



Cosa sono gli appalti pre-commerciali?

La Comunicazione della Commissione europea COM (2007) 799 definitivo del 14.12.2007 li definisce in negativo dicendo che sono:

«*un approccio all'aggiudicazione di appalti di servizi di R&S (ricerca e sviluppo n.d.) diverso da quelli "i cui risultati appartengono esclusivamente all'amministrazione aggiudicatrice perché li usa nell'esercizio della sua attività a condizione che la prestazione del servizio sia interamente retribuita da tale amministrazione" e che non costituisce un aiuto di Stato*».

L'appalto pre-commerciale

E' un appalto che ha ad oggetto attività di ricerca e sviluppo che 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. La stazione appaltante condivide con le imprese aggiudicatarie i rischi e i benefici dell'attività.

Sono fuori dall'ambito di ricerca e sviluppo, che legittima l'esclusione delle direttive comunitarie in materia di appalti, le attività di sviluppo commerciale, vale a dire quelle volte al miglioramento di prodotti o processi già esistenti.

Caratteristiche degli appalti pre-commerciali.

- Il loro campo di applicazione è limitato all'attività di ricerca, sviluppo e innovazione, vale a dire che sono volti all'acquisto di beni e servizi non ancora esistenti sul mercato come prodotti commerciali o standardizzati;
- Sono improntati alla condivisione dei rischi e dei benefici tra le autorità pubbliche e le imprese;
- Sono appalti competitivi volti ad non far configurare gli aiuti di Stato.

Quali differenze con altri istituti?

Appalto Pre-Commerciale	Dialogo competitivo	Concorso di idee
Si applica ad appalti di beni e servizi innovativi non ancora sul mercato	Si applica ad appalti complessi ma di carattere commerciale (non R&S)	Si applica al solo livello di pre-progettazione
Non si applica il Codice degli Appalti (CdA), ma solo i suoi principi generali (trasparenza, non discriminazione, parità di trattamento e proporzionalità)	Art. 58 CdA e principi generali	Art. 108 – 109 CdA e principi generali
La stazione appaltante (SA) conosce i propri fabbisogni e requisiti di carattere funzionale	La SA non possiede nessuna di queste informazioni , il che rende l'appalto "complesso"	La SA conosce i propri fabbisogni e requisiti
La soluzione ai problemi non si identifica in un prodotto/servizio già sul mercato ma in una sorta di "prototipo" (innovazione)	La soluzione è un'offerta tecnico-economica, ancorché negoziata con i potenziali fornitori "assieme ai criteri"	La soluzione è una proposta ideativa o progetto preliminare di prodotti o servizi
La SA può cedere la proprietà dei risultati in cambio di uno sconto sul prezzo di mercato	La SA non è proprietaria dei risultati e può non prevedere premi, incentivi o indennizzi	La SA diventa proprietaria unica dei risultati ottenuti e premiati
Devono essere aggiudicate due o più proposte	E' aggiudicabile anche più di una proposta	E' premiabile anche più di una proposta
Vi sono due o più stadi ed il vincitore passa automaticamente a quello successivo	Se previsti due o più stadi il vincitore passa automaticamente allo stadio successivo	Nei concorsi a due stadi il vincitore ha diritto di essere riaffidato per progettazione senza gara (NB avendone i requisiti)

Quale disciplina si applica?

- Alla luce del considerando n. 23 della Direttiva 2004/18/CE per il quale:

*"A norma dell'articolo 163 del trattato, 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. **Il cofinanziamento di programmi di ricerca non dovrebbe essere oggetto della presente direttiva:** risultano pertanto 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".*

Quale disciplina si applica?

- L'art. 19, comma 1, lettera f), del Codice Appalti (rubricato “Contratti di servizi esclusi”), il quale recepisce l'art. 16, comma 1, lettera f), della Direttiva 2004/18/CE, agli appalti pre-commerciali, così come li abbiamo definiti, non si applica la disciplina prevista per gli appalti.

“Il presente Codice non si applica ai contratti pubblici: [...] f) concernenti servizi di ricerca e sviluppo diversi da quelli i cui risultati appartengono esclusivamente alla stazione appaltante, perché li usa nell'esercizio della sua attività, a condizione che la prestazione del servizio sia interamente retribuita da tale amministrazione”

Quale disciplina si applica?

- L'art. 27 Codice Appalti (rubricato “Principi relativi ai contratti esclusi”) prevede che:
 1. *L'affidamento dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi forniture, esclusi, in tutto o in parte, dall'ambito di applicazione oggettiva del presente Codice, avviene nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità. L'affidamento deve essere preceduto da invito ad almeno cinque concorrenti, se compatibile con l'oggetto del contratto. [...]*
 2. *Si applica altresì l'art. 2, commi 2, 3 e 4.*
 3. *Le amministrazioni aggiudicatrici stabiliscono se è ammesso o meno il subappalto, e, in caso affermativo, le relative condizioni di ammissibilità. Se le amministrazioni aggiudicatrici consentono il subappalto, si applica l'articolo 118”.*

Quale disciplina si applica?

- Essendo richiamato espressamente l'art. 2 del Codice Appalti (rubricato "Principi") è opportuno riportarne il testo:

- "2. Il principio di economicità può essere subordinato, entro i limiti in cui sia espressamente consentito dalle norme vigenti e dal presente codice, ai criteri, previsti dal bando, ispirati a esigenze sociali, nonché alla tutela della salute e dell'ambiente e alla promozione dello sviluppo sostenibile.
3. Per quanto non espressamente previsto nel presente codice, le procedure di affidamento e le altre attività amministrative in materia di contratti pubblici si espletano nel rispetto delle disposizioni sul procedimento amministrativo di cui alla legge 7 agosto 1990, n. 241 e successive modificazioni e integrazioni.
4. Per quanto non espressamente previsto nel presente codice, l'attività contrattuale dei soggetti di cui all'art. 1 si svolge nel rispetto, altresì, delle disposizioni stabilite dal codice civile"

I principi a cui deve ispirarsi la disciplina degli appalti pre-commerciali

- **Economicità:** si sostanzia nell'uso ottimale delle risorse impiegate nell'appalto. La sua applicazione comporta che non vi sia inutile eccedenza di impiego di tali risorse nello svolgimento della gara ovvero nell'esecuzione del contratto.
- **Efficacia:** si sostanzia nella necessità che la stazione appaltante operi in modo tale che i propri atti risultino congrui rispetto al scopo a cui sono preordinati.
- **Imparzialità:** sta a significare che le questioni pratiche relative alla stessa materia devono essere trattate secondo gli stessi criteri di valutazione.

I principi a cui deve ispirarsi la disciplina degli appalti pre-commerciali

- **Parità di trattamento:** consiste nella garanzia che i concorrenti siano valutati in modo eguale in presenza di situazioni eguali ed in modo diverso in presenza di fatti che differenziano la posizione dei medesimi.
- **Trasparenza:** si esplica nella garanzia, in favore di ogni potenziale offerente, di procedure conoscibili ed accessibili di modo da consentire l'apertura degli appalti alla concorrenza, nonché il controllo sull'imparzialità degli affidamenti.
- **Proporzionalità:** si sostanzia nell'esigenza che la p.a. persegua i propri fini istituzionali attraverso modalità di svolgimento delle proprie azioni che siano in rapporto di idoneità, necessarietà ed adeguatezza con l'obiettivo da raggiungere

La normativa comunitaria e nazionale, al di là del richiamo ai principi su esposti, non fornisce una disciplina puntuale degli appalti pre-commerciali, lasciando ai soggetti pubblici spazio di manovra a seconda delle esigenze e dei fabbisogni a cui far fronte.

Si darà qui di seguito qualche indicazione relativa alla disciplina applicabile.

Il procedimento da seguire

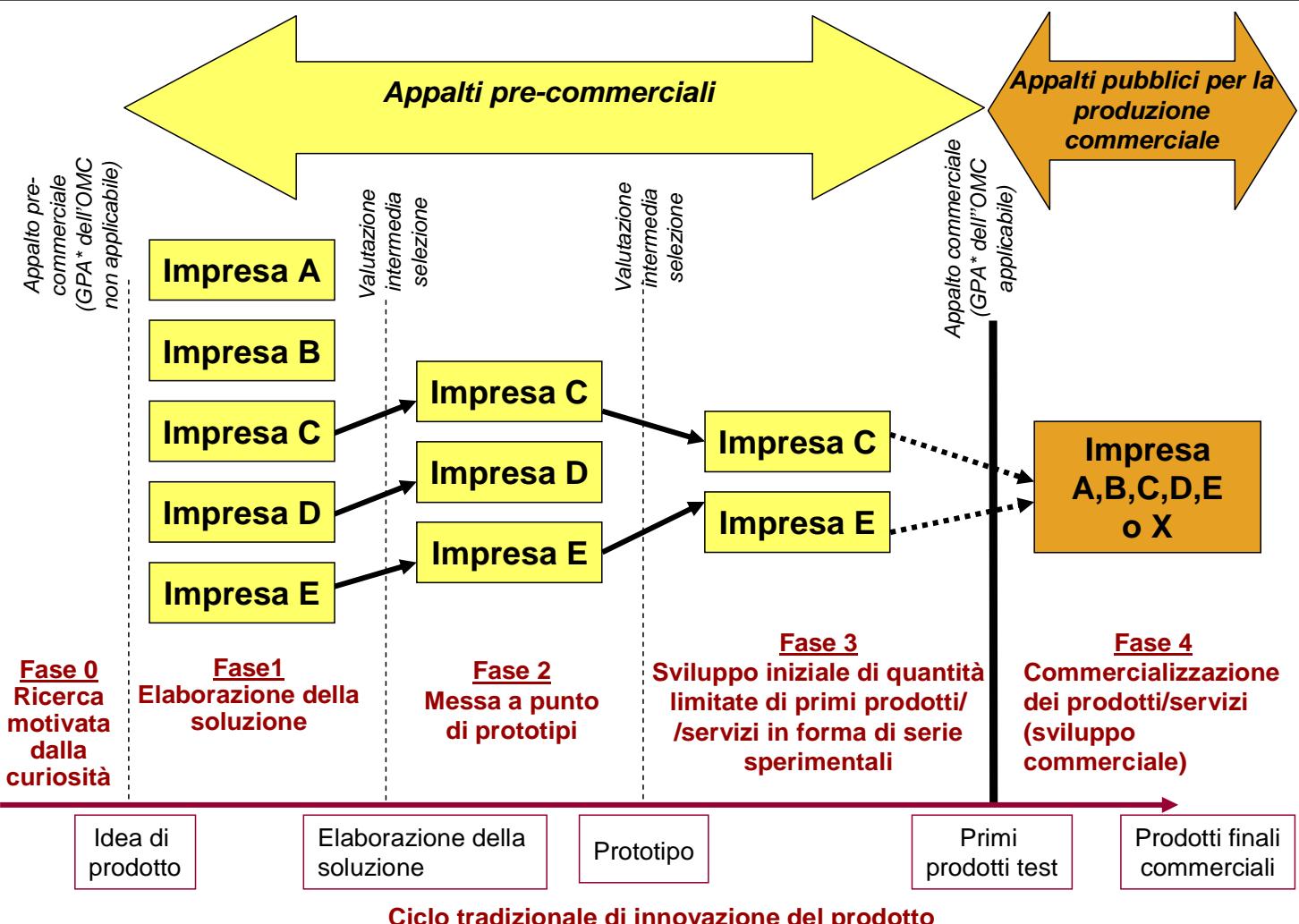
- La stazione appaltante deve in primo luogo individuare i propri fabbisogni specifici, vale a dire individuare il campo nel quale si intende attuare la ricerca, lo sviluppo e l'innovazione (ad es: campo biomedico, ICT, meccatronica ecc.). Questa individuazione rappresenta una fase preparatoria dell'appalto pre-commerciale vero e proprio.
- Tale bisogno andrà adeguatamente illustrato, anche se non necessariamente espresso in maniera completa ed esaustiva, nel capitolato tecnico.
- Si precisa che tale strumento ha una duplice valenza:
 - a) veicolo di promozione della domanda di innovazione nel territorio;
 - b) veicolo di approvvigionamento dell'innovazione da parte dei singoli enti pubblici.

Il procedimento da seguire

- L'appalto pre-commerciale si sviluppa in una procedura ad inviti, articolata in più stadi successivi, nei quali è coinvolto un certo numero di imprese offerenti, selezionate in base alla loro mera capacità di contrarre e non necessariamente sulla base di referenze acquisite in appalti simili.
- In ciascuno stadio è prevista l'aggiudicazione ad almeno due imprese, al fine di preservare la concorrenza tra operatori economici, secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.
- In ogni stadio il numero delle aggiudicazioni contemporanee verosimilmente si ridurrà gradualmente, senza mai scendere al di sotto di 2, man mano che l'oggetto della prestazione si specializza e si attualizza.

Il procedimento da seguire

- In ogni stadio ogni impresa aggiudicataria dovrà dimostrare che la spesa prevista per il correlato impegno si non superiore al prezzo di mercato, da calcolarsi sulla base di parametri noti ed obiettivi. Peraltro, laddove vi sia una effettiva condivisione dei rischi e dei benefici con la stazione appaltante il costo non potrà che essere inferiore al prezzo di mercato, in considerazione dei costi sostenuti dalla p.a.
- Di norma la procedura si conclude con la pubblicazione dei risultati e la loro messa a disposizione di un'utenza più vasta (ulteriori amministrazioni pubbliche potenziali beneficiarie e ulteriori imprese che potranno poi mettere a punto e sviluppare su nuovi fronti i risultati raggiunto con l'appalto pre-commerciale).
- Nel caso di diritti di brevetto o simili, stazione appaltante ed impresa aggiudicataria ne saranno contitolari e dovranno metterli a disposizione di chi ne faccia richiesta tramite contratti di licenza a condizioni di mercato.



STADIO 1→ Elaborazione della soluzione (Studio di fattibilità tecnica per un progetto di ricerca, sviluppo, innovazione)

- Le imprese offerenti, sulla base dei requisiti espressi dalla stazione appaltante ed elaborati in maniera dialogante con il responsabile del procedimento, predispongono una o più soluzioni tecniche da sottoporre al giudizio del committente.
- In base all'importo posto a base d'asta, il bando può prevedere almeno 3 – 4 vincitori.
- Criteri di aggiudicazione potranno essere:
 - capacità tecnica dei progetti di rispondere ai requisiti/ fabbisogni enunciati dalla Stazione appaltante;
 - costo prevedibile del progetto;
 - benefici attesi per il territorio e/o l'economia nel suo insieme;
 - lo sconto praticato.

STADIO 2→ Messa a punto di uno o più prototipi di prodotto/servizio

- A seconda delle esigenze le soluzioni proposte nel primo stadio potranno essere portate all'elaborazione di un prototipo.
- I partecipanti che hanno superato il primo stadio si impegnano attivamente nella realizzazione del prototipo il quale costituisce il principale obiettivo dei rispettivi progetti.
- Al termine dei progetti almeno due di essi dovranno essere premiati con la possibilità di produrre una quantità limitata di prodotti o servizi in forma di serie sperimentali.
- Criteri di aggiudicazione potranno essere:
 - capacità tecnica dei prototipi di rispondere ai requisiti/fabbisogni enunciati dalla stazione appaltante;
 - costo prevedibile (a livello di pre-serie) che deve essere supportato da documentazioni dettagliate, ovvero il numero di unità realizzabili con un determinato budget residuo;
 - altri elementi di carattere qualitativo.

STADIO 3→Sviluppo iniziale di quantità limitate di prodotti o servizi (in forma di serie sperimentali)

- Questo è uno stadio che non sarà sempre presente negli appalti pre-commerciali.
- In questa fase alle imprese è richiesto di sviluppare sperimentalmente e di installare un numero limitato di applicazioni pilota. E' espressamente escluso l'acquisto di soluzioni tecniche già completamente sviluppate, per il quale sarà comunque indispensabile provvedere attraverso appalti tradizionali.
- La risultante di questo stadio sarà la dimostrazione pratica della realizzabilità e del rendimento di determinati prodotti o servizi innovativi, di interesse diretto per la stazione appaltante, non ancora esistenti sul mercato e per i quali esiste la possibilità di un futuro sviluppo commerciale.

L'appalto pre-commerciale non deve costituire un Aiuto di Stato

Evita la configurazione di un Aiuto di Stato nella misura in cui:

- si limita il campo di applicazione al solo approvvigionamento di servizi di ricerca, sviluppo e innovazione, con esclusione di soluzioni di mercato per le quali esiste già una produzione in serie;
- la stazione appaltante non finanzia completamente le attività contrattualizzate;
- né è proprietaria esclusiva dei risultati ottenuti che sono condivisi in egual misura con la ditta appaltatrice;
- le procedure di gara si ispirano a quelle disciplinate dal Codice Appalti;

È previsto l'obbligo di notifica preventiva alla Commissione Europea la quale valuterà se si è di fronte ad una disciplina elusiva del divieto di aiuti di Stato.

Problematiche

• Diritti di proprietà industriale

- Conoscenze, brevettabili o no, già possedute dalla ditta appaltatrice anteriormente alla stipula del contratto, ovvero al di fuori di esso, la stazione appaltante non matura alcun diritto in forza del contratto di appalto.
- I risultati ottenuti attraverso i vari stadi dell'Appalto Pre-Commerciale, appartengono in comproprietà all'aggiudicatario e alla stazione appaltante, in proporzione ai loro rispettivi apporti finanziari sul totale della spesa.
- Agli inventori spetta in ogni caso il diritto di autore.
- Ogni parte è titolare di un diritto d'uso sui risultati ottenuti per le proprie necessità, e di un diritto alla ripartizione degli utili derivanti dallo sfruttamento dei risultati in termini industriali o commerciali, sempre in proporzione ai loro rispettivi apporti sulla spesa complessiva.

Problematiche

• Confidenzialità

A fronte dell'esistenza di diritti di proprietà industriale le conoscenze sviluppate nelle varie fasi dell'appalto pre-commerciale potranno essere soggette, nel corso della gara, a limitazioni all'accesso, soprattutto da parte di terzi.

Alla fine della procedura è però previsto nella stessa definizione data dalla Commissione che i risultati vengano pubblicati affinché ne tragga beneficio l'intero tessuto socio-economico.

• Offerte anomale

In linea di principio tutte le offerte pervenute dai partecipanti dovrebbero essere accettate a qualsiasi prezzo, ma in via teorica potrebbero presentarsi dei casi di anomalia, che potrebbero gestirsi in modo simile a quanto avviene negli appalti tradizionali.

• Inadempimento

Nel corso di procedimenti particolarmente lunghi, variazioni di prezzo e/o nuove innovazioni tecnologiche esterne potrebbero far venire meno l'interesse alla realizzazione della prestazione da parte di una o più ditte aggiudicatarie. Anche questa fattispecie è gestibile con riferimento alla disciplina degli appalti ordinari, nella specie si fa riferimento alla risoluzione del contratto. Si potrebbe anche ipotizzare l'utilizzo dello strumento del recesso gratuito della stazione appaltante.

Problematiche

- *Reductio ad unum*

Nel caso in cui, ad esempio per inadempimento, il numero dei partecipanti attivi potrebbe scendere ad uno, questo non dovrà necessariamente comportare l'interruzione del procedimento.

- Subappalto

Alla strguia dell'art. 27, comma 3, del Codice Appalti la stazione appaltante può prevedere la possibilità di ricorrere al subappalto, dovrebbe, tuttavia, rimanere esclusa la cessione integrale del contratto.