



Autorità Nazionale Anticorruzione

Il Presidente

Comunicato del Presidente del 9 marzo 2016

Oggetto: ambito oggettivo degli appalti pubblici pre-commerciali e disciplina di riferimento.

L'Autorità, per espresso disposto dell'art. 6, comma 7, lett. b) del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (Codice), vigila sui contratti di lavori, servizi, forniture, esclusi in tutto o in parte dall'ambito di applicazione di quest'ultimo, verificando, con riferimento alle concrete fattispecie contrattuali, la legittimità della sottrazione e il rispetto dei principi relativi ai contratti esclusi. In tale ottica si ritiene necessario fornire alle amministrazioni aggiudicatrici e agli operatori del mercato indicazioni di carattere generale circa l'ambito oggettivo di applicazione degli appalti pre-commerciali (PCP), esclusi dall'applicazione del Codice, per evitare che un ricorso distorto agli stessi determini un'illegittima sottrazione degli appalti di servizi alla disciplina di riferimento.

Si definiscono servizi di ricerca e sviluppo quei servizi che consistono in un progresso scientifico ottenuto nei vari campi delle scienze naturali o sociali nelle tre aree della ricerca e sviluppo, ovvero: ricerca di base, ricerca applicata e sviluppo sperimentale. Gli appalti pubblici pre-commerciali comprendono unicamente i contratti di appalto di servizi di ricerca e sviluppo tecnologico (R&S) che prevedono:

- a) la condivisione dei rischi e dei benefici alle condizioni di mercato tra acquirente pubblico e soggetti aggiudicatari per lo sviluppo di soluzioni innovative, non già presenti sul mercato, a partire dall'ideazione fino allo sviluppo iniziale di quantità limitate di prodotti o servizi sperimentali idonee a risolvere un problema irrisolto e tecnologicamente complesso, posto dall'acquirente pubblico;
- b) la clausola di non esclusiva, in funzione della quale la stazione appaltante non riserva al suo uso esclusivo i risultati derivanti dalle attività di R&S;
- c) il cofinanziamento da parte delle imprese aggiudicatarie.

Tali servizi di R&S sono svolti per il raggiungimento di uno scopo obiettivamente e intrinsecamente aleatorio (non deve sussistere certezza dell'effettiva riuscita della ricerca) e non possono essere diretti alla realizzazione di soluzioni la cui ripetibilità è assicurata dall'esistenza di soluzioni offerte dal mercato già prima dell'indizione della gara; essi devono essere rivolti, infatti, allo sviluppo di una soluzione non disponibile o non pienamente disponibile sul mercato. Più precisamente, con l'appalto pre-commerciale la ricerca è mirata a un progetto altamente innovativo, più difficile da gestire rispetto a situazioni nelle quali l'elemento della innovatività è presente ma assai limitato.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Il Presidente

Di converso, la categoria di appalto pre-commerciale non comprende quei servizi di R&S che sono svolti in modo permanente e funzionali all'esercizio delle attività ordinarie della PA, come i servizi di consulenza, formazione ecc..

Gli ambiti normativamente indicati per il ricorso agli appalti pre-commerciali sono quelli definiti dall'art. 19, comma 1 del d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito con modificazioni dalla l. 17 dicembre 2012, n. 221, che ha inserito il comma 3-*bis*, all'art. 20 del d.l. 22 giugno 2012, n. 83, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 2012, n. 134, riguardano lo sviluppo delle comunità intelligenti, la produzione di beni pubblici rilevanti, la rete a banda ultralarga, fissa e mobile, tenendo conto delle singole specificità territoriali e della copertura delle aree a bassa densità abitativa, e i relativi servizi, la valorizzazione digitale dei beni culturali e paesaggistici, la sostenibilità ambientale, i trasporti e la logistica, la difesa e la sicurezza.

Gli ulteriori ambiti nei quali l'appalto pre-commerciale può rappresentare un utile, efficace e legittimo strumento di incentivo per lo sviluppo delle conoscenze scientifiche e tecnologiche, in modo da soddisfare con i minor costi possibili e i tempi più rapidi esigenze pubbliche che non potrebbero essere altrimenti soddisfatte, sono sicuramente quello sanitario, per assicurare cure sanitarie di elevata qualità a prezzi accessibili, dell'efficientamento energetico e della lotta contro i cambiamenti climatici.

Schematicamente, la procedura di appalto pre-commerciale non può essere ammessa nei seguenti casi:

- 1) allorché l'appalto risulti finalizzato in prevalenza all'acquisto di forniture o lavori di R&S e non già di servizi di R&S, nell'ambito dei quali l'oggetto della prestazione è rappresentato dallo svolgimento di attività di ricerca e sperimentazione; sul punto, si consideri che le forniture di R&S godono di un'autonoma disciplina sia nell'ordinamento comunitario, sia in quello interno; tale normativa, infatti, assicura comunque il ricorso a procedure negoziate per tale tipologia di appalti (art.31, par. 2, lett. a) Dir. 2004/18 CE e art. 40, par. 3, lett. b) Dir. 2004/17/CE, art. 57, comma 3, lett. a) del Codice, per i contratti di fornitura di R&S che riguardano proprio i "prodotti fabbricati esclusivamente a scopo di ricerca, di sperimentazione, di studio e di sviluppo");
- 2) quando il valore dei prodotti oggetto delle attività di ricerca sia prevalente, cioè superiore al 50% del valore dell'appalto del servizio di R&S; sul punto, va tuttavia notato che, anche laddove il valore dei lavori sia superiore a quello della ricerca, l'appalto rimane comunque qualificabile come appalto di servizi, allorché i lavori abbiano carattere meramente accessorio rispetto all'oggetto principale del contratto (cfr. 3, co. 3, art. 14 del Codice, secondo cui ai fini dell'applicazione del comma 2, l'oggetto principale del contratto è costituito dai lavori se l'importo dei lavori assume rilievo superiore al cinquanta per cento, salvo che, secondo le caratteristiche specifiche dell'appalto, i lavori abbiano carattere meramente accessorio rispetto ai servizi o alle forniture, che costituiscano l'oggetto principale del contratto);
- 3) quando anche solo uno degli elementi qualificanti i servizi di R&S oggetto di gara non sia verificato (e si ricada in una casistica di sviluppo in esclusiva ovvero di remunerazione integrale).



Autorità Nazionale Anticorruzione

Il Presidente

Per quanto concerne la disciplina applicabile, per espresso disposto dello stesso art. 16, par. 1, lett. f), della direttiva 2004/18/UE, la disciplina sui contratti pubblici non si applica agli appalti di servizi concernenti servizi di ricerca e sviluppo diversi da quelli i cui risultati 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.

Anche il Codice, dal canto suo, consente di ritenere appalto pre-commerciale l'affidamento di un contratto pubblico concernente servizi di ricerca e sviluppo «diversi da quelli i cui risultati appartengono esclusivamente all'amministrazione aggiudicatrice perché li usi nell'esercizio delle sue attività a condizione che la prestazione sia interamente retribuita da tale amministrazione» (art. 19) e che non costituisce un Aiuto di Stato.

Le procedure di aggiudicazione di detti contratti sono, comunque, sottoposte ai principi generali contenuti nel Codice dei contratti pubblici e relativi a servizi, lavori e forniture, ovvero ai principi di apertura, non discriminazione, economicità, efficacia, concorrenza, parità di trattamento e imparzialità, trasparenza e pubblicità e proporzionalità (art. 27).

Si richiama, inoltre, la comunicazione interpretativa della Commissione europea COM (2007) 799 “Pre-commercial procurement: driving innovation to ensure sustainable high quality public services in Europe”, che ha individuato nel PCP il principale strumento di ammodernamento delle politiche di promozione dell'innovazione che fanno leva sulla spesa pubblica, fornendone una interpretazione e i principi base, così da orientare Stati membri e amministrazioni aggiudicatrici nell'utilizzo di tale strumento, direttamente applicabile senza alcun intervento normativo.

Da ultimo, la nuova direttiva appalti 2014/24/UE, invece, all'art. 14, consente di definire l'ambito del PCP a contrario, anche se specularmente coincidente con quello individuato dalla precedente direttiva. La norma richiamata, infatti, testualmente recita: «La presente direttiva si applica solamente ai contratti per servizi di ricerca e sviluppo identificati con i codici CPV da 73000000-2 a 73120000-9, 73300000-5, 73420000-2 o 73430000-5, purché siano soddisfatte entrambe le condizioni seguenti:

- a) i risultati appartengono esclusivamente all'amministrazione aggiudicatrice perché li usi nell'esercizio della sua attività, e
- b) la prestazione del servizio è interamente retribuita dall'amministrazione aggiudicatrice».

Raffaele Cantone

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 14 marzo 2016

Il Segretario, Maria Esposito