

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)

La Commissione, in data 14 dicembre 2007, ha deciso, conformemente al disposto dell'articolo 262 del Trattato che istituisce la Comunità europea, di consultare il 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.

La sezione specializzata Mercato unico, produzione e consumo, incaricata di preparare i lavori del Comitato in materia, ha formulato il proprio parere in data 1° ottobre 2008, sulla base del progetto predisposto dal relatore VAN IERSEL.

Il Comitato economico e sociale europeo, in data 22 ottobre 2008, nel corso della 448a sessione plenaria, ha adottato il seguente parere con 70 voti favorevoli e 1 astensione.

1. Conclusioni e raccomandazioni

1.1. Il CESE appoggia pienamente l'obiettivo della Commissione di promuovere gli incentivi all'innovazione negli appalti pubblici in tutta Europa. Se l'Europa vuole continuare a essere all'avanguardia nella prestazione efficiente di servizi pubblici di prima qualità per i suoi cittadini, a beneficio dell'economia, della società e dell'ambiente, deve sforzarsi di utilizzare nella maniera migliore possibile le innovazioni e i progressi tecnologici nei suoi servizi pubblici.

1.2. Il CESE concorda con le raccomandazioni della Commissione concernenti il «cliente intelligente» in quanto costituiscono la premessa essenziale di un atteggiamento maggiormente proattivo verso una politica moderna di committenza da parte delle amministrazioni pubbliche. In linea di massima, un grado più elevato di impegno «intelligente» da parte del cliente pubblico gioverà alla qualità dei contratti con i fornitori privati.

1.3. Il CESE concorda con la Commissione che promuovere le opportunità di innovazione e di applicazione tecnologica negli appalti pubblici recherà vantaggio all'Europa in due modi: in primo luogo col migliorare la qualità dei servizi pubblici e il rapporto qualità/prezzo, con conseguenti benefici per i contribuenti, e, in secondo luogo, aprendo nuove opportunità per l'innovazione nell'economia, contribuendo così a migliorare globalmente le prestazioni dell'Europa nel campo dell'innovazione e la sua competitività.

1.4. Il CESE sottolinea che, quali che siano i potenziali vantaggi dei nuovi o diversi approcci adottati in materia di appalti

pubblici, il recepimento e l'applicazione corretti delle direttive del 2004 ⁽¹⁾ (le «Direttive») rimangono una priorità. Le tradizioni e gli atteggiamenti culturali sono spesso profondamente radicati. La pratica dimostra che un'applicazione corretta delle normative negli Stati membri richiede un monitoraggio stretto e permanente nonché lo scambio di esperienze e buone prassi.

1.4.1. Gli appalti pubblici coprono oggi una serie di settori molto ampi e di nuovi paradigmi. Il CESE sottolinea che, specie per quanto concerne la promozione dell'innovazione, è necessario tracciare una netta distinzione tra gli appalti delle amministrazioni pubbliche e quelli degli enti erogatori di pubblici servizi. Questi ultimi — la maggior parte dei quali partecipa da oltre un secolo a progetti innovativi — vantano infatti maggiori capacità professionali e maggiore esperienza in relazione ai progetti di alta tecnologia, e ciò consente loro di gestire l'innovazione più recente. Considerazioni analoghe valgono per il settore della difesa, benché, rispetto agli Stati Uniti, l'Europa soffra la mancanza di bilanci di grandi dimensioni e di una corrispondente base di fornitori su scala continentale. Il presente parere si occupa quindi delle amministrazioni pubbliche, dato che gli enti erogatori di servizi pubblici hanno già la capacità di gestire la R&S.

1.5. La Commissione sembra molto fiduciosa riguardo alla possibilità di trasporre in ambito europeo le esperienze utili maturate negli Stati Uniti nel collegare tecnologia, innovazione e appalti pubblici. Il CESE, invece, teme che non sia così semplice creare opportunità paragonabili a quelle esistenti oltreoceano. In Europa, infatti, lo sviluppo dei mercati dei servizi pubblici e della difesa, delle relative forniture e delle innovazioni collegate è finora avvenuto principalmente sulla base delle situazioni e competenze specifiche dei singoli Stati.

⁽¹⁾ Le direttive in questione sono la 2004/17/CE (direttiva «settori speciali») e la 2004/18/CE (direttiva «classica»).

1.6. In generale, a differenza che negli Stati Uniti, in Europa nel settore degli appalti pubblici mancano:

- un unico grande mercato e condizioni simili in tutto il continente per le PMI ad alta tecnologia,
- una lingua comune,
- una relazione privilegiata come quella esistente tra il Pentagono e le imprese ad alto contenuto tecnologico e
- il fatto che gli sviluppi in campo militare si riversano sui prodotti e sulle applicazioni civili.

1.7. Il CESE dichiara di essere d'accordo con la Commissione sulla necessità di sfruttare ogni opportunità per stimolare l'innovazione e sviluppare così servizi pubblici di migliore qualità e con un miglior rapporto qualità-prezzo. A tal fine, la Commissione dovrebbe inoltre incoraggiare le amministrazioni pubbliche a sforzarsi di trarre vantaggio dalle buone pratiche delle altre amministrazioni.

1.8. Gli acquirenti pubblici andrebbero incoraggiati ad aprirsi a soluzioni innovative e alternative («varianti») anziché continuare ad acquistare sempre come in passato. Essi dovrebbero ricercare il miglior rapporto qualità-prezzo e non soltanto il prezzo più basso. Gli scambi tra i centri di conoscenza esistenti in questo campo in alcuni Stati membri possono contribuire a fornire degli esempi da seguire anche nel resto dell'Europa. In questo modo è possibile incoraggiare gli acquirenti a sviluppare le competenze necessarie per essere «clienti intelligenti» e poi acquisire gradualmente esperienza in questo campo. Queste competenze e questa esperienza sono condizioni imprescindibili.

1.9. In quanto all'innovazione, gli acquirenti pubblici devono avviare un dialogo tecnico trasparente molto prima di pubblicare i bandi di gara d'appalto per capire qual è lo «stato dell'arte» nel mercato e di offrire a quest'ultimo la possibilità di comprendere meglio il problema da risolvere e di proporre così le soluzioni ottimali.

1.10. Il CESE consiglia prudenza nel coinvolgere la maggioranza delle amministrazioni pubbliche nei processi innovativi o nell'adozione precoce di nuove soluzioni. Fin troppo spesso alle

amministrazioni pubbliche è mancata la possibilità di sviluppare le competenze e l'esperienza necessarie per partecipare a progetti davvero innovativi; i rischi connessi sono notevoli e richiedono una gestione di altissimo livello, considerato che la possibilità che tali progetti falliscano è molto concreta.

1.11. Bisognerebbe creare negli Stati membri una rete di persone e organizzazioni esperte e professionali cui poter far ricorso per rafforzare le risorse proprie dei singoli acquirenti nel caso dei progetti innovativi più avanzati.

1.12. Benché l'allegato delinea una serie di procedure relative a contratti di appalto pre-commerciale che, pur non rientrando — in virtù di clausole di esclusione ⁽²⁾ — nell'ambito di applicazione delle Direttive, sono però conformi al quadro giuridico vigente, esiste pur sempre la possibilità di una violazione, magari inconsapevole, di tale normativa. Il CESE raccomanda dunque ai committenti di esaminare attentamente l'allegato e di seguirne scrupolosamente le raccomandazioni. Nel caso in cui l'amministrazione appaltante o uno dei potenziali fornitori nutra il minimo dubbio, il CESE consiglia vivamente alla prima di ottenere preventivamente da parte della Commissione l'assicurazione che la procedura non viola le norme sugli aiuti di Stato o le clausole di esclusione delle Direttive, e di dare prova di ciò a tutti i potenziali fornitori.

1.13. La Commissione sottolinea giustamente l'importanza dei diritti di proprietà intellettuale (DPI). Il CESE aggiunge che — trattandosi di un settore di attività tutt'altro che semplice — bisogna adoperare la massima cura nella costituzione, nell'assegnazione e nella gestione di tali diritti.

2. Sfondo e contesto

2.1. Nel 2004 il Consiglio ha adottato le direttive vigenti in materia di appalti pubblici nei settori relativi ad enti erogatori di alcuni servizi pubblici ⁽³⁾ e in quello «classico» ⁽⁴⁾, appalti che rappresentano complessivamente circa il 16 % del PIL europeo.

⁽²⁾ Si tratta delle seguenti clausole di esclusione:

- l'articolo 24, lettera e) della direttiva «servizi speciali», secondo cui tale direttiva non si applica agli appalti di servizi «concernenti servizi di ricerca e sviluppo diversi da quelli i cui risultati appartengono esclusivamente all'ente aggiudicatore perché li usi nell'esercizio della sua attività, a condizione che la prestazione del servizio sia interamente retribuita dall'ente aggiudicatore»,
- l'articolo 16, lettera f) della direttiva «classica», secondo cui tale direttiva non si applica agli appalti pubblici 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».

⁽³⁾ 2004/17/CE.

⁽⁴⁾ 2004/18/CE.

2.2. L'obiettivo delle Direttive era stabilire un insieme coerente di norme non discriminatorie e trasparenti che garantissero l'apertura di mercati fino ad allora interamente o parzialmente chiusi, favorendo così la concorrenza tra i fornitori nonché rapporti costi-benefici più favorevoli per le amministrazioni pubbliche e i cittadini.

2.3. Nel corso dell'elaborazione delle proposte definitive vennero effettuate lunghe e ampie consultazioni al fine di garantire che le Direttive fossero concretamente applicabili e adatte a realizzare l'obiettivo perseguito.

2.4. In seguito le Direttive sono state recepite nei diversi ordinamenti interni. La loro applicazione concreta a livello nazionale e regionale si è tuttavia rivelata tutt'altro che agevole. Le procedure previste richiedono infatti delle competenze, una professionalità e un'esperienza spesso ancora insufficientemente sviluppate negli enti acquirenti e il cui apprendimento in molti casi richiede molto tempo.

2.5. Poiché l'innovazione è un tema centrale della strategia di Lisbona, gli Stati membri e la Commissione stanno adottando varie iniziative per studiare e determinare i modi in cui stimolare l'innovazione nella prassi degli appalti pubblici sulla base delle Direttive.

2.6. Fra le recenti iniziative della Commissione al riguardo, vale la pena di citare almeno:

— i dieci elementi di buona pratica, necessari per gestire con successo gli appalti pubblici, indicati nella «Guida in dieci punti»,⁽⁵⁾

— le consultazioni tra funzionari della Commissione e direttori della ricerca nazionale nel campo delle TIC⁽⁶⁾ negli Stati membri, che sono sfociate in proposte concrete in materia di appalti pre-commerciali⁽⁷⁾ (cfr. sezione 4 del presente parere),

⁽⁵⁾ *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].

⁽⁶⁾ TIC: Tecnologie dell'informazione e della comunicazione.

⁽⁷⁾ Cfr. 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* (COM(2007) 799 def.) e il relativo allegato (SEC(2007) 1668).

— nel quadro del piano d'azione per le tecnologie ambientali (*Environmental Technologies Action Plan - ETAP*)⁽⁸⁾, l'iniziativa della DG Ambiente in materia di verifica delle tecnologie e di certificati corrispondenti,

— la costituzione, ad opera della DG Ricerca, di un gruppo di esperti in materia di gestione dei rischi nel campo degli appalti pubblici, i cui lavori sono appena iniziati.

2.7. Le iniziative della Commissione sono basate su — o ispirate da — documenti «pilota» come la relazione Aho⁽⁹⁾ e la comunicazione intitolata *Mercati guida: un'iniziativa per l'Europa*⁽¹⁰⁾, in entrambi i quali si afferma espressamente che gli appalti pubblici possono e devono costituire una risorsa preziosa di lavori, beni e servizi innovativi⁽¹¹⁾. In cinque dei sei mercati⁽¹²⁾ individuati dall'iniziativa *Mercati guida* come particolarmente adatti a progetti innovativi vi è ampio spazio per l'innovazione nella sfera pubblica.

2.8. Le consultazioni delle parti interessate hanno consentito di individuare un insieme di criteri per i mercati guida, fra i quali quelli dell'«orientamento della domanda anziché spinta della tecnologia» e dell'«interesse sociale ed economico strategico», che rivestono entrambi un interesse particolare per gli acquirenti pubblici. In tutte le consultazioni si sottolinea l'esigenza ampiamente avvertita di far sì che in Europa gli appalti pubblici favoriscano, in misura maggiore che in passato, i lavori, i prodotti e i servizi innovativi.

2.9. La Guida in dieci punti, pubblicata nel marzo 2007, deriva dalla relazione Aho e definisce la nostra buona prassi in materia di soluzioni innovative nel campo degli appalti pubblici, elencando dieci punti importanti per riuscire davvero ad essere un «cliente intelligente»⁽¹³⁾ (su quest'ultimo concetto si tornerà più diffusamente al punto 3.14).

⁽⁸⁾ Le azioni prioritarie dell'ETAP mirano a: promuovere la ricerca e sviluppo, mobilitare risorse finanziarie, contribuire a incrementare la domanda, migliorare le condizioni del mercato.

⁽⁹⁾ *Creare un'Europa innovativa*, rapporto del gruppo di esperti indipendenti europei su R&S e innovazione istituito dopo il vertice di Hampton Court e presieduto da Esko Aho, gennaio 2006.

⁽¹⁰⁾ COM(2007) 860 def.

⁽¹¹⁾ Tra gli altri documenti della Commissione in materia merita citare almeno la comunicazione *Potenziare la ricerca e l'innovazione — Investire per la crescita e l'occupazione: una strategia comune* [COM(2005) 488 def.], pubblicata nel 2005 (ISBN 92-894-9417-4).

⁽¹²⁾ Sanità online, tessili di protezione, costruzione sostenibile, riciclaggio, bioprodotto, energie rinnovabili.

⁽¹³⁾ Cfr. nota 5.

2.10. Nella comunicazione sugli appalti pre-commerciali⁽¹⁴⁾ la Commissione introduce un nuovo strumento per attivare l'innovazione negli appalti pubblici. Pur nel rispetto delle disposizioni delle Direttive, la Commissione vuole promuovere — tra acquirenti pubblici e fornitori potenziali — contratti di appalto di servizi di R&S relativi alle fasi di ricerca e sviluppo che precedono la commercializzazione, ossia a quelle di progettazione, realizzazione di prototipi, sperimentazione e preproduzione, fino alla soglia della produzione su scala commerciale e della vendita.

2.11. Il CESE accoglie con grande favore qualsiasi sforzo teso a promuovere l'innovazione negli appalti pubblici. Esso è quindi favorevole a tutti i documenti e a tutte le ulteriori consultazioni e discussioni fra decisori politici e acquirenti pubblici che contribuiscano a preparare il terreno a un rafforzamento del potenziale innovativo dell'industria nell'Unione europea, con beneficio per la società nel suo insieme.

2.12. Tuttavia, il presente parere è inteso a esaminare:

— il concetto di appalto pre-commerciale, introdotto nella comunicazione e nel relativo allegato,

— i modi in cui questo tipo di appalto può, insieme ad altre iniziative, contribuire a creare un clima più favorevole ai lavori, prodotti e servizi innovativi che si desidera promuovere,

— in che misura e con quali modalità il settore degli appalti pubblici dispone degli strumenti giusti per stimolare l'innovazione nei servizi pubblici, e

— dove si collocano i limiti e i rischi — esame, questo, che richiede particolare cautela.

3. Osservazioni

3.1. La Guida in dieci punti⁽¹⁵⁾ descrive con chiarezza dieci buone pratiche che possono aiutare le amministrazioni pubbliche a gestire con successo soluzioni innovative nel campo degli appalti pubblici. Essa rappresenta senz'altro una solida base da cui partire, ma per tradurla in pratica resta ancora molto da fare. In alcuni settori è necessario adottare ulteriori misure concrete, mentre in altri si deve osservare una particolare cautela.

⁽¹⁴⁾ Cfr. nota 7.

⁽¹⁵⁾ Cfr. nota 5.

3.2. Il buon esito degli appalti pubblici dipende dalla messa in atto di buone pratiche coerenti con le Direttive. Queste ultime sono intese a promuovere il mercato unico, aiutando così l'Europa a competere con successo con altre aree commerciali con mercati interni di grandi dimensioni. L'attuazione delle buone pratiche e l'applicazione delle Direttive sono inseparabili.

3.3. In alcuni Stati membri il recepimento delle Direttive è ancora in corso (cfr. punto 2.4), mentre in altri si osservano incoerenze tra le norme delle Direttive e il diritto interno: tutte carenze che rendono più difficile sfruttare appieno i vantaggi offerti dalle Direttive.

3.4. A livello pratico, stante la sempre maggiore complessità che caratterizza in genere i contratti di appalto pubblici, vi è un'evidente necessità di migliorare le competenze e accrescere l'esperienza di tutti i soggetti che operano in questo settore. In particolare bisogna promuovere — nell'intera organizzazione dell'acquirente pubblico — una cultura che consenta di realizzare con successo progetti complessi.

3.5. Se si vuole far prosperare l'innovazione, è essenziale creare un mercato ampio e accessibile perché solo così si possono coprire i costi — denaro, tempo ed energie — dell'innovazione, che è un elemento essenziale per la crescita e il rafforzamento dell'economia.

3.6. Conformemente all'agenda di Lisbona 2000, si è deciso che gli appalti pubblici dovessero contribuire a incoraggiare e sostenere l'innovazione.

3.7. In genere i documenti principali della Commissione in materia di innovazione negli appalti pubblici (cfr. sezione 2 di questo parere) si riferiscono indifferentemente sia al settore «classico» che a quelli relativi all'erogazione di servizi pubblici; il CESE, invece, richiama con forza l'attenzione sulle differenze attualmente esistenti fra le caratteristiche delle organizzazioni appartenenti al primo settore e quelle delle organizzazioni appartenenti agli altri.

3.8. Gli enti rientranti nei settori dell'erogazione dei servizi pubblici — così come le forze armate e parti dei servizi sanitari — sono da tempo promotori, utilizzatori, acquirenti e sviluppatori di progetti innovativi, il che ha consentito loro di acquisire le competenze e l'esperienza necessarie. La loro esperienza nella gestione dei rischi e della complessità dell'innovazione non può essere trascurata.

3.9. Le amministrazioni pubbliche in senso stretto, invece, possono apprendere dagli enti erogatori di servizi pubblici, dalle forze armate e dalle altre organizzazioni dotate di esperienza in materia, i modi di gestire con successo un progetto innovativo. In particolare, esse possono comprendere meglio quali risorse occorre mobilitare — nell'insieme della loro organizzazione — per destinarle al progetto in questione. A breve termine, l'assunzione nell'amministrazione pubblica di persone provenienti da tali settori e recentemente andate in pensione, ma desiderose di avere un'occupazione attiva ancora per qualche anno, potrebbe forse recare all'amministrazione stessa un prezioso contributo di esperienza in questo campo.

3.10. L'innovazione consiste nell'applicare metodi nuovi per eseguire un lavoro, fornire un bene o prestare un servizio. La ricerca e lo sviluppo tecnologico costituiscono la premessa essenziale di ogni progetto innovativo. In proposito occorre tenere ben presente la distinzione tra ricerca pura e applicata: la prima, effettuata principalmente da università e istituti di ricerca, fornisce una base teorica e pratica su cui fondare la ricerca applicata e lo sviluppo, mentre la seconda consiste nel lavoro teorico e pratico volto a creare la base dello sviluppo di uno o più progetti. Il presente parere si occupa della ricerca pura solo nella misura in cui è possibile qualificare come tale l'oggetto degli appalti pre-commerciali (cfr. sezione 4).

3.11. In linea di principio non vi è alcuna differenza di rilievo tra il settore pubblico e quello commerciale per quanto concerne i modi in cui va gestito un progetto innovativo, ma esistono ovviamente alcune differenze di minore importanza: il settore pubblico, infatti, è soggetto a un livello di controllo da cui quello commerciale è ampiamente al riparo. In qualsiasi sviluppo innovativo vi sono inevitabilmente dei fallimenti: è il prezzo da pagare per il progresso. Al riguardo, una disciplina appropriata dovrebbe sforzarsi di ridurli al minimo e di trarre insegnamento da quelli che non è riuscita a evitare, mentre insistere su di loro in modo eccessivo serve solo a inibire lo sviluppo ulteriore.

3.12. La versione del 2004 delle Direttive contempla già gli appalti che comportano innovazioni. Non è necessario adottare alcuna ulteriore normativa: occorre solo comprendere in che modo va gestito un progetto innovativo nel quadro di tali Direttive.

3.13. In tutti i progetti che comportano innovazioni — così come, del resto, in molti altri progetti — l'acquirente deve possedere le caratteristiche del «cliente intelligente». Tali caratteristiche sono state esaminate in dettaglio nella Guida in dieci punti, e il presente parere pone l'accento sulla loro importanza fondamentale.

3.14. In sintesi, il «cliente intelligente» deve avere un atteggiamento mentale di apertura alle idee nuove, ma anche la disciplina necessaria per gestirle; deve avvalersi di persone dotate dell'esperienza e delle competenze sufficienti per gestire progetti innovativi; soprattutto, però, deve disporre di un'organizzazione che, compreso il suo vertice, sia in sintonia con le esigenze poste da tali progetti. Senza questa cultura, chi opera sul terreno non può ottenere buoni risultati.

3.15. I progetti innovativi possono dividersi per comodità in tre categorie, ciascuna delle quali presenta caratteristiche proprie ma anche aspetti comuni alle altre due. Nel presente parere il termine «prodotto» comprende — salvo diversa indicazione — lavori, forniture e servizi.

3.16. Le tre categorie sono:

- a) l'accettazione di un prodotto innovativo per soddisfare un bisogno riconosciuto, ma con poco o nessun effetto sul modus operandi dell'acquirente. Questa modalità offre chiari vantaggi e non comporta rischi o turbative di rilievo;
- b) l'adozione di un prodotto innovativo che impone all'acquirente di adeguare il suo modus operandi. Questa modalità offre potenzialmente notevoli vantaggi, ma comporta alcuni rischi e richiede lo sviluppo di nuove procedure e una particolare formazione del personale;
- c) la partecipazione a un progetto innovativo. Il coinvolgimento dell'acquirente può essere più o meno ampio, andando dalla partecipazione al progetto fin dalla sua concezione — nel qual caso si tratta di un progetto realmente «comune» — alla partecipazione a titolo di utilizzatore alla fase «beta»⁽¹⁶⁾ della sperimentazione e all'acquisto delle prime unità di riproduzione.

3.17. Nell'immediato, i progetti più importanti — e più efficaci nel promuovere l'innovazione — dal punto di vista della partecipazione degli acquirenti pubblici, nonché i più facili da attuare, sono quelli della categoria a). Essi implicano che l'acquirente sia aperto a possibili «varianti»⁽¹⁷⁾ — ossia soluzioni alternative — e disponga di personale capace di valutare offerte diverse per selezionare quella «economicamente più vantaggiosa».

⁽¹⁶⁾ I termini *alpha-* e *beta-testing* (rispettivamente «alfa-» e «beta-verifica») derivano dall'industria del software.

— L'*alpha-testing* è una verifica in condizioni operative, simulate o reali, svolta da un potenziale utilizzatore o da una squadra di collaudo indipendente, generalmente all'interno dell'impresa produttrice del software.

— Il *beta-testing* è la fase, successiva all'*alpha-testing*, in cui alcune versioni del software (le cosiddette «versioni beta») vengono fornite a un numero limitato di utilizzatori (esterni rispetto al team dei programmatori) affinché le ulteriori verifiche da loro effettuate in maniera indipendente consentano di assicurarsi che il prodotto presenta ormai solo pochi difetti.

⁽¹⁷⁾ Alle «varianti» è dedicato un apposito articolo (il 24) della direttiva «classica» (2004/18/CE), il quale dispone quanto segue:

- «1. Laddove il criterio per l'aggiudicazione sia quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, le amministrazioni aggiudicatrici possono autorizzare gli offerenti a presentare varianti.
2. Le amministrazioni aggiudicatrici precisano nel bando di gara se autorizzano o meno le varianti; in mancanza di indicazione, le varianti non sono autorizzate.
3. Le amministrazioni aggiudicatrici che autorizzano le varianti menzionano nel capitolato d'oneri i requisiti minimi che le varianti devono rispettare, nonché le modalità per la loro presentazione.
4. Esse prendono in considerazione soltanto le varianti che rispondono ai requisiti minimi da esse prescritti. Nelle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture o di servizi, le amministrazioni aggiudicatrici che abbiano autorizzato varianti non possono respingere una variante per il solo fatto che, se accolta, configurerebbe, rispettivamente, o un appalto di servizi anziché un appalto pubblico di forniture o un appalto di forniture anziché un appalto pubblico di servizi.»

3.18. I progetti della categoria b) sono particolarmente interessanti per gli acquirenti desiderosi di migliorare la propria attività grazie all'uso di un prodotto innovativo, il che può spesso richiedere un certo lavoro di sviluppo per integrare tale prodotto nell'attività stessa. I progetti di questa categoria esigono la capacità di definire le proprie esigenze in termini chiari ma non eccessivamente restrittivi e implicano la partecipazione di personale destinato a utilizzare il prodotto e dei servizi tecnici dell'acquirente. Le risorse che quest'ultimo deve impiegare non sono trascurabili, ma, se il progetto è ben gestito, i rischi connessi con l'integrazione del prodotto nell'attività dell'acquirente saranno gestibili e i relativi benefici superiori agli sforzi profusi.

3.19. I progetti della categoria c) sono i più difficili da gestire. Mettere a punto e sviluppare soluzioni completamente nuove partendo da zero comporta di per sé un rischio tecnologico più elevato di quello di apportare cambiamenti graduali per adeguare o integrare prodotti del tutto nuovi per il mercato nei processi esistenti (come invece avviene nei progetti di categoria b). Poche organizzazioni — oltre a quelle (forze armate, ecc.) menzionate al punto 3.8 — hanno la capacità e l'esperienza necessarie per partecipare a pieno titolo a progetti davvero innovativi come quelli di categoria c). I rischi sono considerevoli ed esigono una gestione di altissima qualità. Se è vero che i benefici possono essere notevoli — se non fossero tali, non avrebbe senso intraprendere progetti di questo tipo, è altrettanto vero che le possibilità di fallimento sono molto concrete. Il tipo di progetti contemplato nella comunicazione della Commissione rientra proprio nella categoria c).

3.20. La comunicazione induce a ritenere che un acquirente possa realizzare un progetto innovativo mediante un appalto di R&S fino alla fase dello sviluppo originale dei primi prodotti. Per quanto concerne l'eventuale successiva fornitura di prodotti finali su scala commerciale, l'esigenza di indire una gara d'appalto va valutata caso per caso nel rispetto delle direttive sugli appalti pubblici. Di regola le imprese fabbricano i prodotti che progettano, almeno fino alla fase in cui diviene concretamente possibile la fabbricazione su licenza. Il CESE ritiene che il trasferimento di qualsiasi diritto di proprietà intellettuale derivante dal progetto e gli accordi relativi alla gestione di tali diritti vadano esaminati con attenzione dal punto di vista pratico e commerciale prima dell'inizio del progetto.

3.21. È dimostrato che una procedura analoga a quella prevista nella comunicazione è già utilizzata negli Stati Uniti. Benché se ne trovino esempi nel settore della difesa in generale (come l'appalto statunitense per un nuovo modello di aereo cisterna (*air tanker*), che forse sarà ripartito fra Boeing ed Airbus), il campo in cui tale procedura trova più frequente applicazione è quello dell'elettronica, in cui, ad eccezione di comparti come quello della protezione dei circuiti integrati dagli impulsi elettromagnetici, i settori commerciale e militare sono più vicini fra loro di quanto non siano nella maggior parte degli altri campi.

3.22. Tuttavia, quando si effettuano paragoni con gli Stati Uniti, è necessario tener presenti le differenze strutturali che li distinguono dall'Europa. Gli Stati Uniti, infatti, sono da tempo un paese omogeneo, sviluppatosi grazie a risorse fisiche (agricoltura, oro, petrolio, manodopera) e — con l'eccezione del periodo successivo al 1929 — a capitali pressoché illimitati. Tutto ciò ha consentito da tempo — salvo che nel settore bancario, dove ciò è avvenuto solo di recente — lo sviluppo di un mercato unico e dell'infrastruttura necessaria a garantire il suo funzionamento. Prima che l'Europa arrivi a godere di questi stessi vantaggi vi è ancora strada da fare. Ciò malgrado, e nonostante la loro evidente posizione di forza, in determinati campi gli Stati Uniti si trovano oggi indietro rispetto all'Europa, in particolare per quanto concerne l'accesso quasi universale all'assistenza sanitaria.

3.23. Oltre ai rischi di fallimenti sul piano tecnico — insiti in qualsiasi progetto realmente innovativo — occorre valutare attentamente anche i rischi finanziari connessi alla violazione delle norme sugli aiuti di Stato, sulla trasparenza e sulla non discriminazione nonché all'applicazione delle Direttive. Dei rischi di quest'ultimo tipo si tratterà nella sezione 4.3, dedicata agli aiuti di Stato.

4. Documento di lavoro della Commissione SEC(2007) 1668 sugli appalti pre-commerciali [allegato alla comunicazione COM(2007) 799 def.]

4.1. Schema proposto (lo «Schema»)

4.1.1. Principio di base: se nel contratto l'acquirente prevede la ripartizione dei rischi e dei benefici a prezzi di mercato, all'appalto di servizi di R&S si possono non applicare le Direttive⁽¹⁸⁾ in virtù di una clausola di esclusione⁽¹⁹⁾. L'appalto può allora essere utilizzato per studiare soluzioni innovative per determinate esigenze (preliminarmente a un appalto per la fornitura di prodotti finali su scala commerciale), stimolando così anche la comparsa di idee innovative in generale.

4.1.2. Premessa fondamentale: è necessario che l'acquirente acquisti dimestichezza con le attività e le capacità dei potenziali fornitori e definisca le proprie esigenze in termini di produzione in maniera chiara ma non eccessivamente restrittiva.

4.1.3. Modo di procedere: una volta stabilite le proprie esigenze e individuati i potenziali fornitori, si propone che l'acquirente avvii una serie di progetti di R&S articolati in tre fasi, iniziando con un numero ragionevole (preferibilmente cinque) di progetti e riducendolo gradualmente a due progetti da attuare fino alla fase di preproduzione e di sperimentazione beta. In seguito le esigenze di produzione dovrebbero essere tradotte in un bando di gara d'appalto conformemente alle disposizioni delle Direttive.

⁽¹⁸⁾ Cfr. la «Guida in dieci punti» citata alla nota 5.

⁽¹⁹⁾ Cfr. nota 2.

4.2. Osservazioni

4.2.1. Lo schema proposto si basa in larga parte sulle prassi seguite in vari paesi per gli appalti nel settore della difesa, prassi che sono molto simili in tutto il mondo e sono ormai ben note e comprese.

4.2.2. Quello della difesa è un settore particolare, nel senso che esso deve guardare a un orizzonte temporale molto ampio sulla base di ipotesi politiche e tattiche che, per loro stessa natura, non possono essere formulate con precisione. Si procede ad un'attività di ricerca intensa e a uno sviluppo limitato, nel senso indicato nello Schema, e questo sfocia solo in pochi programmi di produzione. I progetti di R&S, come pure gli appalti di produzione, sono fin troppo spesso soggetti a un flusso ininterrotto di modifiche via via che, nel corso dei tempi lunghi che li caratterizzano, si viene a disporre di nuove informazioni di carattere tattico o politico. Lo sfioramento dei costi previsti è quindi endemico. Se gestiti in modo appropriato, gli sviluppi avviati dalle amministrazioni pubbliche civili non dovrebbero essere soggetti a un analogo flusso di modifiche.

4.2.3. Bisogna chiedersi se uno schema del genere sia appropriato per quelle parti del settore pubblico che hanno meno esperienza in materia di progetti di R&S di carattere altamente tecnico.

4.2.4. Vi sono evidenti motivi di temere che l'esenzione prevista nelle Direttive per gli appalti di servizi di R&S non destinati all'uso esclusivo dell'acquirente possa essere usata in maniera anticoncorrenziale per far emergere «campioni nazionali», frustrando così l'obiettivo delle Direttive di aiutare lo sviluppo di un mercato unico paneuropeo.

4.2.5. Nell'ipotesi che vengano avviati dei progetti secondo lo schema proposto, vi sono particolari aspetti che meritano di essere esaminati in maniera più approfondita.

4.3. Aiuti di Stato

4.3.1. Come osservato nell'allegato della comunicazione, all'inizio di qualsiasi procedura di appalto conforme allo Schema si pone necessariamente la questione degli aiuti di Stato. La questione di sapere se in un determinato progetto sussistano o meno gli elementi di un aiuto di Stato e, in caso affermativo, se ciò sia o meno giustificato, esula dall'oggetto del presente parere, in cui rientra invece senz'altro l'esame degli effetti di qualsiasi incertezza relativa a un progetto conforme allo Schema.

4.3.2. L'appalto pre-commerciale è definito dalla comunicazione come un approccio all'aggiudicazione di appalti di servizi di R&S in cui i rischi e i benefici sono ripartiti tra l'acquirente e il fornitore e che non costituisce un aiuto di Stato. Il CESE raccomanda agli acquirenti di esaminare attentamente l'allegato della comunicazione, in cui si descrive un esempio di applicazione di tale approccio in linea con il quadro giuridico vigente. In caso di dubbio, è consigliabile avviare i primi progetti pilota di appalto pre-commerciale solo previa assicurazione da parte della Commissione che la procedura non viola le regole sugli aiuti di Stato o altre norme, e di darne la prova a tutti i potenziali fornitori. Determinare se vi sia stato o meno un aiuto di Stato è in ogni caso una questione complessa.

4.3.3. Se risulta che un aiuto di Stato vi è stato e che è illegale, il fornitore può essere tenuto a restituirlo, ma non può chiedere il risarcimento dei danni all'acquirente con cui ha concluso il contratto di appalto di R&S. Il fornitore si trova così esposto a un rischio notevole, ma contro il quale difficilmente può ottenere una copertura assicurativa. Naturalmente, la regola per cui il beneficiario di un aiuto di Stato illegale — ossia, in questo caso, il fornitore — deve restituire la somma ricevuta ma non può rivalersi nei confronti dell'acquirente non solo per i contratti d'appalto della di R&S, ma si applica a tutti. Il fatto di applicare una procedura di appalto convalidata (ad esempio una di quelle previste dalle Direttive) non garantisce in maniera assoluta l'assenza di un aiuto di Stato, dato che si può favorire un fornitore in molti modi, diretti e indiretti. Il ricorso a una clausola di esclusione di per sé non accresce o riduce il rischio di non riuscire ad appaltare in maniera trasparente e non discriminatoria a prezzo di mercato.

4.3.4. È decisamente auspicabile che tutti i servizi degli enti aggiudicatori accrescano il livello della propria esperienza in materia, in modo da poter applicare correttamente i criteri in base ai quali verificare l'assenza di aiuti di Stato, criteri che impongono di appaltare in maniera trasparente, non discriminatoria e a prezzi di mercato. Questo tipo di esperienza è importante per tutti, dato che tali criteri non riguardano solo gli appalti di R&S, ma si applicano a qualsiasi tipo di contratto di appalto, anche se negli appalti pre-commerciali i rischi possono essere maggiori.

4.3.5. L'allegato descrive i criteri da seguire per rassicurare gli interessati sul fatto che un progetto di appalto pre-commerciale non costituisce un aiuto di Stato. Il CESE raccomanda pertanto alla Commissione e agli Stati membri di considerare la possibilità di promuovere la formazione e la condivisione di conoscenze sull'attuazione di progetti di appalto pre-commerciale in linea con il quadro giuridico vigente, per evitare il rischio che le amministrazioni pubbliche — e i rispettivi fornitori — possano incorrere in seguito in problemi di aiuti di Stato.

4.3.6. Anche quando non si tratti di una questione di aiuti di Stato, se il ricorso alle clausole di esclusione previste per determinati tipi di servizi di R&S dovesse rivelarsi ingiustificato, l'appalto ricadrebbe nell'ambito di applicazione delle Direttive. A norma della direttiva 2007/66/CE (direttiva «ricorsi») tale contratto di appalto, cui presumibilmente non sarebbe stata data la dovuta pubblicità o che non sarebbe stato soggetto a un «termine sospensivo», sarebbe considerato «privo di effetti»⁽²⁰⁾. In tali circostanze il fornitore rischierebbe di non venire pagato per i servizi prestati. Tale rischio — anch'esso probabilmente non assicurabile — non sussiste solo per gli appalti di servizi di R&S, ma è accresciuto dal ricorso alla clausola di esclusione prevista dalle Direttive per questo tipo di appalti. Occorre quindi procedere con cautela e cercare un parere competente.

4.4. Rischi

4.4.1. Qualsiasi programma di R&S comporta dei rischi, e non tutti i progetti innovativi conseguono i risultati auspicati. Molto opportunamente, lo Schema indica che i rischi e i benefici vanno ripartiti tra l'acquirente e il fornitore, pur insistendo sulle considerazioni relative agli aiuti di Stato e ai principi di diritto contenuti nei Trattati, che, seppur probabilmente ineludibili, introducono un ulteriore elemento di complessità in una materia di per sé già complessa.

4.4.2. Come in tutti i casi di gestione dei rischi, le parti dovrebbero accettare di farsi carico dei rischi che ciascuna di loro è meglio in condizione di gestire e dovrebbero mantenere un contatto costante tra di loro per far sì che nessun rischio si verifichi o si accresca senza essere individuato e attenuato.

4.4.3. Nell'allegato vengono inoltre discussi gli appalti a prezzo fisso, in cui l'amministrazione pubblica fissa un prezzo massimo e invita i potenziali fornitori a offrire un prezzo pari o inferiore ad esso; l'idea è che il fornitore o i fornitori debbano contribuire, in maggiore o minor misura, a finanziare il progetto in cambio dei diritti di sfruttamento commerciale. Un contratto di questo tipo può risultare interessante per i fornitori che hanno già accesso a un ampio mercato in cui collocare i frutti dello sviluppo tecnologico fornito, ma introduce un elemento di complessità nei casi in cui le possibilità di un più ampio sfruttamento non sono affatto scontate ma i benefici per l'acquirente sono considerevoli. In casi del genere l'acquirente dovrebbe probabilmente considerare la possibilità di procedere in maniera diversa.

4.5. Proprietà intellettuale

4.5.1. I diritti di proprietà intellettuale derivanti dai progetti di R&S costituiscono una parte importante dello Schema. Si tratta infatti di stabilire a chi spettino tali diritti e in quale misura ciò incida sulla base giuridica del progetto nonché sul risultato concreto in termini di benefici derivanti dalla R&S.

⁽²⁰⁾ Ai sensi dell'articolo 2 *quinquies* di tale direttiva («privazione di effetti»), «1. Gli Stati membri assicurano che un contratto sia considerato privo di effetti da un organo di ricorso indipendente dall'amministrazione aggiudicatrice o che la sua privazione di effetti sia la conseguenza di una decisione di detto organo di ricorso nei casi seguenti: a) se l'amministrazione aggiudicatrice ha aggiudicato un appalto senza previa pubblicazione del bando nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea* senza che ciò sia consentito a norma della direttiva 2004/18/CE; (...)».

4.5.2. Vi sono essenzialmente tre modi di proteggere la proprietà intellettuale:

— i brevetti — che attribuiscono un monopolio legale,

— il diritto d'autore — che è inerente a ogni opera originale,

— la segretezza — nei casi in cui né il brevetto né il diritto d'autore forniscono una protezione adeguata.

4.5.3. I brevetti costituiscono la forma di tutela più efficace, nonché maggiormente sfruttabile sul piano commerciale, per le invenzioni di rilievo davvero fondamentale che possono essere cedute in licenza a terzi. Sono però anche la forma di tutela più costosa. A meno che l'invenzione non soddisfi questi requisiti o salvo il caso in cui il progetto riguardi un settore industriale in cui i brevetti sono utilizzati come arma concorrenziale, la brevettazione è probabilmente una spesa inutile. In caso di violazione o contestazione, poi, difendere un brevetto è estremamente costoso.

4.5.4. Il diritto d'autore non costa nulla: semplicemente, esiste. Tuttavia, diversamente dal titolare di un brevetto, quello di un diritto d'autore ha l'onere di provare che l'asserito violatore conosceva e ha copiato l'opera protetta. La replica indipendente dell'opera protetta dal diritto d'autore da parte di un soggetto ignaro di quest'ultima non costituisce copia e non può essere impugnata con successo.

4.5.5. La segretezza è ampiamente utilizzata nel settore commerciale per proteggere un vantaggio competitivo. Se si intende brevettare un'invenzione, è di vitale importanza mantenere il segreto su di essa: la sua prematura divulgazione, infatti, può renderlo non idoneo alla brevettazione. Se né il brevetto né il diritto d'autore offrono una tutela efficace per un'invenzione a validità commerciale, allora la segretezza rimane l'unica forma di protezione disponibile. Basti pensare alla Coca-Cola, che custodisce gelosamente la formula per la produzione dell'omonima bevanda.

4.5.6. Tuttavia, se è vero che la segretezza è un modo efficace — e, in certi casi, l'unico modo — di proteggere la proprietà intellettuale, è anche vero che non si tratta di un'opzione comoda in un contesto improntato alla trasparenza.

4.5.7. Nel capitolato d'oneri per il successivo appalto dei prodotti finali destinati al commercio, formulare le specifiche di prodotto in termini funzionali anziché prescrittivi può contribuire a soddisfare i requisiti di trasparenza nei confronti degli offerenti senza rivelare i dettagli tecnici operativi delle singole soluzioni sviluppate nella fase pre-commerciale.

4.5.8. È evidente che i diritti di proprietà intellettuale rivestono una notevole importanza nei progetti di R&S contemplati nello Schema. Tuttavia — trattandosi di un settore di attività tutt'altro che semplice — la costituzione, l'assegnazione e la gestione di tali diritti vanno effettuate con grande cura e intelligenza.

4.5.9. Negli appalti pre-commerciali i DPI sono ripartiti tra gli acquirenti e i fornitori: questi ultimi ne mantengono la titolarità, mentre i primi ne mantengono la licenza d'uso a titolo gratuito e si riservano il diritto di esigere che le imprese partecipanti li concedano in uso a terzi a condizioni di mercato eque e ragionevoli. Il diritto di uso a titolo gratuito consente agli acquirenti pubblici di sfruttare ad uso interno i risultati della R&S senza dover pagare alcunché alle imprese partecipanti, mentre il diritto di esigere che le imprese partecipanti concedano in uso a terzi i DPI a prezzi di mercato consente agli acquirenti pubblici di garantirsi l'accesso a una catena di fornitura sufficientemente ampia e competitiva e, nel contempo, di garantire alle imprese partecipanti un introito per i DPI che esse hanno ottenuto nel corso dell'appalto pre-commerciale. In Europa gli acquirenti pubblici potrebbero non avere l'esperienza necessaria per valutare il valore di mercato dei DPI ed è quindi opportuno che ricevano un'adeguata formazione e acquisiscano esperienza in materia di ripartizione di rischi e benefici connessi con tali diritti.

4.5.10. Le amministrazioni pubbliche devono trarre insegnamento dalle migliori prassi in materia di trasferimento dei DPI esistenti nel settore privato, nonché dalle clausole tipiche in tema di ripartizione di DPI tra acquirenti e fornitori incluse nei contratti standard di appalto pubblico in uso nel mondo.

4.6. Qualifiche dei fornitori e dell'acquirente

4.6.1. È evidente che i potenziali fornitori devono possedere le capacità necessarie per gestire progetti innovativi; quanto al loro livello di esperienza, un «cliente intelligente» dovrebbe essere in grado di valutarlo con relativa facilità.

4.6.2. Anche i potenziali acquirenti devono disporre delle capacità necessarie per gestire progetti di questo tipo. Acquisire conoscenze dello «stato dell'arte» nel mercato di interesse, predisporre capitolati d'onere orientati al risultato, negoziare con i fornitori prescelti e selezionarli, gestire i progetti e i rischi che essi comportano: tutte queste operazioni richiedono competenze ed esperienza specifiche e approfondite in seno all'organizzazione dell'acquirente. Se quest'ultima — lungo tutta la sua catena gerarchica, dal vertice alla base — non dispone della cultura appropriata per gestire progetti di questo tipo, i progetti stessi rischiano di risolversi in un costoso fallimento. Sono proprio queste, naturalmente, le qualità che caratterizzano il «cliente intelligente».

Bruxelles, 22 ottobre 2008

Il presidente
del Comitato economico e sociale europeo
Mario SEPI
