

Scelta del contraente

Il partenariato per l'innovazione

di Stefano Fantini

Il partenariato per l'innovazione è un'inedita procedura di scelta del contraente (ristretta con negoziazione) introdotta dal codice dei contratti pubblici per lo sviluppo ed il successivo acquisto di prodotti servizi o lavori caratterizzati da novità ed innovazione, in cui occorre dunque una collaborazione tra soggetti pubblici e privati protratta nel tempo.

Tra le procedure di scelta del contraente per i settori ordinari (1) il D.Lgs. n. 50 del 2016, accanto alla procedura aperta, alla procedura ristretta, alla procedura competitiva con negoziazione, alla procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando, ed al dialogo competitivo contempla anche, all'art. 65, il partenariato per l'innovazione, cui le Amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori possono ricorrere "nelle ipotesi in cui l'esigenza di sviluppare prodotti, servizi o lavori innovativi e di acquistare successivamente le forniture, i servizi o i lavori che ne risultano non può, in base ad una motivata determinazione, essere soddisfatta ricorrendo a soluzioni già disponibili sul mercato".

Si tratta di una novità del nuovo "codice dei contratti pubblici" introdotta, in conformità all'art. 31 della Dir. 2014/24/UE, essenzialmente per gli appalti che in ambito europeo vengono definiti "appalti pre-commerciali", e cioè appalti per la ricerca di nuove "soluzioni" ancora non presenti nel mercato, in cui inevitabile è dunque una collaborazione tra Amministrazione ed operatore economico, purché non distorsiva della concorrenza, o tale da tradursi in un aiuto di Stato.

L'obiettivo della Dir. n. 2014/24/UE, come si desume dal considerando n. 49, è in qualche misura quello di ricondurre anche tali appalti, finalizzati a sviluppare prodotti, servizi o lavori innovativi, idonei a promuovere "una crescita intelligente, sostenibile ed inclusiva", nell'ambito di applicazione della medesima, andando dunque oltre la disciplina della comunicazione della Commissione del 14 dicembre 2007, concernente, per l'appunto, "appalti pre-commerciali: promuovere

re l'innovazione per garantire servizi pubblici sostenibili e di elevata qualità in Europa".

La preoccupazione che il partenariato per l'innovazione non operi in senso anti-concorrenziale, e dunque precludendo l'accesso al mercato, è resa evidente dal fatto che l'art. 65, comma 1, ne ammette l'utilizzazione in presenza di una motivata determinazione dell'Amministrazione, la quale, in via preventiva, attesti che i "prodotti" in questione non sono già disponibili, ed a condizione che le forniture, servizi o lavori che ne risultano, corrispondano ai livelli di prestazioni ed ai costi massimi concordati tra le stazioni appaltanti ed i partecipanti.

Il partenariato per l'innovazione è dunque una procedura di scelta del contraente (2), che però si caratterizza per il fatto di dispiegarsi in un arco temporale ampio, vale a dire in una prospettiva di lungo termine, necessario per lo sviluppo ed il successivo acquisto di prodotti, servizi o lavori caratterizzati da novità ed innovazione, e senza bisogno di una successiva procedura di gara per l'acquisto.

Tale considerazione vale non solo a spiegare il procedimento che risulta complesso e plurifasico, come meglio si vedrà nel prosieguo, ma soprattutto ad evidenziare la peculiarità del partenariato per l'innovazione, il quale si caratterizza come un procedimento di scelta del contraente che tende a stabilizzarsi, assumendo, almeno in parte, i connotati propri del partenariato pubblico-privato, inteso quale fenomeno giuridico di collaborazione tra il settore pubblico e gli operatori privati nello svolgimento di un'attività diretta al perseguimento di interessi pubblici (3). Non a caso, fin dal Libro Verde del 30 aprile 2004

(1) Ed anche nei settori speciali, come chiarito dall'art. 122.

(2) L'inquadramento è evidente già dall'art. 59 del codice dei contratti pubblici.

(3) In argomento, anche per riferimenti bibliografici, cfr.

Fantini, *Il partenariato pubblico-privato, con particolare riguardo al project financing ed al contratto di disponibilità*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2012.

della Commissione europea, tra gli elementi connotanti il PPP dal punto di vista strutturale, si è posto in evidenza proprio quello della “durata relativamente lunga della collaborazione, che implica una cooperazione tra il partner pubblico ed il partner privato in relazione ai vari aspetti di un progetto da realizzare”.

Indubbiamente meno agevole è l'inquadramento dell'istituto oggetto di studio tra il modello di PPP di tipo puramente contrattuale e quello di PPP di tipo istituzionalizzato, che realizza un'entità distinta; a questo proposito è evidente che, *stricto iure*, il partenariato per l'innovazione non rientra in nessuna delle due categorie, almeno come sono tradizionalmente intese.

Si tratta peraltro di un profilo di indagine che può anche risultare ultroneo, ove non si perda di vista la circostanza per cui il partenariato non costituisce un istituto giuridico, quanto piuttosto una “nozione descrittiva”, idonea ad includere “modelli di relazioni stabili tra soggetti pubblici e privati, in funzione del perseguimento di obiettivi sostanzialmente coincidenti, in un'ottica che privilegia il principio del buon andamento dell'amministrazione pubblica e l'efficienza dell'azione amministrativa, tutte le volte in cui, per volontà del legislatore, o per reciproca convenienza dei partner, gli interessi pubblici e privati si intrecciano ai fini dello svolgimento in comune di un'attività di evidenza pubblica” (4).

Passando ora ad esaminare la disciplina procedimentale, giova anzitutto sottolineare che nei documenti di gara devono essere chiaramente fissati i requisiti minimi che tutti gli offerenti devono soddisfare; i commi 3 e 4 dell'art. 65 stabiliscono che nel partenariato per l'innovazione qualsiasi operatore economico può formulare una domanda di partecipazione in risposta ad un bando di gara o ad un avviso di indizione di gara, e che il termine minimo per la ricezione delle domande di partecipazione è di trenta giorni dalla data di trasmissione del bando.

Precisa la norma che l'Amministrazione aggiudicatrice e l'ente aggiudicatore possono decidere di instaurare il partenariato per l'innovazione con uno o più operatori economici che conducono attività di ricerca e sviluppo separate, il che costituisce un'evidente deroga alla regola della identificazione di un unico affidatario della gara, il cui fondamento di razionalità è facilmente rinvenibile nella complessità, anche contenutistica, di un appalto finalizzato a

promuovere l'innovazione, e quindi potenzialmente implicante il concorso di plurime competenze specialistiche.

Ciò chiarito sulle peculiarità del partenariato per l'innovazione, occorre ora aggiungere che lo stesso enuclea un procedimento di gara inquadrabile come “procedura ristretta con negoziazione”, secondo quanto inferibile dal comma 4 dell'art. 65, ove si precisa che “soltanto gli operatori economici invitati dalle amministrazioni aggiudicatrici o dagli enti aggiudicatori in seguito alla valutazione delle informazioni fornite possono partecipare alla procedura” (devono essere in misura comunque non inferiore a tre, ed in ogni caso sufficiente a garantire un'effettiva concorrenza, secondo quanto disposto dall'art. 91, comma 2, e scelti in ragione della capacità nel settore della ricerca innovativa), e dal successivo comma 6, il quale prevede, salvo che non sia diversamente disposto, che “le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori negoziano le offerte iniziali e tutte le offerte successive presentate dagli operatori interessati, tranne le offerte finali, per migliorarne il contenuto”, pur dovendo garantire la parità di trattamento fra tutti gli offerenti.

Le previsioni ora ricordate evidenziano infatti la compresenza, nel procedimento del partenariato per l'innovazione, dei requisiti propri delle “procedure ristrette” e delle “procedure negoziate”, rispettivamente definiti ai punti ttt) ed uuu) dell'art. 3 del D.Lgs. n. 50 del 2016.

Nel partenariato per l'innovazione gli appalti sono aggiudicati esclusivamente sulla base del rapporto qualità/prezzo, e dunque facendo applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, divenuto peraltro la regola nel nuovo codice dei contratti pubblici.

Un tratto caratterizzante la difficile procedura oggetto di studio è costituito dalla strutturazione in fasi successive, secondo la sequenza delle fasi del processo di ricerca e di innovazione, che può comportare la fabbricazione dei prodotti o la prestazione dei servizi o la realizzazione dei lavori. In particolare, sono fissati dal partenariato per l'innovazione obiettivi intermedi che le parti devono raggiungere, e di cui, con disposizione forse non adeguatamente dettagliata, è prevista la remunerazione mediante congrue rate.

All'esito di ogni fase, corrispondente al raggiungimento di un obiettivo intermedio, l'Amministrazione

(4) In termini Mastragostino, *Premessa*, in Id. (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo*, Torino, 2011, XVII-XVIII.

ne aggiudicatrice può decidere, ove abbia previsto e disciplinato tali possibilità, di risolvere il partenariato, verosimilmente nell'evenienza in cui non abbia portato al risultato voluto, ovvero, di ridurre, in caso di partenariato plurisoggettivo, il numero degli operatori, risolvendo alcuni contratti risultati non utili (la previsione speciale, seppure lacunosa, della remunerazione dovrebbe escludere l'operatività della disciplina sulla risoluzione dettata nell'art. 108, comma 5, del codice dei contratti pubblici).

Lo sviluppo plurifasico del partenariato per l'innovazione è il contesto in cui si inserisce la negoziazione tra Amministrazione ed operatori economici, la quale può riguardare sia le offerte iniziali che quelle successive presentate, al fine di migliorarne il contenuto, ma non anche le offerte finali; del pari, non sono soggetti a negoziazione i requisiti minimi ed i criteri di aggiudicazione. La durata delle varie fasi è funzionale al grado di innovazione della soluzione proposta e delle attività di ricerca necessarie per la formulazione di una soluzione innovativa, non ancora disponibile nel mercato.

La negoziazione costituisce la dimostrazione plastica di quel fenomeno giuridico di collaborazione nel quale si sostanzia, come evidenziato in premessa, il PPP, ma presenta inevitabilmente profili delicati in termini di trasparenza del procedimento ed in particolare di garanzia della *par condicio* dei concorrenti, oltre che di tutela della riservatezza (*privacy*) professionale, industriale e commerciale.

In tale prospettiva il comma 7 dell'art. 65 sancisce *expressis verbis* che "nel corso delle negoziazioni le

amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori garantiscono la parità di trattamento fra tutti offerenti"; in particolare le Amministrazioni informano per iscritto gli operatori delle modifiche alle specifiche tecniche od agli altri documenti di gara, concedendo un tempo agli offerenti per modificare e ripresentare, ove opportuno, le offerte modificate, senza peraltro rivelare agli altri partecipanti informazioni riservate (da intendere essenzialmente, stante il richiamo dell'art. 53 del codice, come quelle che contengono segreti tecnici o commerciali) comunicate da un offerente che partecipa alla negoziazione, salvo che vi sia il di lui accordo, che si presume comunque limitato alle sole informazioni specifiche espressamente indicate. A questo riguardo, merita aggiungere che nei documenti di gara l'Amministrazione aggiudicatrice è tenuta a definire il regime applicabile ai diritti di proprietà intellettuale, che inevitabilmente vengono in rilievo in occasione dell'affidamento di un appalto finalizzato allo sviluppo di prodotti, servizi e lavori innovativi.

Occorre, da ultimo, mettere in evidenza la correlazione tra fasi del partenariato e negoziazione anche in un'ulteriore prospettiva, che è quella derivante dalla possibilità che il bando od altri documenti di gara prevedano l'opzione, probabilmente fisiologica e semplificatrice, dell'esclusione nel corso delle negoziazioni; si intende dire, in altre parole, che la negoziazione in fasi successive può assolvere anche alla funzione di ridurre il numero delle offerte.