sebbene per ragioni parzialmente diverse) si attaglia maggiormente ad essere l'esemplificazione di uno strumento per la promozione della domanda di innovazione (*idem est*: appalto promozionale) che per l'approvvigionamento della stessa, probabilmente in conseguenza dell'attrazione delle regole e delle finalità che disciplinano l'utilizzo dei fondi strutturali.

9.5 La Regione Lombardia

Il quarto caso va, invece, ascritto alla categoria dell' "appalto precommerciale intonato secondo il canone comunitario" ed è quello della Regione Lombardia¹⁵⁹.

Si tratta di una tipologia iniziata con la fase del dialogo tecnico e scandita dall'adozione di un primo provvedimento con cui, nell'impegnare risorse finanziarie, è stato attivato il percorso per l'affidamento di appalti precommerciali (e appalti di innovazione di servizi di ricerca e sviluppo) sui temi strategici e prioritari identificati del documento programmatico, già menzionato sopra, e allo scopo di sviluppare prodotti innovativi.

Due sono gli elementi meritevoli di essere sottolineati e riguardano, da un lato, la procedura – metodo, dall'altra, la motivazione - finalità. Il primo è la chiara declinazione di un metodo: (1) si avvia un percorso; (2) che presuppone un dialogo

¹⁵⁶ Vedi l'articolo 8 del capitolato tecnico. Sulla residenzialità e sulla localizzazione delle attività si rinvia alle considerazioni svolte nel paragrafo 6.

¹⁵⁷ Sotto il profilo civilistico il diritto di accedere sul luogo delle indagini può essere spiegato con la tutela del creditore ai fini dell'acquisto delle conoscenze pattuite, soprattutto, se la finalità dell'appalto è volta alla promozione della ricerca. Del resto, graverebbe sull'affidatario della commessa l'obbligo di lasciar conoscere o fruire l'utilità al creditore, anche in conformità all'articolo 1182 del Codice Civile. Così si esprime Basile Massimo "Ricerca scientifica" in *Enciclopedia del Diritto*, XL, Giuffrè, Milano 1989, pp. 414 e ss..

¹⁵⁸ Vedi gli articoli 6 e 9 dello schema di contratto.

¹⁵⁹ Si rimanda alla deliberazione della Giunta regionale n. IX/2379 del 20 ottobre 2011, reperibile consultando il sito http://www.cultura.regione.lombardia.it/shared/ccurl/975/136/BURL%2043_2011.pdf e pubblicata sul B.U. della Regione Lombardia n. 43 dd. 24.10.2011.

tecnico con il mercato; (3) e che serve mettere a punto un modello operativo (ovvero linee guida regionali); (4) sulla base di uno schema di un appalto pre-commerciale pilota e di un modello operativo regionale di programmazione, gestione e valutazione degli appalti pubblici pre-commerciali. Ne discende la chiara appartenenza alla tipologia della procedura – quadro. Il secondo è la coerente (con lo scenario comunitario) ed esplicita rappresentazione dei vantaggi: (1) filtrare anticipatamente i rischi tecnologici connessi ad una fornitura su larga scala; (2) anticipare il coinvolgimento del mercato per la risoluzione di un problema tecnologico, in quanto non definibile in termini di requisiti e specifiche tecnici; (3) conseguire nel medio - lungo periodo economie nel ciclo di vita del prodotto; (4) ampliare la partecipazione (trasversale anche in termini di competenze e settori) per lo sviluppo di soluzioni innovative; (5) contribuire a rendere le imprese europee¹⁶⁰. La nota di interesse è fornita non solo dalla necessità esplicitata della dimensione pluralistica della procedura (che si articola in due fasi almeno e deve mantenere la concorrenza fino alla fase finale con almeno due imprese partecipanti), ma anche dalla chiara prefigurazione di una griglia di attribuzione dei diritti di proprietà intellettuale secondo uno schema¹⁶¹ che, privilegiando la non esclusività, evidenzia prioritariamente e congiuntamente: (1) l'attribuzione totale dei risultati alle imprese partecipanti che hanno ideato le soluzioni; (2) il diritto d'uso gratuito a favore

¹⁶⁰ Vedi il Decreto del Direttore di Funzione Specialistica Università e Ricerca della Regione Lombardia n. 2929 del 4 aprile 2012 (identificativo atto n. 225), che approva l'invito a manifestare interesse per la partecipazione alla procedura di dialogo tecnico con il mercato e che è stato pubblicato sul B.U. della Regione Lombardia n. 16 del 17 Aprile 2012. Si rilevano al riguardo i seguenti ulteriori aspetti: (1) siamo ancora in una fase antecedente la gara; (2) la stazione appaltante è l'Azienda Ospedaliera Niguarda Ca' Granda, che curerà la procedura di gara in base al fabbisogno emerso; (3) il rapporto fra Regione Lombardia, che è identificata quale soggetto promotore, e Azienda ospedaliera è retto da un accordo amministrativo di durata triennale, di cui all'articolo 15 della legge 7 agosto 1990, n. 241, in quanto si richiama la collaborazione in attività di interesse comune; l'accordo, esteso nel frattempo alla neonata Agenzia Regionale Centrale Acquisiti (ARCA) quale struttura di servizio, è stato sottoscritto in data 6 dicembre 2012 ed è scaricabile da <http://www.regione.lombardia.it/cs/Satellite?c=Avviso&childpagename=Regione%2FWrapperAvvisiLayout&cid=1213569145469&p=1213569145469&pagename=RGNWrapper>; (4) il fabbisogno di innovazione è identificato dalle schede tecniche che accompagnano la procedura e che riguardano il sistema robotico automatizzato per il prelievo venoso, il dispositivo di interfaccia universale per apparecchiature medicali domiciliari per la trasmissione dei dati e segnali/parametri del paziente e i dispositivi automatizzati per il traino di letti e barelle; (5) vengono fissati tempi e modalità certi per l'apertura, la gestione e la chiusura del dialogo tecnico, (6) la Regione Lombardia assegna alla stazione appaltante una dotazione finanziaria di Euro 750.000,00, vincolandola a finanziamento sotto forma di corrispettivi per l'appalto precommerciale, (7) si fissa il principio della non rinegoziabilità delle condizioni economiche durante la procedura pre – commerciale; (8) si prevedono meccanismi di valutazione intermedia e si afferma la natura sperimentale dell'ultima fase della procedura (volta alla sperimentazione della soluzione prototipale in un contesto operativo reale); (9) la stazione appaltante, che al pari del soggetto promotore e della struttura di servizio possono avviare forme autonome di approvvigionamento di fornitura della soluzione derivanti dalla commessa di ricerca, si riserva di utilizzare le specifiche tecniche risultanti dall'appalto precommerciale come base dell'appalto per la fornitura della soluzione a seguito della fase di prototipazione e sperimentazione. Si trova la documentazione all'indirizzo <http://www.regione.lombardia.it/cs/Satellite?c=Avviso&childpagename=Regione%2FWrapperAvvisiLayout&cid=1213508474292&p=1213508474292&pagename=RGNWrapper>.

¹⁶¹ Va segnalata una ulteriore (dopo quella segnalata sopra ed inerente ARCA quale struttura di servizio) modifica al riguardo intervenuta in merito alle statuizioni contemplate nell'accordo di cooperazione istituzionale, se confrontiamo quello firmato in data 6 dicembre 2012 e quello allegato al Decreto del Direttore di Funzione Specialistica Università e Ricerca della Regione Lombardia n. 2929 del 4 aprile 2012 (identificativo atto n. 225). In quest'ultimo, infatti, si leggeva all'articolo 8 che: (i) la cessione poteva essere parziale o totale dei risultati alle imprese partecipanti; (ii) la corresponsione di adeguata compensazione finanziaria sotto forma di *royalties* era sempre a favore della stazione appaltante ma con retrocessione di una percentuale diversa (80%) degli utili a beneficio della Regione; (iii) rimaneva, per converso, secondaria l'opzione della contitolarità dei risultati, peraltro subordinata espressamente all'autorizzazione della Regione Lombardia.

dell'azienda ospedaliera affidante; (3) la corresponsione di adeguata compensazione finanziaria, nell'ambito dell'accordo di cooperazione istituzionale, sotto forma di *royalties* a favore della stazione appaltante e con retrocessione del 90% degli utili a beneficio della Regione Lombardia¹⁶².

Si segnalano due ulteriori elementi che presuppongono e condizionano rispettivamente la gara: (1) la verifica delle anteriorità e la conseguente analisi di valutazione effettiva del *gap* di innovazione; (2) il potere della Commissione di interrompere la gara per carente qualità dei progetti di ricerca e sviluppo¹⁶³. Con il primo, rispetto al metodo del *foresight*, si tende a collocare l'asse del tempo nel passato (da scrutinare) e non si prefigura uno scenario futuro (da costruire), che è rimesso per contro all'esplorazione avviata con il dialogo tecnico, valorizzato a dispetto del Codice dei contratti pubblici. Con il secondo, invece, si sottolinea il profilo della reversibilità che, come abbiamo visto, distingue l'appalto precommerciale dalla commessa tradizionale.

Alla fase del dialogo tecnico è seguita, quasi un anno dopo, la pubblicazione del bando di gara (telematica) per l'affidamento dell'appalto pre-commerciale¹⁶⁴.

¹⁶² La gara indetta successivamente all'accordo di cooperazione, come vedremo dopo, stabilisce che la Regione Lombardia e l'Azienda Ospedaliera Niguarda Ca' Granda hanno diritto a ricevere una compensazione finanziaria sotto forma di compartecipazione ai ricavi derivanti dalle future vendite commerciali della soluzione innovativa risultante dall'appalto pre-commerciale nella misura pari all'1% del ricavo lordo delle vendite, limitatamente alla Soluzione Innovativa (o sua componente) coperta da diritti di proprietà industriale e/o intellettuale per un periodo di 5 (cinque) anni decorrenti dalla data di commercializzazione della Soluzione stessa. La compartecipazione finanziaria sarà destinata all'attivazione di ulteriori appalti di innovazione (appalti pre-commerciali e/o appalti di soluzioni innovative. Si noti una qualche similitudine (non solo per il comune tema sanitario) con il caso bolzanino, dove si parla di retrocessione degli utili (da destinare anche qui a futuri affidamenti a contenuto innovativo) e si disegna uno schema di cooperazione. Peraltro, a titolo di osservazione generale si rileva che la stessa compartecipazione ai ricavi, venendo configurata quale misura compensativa e comunque qui riferita all'accordo di cooperazione istituzionale, pare assumere la veste di retroversione (non risarcitoria, ma) indennitaria di utili, che, a differenza della fattispecie chiaramente delineata dall'articolo 125 del Codice della Proprietà Industriale (emanato con decreto legislativo 10 febbraio 2005, n. 30), non postula ovviamente una violazione della disciplina dei diritti di proprietà intellettuale (ad esempio, per contraffazione), non è un rimedio sanzionatorio e, incidendo indirettamente sulla causa commutativa secondo una logica di partenariato parziale, predetermina sotto forma di onere concordato di restituzione le opportunità finanziarie connesse alla commercializzazione della soluzione scaturita dall'appalto precommerciale.

¹⁶³ Vedi, per una casistica più completa, la documentazione relativa all'esperienza valdostana che definisce in modo più appropriato tale reversibilità, prevedendo in fase di gara un limite minimo di qualità tecnica dell'offerta e in fase di esecuzione l'elencazione dettagliata delle ipotesi di risoluzione contrattuale.

¹⁶⁴ La pubblicazione è avvenuta in data 8 marzo 2013. Tutta la documentazione della procedura è reperibile all'indirizzo <http://www.ricerca.regione.lombardia.it/cs/Satellite?c=Avviso&childpagename=Regione%2FWrapperAvvisiLayout&cid=1213589541348&p=1213589541348&pagename=RGNWrapper>. La durata del Contratto di Sviluppo Sperimentale, da stipularsi in conformità all'Allegato 4 del Disciplinare di Gara, è fissata in 180 giorni, che derivano dalla somma di 120 giorni per la realizzazione del prototipo e di 60 giorni per la relativa sperimentazione, mentre quella del Contratto di Gestione dei diritti proprietà intellettuale, da sottoscrivere in conformità all'Allegato 5 del Disciplinare di Gara, è pari a 5 anni. Da citare anche la misura di erogazione del corrispettivo accordato ai fornitori ammessi alla terza fase: (a) il 40% dell'importo contrattuale alla stipula del contratto di sperimentazione; (b) il 30% dell'importo contrattuale inclusa, in sede di validazione del prototipo; (c) il restante dell'importo contrattuale in sede di validazione finale del prototipo. L'importo complessivo impegnato dalla stazione appaltante ai fini dell'aggiudicazione di questo appalto pre-commerciale è pari a Euro 750.000,00, IVA inclusa. In particolare, tale importo complessivo è così ripartito: (1) a ciascun concorrente aggiudicatario della prima fase verrà riconosciuto l'importo a cifra fissa, a titolo di corrispettivo per la redazione di quanto richiesto nella prima fase e della seconda fase, pari ad Euro 25.000,00, IVA inclusa; questi importi sono corrisposti solo al termine della seconda fase; (2) ai concorrenti aggiudicatari della terza III viene riconosciuto il corrispettivo offerto con riferimento alla base d'asta che, per ciascun servizio di prototipazione, test e sperimentazione sul campo, e quindi per ciascun concorrente, è pari al valore di Euro 325.000,00, IVA inclusa. Importante è la precisazione che l'importo complessivo posto a base d'asta è definito "idoneo ad assicurare la remunerazione dei servizi di ricerca, ivi incluso lo sviluppo e sperimentazione del prototipo, tenendo conto dei prezzi di

relativo a servizi di ricerca industriale e sviluppo sperimentale funzionali alla realizzazione di un nuovo sistema universale automatizzato per il traino dei letti di degenza, che è stata indetta da ARCA (Agenzia Regionale Centrale Acquisti) quale Stazione appaltante in esecuzione dell'accordo amministrativo stipulato tra Regione Lombardia, ARCA e Azienda Ospedaliera Niguarda.

Aggiudicazione plurima e bando multi stadio¹⁶⁵ tornano, quindi, anche nell'esperienza lombarda a riprova della dimensione pluralistica propria del paradigma comunitario, che è seguito anche nella ripartizione dei benefici, con una spinta a proteggere (separando più che mettendo in comune, secondo una logica prossima a quella aziendalista e con la previsione di poteri conformativi) la conoscenza creata e trasformata¹⁶⁶. Allo stesso tempo il paradigma comunitario viene integrato, sotto altro profilo, dalla rigenerazione combinatoria di schemi noti per la definizione (concorso di idee) e per l'esecuzione (dialogo competitivo), che sotto l'egida della dichiarata fedeltà al *soft law* europeo di riferimento vengono

mercato", mentre rimangono a carico del concorrente aggiudicatario tutti gli eventuali ulteriori costi per la tutela dei diritti di proprietà intellettuale, nonché per l'industrializzazione e lo sviluppo commerciale successivo alla realizzazione dell'appalto ed ogni altro ulteriore costo necessario per la realizzazione delle attività contemplate nell'appalto. Non è consentita la revisione dei prezzi. Quanto alla capacità tecnica richiesta, si stabilisce che, pena l'esclusione dalla gara, il concorrente deve aver eseguito nel corso del triennio precedente alla pubblicazione del bando almeno un servizio di ricerca e sviluppo oppure lo sviluppo di almeno un prodotto con un contenuto tecnologico oppure la produzione di almeno un prodotto con un contenuto tecnologico. La presentazione delle offerte, inizialmente prevista al 18 giugno 2013, è stata differita al 27 settembre 2013 per effetto dell'avviso di rettifica – proroga dei termini prot. n. 1809 del 12 giugno 2013.

¹⁶⁵ La procedura è suddivisa in tre fasi: (1) studio di fattibilità, dove è valutata la sola offerta tecnica con 100 punti su 100; (2) progettazione tecnica, dove all'offerta tecnica e a quella economica sono assegnati rispettivamente 80 e 20 punti su 100; (3) prototipazione, test e sperimentazione sul campo, affidato alla supervisione di un comitato paritetico e rispetto alle quali gli operatori economici interessati dovevano presentare progetti di ricerca e sviluppo tali da determinare un'innovazione sostanziale che consenta di far fronte al problema dell'alta incidenza di infortuni e limitazioni funzionali degli operatori socio-sanitari addetti allo spostamento, a traino o a spinta manuale, dei letti e delle barelle presso la struttura ospedaliera. Il prototipo risultante dovrà possedere i requisiti per la certificazione e omologazione, secondo le leggi vigenti, come dispositivo sanitario, senza che questo comporti modifiche sostanziali. Esaurita la terza fase, qualora sia stata sviluppata una soluzione innovativa suscettibile di sfruttamento commerciale (attraverso protezione brevettuale o tutela negoziale), è previsto che le parti stipolino il Contratto di Gestione dei diritti di proprietà intellettuale.

¹⁶⁶ Si vedano in fase di gara e di esecuzione la dichiarazione di manleva a cura del soggetto partecipante e, più in generale, il contratto per la gestione dei diritti di proprietà intellettuale. I diritti di proprietà industriale e/o intellettuale e i conseguenti diritti di utilizzazione economica sono attribuiti in via esclusiva al soggetto fornitore, che si impegna tutelarli e valorizzarli (nel termine massimo rispettivamente di 5 e 24 mesi) a proprie spese e anche giuridicamente. Allo stesso tempo le amministrazioni contraenti, che si impegnano a non espletare eventuali procedure di appalto commerciale relative alla soluzione innovativa prima di 5 mesi dalla data di stipula del relativo contratto, hanno la facoltà di acquisire (con evidente riferimento alla figura del *recall* per il diritto comunitario e alla funzione sociale della proprietà privata per la carta costituzionale) in proprio tali diritti a titolo gratuito e provvedere alla valorizzazione degli stessi in caso di: (1) mancata tutela giuridica; (2) mancata valorizzazione commerciale. Inoltre, le amministrazioni contraenti avranno la facoltà: (1) trascorsi 12 mesi dalla stipula del relativo contratto, di procedere alla divulgazione e diffusione - fatti salvi i diritti di privativa - dei risultati scientifici della ricerca e sviluppo e acquisiti nel corso della procedura di appalto pre-commerciale; (2) trascorsi 5 mesi dalla stipula del relativo contratto, di utilizzare i risultati della ricerca e sviluppo sperimentale, sia a fini interni che ai fini della formulazione di un eventuale fabbisogno di approvvigionamento di tali dispositivi. Infine, se viene pregiudicata la futura concorrenza o limitato il mercato della fornitura, le stesse amministrazioni contraenti hanno facoltà di imporre al soggetto fornitore di concedere in licenza i diritti di sfruttamento commerciale ai terzi interessati a condizioni di mercato giuste e ragionevoli, definite su proposta del fornitore e da queste validate. Regione Lombardia e l'Azienda Ospedaliera hanno diritto a ricevere una compensazione finanziaria sotto forma di compartecipazione ai ricavi derivanti dalle future vendite commerciali della soluzione innovativa risultante dall'appalto pre-commerciale. Tale compartecipazione ai ricavi derivanti dalle vendite è stata fissata in misura pari all'1% del ricavo lordo delle vendite, per un periodo di 5 (cinque) anni decorrenti dalla data di commercializzazione della soluzione stessa.

ricomposti in una procedura – quadro. Né mancano possibili indizi che potrebbero sancire (più che una comunanza) una contaminazione con lo schema – contributo relativamente ai premi concessi (sebbene si dica “a titolo di corrispettivo”) ai soggetti selezionati nella prima e nella seconda fase, all’apparato di sorveglianza messo in pista lato stazione appaltante e all’identità e alla composizione del gruppo di lavoro presso il fornitore.

Per altro aspetto l’esperienza lombarda rimarca un allineamento totale alla contrattualistica tradizionale laddove:

- disciplina il diritto di accesso, le fattispecie civilistiche della risoluzione e del recesso, l’applicazione delle penali e le garanzie;
- non concede spazio al cofinanziamento in senso stretto¹⁶⁷;
- richiama la responsabilità sociale, il Codice Etico degli Appalti Regionali¹⁶⁸ e la normativa sulla sicurezza negli ambienti di lavoro.

Si segnalano ulteriori elementi:

- la verifica delle anteriorità, oggetto di attenzione e di protezione anche tramite la previsione di manleva e la conseguente analisi di valutazione effettiva del *gap* di innovazione;
- il potere di vigilanza, in fase di esecuzione, secondo procedure tipizzate di monitoraggio e validazione ed in base ad una reportistica predeterminata¹⁶⁹, che fa specularmente seguito al potere della Commissione di interrompere la gara per carente qualità dei progetti di ricerca e sviluppo, ancorché non si riporti una casistica;
- l’integrazione fra il contesto concorsuale delle prime due fasi mediante l’assegnazione di premi uguali ed indifferenziati (con una plausibile evocazione del concorso di idee) e l’evidenza pubblica per la selezione degli affidatari nella terza fase con possibilità di interazioni (con una eco del dialogo competitivo);

¹⁶⁷ Ne è una riprova la duplice previsione che: (1) la stazione appaltante si riserva di convocare il soggetto fornitore, al fine di valutare elementi migliorativi attinenti a specifiche funzionali e prestazionali migliorative, senza oneri aggiuntivi per la stazione appaltante; (2) il soggetto fornitore ha accettato/non ha accettato le richieste migliorative della stazione appaltante. Inoltre, con riguardo alla terza fase (prototipazione, test e sperimentazione sul campo) e in relazione alla puntuale e ottimale esecuzione del contratto, con ciascun Concorrente si prevede la costituzione di un comitato paritetico cui parteciperanno uno o più rappresentanti del soggetto committente e uno o più rappresentanti del soggetto appaltatore “al fine di valutare e decidere all’unanimità le eventuali varianti da apportare al progetto tecnico o al piano di sperimentazione (ad esclusione del corrispettivo a carico di ARCA che non potrà subire modificazioni), derivanti da circostanze imprevedibili al momento della sottoscrizione del Contratto di Sviluppo Sperimentale, ovvero da esigenze sopravvenute da parte dell’Azienda Ospedaliera che non incidono sugli elementi essenziali delle prestazioni derivanti dal Contratto, con il fine ultimo di rendere la soluzione prototipale rispondente al fabbisogno di innovazione. Eventuali costi imprevedibili derivanti da dette modificazioni saranno ad esclusivo carico dei concorrenti aggiudicatari e senza alcun onere economico aggiuntivo per la stazione appaltante”.

¹⁶⁸ Approvato con deliberazione della Giunta regionale n. 1644 del 4 maggio 2011 e pubblicato sul B.U.R.L., Serie Ordinaria n. 19 del 9 maggio 2011.

¹⁶⁹ Sull’obbligo di comunicare in capo all’affidatario di servizi di ricerca rispetto al creditore tramite rendiconti periodici si veda Candian Albina “Ricerca (contratto di)” in *Digesto delle discipline privatistiche*, Sezione Civile, XVII, UTET, Torino 1998, pp. 517 e ss..

- la griglia dei criteri di valutazione nelle diverse fasi con un'attenzione all'industrialità e all'innovatività della proposta nonché al ciclo di vita dell'eventuale prototipo¹⁷⁰;
- la costante adesione alle formule proprie del paradigma comunitario¹⁷¹ e l'esplicito eventuale richiamo, mediante specifico autovincolo, al Codice dei contratti pubblici (come, ad esempio, per il subappalto, i raggruppamenti temporanei e l'avvalimento, ammessi).

Al quesito se classificare questo percorso fra gli appalti promozionali ovvero sperimentali, possiamo rispondere che parrebbe registrarsi una preferenza verso quest'ultima categoria, mentre prevale la tendenza verticale su quella orizzontale. Quel che è sicuramente riscontrabile è l'approdo, in sede attuativa, allo schema – commessa¹⁷² a fronte di un orientamento che in una precedente opzione

¹⁷⁰ I criteri di valutazione per la prima e la seconda fase sono:

1. capacità di soddisfare il fabbisogno: livello di rispondenza della soluzione (in termini di qualità e di completezza) ai requisiti funzionali e prestazionali;
2. livello di innovazione: capacità della soluzione di innovare e migliorare sostanzialmente l'ambito di operatività nel quale è destinata ad essere inserita.
3. industrialità e fattibilità tecnica: realizzabilità e riproducibilità della soluzione secondo un processo industriale adeguato rispetto al mercato di riferimento.
4. riduzione del costo complessivo: accorgimenti adottati per limitare i costi della soluzione lungo tutto il ciclo di vita (produzione, consegna, installazione, uso, manutenzione, gestione, dismissione e smaltimento);
5. riduzione degli impatti ambientali: accorgimenti e misure adottati per assicurare la sostenibilità ambientale della soluzione lungo tutto il ciclo di vita (produzione, consegna, installazione, uso, manutenzione, gestione, dismissione e smaltimento).

Per la prima fase (riferita allo studio di fattibilità) si tiene conto anche della qualità dell'organizzazione di progetto, della coerenza e qualità dell'organizzazione del lavoro rispetto agli obiettivi e delle competenze tecnico scientifiche del team di ricerca effettivamente impegnato nel progetto. Inoltre, dopo aver ricordato che la proposta di *Business plan* essa non è oggetto di valutazione e conseguente attribuzione di punteggio, ma rappresenta esclusivamente una base informativa e conoscitiva per ARCA ai fini della successiva fase, ARCA seleziona fino ad un massimo di 4 concorrenti da ammettere alla seconda fase, operando la valutazione degli studi di fattibilità esclusivamente in base a parametri di valutazione afferenti il merito tecnico e la qualità dello studio di fattibilità.

I concorrenti classificatisi ai primi quattro posti della graduatoria vengono invitati a partecipare alla seconda fase. Non vengono comunque ammessi alla seconda fase i concorrenti che non abbiano conseguito il punteggio tecnico minimo previsto per ogni sub criterio, e comunque pari almeno a 50 punti su 100 assegnabili.

Per la seconda fase (riferita alla progettazione tecnica), dove il contratto di Sviluppo Sperimentale viene aggiudicato a favore dei primi 2 concorrenti, le offerte presentate sono aggiudicate in base all'offerta economicamente più vantaggiosa, dove il punteggio massimo è:

- per l'offerta tecnica di 80,00, a sua volta ripartita in ragione di 65 punti assegnati per il progetto tecnico (secondo i criteri sopra menzionati) e 15 per il *Business plan*, giudicato secondo i criteri della sostenibilità e della visione strategica e commerciale;
- per l'offerta economica di 20,00, con esclusione delle offerte in aumento.

Relativamente alla valutazione delle offerte tecniche così presentate viene stabilita l'esclusione dalla gara per i concorrenti che presentino offerte che non abbiano raggiunto un punteggio tecnico minimo, da realizzarsi su entrambe le componenti del punteggio tecnico, pari a:

- almeno 32,50 su 65,00 punti complessivi relativi al solo punteggio per il progetto tecnico, di cui, per ogni sub-criterio, un punteggio pari ad almeno quanto indicato nella colonna "punteggio tecnico minimo";
- ed almeno 7,50 su 15,00 punti complessivi relativi al solo punteggio per il *Business plan*, di cui, per ogni sub-criterio, un punteggio pari ad almeno quanto indicato nella colonna "punteggio tecnico minimo".

¹⁷¹ Negli schemi contrattuali allegati all'avviso pubblico si legge, ad esempio, che: "... la procedura di appalto pre-commerciale espletata è stata funzionale alla valutazione, in ottica comparativa, delle prestazioni, dei vantaggi e degli svantaggi di diverse soluzioni innovative concorrenti al fine di individuare le specifiche tecniche della Soluzione Innovativa più rispondente al fabbisogno formulato; ... la procedura di appalto pre-commerciale prevede uno schema di condivisione dei benefici tra l'Amministrazione e le imprese partecipanti, in modo tale che tutte le Parti traggano vantaggio da un'attiva opera di commercializzazione e diffusione delle Soluzioni Innovative".

¹⁷² Occorre precisare comunque che l'accordo amministrativo firmato il 6 dicembre 2012 prevede all'articolo 6 che la dotazione finanziaria sarà erogata sotto forma di premio e di prezzo e che, se sarà erogata sotto forma di prezzo, farà

programmatica pareva alludere maggiormente allo schema – contributo, pur contemplando anche l'ipotesi dell'appalto precommerciale. E, soprattutto, rispetto ad altre esperienze emerge l'orientamento di ricalcare i canoni del paradigma comunitario, senza che questo permetta di comprendere¹⁷³ se vi sia stato uno sforzo, anche creativo, di adattamento a specifiche esigenze in nome dell'interesse pubblico.

9.6 Prime conclusioni sulle esperienze regionali italiane

Rispetto al quadro ideale comunitario e alla ricostruzione qui fornita gli esempi pratici, che meritano di essere incoraggiati al di là dei doverosi giudizi di merito, denotano:

- ora un effetto “etichetta” (caso altoatesino, giocato sull'apparenza),
- ora una virata, con qualche chiaroscuro, verso il partenariato prestrutturato per l'innovazione (caso trentino, dove, peraltro, a differenza di quello altoatesino, non si preregolano i diritti di proprietà intellettuale, non si preindicano adeguatamente i criteri di valutazione e non si disegna con uno schema contrattuale la cooperazione),
- ora un originale “remixaggio” dello strumento non solo dello schema – commessa fra aspetti commerciali e precommerciali, ma anche con una parziale contaminazione dello schema – contributo (nel caso valdostano, fra l'altro, transfrontaliero e in quello pugliese, dove si valorizza il ricorso al *foresight*),
- ora una prevalente intonazione con elementi propri dell'inquadramento comunitario (caso lombardo).

Di certo, nei bandi trentino – altoatesini la declinazione al plurale, che connota negli stadi procedurali e nei soggetti coinvolti l'appalto precommerciale, non è sviluppata per gli affidamenti della fase finale e, sotto questo aspetto, la presenza di un unico vincitore può spiegare anche il complesso delle ragioni sottostanti ad una rassicurante conformazione ai modelli consueti (utilizzo dello schema – contributo per il caso altoatesino, richiamo “ombra” al dialogo competitivo per il caso trentino). Quasi speculare la vicenda del caso valdostano e pugliese, dove questa prevista pluralità di fasi e affidatari convive con regolazioni più ordinarie di altri elementi essenziali e propone promiscui riferimenti allo schema – contributo, avvicinandosi all'esperienza statunitense nel sostegno alla ricerca e allo sviluppo sperimentale per le piccole – medie imprese. Tutti i casi sin qui citati (dal sudtirolese al trentino, dal valdostano al pugliese) spingono sul grado maggiormente locale in termini di ricaduta e di apertura, ancorché con modalità diverse che, nel fare riferimento ai vincoli propri più del carattere promozionale, incidono sulla

riferimento ai valori di mercato; il che – se l'erogazione è da intendersi a favore del contraente - sembrerebbe una conferma che sia il bando a stabilire se si tratta di un premio o di un corrispettivo e, soprattutto, se sussista un vero e proprio contratto.

¹⁷³ Come si suole dire, all'apparenza.

localizzazione ora dell'insediamento ora della sede operativa ora dell'attività¹⁷⁴. Proiettati maggiormente alla tendenza orizzontale, alla valenza di garanzia da riconoscere alla proprietà pubblica dei risultati e all'allargamento della fruizione collettiva e sociale degli esiti (quali utilità investigative) della ricerca commissionata sono i casi valdostano e pugliese, laddove per questi aspetti quello sudtirolese si inserisce fra le misure da investimento in senso economico. Infine, il modello lombardo¹⁷⁵, che pure ha punti di contatto con le altre esperienze¹⁷⁶, appare caratterizzato dalla chiarezza di intenti sui diritti di proprietà

¹⁷⁴ Abbiamo osservato nelle note precedenti come un simile accento promozionale sull'appalto precommerciale sia esposto al tema della compatibilità con le regole comunitarie in materia di aiuti di Stato e come al contempo la soluzione sia rinvenibile nella negoziazione preventiva del regime d'aiuto con la Commissione europea da parte dell'Autorità di Gestione titolare della competenza in materia di adozione dello strumento programmatico ed operativo. Sull'utilizzo dei fondi strutturali, sulla problematica degli aiuti di Stato e sul trasferimento di risorse fra autorità pubbliche si vedano: il Parere del Comitato delle Regioni "Appalti pre-commerciali: promuovere l'innovazione per garantire servizi pubblici sostenibili e di elevata qualità in Europa" dell'08.10.2008 (2008/C 325/06), pubblicato sulla Gazzetta ufficiale dell'Unione europea C 325/44 IT del 19.12.2008, e il Parere del Comitato Economico e Sociale europeo in merito alla Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale europeo e al Comitato delle Regioni "Appalti pre-commerciali: promuovere l'innovazione per garantire servizi pubblici sostenibili e di elevata qualità in Europa" COM(2007) 799 def. (2009/C 100/02), pubblicato sulla Gazzetta ufficiale dell'Unione europea C 100/6 IT del 30.4.2009. Si leggono delle preoccupazioni per il parziale trasferimento di risorse regionali dedicate alla ricerca da una regione all'altra e si esorta la Commissione a fornire dimostrazione dei vantaggi per gli enti appaltanti (anche quando i soggetti interessati non sono ubicati nel territorio della regione stessa). In base all'articolo 35, paragrafo 2, lettera b) "Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce le regole di partecipazione e di diffusione nell'ambito del programma quadro di ricerca e innovazione 'Orizzonte 2020' (2014-2020)" 2011/0399 (COD) nella versione esaminata dal Consiglio "Competitività" del 10 ottobre 2012 e complessivamente rivista nella versione trasmessa al Comitato dei rappresentanti permanenti in data 12 luglio 2013, le procedure d'appalto "...in casi debitamente giustificati dagli obiettivi delle azioni, possono prevedere condizioni specifiche come per il luogo di esecuzione delle attività appaltate che, nel caso degli appalti precommerciali, è limitato al territorio degli Stati membri e dei paesi associati a "Orizzonte 2020" ...". Peraltro, sotto il profilo generale la Commissione ha sinora accettato la condizione di una sede operativa o del domicilio locale del beneficiario dell'aiuto, come collegamento minimo con il territorio, per cui la condizione dell'operatività locale del beneficiario appare compatibile con i principi del mercato interno (libero stabilimento e prestazione di servizi): (1) in quanto giustificata da un motivo imperativo di interesse generale, (2) se conforme ai principi di non discriminazione, necessità e proporzionalità. Inoltre, dall'analisi della disciplina pare dedursi che, se richiesto, questo onere può essere assolto dal beneficiario anche successivamente alla presentazione della domanda di intervento (*id est*: non dovrebbe essere imposto prima), ma comunque prima del pagamento dell'aiuto. Sul punto si registra, infine, la posizione assolutamente negativa per eventuali limitazioni geografiche in nome del principio di non discriminazione, secondo la versione *preprint*, in "Gli Appalti pubblici pre-commerciali- Istruzioni per l'uso", realizzato dal Dipartimento per la Digitalizzazione della Pubblica Amministrazione e l'Innovazione Tecnologica presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, Edizioni Forum PA, marzo 2012, pp. 29-30, dove si subordina la facoltà, da giustificare comunque, dell'acquirente pubblico di richiedere alle imprese di svolgere determinate attività di ricerca *in loco* alla condizione di non creare situazioni di vantaggio ingiusto (come si esemplifica nel caso di una ricerca che comporta l'utilizzo di infrastrutture fisiche non ingombranti o facilmente replicabili). Favorevole, per contro, previa notificazione della misura nei confronti dell'Unione Europea, 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, p. 38, che può essere reperito, consultando l'indirizzo <http://www.aginnovazione.gov.it/attivita/collaborazione-pubblico-privato/quaderni-dellinnovazione/>, dove si richiama l'accortezza di richiedere che "l'impresa partecipante ad un progetto, ancorché abbia sede legale fuori Regione e magari in un altro Stato membro, tuttavia disponga di un'unità locale registrata nel territorio di riferimento, e che le attività di R&S oggetto del finanziamento regionale si svolgano in tale unità, tramite utilizzazione di personale afferente ad essa".

¹⁷⁵ Gli atti di gara, infatti, sono ben decisi a rimarcare che questa procedura di appalto pre-commerciale ha per oggetto la prestazione del servizio di ricerca industriale e sviluppo sperimentale:

1. funzionale alla realizzazione di un dispositivo medico universale automatizzato per la movimentazione di letti di degenza ospedalieri (ed eventualmente anche delle barelle);
2. conforme ai requisiti generali e di progettazione previsti dalla normativa vigente ai fini della
3. certificazione CE;
4. di facile utilizzo;

intellettuale, sui criteri di selezione e sulla sperimentazione dei risultati in campo sanitario ad opera della stazione appaltante stessa, elementi che sembrano connotare il bando nel solco dell'appalto pro- sperimentale, con tendenza verticale e a logica aziendalista.

10. Orientamenti finali

Se guardiamo all'appalto precommerciale in un'ottica multidimensionale, esso si presta ad essere, anche alla luce della casistica passata in rassegna e con gli inevitabili pro e contro anche in termini di conformità giuridica e con relative formule combinatorie, uno strumento di :

- a) protezione, crescita e redistribuzione per le imprese locali in quanto ubicate nel territorio del committente regionale;
- b) coesione interna (con effetto endogeno) e attrazione di finanziamenti esterni (con effetto esogeno) al tessuto imprenditoriale regionale;
- c) promozione e sperimentazione dell'innovazione per l'acquirente pubblico intelligente (appalti promozionali e pro – sperimentali);
- d) partenariato contrattuale, pre-istituzionalizzato e di cofinanziamento con evidenti riflessi sulla causa del contratto;
- e) accordo – quadro e procedura – quadro nell'affidamento di contratti aventi ad oggetto servizi di ricerca;
- f) messa in concorrenza ed evidenza aperta all'innovazione (incrementale o discontinua che sia), ai soggetti coinvolti, alle fasi, agli esiti e agli affidamenti in parziale superamento dell'evidenza pubblica.

Pur nella varietà, deve essere al contempo sottolineato l'ampio raggio di questo strumento, che si conferma fattispecie a formazione progressiva: dall'analisi dei bisogni alla realizzazione di progetti dimostrativi e pilota, ma sempre con l'elemento della progressività per la verifica in termini di fattibilità, il che porta alla nozione di sviluppo incrementale di innovazione e finisce per rompere il paradigma che la conoscenza precede sempre l'azione. Infatti, in questo caso è dall'appalto (precommerciale) che si genera conoscenza tramite forme di apprendimento mutuo e interattivo e l'approccio che lo connota porta ad un salto nel “futuro” con destinazione “presente”. Incidendo sui processi, sui luoghi e sui tempi di produzione

-
- 5. dotato di tutti i sistemi di anticollisione e sicurezza;
 - 6. di ridotto ingombro;
 - 7. di facile manovrabilità direzionale da parte di un solo operatore;
 - 8. di elevata sicurezza;
 - 9. che non necessiti di binari o linee guida;
 - 10. che possa essere utilizzato anche su percorsi non rettilinei e nelle stanze di degenza, negli ascensori, nei corridoi e negli spazi dei reparti diagnostici adibiti alla preparazione dei pazienti,;
 - 11. che consenta all'Azienda Ospedaliera Ospedale Niguarda Ca' Granda di far fronte al problema dell'alta incidenza di infortuni e limitazioni funzionali degli operatori socio-sanitari addetti allo spostamento, a traino o a spinta manuale, dei letti e delle barelle, successivamente detto anche “Soluzione innovativa”.

¹⁷⁶ Appare accomunato a quello trentino per lo sviluppo dell'applicativo-pilota, a quello pugliese e valdostano per la griglia di valutazione (e solo a quello pugliese per l'apparato di sorveglianza), a quello altoatesino per l'area di rilevanza sanitaria.

e di trasformazione della conoscenza, l'appalto precommerciale non vive del solo affidamento di servizi di ricerca, ma assume anche una valenza che richiama per taluni aspetti (riferibili alla pluralità di soggetti affidatari e di fasi) il contratto organizzativo. Guardando all'esperienza finora maturata, più frammentata e non esaustiva appare l'indagine sull'appalto precommerciale come misura che co-genera conoscenza e crea valore d'uso e di scambio in esito all'acquisto di servizi di ricerca e sviluppo.

Infine, nel ricorrere a questa peculiare tipologia di commessa, l'acquirente pubblico ha i vantaggi di poter allocare più rapidamente ed efficacemente il proprio budget di ricerca e sviluppo, integrandolo con il cofinanziamento delle imprese, di graduare l'apertura locale/globale nella e per la concorrenza, di negoziare le condizioni di compatibilità con l'Unione europea sul versante degli aiuti di Stato e di ridurre gli oneri tipici della rendicontazione dei contributi, mentre corre i rischi di scegliere male il settore di intervento, di impostare in termini non appropriati gli atti generali di programmazione o quelli speciali di gara e di scontare una certa impreparazione nella gestione del bando e del contratto.

L'impresa, per contro, riceve nella forma del corrispettivo e secondo il grado predefinito di cofinanziamento un compenso integrale a fronte delle prestazioni offerte ed eseguite, concorre a più stadi del processo ed evita gli oneri propri della contribuzione classica, mentre sul lato dei rischi vede accrescere la concorrenza nel settore, non ha l'esclusività dei diritti di proprietà intellettuale e può subire perdite in termini di *know-how* durante il processo.