

APPALTI PRE-COMMERCIALI: UNO STRUMENTO NELLE MANI DELLE AMMINISTRAZIONI PUBBLICHE PER PROMUOVERE INNOVAZIONE E COMPETITIVITÀ.

Nota del dott. M. Cozzio

[estratto da *Informator*, 1, 2009]



**COMUNICAZIONE della Commissione, 14 dicembre 2007, COM/2007/799 def.
- Appalti pre commerciali: promuovere l'innovazione per garantire servizi pubblici sostenibili e di elevata qualità in Europa**

È noto che gli appalti pubblici costituiscono una leva formidabile a disposizione delle amministrazioni per sostenere e far crescere l'economia di un territorio¹. Meno scontata, invece, appare la scelta di utilizzare l'appalto pubblico come strumento per stimolare l'offerta di prodotti e servizi innovativi, con un vantaggio duplice per il committente pubblico: da un lato, infatti, può acquisire prodotti e soluzioni migliori e, dall'altro lato, può contribuire alla realizzazione di un'economia più competitiva. In effetti, facendo leva sugli appalti, le amministrazioni possono far acquisire alle imprese maggiore consapevolezza sull'importanza dei fenomeni “*di ricambio e di sostituzione generati dall'innovazione*”, che costituiscono ‘fattore’ determinante di crescita nelle economie avanzate; inoltre, tramite gli appalti, possono creare un contesto nel quale la ricerca dell'innovazione caratterizza l'agire ordinario dell'imprenditore, (entrambi obiettivi da tempo annunciati in sede comunitaria)².

Le amministrazioni pubbliche sono quindi in grado di svolgere un ruolo di primo piano per dare concretezza all'assunto, secondo il quale, solo i Paesi che investono nell'innovazione creano le condizioni per competitività e crescita durature. Si stanno muovendo in questa direzione i principali partner commerciali dell'UE: in particolare gli Stati Uniti, i quali, secondo i dati riportati dalla Commissione, spendono oltre 50md. di dollari all'anno per gli appalti di R&S, una somma 20 volte maggiore a quella spesa in Europa. Anche l'Unione europea ha deciso di puntare sugli appalti pubblici come leva per sviluppare la capacità di innovazione delle imprese³ e, a tale scopo, la Commissione ha elaborato una serie di documenti: sulle migliori pratiche per facilitare l'accesso delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici (2008), sull'innovazione nel campo delle commesse pubbliche (2007) e, infine, sugli appalti pre-commerciali (2007).

¹ Gli appalti pubblici rappresentano il 35% della spesa pubblica dell'UE a 25, equivalente al 17% del PIL degli Stati membri.

² V. la Comunicazione della Commissione del 20 luglio 2005, *Azioni comuni per la crescita e l'occupazione. Il programma comunitario di Lisbona*, COM/2005/330 def., come pure la Comunicazione del 12 ottobre 2005, *Potenziare la ricerca e l'innovazione - Investire per la crescita e l'occupazione: una strategia comune*, COM/2005/448 def.

³ V. conclusioni della 2769 sessione del Consiglio Competitività (mercato interno, industria e ricerca) del 4 dicembre 2006, pt. 3.

Gli appalti pubblici pre-commerciali

Gli appalti pre-commerciali sono un istituto inedito nell'ordinamento nazionale e, benché ancora poco diffusi in Europa⁴, si profilano come soluzione ottimale per promuovere attraverso il mercato delle commesse pubbliche l'innovazione e la competitività delle imprese. In tal senso gli appalti pre-commerciali costituiscono uno degli strumenti a disposizione dei poteri pubblici (fra gli altri segnaliamo ad es. sovvenzioni, agevolazioni fiscali, accesso al finanziamento, etc.) per favorire la diffusione commerciale di nuove tecnologie e prodotti.

Attualmente non vi sono in ambito comunitario norme specifiche che regolamentano gli appalti pre-commerciali; nella Comunicazione del 14 dicembre 2007 (COM/2007/799) la Commissione illustra le principali caratteristiche dell'istituto e apre un dibattito sui settori nei quali potranno essere utilizzati con maggior successo (ad. es. sanità, informatica, trasporto etc.)⁵.

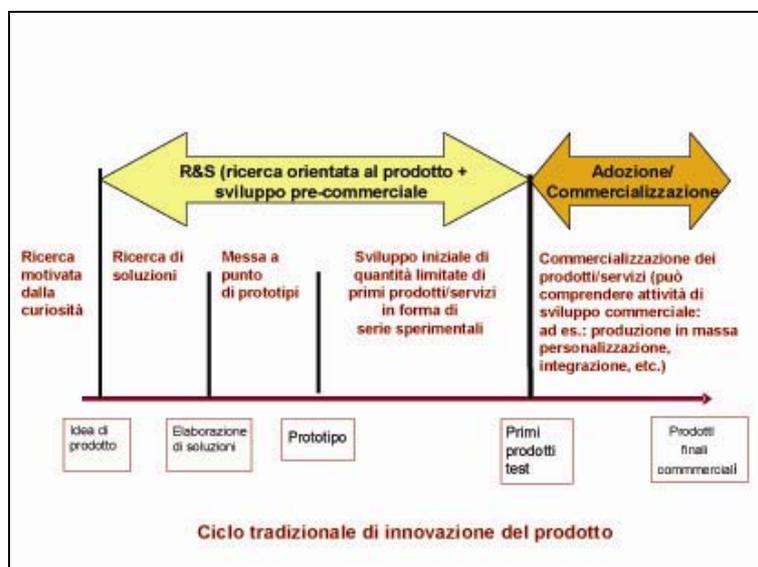
Diciamo subito che gli appalti pre-commerciali rientrano nella categoria degli appalti pubblici di servizi con un campo d'azione limitato alle attività di ricerca e sviluppo (cd. R&S). Si tratta delle attività che caratterizzano le fasi precedenti la commercializzazione di un bene o servizio; più precisamente possono essere oggetto di appalto pre-commerciale le attività che vanno dalla ricerca teorica ed applicata, alla predisposizione di soluzioni operative, alla realizzazione di prototipi, fino alla produzione di quantità limitate di prodotti in forma di serie sperimentale. In altri termini, precisa la Commissione, la fase di R&S arriva fino alla prima realizzazione di prodotti o servizi nuovi e *“può includere una produzione o una fornitura limitate aventi lo scopo di incorporare i risultati delle prove sul campo e di dimostrare che il prodotto o servizio è idoneo per una produzione o una fornitura in massa conformemente a norme di qualità accettabili”*. Non rientrano, invece, fra le attività di ricerca e sviluppo la produzione o la fornitura in massa per conseguire la fattibilità commerciale o recuperare i costi della ricerca, nonché le attività necessarie a fini di *“integrazione,*

⁴ Diversa è la situazione, ad esempio, negli USA dove hanno adottato questo approccio non soltanto per quanto riguarda l'innovazione nei settori della difesa, dello spazio e della sicurezza, ma anche in altri settori pubblici come i trasporti, la sanità, l'energia e le telecomunicazioni, v. Comunicazione della Commissione del 13 settembre 2006, *Mettere in pratica la conoscenza: un'ampia strategia dell'innovazione per l'UE*, COM/2006/502 def., pt. 2.6. Il tema, poco ancora discusso sulle riviste di settore, è stato toccato dall'avv. V.M. Leone nel corso della relazione (*Le deroghe al regime ordinario degli appalti pubblici nel settore della ricerca e dell'innovazione*) svoltasi durante la terza giornata dei *Seminari di diritto comunitario e nazionale sugli appalti pubblici e i servizi*, organizzata il 7 novembre 2008 presso l'Università degli Studi di Trento; gli atti dei Seminari sono in fase di pubblicazione per i tipi di EDK.

⁵ Nel corso del 2009 è atteso un pacchetto di azioni che la Commissione proporrà in tema di appalti pre-commerciali in settori di priorità politica sulla base delle relative valutazioni dell'impatto.

personalizzazione, adattamento o miglioramento incrementale dei prodotti o dei processi esistenti”.

Lo schema raffigura, distinguendole, la fase di ricerca e sviluppo e quella della commercializzazione dei prodotti.



Fonte: Commissione UE, COM/2007/799, pt. 1

Gli appalti pre-commerciali diventano per gli acquirenti pubblici una specie di “*esercizio preparatorio*”, che ha il vantaggio di filtrare i rischi tecnologici delle attività di R&S, prima di avviare la produzione commerciale. La separazione tra le due fasi (di R&S e di produzione commerciale) focalizza il rapporto contrattuale sull’acquisizione degli elementi utili per individuare le soluzioni migliori in risposta alle esigenze del committente.

Condivisione rischi / benefici e sviluppo per fasi

Due elementi, fra gli altri, sembrano caratterizzare gli appalti pre-commerciali.

Il primo riguarda la “*condivisione dei rischi e dei benefici*”. Ciò significa che l’amministrazione ‘committente’:

- (a) condivide con le imprese ‘affidatarie’ i rischi delle attività di R&S necessari per sviluppare prodotti migliorativi e tecnologicamente più efficienti di quelli sul mercato;
- (b) non si riserva in esclusiva lo sfruttamento dei risultati. Sul punto la Commissione europea rileva che le amministrazioni sono solite riservarsi l’uso esclusivo dei risultati delle attività di R&S (compresi i diritti di proprietà intellettuale o DPI), il che comporta, da un lato, l’impossibilità per le imprese che sviluppano le attività di sfruttarne i risultati e, dall’altro lato, prezzi più elevati rispetto a quelli di mercato (per le attività di R&S). Nella maggior parte dei casi, tuttavia, l’esclusività dei risultati non è indispensabile per l’amministrazione, la quale è una soltanto dei potenziali utilizzatori. Inoltre, precisa la

Commissione, le amministrazioni spesso non considerano i costi del lavoro supplementare che occorre sostenere per sfruttare i benefici delle soluzioni derivanti da attività di R&S. Gli studi svolti a livello comunitario dimostrano come non sia vantaggioso per le amministrazioni sostenere i rischi connessi all'esclusiva⁶.

Il secondo profilo caratterizzante gli appalti pre-commerciali riguarda “*lo sviluppo delle attività per fasi*”, con l'obiettivo di ridurre i rischi e gli eventuali maggiori costi (non infrequenti nel settore della R&S) e rafforzare le dinamiche collaborative. Per effetto di ciò l'elemento innovativo che viene introdotto nel rapporto tra pubblico e privato attraverso gli appalti pre-commerciali è rappresentato dall'approccio: non più fondato sul mero trasferimento di risorse e *know how*, ma basato su un impegno reciproco alla risoluzione dei problemi.

Buone pratiche per l'utilizzo degli appalti pre-commerciali

La Comunicazione della Commissione riporta una serie di buone pratiche che dovrebbero presiedere il comportamento degli attori coinvolti nelle fasi degli appalti pre-commerciali:

- impostare un confronto tra committente e imprese per analizzare gli aspetti vantaggiosi e svantaggiosi delle soluzioni (ciò nella prospettiva di creare una dialettica tra amministrazione e imprese in grado di far conoscere le esigenze del committente, nonché gli sviluppi e i limiti che possono derivare dall'applicazione delle conoscenze sul mercato);
- valutare dopo ogni fase i risultati raggiunti;
- cercare soluzioni in grado di garantire l'interoperabilità e l'intercambiabilità con i prodotti già esistenti, evitando che i primi ad adottare soluzioni innovative siano penalizzati con l'onere supplementare di dover adeguare la loro soluzione a standard fissati a posteriori;
- mantenere almeno due imprese partecipanti fino alla fase finale per garantire condizioni di concorrenza (al riguardo la Commissione rileva che mantenendo una pressione concorrenziale sui fornitori, si possono ottenere le soluzioni migliori che il mercato offre, evitando al contempo di essere legati ad un solo fornitore).

Condizioni di contesto

Favorire il buon funzionamento degli appalti pre-commerciali (in funzione anche del potenziamento dell'offerta di prodotti e servizi innovativi) è necessario il concorso di più fattori e condizioni ‘di contesto’:

- una preventiva definizione del rapporto con le regole comunitarie della concorrenza, specialmente le norme sugli aiuti di Stato, e dei rispettivi

⁶ La Commissione rileva che in alcuni casi lo sviluppo esclusivo può essere giustificato, ad esempio, quando “*l'acquirente pubblico “ha bisogno” di disporre di diritti esclusivi sui risultati dei progetti (ad es.: in settori legati alla difesa o alla sicurezza che esigono la segretezza dei risultati) o quando l'acquirente pubblico “è” il solo cliente interessato (ad es.: sviluppo di attrezzature molto speciali, specifiche del cliente)*”.

ambiti di applicazione. La Commissione tende ad escludere dall'ambito degli appalti pre-commerciali le regole sugli aiuti di Stato ma pone delle condizioni. In particolare *“si riterrà di norma che si è in presenza di un aiuto di Stato, il quale deve essere notificato e valutato dalla Commissione ai sensi degli artt. 87 e 88 del TCE e della disciplina comunitaria sugli aiuti in favore di ricerca, sviluppo e innovazione”*: (1) se dalle condizioni generali dell'appalto emerge che la condivisione dei rischi e dei benefici non avviene alle condizioni di mercato e (2) se il prezzo pagato per i servizi forniti è più elevato del prezzo di mercato”;

- la capacità della pubblica amministrazione di acquisire il *modus agendi* proprio del 'cliente intelligente', in grado quindi di pianificare cosa acquistare, il modo in cui acquistare, e individuare chi deve acquistare;
- la propensione a introdurre nell'ambito delle commesse pubbliche la ricerca di soluzioni alternative. In tal senso è opportuno che *“il settore pubblico sviluppi strategie di appalto che non si limitino all'acquisizione di prodotti e servizi già presenti sul mercato, ma che includano anche contratti di R&S per lo sviluppo di nuove soluzioni più efficienti rispetto a quelle disponibili sul mercato”*.

È prematuro valutare l'impatto degli appalti pre-commerciali, tuttavia i vantaggi che possono derivare, anche nella prospettiva di favorire la ripresa dall'attuale crisi economica, ne sollecitano l'applicazione nel minor tempo possibile. Spetta al legislatore nazionale accelerare questo processo posto che, per effetto degli ultimi orientamenti della Corte costituzionale (v. sentenze n. 401, 430 e 431 del 2007 e n. 411 del 17 dicembre 2008), ogni applicazione anche solo sperimentale del legislatore regionale apparirebbe *ultra vires*.