

Dipartimento di

GIURISPRUDENZA (SCHOOL OF LAW)

Dottorato di Ricerca in SCIENZE GIURIDICHE

Ciclo XXXVIII

Curriculum in Diritto pubblico, Diritto pubblico dell'economia e Filosofia
del diritto – S.S.D. Giur-06/A Diritto amministrativo e pubblico

INNOVAZIONE E CONTRATTI: MODELLI, STRUMENTI E PROSPETTIVE.

Dott. RINDONE ALESSANDRO

Matr. 824379

Tutor: Ch.ma Prof.ssa MONICA DELSIGNORE

Co-tutor: Ch.mo Prof. ALFREDO MARRA

Coordinatore: Ch.mo Prof. ANTONELLO TANCREDI

ANNO ACCADEMICO / ACADEMIC YEAR 2024-2025

*Ai miei nonni, ai loro sacrifici,
all'amore infinito che mi avete donato.*

*Alla Mia Università per essere stata casa
anche quando la mia casa distava migliaia di chilometri.*

A chi non ha mai creduto in me.

*Dal profondo della notte che mi avvolge,
nera come un pozzo da un polo all'altro,
ringrazio Dio per la mia anima invincibile.
Nella feroce morsa delle circostanze
non ho arretrato né gridato.
Sotto i colpi d'ascia della sorte il mio capo è sanguinante,
ma non chino.
Eppure, la minaccia degli anni
mi trova, e mi troverà, senza paura.
Non importa quanto stretto sia il passaggio,
quanto piena di castighi sia la vita.
Io sono il padrone del mio destino:
Io sono il capitano della mia anima.*

WILLIAM ERNEST HENLEY

Sommario

CAPITOLO I 6

IL CONCETTO DI INNOVAZIONE E LE SUE POSSIBILI IMPLICAZIONI NEGLI APPALTI PUBBLICI 6

1. IL CONCETTO DI INNOVAZIONE: ANALISI E DELIMITAZIONE DELLO STUDIO 6
2. LA DOMANDA PUBBLICA COME LEVA PER L'INNOVAZIONE DELLO STATO 15
3. IL *PROCUREMENT* D'INNOVAZIONE: IL QUADRO EUROPEO 25

GLI APPALTI INNOVATIVI NEL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI. 34

1. L'INNOVAZIONE NEL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI: ANALISI E VALUTAZIONE DELLE ESIGENZE INNOVATIVE 34
2. SERVIZI DI RICERCA E SVILUPPO E APPALTO PRE-COMMERCIALE: *GENUS* E *SPECIES* 42
 - 2.1 I SERVIZI DI RICERCA E SVILUPPO: *GENUS* 42
 - 2.2. L'APPALTO PRE-COMMERCIALE COME STRUMENTO DI FINANZIAMENTO DELLA RICERCA SCIENTIFICA. 46
 - 2.3. LA PROCEDURA CONTRATTUALE 53
 - 2.4 LA CONDIVISIONE DEI RISCHI E BENEFICI CON LE IMPRESE: QUALI RISCHI? 59
 - 2.5 ALCUNE ESPERIENZE DI APPALTO PUBBLICO PRE-COMMERCIALE IN ITALIA E IN EUROPA 63
- 3 . IL PARTENARIATO PER L'INNOVAZIONE 66
 - 3.1 LA PROCEDURA CONTRATTUALE 70
 - 3.2 IL PARTENARIATO PER L'INNOVAZIONE È UN CONTRATTO DI PARTENARIATO? 74
 - 4.1 ALCUNE (PRIME) RIFLESSIONI DI SINTESI 79
4. ALTRE MODALITÀ PER L'ACQUISTO DI INNOVAZIONE 82
 - 5.1 LA PROCEDURA COMPETITIVA CON NEGOZIAZIONE 84
 - 5.2 DIALOGO COMPETITIVO 89
 - 5.2.1 LA PROCEDURA CONTRATTUALE 92

CAPITOLO III 95

APPALTI PER L'INNOVAZIONE: OSTACOLI E PROSPETTIVE 95

1. QUESTIONI TRASVERSALI. 95

2.	LA DISCIPLINA DELLA PROPRIETÀ INTELLETTUALE NEGLI APPALTI INNOVATIVI	96
2.1.	(<i>SEGUE</i>) IL RAPPORTO TRA APPALTI INNOVATIVI E AIUTI DI STATO	102
3.	LA FLESSIBILITÀ PROCEDIMENTALE COME OSTACOLO PER L'INNOVAZIONE	109
4.	LO SCARSO UTILIZZO DEGLI APPALTI INNOVATIVI, UN PROBLEMA DI BUROCRAZIA DIFENSIVA? UN POSSIBILE AIUTO DALLA CORTE DEI CONTI.	117
4.1.	LA (<i>POSSIBILE</i>) VIA DEGLI INCENTIVI: STRATEGIE PER AGGIRARE L' <i>IMPASSE</i> BUROCRATICO-DIFENSIVO	130
5.	ORGANIZZAZIONE AMMINISTRATIVA E INNOVAZIONE: IL <i>DEFICIT</i> DELLE COMPETENZE. UNA NECESSARIA "PROFESSIONALIZZAZIONE" DEGLI ACQUIRENTI PUBBLICI.	138
6.	CONTRATTI PUBBLICI PER L'INNOVAZIONE E LOGICA DELL'ATTIVITÀ AMMINISTRATIVA: IL PROBLEMA DELL'IMMEDIATEZZA E L'INEFFICACE PROGRAMMAZIONE.	145
7.	UN BILANCIO SULLE CAPACITÀ INNOVATIVE DELLE STAZIONI APPALTANTI	149
 <u>CAPITOLO IV</u>		 153
 <u>L'INNOVAZIONE IN SVIZZERA</u>		 153
1.	PREMESSA	153
2.	IL DIRITTO SVIZZERO IN MATERIA DI APPALTI PUBBLICI: EVOLUZIONE DEGLI SCOPI.	154
3.	INNOVAZIONE E APPALTI: LO STATO DELL'ARTE	159
4.	INNOVAZIONE E INTERVENTO PUBBLICO. IL RUOLO STRATEGICO E PECULIARE DELL'AGENZIA SVIZZERA PER LA PROMOZIONE DELL'INNOVAZIONE (<i>INNOSUISSE</i>)	164
 <u>CONCLUSIONI</u>		 171
 <u>BIBLIOGRAFIA E GIURISPRUDENZA</u>		 177

Introduzione

Il presente lavoro di ricerca si colloca nell'ambito del diritto dei contratti pubblici, con l'obiettivo di indagare il ruolo degli appalti pubblici quale strumento di promozione dell'innovazione. L'analisi parte dalla considerazione che l'innovazione, intesa come trasformazione delle conoscenze in beni, servizi e processi suscettibili di applicazione commerciale, rappresenta oggi una delle principali sfide per gli ordinamenti giuridici, sia in termini di competitività economica, sia in relazione al perseguimento di obiettivi di sostenibilità sociale e ambientale.

Il lavoro muove dalla ricostruzione del concetto giuridico di innovazione, nella duplice accezione di innovazione come mezzo e come fine, e dalla consapevolezza che il diritto amministrativo è chiamato a svolgere una funzione regolativa che non soffochi l'innovazione ma che, semmai, ne favorisca e orienti gli sviluppi.

Gli appalti pubblici sono sempre più rivolti a divenire veicolo di innovazione sostanziale, funzionalizzati all'acquisizione di soluzioni nuove o significativamente migliorative rispetto a quelle già presenti sul mercato. In questa prospettiva, l'amministrazione pubblica si configura come "acquirente innovatore", capace di guidare il mercato e stimolare processi di ricerca e sviluppo, in linea con la visione dello *Stato innovatore* elaborata dalla dottrina economica contemporanea. Ne consegue l'importanza di considerare l'innovazione non soltanto come un fenomeno economico o tecnologico, ma come una vera e propria funzione pubblica. Tale funzione implica l'esigenza di sviluppare competenze specifiche, disporre di strumenti adeguati e agire con piena consapevolezza delle implicazioni sociali, istituzionali e giuridiche dei processi innovativi.

Sul piano normativo, la ricerca prende in esame le evoluzioni del diritto europeo e nazionale. L'Unione europea ha riconosciuto il procurement

innovativo quale strumento strategico di attuazione della politica industriale, come attestano la Direttiva 2014/24/UE e i successivi atti di *soft law* della Commissione. L'ordinamento italiano, dapprima con il d.lgs. n.50 del 2016, e poi con il d.lgs. n. 36 del 2023, ha recepito tali orientamenti, introducendo procedure innovative quali il partenariato per l'innovazione e l'appalto pre-commerciale, accanto a strumenti già sperimentati, come il dialogo competitivo e la procedura competitiva con negoziazione.

La ricerca intende verificare se tali istituti, pur connotati da flessibilità, possano superare le resistenze culturali e strutturali che hanno finora limitato l'effettivo ricorso agli appalti innovativi.

Uno spazio finale è dedicato anche all'analisi comparata, con riferimento al modello svizzero, che presenta un approccio peculiare: in un ordinamento caratterizzato da una forte tradizione liberale, lo Stato si limita prevalentemente a svolgere un ruolo di facilitatore, affidando al mercato il compito di guidare l'innovazione.

Il percorso di ricerca si articola in quattro capitoli: il primo dedicato al concetto di innovazione e alle sue implicazioni negli appalti pubblici; il secondo all'analisi della disciplina italiana ed europea; il terzo agli ostacoli giuridici, amministrativi e culturali che frenano la diffusione degli appalti innovativi; il quarto a un confronto con l'esperienza svizzera. Il fine ultimo è quello di dimostrare come il *procurement* per l'innovazione non debba essere considerato una mera variante tecnica della contrattualistica pubblica, bensì un paradigma in grado di ridefinire il rapporto tra amministrazione, mercato e società, collocando l'innovazione al centro dell'azione amministrativa.

Capitolo I

Il concetto di innovazione e le sue possibili implicazioni negli appalti pubblici

SOMMARIO: 1) Il concetto di innovazione: analisi e delimitazione dello studio; 2) La domanda pubblica come leva per l'innovazione dello Stato; 3) Il *procurement* d'innovazione: il quadro europeo.

1. Il concetto di innovazione: analisi e delimitazione dello studio

L'analisi giuridica del rapporto che intercorre tra contratti pubblici e innovazione presuppone, in via preliminare, l'approfondimento del concetto stesso di "innovazione", sul quale, però, i punti di riferimento tipicamente giuridici non sono molti¹.

Dal punto di vista etimologico il termine «*innovazione*» ha un significato polivalente che muta a seconda dell'ambito di utilizzo. In linea generale essa può definirsi come «*l'atto, l'opera di innovare, cioè*

¹ Gli studi si concentrano per lo più nelle discipline sociologiche ed economiche. Si vedano, a tal proposito, i contributi di C. MARULLO, *Gestire l'innovazione radicale*, Milano, 2021; S. VICARI, *Innovazione*, Milano, 2016; P. IBANEZ-COLOMO, *Restrictions on Innovation in EU Competition Law*, in *European Law Review*, 2016, pp. 201 ss.; G. GHIDINI, *Profili evolutivi del diritto industriale*, Milano, 2015, p. 82; F. RAMELLA, *Sociologia dell'innovazione economica*, Bologna, 2013; S. JASANOFF, A. BENESSIA, *L'innovazione tra utopia e storia*, Torino, 2010. Per quanto concerne il diritto amministrativo i contributi sono episodici, benché autorevoli. Sul punto M. CLARICH, *Istituzioni, nuove tecnologie, sviluppo economico*, in *Dir. pubbl.*, 2017, p. 75 ss.; di recente A. BARTOLINI, *Dilemmi amministrativi e innovazione tecnologica, ovvero la signoria della prudenza amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2025, pp. 678 ss.

di introdurre nuovi sistemi, nuovi ordinamenti, nuovi metodi di produzione e simili»².

In molti dei più recenti documenti³, da diverse parti è stato evidenziato come le più difficili sfide delle società moderna, nello specifico in settori particolarmente strategici come la sanità, l'ambiente e la sicurezza pubblica, possono trovare una soluzione solo con un approccio consapevole alla "innovazione", la quale diviene, come già evidenziato in dottrina⁴, la chiave di volta attraverso cui i decisori pubblici possono garantire l'erogazione di servizi che rispondano alle esigenze manifestate dal mercato in termini qualitativi e di efficienza.

Il concetto di innovazione, in particolare nel settore della contrattualistica pubblica, può delinarsi almeno in due accezioni: innovazione come mezzo e innovazione come fine.

Nella recente riforma del Codice dei contratti pubblici⁵ l'innovazione, ed in particolare quella volta alla digitalizzazione completa e nativa del ciclo dei contratti pubblici, pare costituire una delle prospettive di maggiore interesse per la dottrina⁶. Infatti, l'utilizzo di strumenti

² Definizione di "innovazione" nel dizionario Treccani.it, www.treccani.it

³ Rilevanti appaiono i lavori del *Bureau of European Policy Advisers* (Bepa) che a partire dal 2008 ha individuato l'innovazione come obiettivo strategico dell'azione dell'Unione Europea. Da tali documenti si evince come "le innovazioni possono essere sia in relazione ai fini che ai mezzi".

⁴ Sul punto L. GIANI, *Spunti per la costruzione di una "cultura dell'innovazione" negli appalti in sanità*, in *Nuove autonomie*, 2/2018, p. 206.

⁵ D.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, *Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante delega al Governo in materia di Contratti pubblici*. Si veda, a tal proposito, R. CAVALLO PERIN, M. LIPARI, G. M. RACCA (a cura di), *Contratti pubblici e Innovazioni nel nuovo codice. Trasformazioni sostanziali e processuali*, Napoli, 2024. Per un commento al codice R. VILLATA, M. RAMAJOLI (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici. D.lgs. 31 marzo 2023, n. 36*, Pisa, 2024.

⁶ G. M. RACCA, *La digitalizzazione necessaria dei contratti pubblici: per un'Amazon pubblica*, in *DPCE online*, 4, 2021, pp. 4960 ss.; G. M. RACCA, *Trasformazioni e innovazioni digitali nella riforma dei contratti pubblici*, in *Contratti pubblici e Innovazioni nel nuovo codice*, cit., p. 10; D. U. GALETTA, *Digitalizzazione, intelligenza artificiale e pubbliche amministrazioni: il nuovo codice dei contratti pubblici e le sfide*

algoritmici, dell'intelligenza artificiale o l'uso di apparati tecnologici come, ad esempio, le aste elettroniche o le piattaforme telematiche di negoziazione, appaiono serventi allo svolgimento delle dinamiche contrattuali. In questo caso, può dirsi come l'apporto dell'innovazione pertiene evidentemente al mezzo piuttosto che all'oggetto dell'acquisto.

Vi sono ipotesi, invece, su cui ci si concentrerà nel proseguo, in cui l'attività contrattuale dell'amministrazione è funzionalizzata all'introduzione nel mercato di nuovi prodotti o di prodotti già esistenti ma migliorabili, in ragione di maggiori benefici. In questo senso, dunque, l'innovazione concerne non più il mezzo bensì il risultato che l'amministrazione intende raggiungere al fine di soddisfare un'esigenza pubblica e, pertanto, l'attività appare concentrata sul "cosa" acquistare e non più sul "come"⁷.

Il concetto di innovazione a cui si fa riferimento in materia di appalti innovativi è, quindi, certamente riferibile alla finalità perseguita più che al mezzo preposto per lo svolgimento dell'attività contrattuale ove l'acquirente pubblico diviene una sorta di pioniere interessato all'acquisto di un prodotto o di un servizio non presente sul mercato. L'innovazione oggetto del presente studio va intesa, dunque, come la trasformazione delle conoscenze in un bene, servizio o prodotto nuovo o

che ci attendono, in *federalismi.it*, 12, 2023, pp. 4 ss., M. BARBIERO, *L'utilizzo degli algoritmi e l'intelligenza artificiale tra futuro prossimo e incertezza applicativa*, in www.giustizia-amministrativa.it; G. M. RACCA, *Le innovazioni necessarie per la trasformazione digitale e sostenibile dei contratti pubblici*, in *federalismi.it*, 15, 2022, pp. 121 ss. Sul punto anche G. F. LICATA, *Contratti pubblici e innovazione*, in *Atti del Convegno AIPDA*, 2019, p. 1; Id. *Partenariati e innovazione*, in *Nuove forme e nuove discipline del partenariato pubblico privato*, A. FIORITTO (a cura di), Torino, 2017, p. 421. Secondo l'Autore cambia il "come si compra" attraverso l'utilizzo di piattaforme interconnesse e particolarmente strutturate.

⁷ Comunicazione C(2018) 3051 final, 15 maggio 2018, *Orientamenti in materia di appalti per l'innovazione*.

significativamente migliorato⁸. In tal senso, può a sua volta distinguersi in innovazione radicale⁹ o incrementale¹⁰. Con la prima, si fa riferimento a quell'innovazione che comporta l'introduzione di un bene o servizio del tutto nuovo e non prima presente sul mercato; con la seconda, invece, si mira ad un miglioramento significativo di un prodotto già esistente¹¹. L'innovazione radicale appare essere, difatti, la più complessa ed è frutto di un processo che parte dallo studio e della scoperta scientifica e si conclude con la diffusione.

La centralità del concetto di innovazione affiora anche dalla circostanza che il legislatore europeo si sia preoccupato di darne una definizione chiara anche se, secondo alcuni, caratterizzata da contorni particolarmente elastici¹². La Commissione europea ha, infatti, rilevato la poliedricità del termine “*innovazione*”¹³ e così ad esempio: l'art. 2, paragrafo 22, della Direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici definisce l'innovazione come «*l'attuazione di un prodotto, servizio o processo*

⁸ C. EDQUIST, N. S. VONORTAS, J. M., ZABALA-ITURRIAGAGOITIA, J., EDLER, *Introduction*, in C. EDQUIST, N. S. VONORTAS, J. M., ZABALA-ITURRIAGAGOITIA, J., EDLER (a cura di) *Public procurement for Innovation*, Cheltenham, 2015, pp.1 ss.; F. TRAÙ, *Ipotesi sul possibile rapporto tra public-procurement e innovazione tecnologica nel contesto italiano*, in *L'industria*, 2/2009, p. 267.

⁹ Secondo alcuni autori l'innovazione radicale può dirsi anche “dirompente” in quanto richiede una trasformazione globale provvedendo ad esigenze ancora insoddisfatte. Si veda, a tal proposito, M. PIGNATTI, *Le strategie europee per l'innovazione nei contratti pubblici*, in *Dpce online*, 2, 2021, p. 1748.

¹⁰ Taluni aggiungono anche l'innovazione di tipo adattiva. Si veda C. EDQUIST, N. S. VONORTAS, J. M., ZABALA-ITURRIAGAGOITIA, J., EDLER, *Introduction*, op. cit., p. 9

¹¹ G. FIDONE, *L'innovazione attraverso i contratti pubblici*, in *Munus*, 3/2023, p. 733.

¹² F. GAMBARDELLA, *Le regole del dialogo e la nuova disciplina dell'evidenza pubblica*, Torino, 2017, p. 145.

¹³ Nella recente Comunicazione COM(2021) 267, *Orientamenti in materia di appalti per l'innovazione*, viene precisato come il termine “innovazione” può avere molteplici significati, distinguendo il processo di innovazione con i risultati dell'innovazione. Cfr. A. BARTOLINI, *L'innovazione nel Codice dei Contratti*, in *La riforma dei Contratti pubblici (D.lgs. 36/2023)*, F. MANGANARO, N. PAOLANTONIO, F. TIGANO (a cura di), 2024, pp. 45 ss.

*nuovo o significativamente migliorato, tra cui, ma non solo, i processi di produzione, di edificazione o di costruzione, un nuovo metodo di commercializzazione o organizzativo nelle prassi commerciali, nell'organizzazione del posto di lavoro o nelle relazioni esterne, tra l'altro allo scopo di contribuire ad affrontare le sfide per la società o a sostenere la strategia Europa 2020 per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva*¹⁴; il manuale di OSLO (OCSE- *Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico*) definisce l'innovazione come «un prodotto o processo nuovo o migliorato (o una loro combinazione) che differisce in modo significativo dai prodotti o dai processi precedenti dell'unità e che è stato messo a disposizione dei potenziali utilizzatori (prodotto) o messo in uso dall'unità (processo)». Se da un lato, dunque, non si richiede come requisito imprescindibile dell'innovazione la realizzazione di un qualcosa di nuovo, potendo la stessa estendersi anche all'implementazione di un prodotto o un servizio già esistente, e dall'altro manca un esplicito riferimento all'immediata commercializzazione, questa deve ritenersi inclusa nel ricorso al termine di «prodotto, servizio o processo». Di conseguenza, secondo autorevole dottrina, non deve ricomprendersi nel concetto di innovazione giuridicamente rilevante, l'inclusione di prodotti che ancora non consentono la possibilità di un utilizzo concreto, dovendosi distinguere, dunque, il concetto di innovazione da quello di invenzione¹⁵. Verrebbe meno, difatti, il requisito imprescindibile della commerciabilità e dunque

¹⁴ Tale definizione con contenuto pressoché identico viene espressa anche all'art. 5, punto 13, della direttiva 23/2014 e all'art. 2, punto 18, della direttiva 25/2015.

¹⁵ M. COMBA, *Appalti pubblici per l'innovazione*, op. cit., p. 180; G. F. LICATA, *Contratti pubblici e innovazione*, op. cit., p. 4. Secondo G. FIDONE, *L'innovazione attraverso i contratti pubblici*, cit., p. 732, l'invenzione costituisce "l'acquisizione di nuove conoscenze che potrebbero avere implicazioni economiche". Tale distinzione non viene accolta da M.A. BERNAL BLAY, *The strategic Use of Public Procurement in Support of Innovation*, in *EPPPL*, 2014, pp. 4.

della possibile spendita sul mercato del frutto dell'attività di ricerca e sviluppo. In altri termini, l'attività innovativa è la capacità di offrire ad un'invenzione una applicazione commerciale, che si sostanzia nell'introduzione di un nuovo prodotto o servizio sul mercato.

In ragione di quanto esposto, il semplice prototipo non può considerarsi un prodotto innovativo. L'innovazione si avrà, infatti, nelle ipotesi in cui un'impresa decida di sfruttare economicamente l'invenzione attraverso l'introduzione di un nuovo metodo produttivo, di un nuovo prodotto ovvero del perfezionamento di qualcosa già esistente.

Anche il legislatore italiano, nel previgente Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 18 aprile 2016, n.50), all'art. 3, c.1, lett. *nnn*), recepiva il contenuto della direttiva 2014/24/UE definendo l'innovazione come «l'attuazione di un prodotto, servizio o processo nuovo o che ha subito significativi miglioramenti, tra cui quelli relativi ai processi di produzione, edificazione o di costruzione o quelli che riguardano un nuovo metodo di commercializzazione o organizzativo nelle pressai commerciali, nell'organizzazione del posto di lavoro o nelle relazioni esterne»¹⁶.

Il d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, pur rappresentando una riforma organica e ambiziosa del sistema della contrattualistica pubblica, presenta una scelta peculiare rispetto al tema dell'innovazione: il legislatore, a differenza di quanto avvenuto con il Codice del 2016, non ha inteso fornire una definizione generale di innovazione. Tale silenzio normativo, lungi dall'essere un mero vuoto, appare frutto di un'opzione consapevole, forse dettata dall'intento di evitare una cristallizzazione

¹⁶ Come si può ben evincere l'innovazione, secondo tale concezione, non appare limitata a lavori, servizi e beni innovativi che costituiscono l'oggetto finale della commessa pubblica ma anche un'innovazione di processo che comprende metodi di costruzione o di organizzazione del lavoro per produrre beni già esistenti.

concettuale in un ambito che, per sua natura, è dinamico e mutevole¹⁷. E tuttavia, l'assenza di una definizione esplicita non implica l'irrelevanza del tema all'interno del nuovo Codice. Al contrario, il richiamo all'innovazione è rintracciabile in numerosi istituti: si pensi al partenariato per l'innovazione, alle consultazioni preliminari di mercato, alle clausole sociali e ambientali, sino al riferimento contenuto nell'art. 113¹⁸. È proprio quest'ultima disposizione che consente di cogliere la presenza di un vero e proprio principio di innovazione¹⁹, ancorché non dichiarato come tale in apertura del Codice. L'art. 113, comma 1, stabilisce infatti che: *«le stazioni appaltanti possono richiedere requisiti particolari per l'esecuzione del contratto, purché siano compatibili con il diritto europeo e con i principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, innovazione e siano precisati nel bando di gara, o nell'invito in caso di procedure senza bando o nel capitolato d'onere»*. Il dato testuale non è marginale. L'innovazione, seppur non più definita all'interno del Codice, è posta

¹⁷ Si vedano ad esempio: art. 45 (*Incentivi alle funzioni tecniche*); art. 113 (*Requisiti per l'esecuzione dell'appalto*); art. 116 (*Collaudo e verifica di conformità*); art. 185 (*Criteri di aggiudicazione*); art. 193 (*Procedura di affidamento*).

¹⁸ Per un commento alla norma si rinvia a S. MIRATE, *Commento all'art. 113, Requisiti per l'esecuzione dell'appalto*, in *Commentario al Codice dei Contratti pubblici*, d.lgs. 36/2023, R. VILLATA, M. RAMAJOLI (a cura di), 2025, p. 652 ss.

¹⁹ In Europa si discute sull'esistenza di tale principio e sulla sua configurabilità come controaltare al principio di precauzione. Ad oggi la dottrina maggioritaria ritiene che il principio di innovazione, almeno nel diritto europeo, non abbia rilevanza giuridica ma sia piuttosto un criterio di *better regulation*. Per un'ampia disamina si veda A. BARTOLINI, *L'innovazione nel Codice dei Contratti*, op. cit., pp. 47-48; C. DUCUING, *A legal principle of innovation? Need for assessment against the principle of democracy*, *Law, Innovation and Technology*, 2022. Recentissimamente ancora, A. BARTOLINI, *Dilemmi amministrativi e innovazione tecnologica, ovvero la signoria della prudenza amministrativa*, op. cit., p. 699. Anche la giurisprudenza italiana ha definito, seppur non direttamente e in ambito sanitario, il "principio di innovazione" come inverso a quello di precauzione e che opererebbe incoraggiando la distribuzione di un prodotto anche nel caso di rischi per la salute umana derivanti dall'"ignoto irriducibile" che si nasconde dietro l'innovazione. Cfr. Cons. St., Sez. III, 20 ottobre 2021, n. 7045.

sullo stesso piano di principi cardine del diritto europeo degli appalti, quali la parità di trattamento, la trasparenza e la proporzionalità. Il legislatore, dunque, attribuisce all'innovazione un valore che va oltre la mera tecnica procedurale o l'opzione di *policy*, riconoscendole, seppur limitatamente “ai requisiti di esecuzione del contratto, la dignità di principio. È possibile, in tal senso, sostenere che l'art. 113 compia un'operazione di incorporazione dell'innovazione nel novero dei principi, seppur in forma non espressa, trasformandola da obiettivo eventuale in parametro di legittimità dell'azione amministrativa.

A tal proposito è stato condivisibilmente sostenuto in dottrina²⁰ che il “principio di innovazione” debba ritenersi come una sorta di corollario del principio di risultato di cui all'art. 1, d.lgs. 36/2023²¹, dal momento in cui si sancisce, seppur indirettamente, che tra il fare e il non fare, occorre dare prevalenza, nel rispetto dei criteri di prudenza, al fare e dunque al raggiungimento del risultato. Si assiste, tuttavia, all'introduzione di criteri precauzionali che fungono da blocco per l'innovazione. Difatti, tale lettura, se da un lato valorizza il potenziale propulsivo del principio di innovazione, dall'altro impone di confrontarsi con le **resistenze precauzionali** che spesso caratterizzano l'azione

²⁰ A. BARTOLINI, *Dilemmi amministrativi e innovazione tecnologica, ovvero la signoria della prudenza amministrativa*, op. cit., p. 700.

²¹ Sul principio di risultato, tra i vari contributi, R. VILLATA, *Commento all'art. 1, Principio di risultato*, in *Commentario al codice dei contratti pubblici*, R. VILLATA, M. RAMAJOLI (a cura di), Pisa, 2025, pp. 1 ss.; S. VACCARI, *Principio di risultato e legalità amministrativa*, in *Giorn. dir. amm.*, 5, 2024, pp. 669 ss.; F. CINTOLI, *Il principio di risultato nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in www.giustizia-amministrativa.it; G. NAPOLITANO, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: i principi generali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2023, pp. 287 ss.; D. CAPOTORTO, *I rischi di derive autoritarie nell'interpretazione del principio di risultato e l'indissolubilità del matrimonio tra buon andamento e imparzialità dell'amministrazione*, in *federalismi.it*, 14, 2023, pp. 47 ss.; L.R. PERFETTI, *Sul nuovo codice dei contratti pubblici. In principio*, in *Urbanistica e appalti*, 2023, pp. 1 ss.; E. Guarnieri, *Il principio di risultato nei contratti pubblici: alcune possibili applicazioni, tra continuità e innovazioni*, in *Dir. amm.*, 2023, pp. 809 ss.

amministrativa. Non è raro, infatti, che l'introduzione di criteri innovativi nelle procedure di gara sia percepita come un fattore di rischio, in grado di generare contenziosi o incertezze applicative. In questa tensione «*tra "fare" e "non fare"*»²² si colloca la vera sfida del nuovo Codice: evitare che l'innovazione resti un principio nominale, bloccato da logiche difensive, e promuoverne invece un uso effettivo come leva di trasformazione. Va inoltre respinta l'idea, talvolta sostenuta in maniera superficiale, che il "catalogo" dei principi del Codice sia limitato alle prime dodici norme. Come autorevolmente notato, la struttura del nuovo Codice non delinea un elenco chiuso, ma un **sistema aperto di principi**, nel quale ulteriori valori – come appunto l'innovazione – possono emergere in altre disposizioni e assumere rango di principi generali. Il fatto che l'innovazione compaia in un articolo collocato nella parte relativa all'esecuzione del contratto non deve indurre a sottovalutarne la portata: essa è suscettibile di influenzare l'intera fase di programmazione, aggiudicazione ed esecuzione, costituendo un criterio interpretativo trasversale²³.

L'interpretazione appena proposta non si limita ad essere un mero e proprio esercizio definitorio ma, invece, nasconde diverse implicazioni pratiche. È necessario, infatti, come si approfondirà in seguito, che, preliminarmente alla predisposizione della documentazione di gara e alla scelta dello strumento innovativo idoneo a soddisfare l'esigenza preposta all'iniziativa contrattuale pubblica, l'amministrazione abbia adeguata contezza circa lo stato di avanzamento del mercato. Difatti, il rapporto che intercorre tra gli operatori economici (le imprese) e le stazioni appaltanti è, di norma, caratterizzato da un'importante asimmetria

²² A. BARTOLINI, *op. ult. cit.*, p. 701

²³ M. MACCHIA, *Il ruolo dei principi nel Codice dei contratti*, in *Costruire e acquistare. Lezioni sul nuovo codice dei contratti pubblici*, M. MACCHIA (a cura di), 2024, Torino, Giappichelli, p. 5.

informativa, tanto di più nei “complessi” appalti innovativi. Le stazioni appaltanti possono svolgere le consultazioni preliminari di mercato al fine di predisporre correttamente gli atti di gara per informare gli operatori economici degli appalti programmati e per la scelta della procedura di gara più congeniale all’esigenza da soddisfare mediante la commessa pubblica²⁴. Il ruolo che il “dialogo” tra mercato e P.A. assume nel contesto degli appalti innovativi, nei quali il confronto verterà non tanto su un oggetto (un bene o un servizio) di cui ha necessità l’amministrazione (tipico degli acquisti ordinari), ma su un’esigenza da soddisfare mediante la commessa pubblica, appare certamente maggiormente rilevante rispetto alle procedure ordinarie.

2. La domanda pubblica come leva per l’innovazione dello Stato

La persistente azione di stimolo dell’innovazione, come si è tentato di evidenziare nelle pagine precedenti, rappresenta tutt’oggi un imperativo categorico che l’Unione Europea persegue incessantemente, ferma, appunto, nella volontà di assicurare ai suoi cittadini un futuro prospero²⁵. Per quanto l’idea di utilizzare i contratti pubblici per incentivare l’innovazione si sia diffusa a partire dagli anni Settanta del secolo

²⁴ Sul punto si veda L. LAMBERTI, *Consultazioni preliminari di mercato, partecipazione precedente di candidati o offerenti*, in *Trattato sui contratti pubblici*, diretto da M. A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, Milano, 2008, pp. 1932 ss.; più di recente F. ANELLO, *Commento all’art. 77*, in *Codice dei contratti pubblici commentato*, a cura di L. R. PERFETTI, Milano, 2023, pp. 521 ss.

²⁵ C. PERATHONER, *Contratti pubblici e innovazione*, op. cit., p. 13. È stato già sottolineato, inoltre, come attraverso l’innovazione si è trasformato nel corso della storia del mondo il modo di vivere degli uomini rivoluzionandone anche i processi economici e incidendone sugli equilibri politici. In questi termini G. F. LICATA, *Contratti pubblici e innovazione*, in *Atti del Convegno AIPDA*, 2019, p. 1 ss.

scorso²⁶, all'inizio, le politiche pubbliche a sostegno dell'innovazione si sono concentrate unicamente sul lato dell'offerta²⁷. Nel passato recente la Commissione europea si è più volte posta l'obiettivo, seppur ambizioso, di realizzare un mercato unico europeo dell'innovazione, nel quale potessero affermarsi imprese sempre più innovative²⁸. Sono stati molteplici, infatti, gli interventi in materia al fine di incentivare il finanziamento della ricerca e dunque dell'innovazione. Tra questi, di assoluto rilievo appaiono la strategia *Europa 2020*²⁹, attraverso la quale si volle ribadire la volontà dell'Unione di sfruttare al meglio la forza tecnologica e industriale del mercato europeo per stimolare una crescita innovativa, competitiva e sostenibile, e l'iniziativa *Horizon 2020*³⁰, la quale, tra l'altro, ha previsto importanti risorse da destinare ai contratti pubblici innovativi.

²⁶ Come ricordano J. EDLER, L. GEORGHIOU, *Public procurement and innovation. Resurrecting the demand side*, in *Research policy*, 7, 2007, pp. 949 ss.

²⁷ L'insufficienza di tale strategia è stata ampiamente sottolineata anche nella *Relazione del gruppo ad alto livello sulla revisione intermedia della strategia di Lisbona*, 8 novembre 2004, detta anche rapporto Kok, e nella relazione Wilkinson dal titolo *Public procurement for research and innovation*, 2005. Similmente si veda S. APPELT, F. GALINDO RUEDA, *Measuring the Link between Public procurement and innovation*, in *Science, technology and industry working paper*, 3, 2016, p. 188.

²⁸ Per un approfondimento anche C. PERATHONER, *Mercato interno e innovazione: il ruolo dell'UE*, in *Contratti pubblici e innovazione. Una strategia per far ripartire l'Europa*, C. PAGLIARIN, C. PERATHONER, S. LAIMER, Milano, 2021, p. 4 ss.

²⁹ COM (2010) 3030, *Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva*.

³⁰ *Horizon 2020*, in <https://horizon2020.apre.it/>. Tale iniziativa si è conclusa nel dicembre 2020. Ad oggi il nuovo programma quadro Horizon coprirà il settenario 2021-2027.

All'interno del c.d. "Rapporto Draghi", M. DRAGHI, *Il futuro della competitività europea. Analisi approfondita e raccomandazioni*, Settembre 2024, pp. 240 ss., si evidenziano anche i limiti del programma *Horizon*, il cui un budget di quasi 100 miliardi di euro, risulta essere distribuito su troppi campi, non sufficientemente focalizzati sull'innovazione dirompente, e il conseguente accesso risulta particolarmente complesso e burocratico.

Più di recente, è stato sottolineato, all'interno del c.d. "Rapporto Draghi"³¹, come, nonostante l'Europa abbia incrementato il suo intervento in materia di ricerca e innovazione (R&I), si assista comunque ad uno stallo. Le aziende innovative europee, rispetto a quelle statunitensi, in primo luogo, non investono adeguate risorse in attività di ricerca focalizzate sull'innovazione dirompente e, in secondo luogo, non riescono a tradurre l'invenzione in innovazione (e, dunque, nella commercializzazione), in quanto ostacolate sia da fondi investiti in ricerca e innovazione ancora troppo risicati (circa 270 miliardi in meno rispetto alle loro controparti statunitensi), ma, anche, da rilevanti ostacoli normativi. Il divario significativo in innovazione dovrà necessariamente passare da una maggiore conversione dall'invenzione all'innovazione attraverso, soprattutto, il superamento dei numerosi impedimenti che si palesano nelle attività delle imprese innovative e che impediscono alle stesse di crescere e di attrarre finanziamenti pubblici e privati³².

Nell'ambito di tale politica, perciò, gli appalti pubblici diventano il cuore pulsante della strategia europea di innovazione. Oggi, infatti, proprio attraverso lo sviluppo della domanda pubblica, ed in particolare del *public procurement*, è possibile stimolare l'innovazione in via diretta.

Negli ultimi decenni, in particolare, si è aperto un dibattito condiviso da giuristi, economisti e sociologi, circa il nuovo ruolo che lo Stato ha assunto come propulsore dell'innovazione³³. In tal senso, taluni hanno

³¹ M. DRAGHI, *Il futuro della competitività europea. Una strategia di competitività per l'Europa*, Settembre 2024.

³² Diverse sono le soluzioni paventate nel "Rapporto Draghi", tra queste, a parere di chi scrive, la più rilevante appare l'istituzione di un'Unione della ricerca e dell'innovazione volta a creare una sorta di "ecosistema" europeo di ricerca e innovazione con lo scopo di un migliore coordinamento della spesa pubblica di R&I tra gli Stati membri.

³³ M. COMBA *La domanda pubblica come leva per l'innovazione: le potenzialità degli appalti innovativi per le Anchor Institution*, in *federalismi.it*, 4/2019, pp. 46 ss.; G. PENNETTA, *Il nuovo ruolo dello Stato nell'economia: innovazione e infrastrutture sociali*, in *L'emergenza pandemica e l'impatto sul diritto pubblico: innovazione e prospettive*

iniziato a parlare di “*Stato innovatore*”³⁴, intendendosi come quella peculiare forma di Stato che assolve alla funzione fondamentale di promuovere e diffondere le attività di ricerca che portano allo sviluppo tecnologico, non altrimenti raggiungibile in solitaria dai privati a causa della assenza di capitali adeguati o di propensione al rischio di quest’ultimi. Talaltri, più di recente, parlano invero di “*Stato promotore*”³⁵, ossia quello Stato che assume un ruolo del tutto nuovo di promozione e di sostegno all’innovazione attraverso interventi mirati ad incidere positivamente sulla crescita del sistema economico italiano.

È ormai noto, infatti, che gli investimenti pubblici costituiscono uno stimolo determinante per l’innovazione, in quanto da un lato il privato non può sopportare tutti i costi della Ricerca e, dall’altro, il *know how* dei privati risulta essere una risorsa fondamentale per il perseguimento dell’interesse pubblico³⁶. Tra gli strumenti giuridici funzionali al raggiungimento degli obiettivi di crescita e di sviluppo dell’innovazione vi è, certamente, quello degli appalti pubblici, i quali rappresentano il principale motore della crescita economica e rappresentano, ad oggi, circa il 14% del prodotto interno lordo dei 27 Stati membri dell’Unione Europea³⁷. Infatti, all’appalto tradizionale, che di per sé può essere in

future, D. MORANA, S. MABELLINI (a cura di), Milano, 2022, p.272; G. F. LICATA, *Contratti pubblici e innovazione*, op.cit., p. 1; Id. *Partenariati e innovazione*, in *Nuove forme e nuove discipline del partenariato pubblico privato*, A. FIORITTO (a cura di), Torino, 2017, p. 421

³⁴ M. MAZZUCCATO, *Lo Stato innovatore*, II ed., Bari, 2018; prima ancora si parlava di “*Stato salvatore*”, v. G. NAPOLITANO, *Il nuovo Stato salvatore: strumenti di intervento e assetti istituzionali*, in *Giorn. dir. amm.*, 11/2008, pp. 1083.

³⁵ Si veda l’opera F. BASSANINI, G. NAPOLITANO, L. TORCHIA, *Lo Stato promotore. Come cambia l’intervento pubblico nell’economia*, Bologna, 2021.

³⁶ Sul punto anche E. CAMPAGNANO, *Le nuove forme del partenariato Pubblico-Privato. Servizi pubblici e infrastrutture*, in *Temi dell’impresa e della Pubblica amministrazione*, G. ALPA, G.M. ESPOSITO (a cura di), Milano, 2020, pp. 44 ss.

³⁷ Per un approfondimento si rinvia alla *Relazione speciale, Appalti pubblici nell’UE*, a cura della Corte dei conti europea, 2023,

grado di promuovere l'innovazione indirettamente, sono state affiancate tipologie di appalto alternative in grado di incoraggiare l'acquirente pubblico ad impegnarsi nell'acquisto diretto di beni innovativi e persino di specifici servizi di ricerca e sviluppo. L'obiettivo tipico degli appalti pubblici, dunque, è tradizionalmente riconosciuto nell'efficienza: ottenere beni o servizi desiderati al prezzo più basso³⁸. Difatti, l'appalto pubblico, in linea generale, è espressione dell'attività strumentale della Pubblica amministrazione, finalizzata al soddisfacimento di esigenze pubbliche³⁹. L'idea di utilizzare gli appalti pubblici come un veicolo per l'innovazione dello Stato trova riconoscimento nell'assunto che le società odierne appaiono sempre più complesse e che da ciò derivano esigenze nuove tali da non poter trovare soddisfacimento nei beni, prodotti o servizi già presenti sul mercato. L'oggetto di queste gare spesso è l'uomo, o, meglio, i nuovi bisogni delle persone, e affrontare tali esigenze richiede spesso ricerca, sviluppo e innovazione. Al riguardo, anche l'art. 179, par. 2 del TFUE, all'interno Titolo XIX rubricato "*ricerca e sviluppo tecnologico e spazio*", riconosce l'assoluto rilievo degli appalti pubblici nell'ambito della politica europea di Ricerca e innovazione.

Per quanto concerne il settore della contrattualistica pubblica, è stato sottolineato come gli operatori economici di rado assumono l'iniziativa nell'ottica di migliorare prodotti o servizi erogati dalle amministrazioni

<https://www.eca.europa.eu/it/publications?ref=SR-2023-28>. Recenti studi hanno inoltre evidenziato come a livello mondiale la spesa in contratti pubblici si aggira intorno ai 13 mila miliardi dollari l'anno. Vedi <https://www.open-contracting.org/what-is-open-contracting/global-procurement-spend/>.

³⁸ Sui limiti degli appalti tradizionali e i vantaggi derivanti dagli appalti innovativi si veda anche S. ROSSA, *Sviluppo sostenibile e appalti pubblici. Sul ruolo degli appalti innovativi come strumento di sostenibilità*, in *CERIDAP*, 4, 2022, p. 61 ss., nello specifico, p. 69.

³⁹ E. D'ALTERIO, *Riforme e nodi della contrattualistica pubblica*, in *Dir. amm.*, 3, 2020, p. 668; A. CARULLO, *Appalti pubblici*, in *Enciclopedia del diritto*, V, 2001, p. 79.

pubbliche e, ancor meno, prospettano ingenti investimenti in attività di ricerca e sviluppo prive di solide prospettive di mercato⁴⁰. L'obiettivo, dunque, appare essere quello di creare una domanda pubblica di ricerca e sviluppo che funga da stimolo per l'innovazione in ogni livello, da quello tecnologico a quello ambientale, passando per quello sociale⁴¹. Si può affermare che l'attività di ricerca e innovazione tecnologica appare uno dei principali volani della competitività dei Paesi oltre che un elemento fondamentale per la crescita sia delle imprese quanto del tessuto economico e sociale degli Stati.

Viene invertito, pertanto, il paradigma. Si passa dall'intervento pubblico dal lato dell'offerta⁴² (attraverso, ad esempio l'erogazione di

⁴⁰ A. BLASINI, *Prime riflessioni in tema di appalto pre-commerciale*, in *Nuove forme e nuove discipline del partenariato pubblico privato*, A. FIORITTO (a cura di), Torino, 2017, p. 196. È stato messo in evidenza come il "nanismo" dimensionale delle imprese italiane rappresenti un rilevante fattore di debolezza del capitalismo italiano. Difatti, si assiste ad uno sbilanciamento della specializzazione produttiva verso i settori a basso contenuto tecnologico, oltre alla dominanza nel tessuto imprenditoriale di imprese di tipo familiare. Tutto questo assume un impatto negativo sullo sviluppo delle attività di Ricerca e innovazione, dato che queste vengono condotte tipicamente da imprese medio-grandi più propense al rischio. Sul punto si veda A. AVERARDI, *La funzione pubblica di sostegno all'innovazione e la governance istituzionale*, in *Lo Stato promotore. Come cambia l'intervento pubblico nell'economia*, op. cit., p. 244; in termini simili anche L. DI PIETRANTONIO, *La politica industriale e dell'innovazione tecnologica per la competitività*, in *L'Unione europea. Principi, istituzioni, politiche, Costituzione*, M. COLUCCI, S. SICA (a cura di), Bologna, 2005. Per un'esamina più approfondita si rinvia a R. NELSON, *National Innovation System. A Comparative Analysis*, Oxford University Press, 1993.

⁴¹ N. A. ASHFORD, C. AYERS, R. F. STONE, *Using Regulation to Change the Market for Innovation*, in *Harvard Environmental Law Review*, 2/1985, pp. 419 ss.

⁴² Gli strumenti che agiscono sul lato dell'offerta vengono detti *supply-side policy*. Si rinvia a R. SPALLONE, A. FILIPPETTI, F. TUZI, *La domanda pubblica d'innovazione: verso un piano d'azione per il procurement di ricerca e sviluppo in Italia*, in *Relazione sulla ricerca e l'innovazione in Italia analisi e dati di politica della scienza e della tecnologia*, II ed., 2019, Consiglio Nazionale delle Ricerche, p. 126. Sul fallimento degli strumenti sul lato dell'offerta, ed in particolar modo sull'erogazione di sussidi, anche C. PAGLIARIN, *Il partenariato per l'innovazione*, op. cit., p. 144 ss. L'Autrice sottolinea come l'assenza di politiche dal lato della domanda rappresentavano la causa delle difficoltà nello sviluppo dell'innovazione europea.

sussidi) a quello a lato della domanda mediante l'utilizzo delle commesse pubbliche che richiedono un'innovazione⁴³. In altre parole, se nel primo caso l'impulso a sviluppare e introdurre nuovi prodotti sul mercato spetta all'impresa, la quale cerca in qualche modo di prevedere l'evoluzione della domanda, nel secondo caso è la domanda pubblica a innescare l'innovazione fissando obiettivi, *standard* e requisiti per gli operatori economici⁴⁴. Si assiste, dunque, ad un progressivo coinvolgimento dei privati nell'ideazione e nella realizzazione di interventi atti a soddisfare le sempre più crescenti esigenze della collettività. Tale attenzione, tra l'altro, è ancor più cresciuta, in modo esponenziale, in relazione alla crisi pandemica da Covid-19, la quale ha messo in luce i limiti di scelte politiche assunte nel recente passato per quanto concerne gli investimenti in ricerca e sviluppo nei settori tecnologici e sanitari⁴⁵.

⁴³ Sul punto, G. PENNETTA, *Il nuovo ruolo dello Stato nell'economia: innovazione e infrastrutture sociali* in *L'emergenza pandemica e l'impatto sul diritto pubblico: innovazione e prospettive future*, D. MORANA, S. MABELLINI (a cura di), Milano, 2022 p. 273; A. BLASINI, *Prime riflessioni in tema di appalto pre-commerciale*, op. cit., p. 196; M. MAZZUCCATO, *The Enterprenurial State, Debunking Public vs. Private Sector Myths*, London, 2018, p. 175 ss.; ; G.L. ALBANO, *Demand aggregation and collusion prevention in public procurement*, in *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts. Balancing corruption concern in Public Procurement internationally*, G.M. RACCA, C.R. YUKINS (a cura di), Bruxelles, 2014, pp. 155 ss.; E. VON HIPPEL, *The dominant role of users in the scientific instrument innovation process*, in *Research Policy*, 1976, pp. 212 ss.

⁴⁴ Nel mondo economico si parla di “domanda traino”, sul punto E. VON HIPPEL, *A customer-active paradigm for industrial product idea generation*, in *Research Policy*, 7, 1978, pp. 241 ss. Alcuni autori hanno sostenuto come attraverso gli appalti, il settore pubblico può incoraggiare le aziende private ad investire in innovazione incoraggiandole ad “attraversare la valle della morte” tra ricerca, sviluppo e commercializzazione. Sul punto J. EDLER, L. GEORGHIOU, *Public procurement and innovation. Resurrecting the demand side*, op. cit., p. 940; F. TRAÙ, *Ipotesi sul possibile rapporto tra public-procurement e innovazione tecnologica nel contesto italiano*, in *L'Industria*, 2, 2009, p. 267.

⁴⁵ A. GIUNTA, S. ROSSI, *Che cosa sa fare l'Italia. La nostra economia dopo la grande crisi*, Laterza, Bari, 2017, p. 109. Sulla potenzialità degli appalti innovativi, in particolar modo dell'appalto pubblico pre-commerciale, nel contesto dell'emergenza pandemica si

Una domanda pubblica così indirizzata all'acquisto di soluzioni innovative ha, almeno, un duplice impatto sul tessuto imprenditoriale: da un lato, le industrie già attive nel mercato degli appalti pubblici possono essere maggiormente motivate a perseguire finalità innovative in specifici settori di interesse pubblico; dall'altro, si incentiva la nascita di nuove imprese vocate alla ricerca e sviluppo, più motivate ad affacciarsi al mondo degli appalti per rispondere alla crescente domanda di innovazione⁴⁶. In tal senso, lo Stato detiene un enorme potenziale di stimolo della domanda di innovazione in settori strategici come l'ICT, i trasporti, l'ambiente, la salute, l'energia e l'educazione, mentre addirittura assume un ruolo determinante laddove rappresenti l'unico acquirente, come nel caso della difesa⁴⁷. Questi stessi settori sono al centro di sfide sociali di particolare rilevanza: si pensi, ad esempio, alla lotta al cambiamento climatico, alla transizione digitale o alla costruzione di una difesa comune europea. In altri termini, una domanda pubblica di questo tipo diviene uno strumento significativo per selezionare un'offerta che risulti essere competitiva non tanto nei costi, quanto, nel suo

veda M. DELSIGNORE, M. RAMAJOLI, *Gli appalti pubblici pre-commerciali*, op. cit., pp. 370 ss.

⁴⁶ S. BOLOGNINI, *Il pre-commercial procurement come strumento di politica per l'innovazione: caratteristiche, diffusione e problemi*, in *Economia Marche Journal of Applied Economics*, 1/2020, p. 15; M. LIBERTINI, *La nuova disciplina degli aiuti a favore di ricerca, sviluppo e innovazione*, in *Antitrust EU Law and National Law (Proceedings of the XI Treviso Antitrust Conference of 2014)*, 2015, pp. 457 ss.

⁴⁷ Per un approfondimento si veda la relazione del Ministero dello Sviluppo economico, anno 2010, *Appalti pubblici per l'innovazione*. Indagine conoscitiva. Si veda, anche, A. LA CHIMIA, *Appalti e sviluppo sostenibile nell'Agenda 2030*, in *Il procurement delle Pubbliche amministrazioni*, op. cit., p. 73; E. AHO, J. CORNU, L. GEORGHIOU, A. SUBIRA, *Creating an innovative Europe*, Report of the independent Expert Group on R&D and innovation, 2006

contenuto innovativo con il fine di tramutare l'attività di ricerca e sviluppo in beni produttivi⁴⁸.

Questo mutamento di paradigma si può percepire se si guarda alla recente legislazione europea, che ha previsto, come accennato nel paragrafo precedente, almeno due diversi strumenti utili all'innovazione mediante gli appalti pubblici: l'appalto pubblico pre-commerciale, disciplinato dall'art. 47 della Direttiva 2014/24/UE, e in Italia dal recente art. 135, comma 2, del d.lgs. 36/2023, e il partenariato per l'innovazione che trova un riscontro all'art. 49 della medesima direttiva e all'art. 75 del nuovo codice dei contratti pubblici italiano.

Tuttavia, nonostante gli interventi e i buoni propositi del legislatore europeo, si assiste ad un limitato potere d'acquisto pubblico, in particolar modo in materia di innovazione, il quale, secondo una parte della dottrina⁴⁹, è stato dovuto, almeno fino all'ingresso del nuovo Codice dei contratti pubblici, all'elevata frammentazione della domanda pubblica derivante dall'eccessiva presenza di stazioni appalti e centrali di committenza⁵⁰. Tale frammentazione, così come sottolineato dalla

⁴⁸ È stato sottolineato da R. ROTHWELL, W. ZEGVELD, *Government regulations and innovation*, in *Industrial innovation and public policy*, Londra, 1981, p. 119, che gli appalti pubblici sono più efficaci nel promuovere l'innovazione rispetto ai tradizionali strumenti di politica dell'offerta. Più di recente le stesse conclusioni sono state condivise da ; G.M. RACCA, *La contrattazione pubblica come strumento di politica industriale*, in *La dimensione sociale della contrattazione pubblica. Disciplina dei contratti ed esternalizzazioni sostenibili*, C. MARZUOLI, S. TORRICELLI (a cura di), Napoli, 2017, p.180; B. ASCHHOFF, W. SOFKA, *Innovation on demand, can public procurement drive market success of innovations?*, in *Research Policy*, 2009, 38, pp. 1235 ss

⁴⁹ G.M. RACCA, *La contrattazione pubblica come strumento di politica industriale*, op. cit., p. 193

⁵⁰ Dalla Relazione al Parlamento sull'attività svolta dall'ANAC nel 2021, si evince come in Italia esistevano ben 42.657 stazioni appaltanti e centrali di committenza (di cui operative circa 36.000, con oltre 100.000 centri di spesa). Per un approfondimento sulla qualificazione delle stazioni appaltanti in vigore del d.lgs. 50/2016, si rinvia a A. DI FEO, *Centrali di committenza, qualificazione delle stazioni appaltanti e tutela della concorrenza in Italia e nel Regno Unito*, in *Urb. e app.*, 2019, 33 ss.; L. DONATO, *Qualità ed efficienza delle stazioni appaltanti e delle imprese nel nuovo Codice dei contratti*

medesima dottrina e come si avrà modo di evidenziare successivamente in maniera approfondita, ha limitato significativamente la domanda pubblica in materia di innovazione. Anticipando qui alcune riflessioni, difatti, per sfruttare appieno le potenzialità offerte dal mercato, tenuto conto dei costi dell'elevato rischio derivante dallo sviluppo di progetti innovativi, che faticosamente possono essere sostenute dalle singole amministrazioni aggiudicatrici, occorre fiancheggiare l'innovazione del prodotto innovativo con l'innovazione giuridica dei modelli organizzativi pubblici, anche attraverso il coordinamento tra centrali d'acquisto in grado di sostenere l'innovazione⁵¹.

pubblici, in *Qualità ed efficienza nel nuovo codice dei contratti pubblici. Prospettive e questioni aperte*, Banca d'Italia, *Quaderni di Ricerca giuridica*, 83, 2018, pp.51 ss.; V. GUERRIERI, *Quali vie per razionalizzare il sistema del public procurement? La qualificazione delle stazioni appaltanti e gli effetti sulla centralizzazione degli acquisti*, in *Federalismi.it.*, 8, 2018, 2 ss.; L. FIORENTINO, *Il nuovo codice dei contratti pubblici, le centrali di committenza e la qualificazione delle stazioni appaltanti*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 4, p. 436 ss. Ad oggi, a seguito dell'entrata in vigore dell'obbligo di qualificazione ex art. 62, comma 1, d.lgs. n. 36/2023, il numero si è notevolmente ridotto. Infatti, al 1° maggio 2024, le stazioni appaltanti qualificate risultano essere 4.353 e di queste 545 sono centrali di committenza. Si veda <https://www.anticorruzione.it/news.22.05.24.qualificazione>. Sulla recente riforma in materia di qualificazioni delle stazioni appaltanti si veda C. PAGLIARIN, *La qualificazione delle stazioni appaltanti e delle centrali di committenza: la "pietra d'angolo" della più recente disciplina sui contratti pubblici*, in *Rivista giuridica di Urbanistica*, 1, 2024, pp. 88 ss., G. FONDERICO, *I soggetti: le stazioni appaltanti e gli operatori economici*, in S. FANTINI, H. SIMONETTI (a cura di), *Il nuovo corso dei contratti pubblici*, 2023, pp. 77 ss.; P. LOMBARDI, *La qualificazione delle stazioni appaltanti: spunti di riflessione sul ruolo di ANAC in materia di contratti pubblici*, in *CERIDAP*, 4, 2022, p. 49.

⁵¹ G.M. RACCA, *ibidem.*; G.M. RACCA, *Le prospettive dell'aggregazione nell'amministrazione dei contratti pubblici*, in *Apertacontrada*, 2014, p. 5. Sull'efficacia dell'aggregazione nel panorama degli appalti si rinvia a G.M. RACCA, S. PONZIO, *La scelta del contraente come funzione pubblica: i modelli organizzativi per l'aggregazione dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 1, 2019, pp. 33 ss.; P. CHIRULLI, *Qualificazione delle stazioni appaltanti e centralizzazione delle committenze*, in *Qualità ed efficienza nel nuovo codice dei contratti pubblici. Prospettive e questioni aperte*, Banca d'Italia, *Quaderni di Ricerca giuridica*, 83, 2018, p. 21; M. DE BENEDETTI, *I soggetti aggregatori: nuovo modello organizzativo nella pubblica amministrazione italiana*, in *Amministrazione in Cammino*, 2017.

3. Il procurement d'innovazione: il quadro europeo

A partire dai primi anni Duemila, l'Unione Europea ha intrapreso politiche volte a favorire e a promuovere l'innovazione mediante l'utilizzo delle commesse pubbliche.

A ben vedere, tale strategia ha avuto il suo consacramento con il Consiglio europeo svoltosi a Lisbona nel 2000, nel quale, dopo una presa di consapevolezza sul ritardo europeo nel finanziamento delle attività di ricerca e sviluppo rispetto agli Stati Uniti e al Giappone⁵², si fissarono obiettivi – estremamente ambiziosi – volti a rendere l'Unione, entro il 2010, maggiormente competitiva nei processi innovativi attraverso un aumento sostanziale dei finanziamenti e una promozione delle attività di Ricerca e sviluppo⁵³. D'altro canto, quest'azione rappresenta tutt'oggi un costante obiettivo strategico delle politiche europee, accanto alla semplificazione delle procedure di aggiudicazione, all'implementazione della certezza giuridica nei rapporti contrattuali tra pubblico e privato e alla tutela della concorrenza tra gli operatori economici⁵⁴.

⁵² In questi Paesi il finanziamento pubblico della Ricerca privata ha portato alla realizzazione di soluzioni innovative di rilevante importanza quali, ad esempio, la tecnologia Ip (*Internet protocol*) o il Gps (*Global Positioning System*). Sul punto si veda A. R. APOSTOLO, *Public Procurement of Innovation – A structural approach*, in *Public procurement Law Review*, 2012, pp. 179 ss.

⁵³ M. DELSIGNORE, M. RAMAJOLI, *Gli appalti pubblici pre-commerciali in Il procurement delle pubbliche amministrazioni. Tra innovazioni e sostenibilità*, a cura di L. FIORENTINO, A. LA CHIMIA, Astrid, Il Mulino, Bologna, 2021, p. 356; M. COMBA, *Appalti pubblici per l'innovazione*, in *Il diritto dell'economia*, 1, 2020, pp. 184-185; L. CICALINI, *Gli appalti pubblici precommerciali*, in *italiappalti.it*, 2017, p. 1.

⁵⁴ Risoluzione del Parlamento europeo, 25 ottobre, 2011, *La modernizzazione degli appalti pubblici*, 2011/2048.

In particolare, rilevanti appaiono, in primo luogo, le direttive 2004/18/CE e 2004/17/CE le quali introdussero per la prima volta nel panorama europeo lo strumento giuridico che per eccellenza è vocato alla promozione dello sviluppo tecnologico. Si tratta, invero, del c.d. “appalto pre-commerciale”, il quale, ai sensi dell’art. 23 della direttiva 2004/18⁵⁵, appariva destinato, sin dalla sua origine, al potenziamento scientifico e tecnologico della Comunità attraverso il cofinanziamento delle attività di ricerca.

Seguirono così nel corso dei primi anni Duemila molti atti programmatici, tipicamente atti di *soft law*, rappresentati, in particolare, dalle numerose Comunicazioni della Commissione europea funzionalizzate all’incremento delle politiche innovative degli Stati⁵⁷.

A tal proposito, nel 2006 la Commissione europea⁵⁸, nell’intento di dimostrare l’assoluto rilievo dell’attività pubblica di finanziamento della ricerca scientifica, ha esplicitamente richiamato le fortunate esperienze statunitensi circa l’utilizzo dell’appalto pre-commerciale in diversi settori di straordinaria rilevanza interna, come, ad esempio, la difesa nazionale, lo spazio e le telecomunicazioni.

⁵⁵ “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.”

⁵⁷ Si pensi, ad esempio, alle Comunicazioni della Commissione COM(2000) 567 final, *L’innovazione in una economia fondata sulla conoscenza*; COM(2006)502 def, *Mettere in pratica la conoscenza: un’ampia strategia dell’innovazione per l’UE*; COM (2007) 799 def., *Appalti pre-commerciali: promuovere l’innovazione per garantire servizi pubblici sostenibili e di elevata qualità in Europa*; COM(2021) 267, *Orientamenti in materia di appalti per l’innovazione*.

⁵⁸ Comunicazione COM(2006) 502 def., cit.

Con la successiva Comunicazione del 2007⁵⁹, dedicata in maniera esclusiva all'istituto dell'appalto pre-commerciale e che rappresenta l'atto determinante per la sua diffusione, la Commissione europea ha fornito una guida alla sua applicazione, che è confluita dapprima nell'ormai abrogato art. 158, comma 2, del d.lgs. 50/2016, il quale richiamava esplicitamente la Comunicazione⁶⁰, e, di recente, anche nel nuovo art. 135 del d.lgs. 36/2023⁶¹. Orbene, con tale istituto si volle concepire un appalto che si fondasse, come si vedrà più nel dettaglio nel capitolo successivo, in primo luogo, su una collaborazione attiva tra pubblico e privato caratterizzata dalla condivisione dei rischi e dei benefici (*risk-benefit sharing*)⁶², purché nel rispetto della disciplina concernente gli Aiuti di Stato⁶³ e che fosse relativo in via esclusiva alla sola attività di ricerca e sviluppo, esulando dallo stesso la fase successiva di commercializzazione del risultato.

⁵⁹ COM (2007) 799 def., *cit.*

⁶⁰ L'art. 158 del d.lgs. 50/2016 recitava "Le stazioni appaltanti possono ricorrere, nel rispetto dei principi di cui all'articolo 4 del presente codice, agli appalti pubblici pre-commerciali, destinati al conseguimento di risultati non appartenenti in via esclusiva all'amministrazione aggiudicatrice e all'ente aggiudicatore perché li usi nell'esercizio della sua attività e per i quali la prestazione del servizio non è interamente retribuita dall'amministrazione aggiudicatrice e dall'ente aggiudicatore, così come definiti nella comunicazione della Commissione europea COM 799 (2007) del 14 dicembre 2007, nelle ipotesi in cui l'esigenza non possa essere soddisfatta ricorrendo a soluzioni già disponibili sul mercato".

⁶¹ L'art. 135 del d.lgs. 36/2023 prevede che "Le stazioni appaltanti possono ricorrere, in applicazione dei principi di cui agli articoli 1, 2 e 3, agli appalti pubblici pre-commerciali, che rispettino le condizioni delle lettere a) e b) del comma 1, quando:

a) siano destinati al conseguimento di risultati non appartenenti in via esclusiva alla stazione appaltante, che li usi nell'esercizio della propria attività;
b) la prestazione del servizio non sia interamente retribuita dalla stazione appaltante;
c) l'esigenza non possa essere soddisfatta ricorrendo a soluzioni già disponibili sul mercato."

⁶² Si VEDA C. PERATHONER, *Contratti pubblici e innovazione*, in *Contratti pubblici e innovazione. Una strategia per far ripartire l'Europa*, a cura di C. PAGLIARIN, C. PERATHONER, S. LAIMER, Milano, 2021, p. 15.

⁶³ Artt. 107-109 TFUE.

Dal 2011, con l'adozione del c.d. Libro verde sulla modernizzazione della politica dell'UE in materia di appalti pubblici, l'Unione iniziò a rafforzare maggiormente il connubio tra appalti e innovazione, stante la consapevolezza di non poter raggiungere una vera innovazione sul mercato se l'acquirente pubblico avesse continuato ad utilizzare gli appalti in modo "tradizionale". Il consacramento giuridico di tale strategia si avrà solo nel 2014 con la nota adozione di un cospicuo pacchetto di direttive europee del 26 febbraio, composto dalla direttiva 2014/24/UE, dalla direttiva 2014/25/UE e dalla direttiva 2014/23/UE, recepite nel nostro ordinamento attraverso l'adozione del d.lgs. 50/2016, recentemente sostituito, come noto, dal d.lgs. 36/2023.

In particolar modo, la direttiva 2014/24/UE⁶⁴ ha adeguato la normativa sugli appalti pubblici alle esigenze degli acquirenti pubblici e degli operatori economici derivanti dagli sviluppi tecnologici, dalle tendenze economiche e dalla maggiore attenzione rivolta dalla società alla sostenibilità della spesa pubblica.

Rilevante, a tal proposito, appare essere il contenuto del considerando 47 il quale sottolinea che «la ricerca e l'innovazione, comprese l'ecoinnovazione e l'innovazione sociale, sono uno dei principali motori della crescita futura e sono state poste al centro della strategia *Europa 2020* per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva»⁶⁵. A tal fine, per stimolare l'innovazione, le autorità pubbliche avrebbero dovuto utilizzare in modo strategico gli appalti pubblici, con lo scopo di favorire

⁶⁴ Si prende in considerazione la direttiva 2014/24/UE in quanto in essa è possibile rintracciare elementi rilevanti che verranno ripresi pedissequamente nella direttiva 2014/25/UE in riferimento ai settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali.

⁶⁵ In dottrina è stato evidenziato come la ricerca e l'innovazione appaiano quali condizioni strettamente necessarie per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva. Sul punto G. F. LICATA, *Partenariati e innovazione*, in *Nuove forme e nuove discipline del partenariato pubblico privato*, a cura di A. FIORITTO, Pisa, 2017, p. 424.

una maggiore efficienza, ridurre i costi finali dell'utenza o ad apportare benefici sociali attraverso l'innovazione e la realizzazione di prodotti e servizi conformi ai nuovi obiettivi europei.

Proprio in fase di redazione della direttiva appalti del 2014, il legislatore europeo, in risposta ad uno scarso ricorso a tali forme di finanziamento dell'innovazione, ha evidenziato la necessità di predisporre un nuovo strumento giuridico⁶⁶, individuato nel partenariato per l'innovazione la cui disciplina oggi trova residenza nell'art. 75 del d.lgs. 36/2023⁶⁷, che comprendesse oltre alla fase di ricerca e sviluppo, tipica dell'appalto pre-commerciale, anche la possibilità di diffondere il risultato mediante la susseguente attività di commercializzazione⁶⁸. Invero, era già stato evidenziato⁶⁹ come, nonostante l'interesse crescente

⁶⁶ Occorre precisare che nell'ambito del corpo normativo delle direttive del 2014 sono stati istituiti diversi istituti che hanno quale finalità, diretta o mediata, di stimolare la ricerca e l'innovazione come, ad esempio, il dialogo competitivo, la procedura competitiva con negoziazione e la disciplina dei contratti di Ricerca e sviluppo che oggi trovano come fonte di riferimento il primo comma dell'art. 135 del d.lgs. 36/2023. Per un approfondimento sul dialogo competitivo si rinvia a M.M. FRANCANI, *Dialogo competitivo ed accordi quadro: fra (nuova) concorrenza e turbata libertà degli incanti*, in *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, (a cura di) R. VILLATA, M. BERTOLISSI, V. DOMENICHELLI, G. SALA, Tomo I, Padova, 2017; M.M. CAFAGNO, M. BARBERA, *Commento all'art. 74 "Dialogo competitivo"*, in *Commentario al codice dei contratti pubblici, d.lgs. 31 marzo 2023 n. 36*, op. cit., pp. 422 ss.

⁶⁷ Per un commento all'articolo si veda M. LEGGIO, *Commento all'art. 75 del d.lgs. 36/2023*, in *Commentario al codice dei contratti pubblici*, cit., pp. 429 ss.

⁶⁸ In dottrina alcuni commentatori hanno messo in dubbio l'effettiva novità del partenariato per l'innovazione il quale, seppur non presente nelle precedenti direttive, non conferisce in realtà uno strumento nuovo alle stazioni appaltanti limitandosi a riconoscere esplicitamente quanto già era possibile fare con lo strumento del dialogo competitivo. Sul punto, come richiamato da M. COMBA, *Appalti pubblici per l'innovazione*, op. cit., p. 194, si veda P. CERQUEIRA GOMEZ, *Innovative Innovation Partnership under the Public Procurement Directive*, in *Public Procurement Law Review*, 2015, pp. 48.

⁶⁹ L. GEORGHIOU, J. EDLER, E. URRAYA, J. YEOW, *Policy instruments for public procurement of innovation: Choice, design and assessment*, in *Technological Forecasting and Social Change*, 2014, vol. 86; M. E. COMBA, *La domanda pubblica come leva per l'innovazione: le potenzialità degli appalti innovativi per le Anchor Institutions*, in *federalismi.it*, 4/2019, p. 56. In termini simili anche R. SPALLONE, A. FILIPPETTI, F. TUZI,

per il tema dell'innovazione, l'utilizzo di tali strumenti si limitasse ad alcuni casi pilota e solo in pochi Stati membri e che tale ritardo fosse in qualche modo imputabile alla mancanza di capacità, di conoscenze, nonché alla scarsa propensione al rischio da parte delle pubbliche amministrazioni.

La stessa direttiva, se da un lato si pone come obiettivo quello di incentivare un maggiore utilizzo degli strumenti per l'innovazione, ad esempio garantendo una maggiore tutela in materia di diritti di proprietà intellettuale ovvero mediante l'individuazione di procedure maggiormente idonee allo sviluppo tecnologico, dall'altro sconta di almeno una contraddizione rilevante.

Si tratta, come già evidenziato dalla dottrina⁷⁰, della non corretta collocazione degli appalti innovativi nella più ampia categoria degli appalti strategici. Infatti, l'utilizzo del concetto di appalto innovativo appare particolarmente ampio, tanto da sovrapporsi a quello stesso di appalto strategico, il quale non costituisce di per sé una categoria specifica, bensì un mero modo di utilizzo della commessa pubblica in quanto funzionalizzata al perseguimento di determinate politiche pubbliche, come, ad esempio, la tutela dell'ambiente e il progresso sociale⁷¹.

Relazione sulla ricerca e l'innovazione in Italia- analisi e dati di politica della scienza e della tecnologia, a cura del Consiglio Nazionale delle Ricerche, II ed., 2019, p. 128, in www.dsu.cnr.it; si veda anche C. PAGLIARIN, *Il partenariato per l'innovazione. La Pubblica amministrazione e l'iniziativa privata per l'innovazione*, in *Contratti pubblici e innovazione*, cit., p. 144 ss.

⁷⁰ Si veda M. COMBA, *Appalti pubblici per l'innovazione*, op. cit., p. 189.

⁷¹ Sul punto G. FIDONE, *Uso strategico dei contratti pubblici e sviluppo sostenibile*, in *Il governo dello sviluppo sostenibile*, B.G. MATTARELLA (a cura di), Torino, 2023, pp. 251 ss.; A. FARÌ, *L'uso strategico dei contratti pubblici*, in *L'intervento pubblico nell'economia*, (a cura di) M. CAFAGNO, F. MANGANARO, Firenze, 2016, pp. 444 ss., secondo l'autore per uso strategico dei contratti si deve intendere la possibilità di perseguire attraverso la disciplina dei contratti interessi pubblici 'ulteriori' rispetto a quello dell'approvvigionamento di beni o servizi. Sulle finalità sociali nell'utilizzo degli

D'altro canto, tale contraddizione appare evidente stante la definizione di innovazione, in precedenza esaminata, contenuta nella medesima direttiva all'articolo 2, comma 1, n. 22, dalla quale si evince in maniera chiara come l'appalto innovativo sia funzionalizzato all'incentivazione della politica pubblica di ricerca e sviluppo volta a consentire l'acquisto di un prodotto o un servizio nuovo o migliorato.

Le procedure innovative, previste dal pacchetto di direttive del 2014, appaiono, dunque, ideate al fine di rispondere ad esigenze che, nello stato dell'arte esistente, non trovano un soddisfacimento. Si presume, pertanto, che il *partner* pubblico sia capace di definire l'esigenza innovativa, di verificare che essa non possa essere soddisfatta sul mercato, di essere un soggetto attivo nella promozione e nella definizione dei progetti d'innovazione che si basano su attività di ricerca e sviluppo e perciò di accollarsi l'inevitabile rischio che tale attività non dia i risultati sperati⁷². Anche in questo caso si sconta un difetto della legislazione europea. Le direttive, infatti, disegnano, in modo inequivocabile e forse con particolare ambizione, l'amministrazione come un soggetto che conosce pienamente il mercato dei beni che vuole acquisire e, nondimeno, che è in grado di porsi come quel soggetto innovatore capace di pensare, ideare e realizzare soluzioni che il mercato ancora non offre. Si passa, invero,

appalti pubblici si veda M. GIACONI, *L'impiego strategico degli appalti pubblici alla luce del D.lgs. 50/2016. Le finalità sociali*, Roma, 2018. Sull'importanza del ruolo delle commesse pubbliche per la transizione ecologica si veda F. FRACCHIA, P. PANTALONE, *Verso una contrattazione pubblica sostenibile e circolare secondo l'Agenda ONU 2030*, in *Riv. ital. dir. pubbl. comun.*, 2-3, 2022, pp. 243 ss.; sul punto anche E. CARUSO, *La funzione sociale dei contratti pubblici. Oltre il primato della concorrenza?* Napoli, 2021. Si può notare, inoltre, come anche nella recente Comunicazione della Commissione europea C/267/2021, *Orientamenti in materia di appalti per l'innovazione*, p. 14, si fa riferimento all'innovazione come strumento per raggiungere diversi obiettivi strategici.

⁷² Così L. TORCHIA, *La nuova direttiva europea in materia di appalti servizi e forniture nei settori ordinari*, in *Atti del LXI Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, "La nuova disciplina dei contratti pubblici fra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto della corruzione"*, Milano, 2016, p. 9.

da un modello incentrato quasi esclusivamente sul controllo della conformità al paradigma legale della procedura d'appalto, ad un orientato al risultato mediante un rapporto di stretta collaborazione (*partnership*), ben diverso, dunque, dal rapporto di natura contrattuale che, da sempre, lega amministrazione e aggiudicatario⁷³. Al fine di incentivare un maggior utilizzo di tali strumenti, da ultimo, la Commissione europea con una Comunicazione nel 2021⁷⁴ ha tentato di fornire ulteriori orientamenti pratici in materia di appalti pubblici nel settore dell'innovazione. Si tratta, invero, di documento che si pone come interpretazione di ausilio all'applicazione e illustra gli aspetti fondamentali degli appalti per l'innovazione, spiegando nel dettaglio: perché sono importanti, chi nutre interesse in merito e in che modo possono essere eseguiti. La guida in oggetto, in conclusione, aggiunge ulteriori specificazioni, seppur non vincolanti trattandosi di un atto di *soft law*, per quanto concerne i diritti di proprietà intellettuale, la compatibilità con la disciplina sugli Aiuti di

⁷³ In altri termini anche S. VALAGUZZA, *Procuring for value. Governare per contratto. Creare valore attraverso i contratti pubblici*, Editoriale scientifica, Napoli, 2018, pp. 43 ss., secondo cui nel mondo pubblico, rispetto a quello privato, si assiste ad una prevalenza dei *constraints* sui *goals* in quanto le Pubbliche amministrazione, in particolare nel mondo dei contratti pubblici, non prestano sufficientemente attenzione agli obiettivi concentrandosi, invece, sulle regole e sulla burocrazia dei processi capace di allontanare l'azione dell'ente pubblico dalla possibilità di apportare valore con la propria azione. Sulla differenza tra *goals e constraints* si vedano S. EILON, *Goals and Constraints in Decision-Making*, in *Operational Research Quarterly*, Vol. 23, n. 1, 1972, pp. 3-15; e, tra gli altri, R. SIMONS, *Control in the age of empowerment*, in *Harvard Business Review*, n. 74, 1995, pp. 80-88; Q.J. WILSON, *Bureaucracy: What government agencies do and why they do it*, New York, 1989. Sul problema riferito alle pubbliche amministrazioni italiane si vedano le opere di M. CAMMELLI, *La pubblica amministrazione*, Bologna, 2004; AA.VV., *I rimedi contro la cattiva amministrazione. Procedimento amministrativo ed attività produttive ed imprenditoriali*, a cura di A. RALLO, A. SCOGNAMIGLIO, Napoli, 2016. M. CORRADINO, *È normale. Lo fanno tutti*, Milano, 2016; R. CANTONE, G. DI FEO, *Il male italiano. Liberarsi dalla corruzione per cambiare il Paese*, Milano, 2016; A. AVERARDI, *La funzione pubblica di sostegno all'innovazione e la governance istituzionale*, in *Lo Stato promotore. Come cambia l'intervento pubblico nell'economia*, F. BASSANINI, G. NAPOLITANO, L. TORCHIA (a cura di), Il Mulino, Bologna, 2021, p. 260.

⁷⁴ COM(2021) 267, *Orientamenti in materia di appalti per l'innovazione*.

Stato⁷⁵ e l'utilizzo di strumenti di ausilio all'innovazione (*innovation friendly*⁷⁶) quali, ad esempio, le consultazioni preliminari di mercato. Su questi contenuti ci si soffermerà nel proseguo della trattazione.

⁷⁵ Per un approfondimento sul rapporto tra contratti pubblici e Aiuti di Stato, senza pretesa di esaustività, si vedano *ex multis*, A. BIONDI, *Una giustificazione per gli aiuti di Stato: il finanziamento dei servizi di interesse economico generale*, in *Servizi pubblici e appalti*, 2004, pp. 231- 246; A. NATALI, *La disciplina delle offerte anomale nel Codice dei contratti pubblici alla luce del divieto comunitario di Aiuti di Stato*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2008, 3, pp. 573 ss.; F. RASPADORI, *Appalti e aiuti di Stato quali strumenti di crescita territoriale nella Strategia Europea 2020*, in *Gli enti territoriali di fronte alla sfida della modernizzazione di appalti e aiuti di Stato*, Europe direct, 2013, pp. 9-12; A. SANCHEZ GRAELLES, *Public Procurement and the EU Competition Rules*, Hart, 2015; C. E. BALDI, *Aiuti a favore di ricerca, sviluppo e innovazione*, in *La disciplina comunitaria degli aiuti di Stato*, Maggioli, 2015, pp. 243-260; C. BOVIS, *Public Procurement and State Aid*, in H. HOFMANN-C. MICHEAU, *State Aid Law of the European Union*, OUP, 2016, pp. 161- 186; P. E. HASSELGARD, *The use of tender procedures to exclude State aid: the situation under the EU 2014 Public Procurement Directives*, in *EPPPL*, 2017, pp. 16-28; S. PAPA, *Gli appalti precommerciali: un particolare approccio all'aggiudicazione degli appalti di ricerca e sviluppo*, in *GiustAmm.it*, 2017, fasc. 3, pp. 1-20; C. DEKKER, *Does a tender exclude an advantage in the sense of article 107(1) TFEU?*, in *ESTAL*, 2018, p. 387-398; S. BOLOGNINI, *Il pre-commercial procurement come strumento di politica per l'innovazione: caratteristiche, diffusione e problemi*, in *Journal of Applied Economics*, Vol. XXXIX, 1, 2020, pp. 7 ss.

⁷⁶ Si rinvia a M. COMBA, *Appalti pubblici per l'innovazione*, op. cit., p. 187.

Capitolo II

Gli appalti innovativi nel nuovo Codice dei contratti pubblici.

SOMMARIO: 1) L'innovazione nel nuovo Codice dei contratti pubblici: analisi e valutazione delle esigenze d'innovazione; 2) Servizi di ricerca e sviluppo e appalto pre-commerciale: *genus* e *species*; 2.1) L'appalto pre-commerciale come strumento di finanziamento della ricerca scientifica; 2.2) La procedura contrattuale; 2.3) La condivisione dei rischi e benefici con le imprese: quali rischi?; 2.4) Alcune esperienze di *Pcp* in Italia e in Europa; 3) Il partenariato per l'innovazione; 3.1) La procedura contrattuale; 3.2) Il partenariato per l'innovazione è un contratto di partenariato?; 4) Questioni trasversali; 4.1) La disciplina della proprietà intellettuale negli appalti innovativi; 4.2) Il rapporto tra appalti innovativi e aiuti di Stato; 4.3) Alcune (prime) riflessioni critiche; 5) Altre modalità per l'acquisto di innovazione; 5.1) La procedura competitiva con negoziazione; 5.2) Il dialogo competitivo; 5.2.1) La procedura contrattuale.

1. L'innovazione nel nuovo codice dei contratti pubblici: analisi e valutazione delle esigenze innovative

Le coordinate legislative in materia di innovazione, espresse dal nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 36/2023), si dimostrano, anche alla luce della più recente riforma, estremamente modeste.

Prima di passare a verificare in che termini e quanto spazio sia stato effettivamente riservato all'innovazione nell'attuale disciplina occorre approfondire il ruolo che nella stessa assume il dialogo tra amministrazione committente e mercato.

La disciplina in materia di appalti per l'innovazione, almeno in apparenza, sembrerebbe limitata alle disposizioni di cui agli articoli 75 (in materia di partenariato per l'innovazione) e 135 (in relazione ai c.d. appalti pre-commerciali) del d.lgs. n. 36/2023. A dire il vero, in dottrina, è stato sottolineato come vi siano altre norme e disposizioni all'interno del Codice che sono orientate e funzionalizzate all'innovazione⁷⁷. Tra queste, appare rilevante soffermarsi sull'istituto delle “*Consultazioni preliminari di mercato*”, la cui disciplina risiede agli articoli 77 e 78 del nuovo Codice⁷⁸, che ha l'importante funzione di orientare la stazione appaltante, ma anche gli operatori economici, sia nella scelta della procedura adeguata, sia nei relativi contenuti in relazione all'acquisto di prodotti o processi innovativi.

⁷⁷ A. BARTOLINI, *L'innovazione nel Codice dei Contratti*, in *La riforma dei Contratti pubblici (D.lgs. 36/2023)*, F. MANGANARO, N. PAOLANTONIO, F. TIGANO (a cura di), 2024, pp. 49 ss.; G. FIDONE, *L'innovazione attraverso i contratti pubblici*, in *Munus*, 3/2023, p. 738. Si veda, inoltre, M. COMBA, *Appalti pubblici per l'innovazione*, in *Il diritto dell'economia*, 1, 2020, pp. 187 il quale elenca una serie di istituti qualificandoli come «*innovation friendly*».

⁷⁸ Per un commento alle norme si rinvia a S. VACCARI, *Commento all'art. 77 del d.lgs. n. 36/2023, Consultazioni preliminari di mercato*, in R. VILLATA, M. RAMAJOLI (a cura di), *Commentario al Codice dei contratti pubblici*; F. ANELLO, *Commento all'art. 77, in Codice dei contratti pubblici commentato*, a cura di L. R. PERFETTI, Milano, 2023, pp. 521 ss.; S. VERNILE, *Commento all'art. 78 del d.lgs. n. 36/2023, Partecipazione alle consultazioni preliminari di candidati e offerenti*, in R. VILLATA, M. RAMAJOLI (a cura di), cit., pp. 448 ss.. In dottrina anche, V. VITI, *Consultazione preliminare di mercato e dialogo competitivo, nell'ottica dell'accentuazione della discrezionalità amministrativa*, in *italiappalti.it*, 2017; F. LUBRANO, *Artt. 76 e 77, in Codice dei contratti pubblici*, P. DEL VECCHIO, C. CONTESSA (a cura di), Napoli, 2023, pp. 518 ss. A livello europeo, già il decimo considerando della direttiva 97/52/CE menzionava la possibilità di acquisire consulenze in vista della predisposizione dell'appalto le quali potevano «*essere utilizzate nella preparazione di specifiche per un determinato appalto, a condizione che tali consulenze non abbiano l'effetto di ostacolare la concorrenza*». Oggi la disciplina delle consultazioni preliminari di mercato è contenuta negli artt. 40 della direttiva n. 2014/24/UE, in riferimento agli appalti nei settori ordinari, e 58 della direttiva 2014/25/UE, per quanto concerne le procedure d'appalto nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali.

Si tratta, in termini generali, di un istituto attraverso il quale le stazioni appaltanti svolgono un “sondaggio” preliminare del mercato con il fine di accrescere le proprie conoscenze o, quantomeno, ridurre le esistenti asimmetrie informative⁷⁹. Inoltre, la Commissione europea ha evidenziato che, per le procedure di nostro interesse, un passaggio cruciale è rappresentato dalla “valutazione delle esigenze”. In questa fase, l’amministrazione identifica innanzitutto il fabbisogno da soddisfare, che può essere nuovo – e richiedere, quindi, una soluzione adeguata – oppure già esistente, ma tale da necessitare di un approccio innovativo⁸⁰.

Nello specifico, occorre precisare che lo svolgimento delle Consultazioni preliminari di mercato non è obbligatorio. Infatti, le stazioni appaltanti, a norma del comma 1, dell’art. 77⁸¹, hanno la facoltà di svolgerle per due finalità tipizzate dal legislatore: *i*) predisporre gli atti di gara, compresa la scelta della procedura di selezione del contraente⁸²,

⁷⁹ Come sottolineato da S. VACCARI, *Commento all’art. 77 del d.lgs. n. 36/2023, op. cit.*, p. 442, vi deve essere una consapevolezza in capo alle amministrazioni appaltanti che in materia di contratti pubblici la pretesa di onniscienza dell’amministrazione non è altro che una “*fictio*”. Sul punto anche P. CHIRULLI, *Contratti pubblici e amministrazione del futuro*, in *Ceridap*, 3, 2023, p. 25.

⁸⁰ Sulla rilevanza tra le attività preliminari all’avvio della gara “innovativa” si rinvia a G. FIDONE, *L’innovazione attraverso i contratti pubblici*, cit. nello specifico pp. 742 ss.

⁸¹ Ove si prevede che “*le stazioni appaltanti possono svolgere consultazioni di mercato per predisporre gli atti di gara, ivi compresa la scelta delle procedure di gara, e per informare gli operatori economici degli appalti da esse programmati e dei relativi requisiti richiesti. Per le finalità di cui al comma 1 le stazioni appaltanti possono acquisire informazioni, consulenze, relazioni e ogni altra documentazione idonea, anche di natura tecnica, da parte di esperti, operatori di mercato, autorità indipendenti o altri soggetti idonei. Tale documentazione può essere utilizzata anche nella pianificazione e nello svolgimento della procedura di appalto, a condizione che non abbia l’effetto di falsare la concorrenza e non comporti una violazione dei principi di non discriminazione e di trasparenza*”. Si noti, come la locuzione “possono” conferisce ampia discrezionalità all’amministrazione.

⁸² L’esito, infatti, sarà contenuto nella “*decisione di contrarre*” ex art. 17 del Codice.

e ii) rendere edotti gli operatori economici circa gli appalti in programma e i requisiti richiesti.

Dunque, appare sin da subito chiaro come la finalità principale delle Consultazioni preliminari di mercato sia quella di avviare un dialogo informale, da svolgersi prima dell'avvio della gara⁸³, tra gli operatori economici (il mercato) e stazioni appaltanti, onde favorire uno scambio di informazioni utili ad ambedue le parti circa i requisiti richiesti, lo stato dell'arte del mercato in relazione all'interesse pubblico a cui risulterà funzionalizzata la procedura di gara⁸⁴. Le ipotesi richiamate, difatti, sono funzionali a colmare il “gap informativo” esistente tra il mondo del mercato e quello dell'amministrazione, con il fine ultimo di evitare gare “deserte”.

Come è noto, la caratteristica del rapporto tra pubblica amministrazione e privato, nell'ambito delle commesse pubbliche, è quella dello svantaggio o asimmetria informativa della prima nei confronti del secondo. Tale assunto vale, in linea generale, per tutte le procedure di acquisto pubblico, ma assume certamente una maggiore intensità in relazione a tipologie contrattuali particolarmente complesse⁸⁵. Ai nostri fini, infatti, non ci si può esimere di sottolineare come, nelle ipotesi in cui nel contratto sia coinvolta l'innovazione, si amplifichi notevolmente lo svantaggio informativo dell'amministrazione rispetto al privato. Le stazioni appaltanti, difatti, spesso generaliste e non specializzate, non hanno normalmente piena cognizione dell'avanzamento tecnologico e scientifico del Paese. Dunque,

⁸³ Secondo il Consiglio di Stato, 17 gennaio 2019, parere n. 445/2019, «*la naturale allocazione delle consultazioni preliminari di mercato è nella fase successiva alla programmazione [...]»*

⁸⁴ Sul punto anche T.A.R. Calabria, sez. I, 11.6.2018, n. 340

⁸⁵ Si rinvia, a tal proposito, a G. FIDONE, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Commentario dei Contratti pubblici*, M. CLARICH (a cura di), Torino, Giappichelli, 2025, p. 3 ss.

l'amministrazione non sarà molto probabilmente in grado di definire, con un livello di precisione elevato, l'esigenza da realizzare. Infatti, se fosse possibile per la stazione appaltante definire già essa stessa in modo completo e concretamente attuabile tutti gli aspetti progettuali, l'innovazione sarebbe compiuta dalla medesima⁸⁶.

Pertanto, seppur le consultazioni preliminari non siano obbligatorie, è stato sottolineato come, in applicazione del principio di risultato di cui all'art. 1 del Codice, potrebbe anche ritenersi che esse, in alcune ipotesi, possano costituire «una facoltà a esercizio doveroso»⁸⁷, in quanto, in assenza delle informazioni, sarebbe impossibile raggiungere il risultato.

Perciò, si rende necessario, al fine della preparazione dell'appalto innovativo e preliminarmente alla scelta della procedura di affidamento e del modello più idoneo al caso concreto, che l'amministrazione acquisisca quante più informazioni possibili. Nondimeno, sono proprio le norme che disciplinano gli strumenti innovativi che in qualche modo sollevano dubbi circa l'assoluta necessità di una conoscenza anticipata dello stato dell'arte del mercato. Segnatamente, l'art. 75, comma 1, del Codice, in materia di partenariato per l'innovazione, prevede che all'interno dei documenti di gara la stazione appaltante debba identificare le esigenze di «*prodotti, servizi o lavori innovativi*» che non possono essere soddisfatte con quelle disponibili sul mercato. Tale requisito, difatti, contraddistingue il “partenariato per l'innovazione” rispetto ad altre procedure in quanto, nella maggior parte delle volte le stazioni appaltanti conoscono già in anticipo il tipo di soluzioni che vorranno acquistare. Allo stesso modo, l'art. 135, comma 2, lett. c) subordina l'attivazione dell'appalto pre-commerciale al fatto che «*l'esigenza non*

⁸⁶ Peraltro, tale istituto rappresenta certamente un esercizio di leale collaborazione che interviene tra pubblica amministrazione e privato, così come previsto dall'art. 1 comma 2 *bis* della L. 7 agosto 1990, n. 241.

⁸⁷ G. FIDONE, *L'innovazione attraverso i contratti pubblici*, cit., p. 744.

possa essere soddisfatta ricorrendo a soluzioni già disponibili sul mercato». Pertanto, in queste tipologie di appalti il carattere della facoltatività viene meno nel momento in cui per entrambe le discipline è richiesta, come presupposto, la conoscenza del mercato. Sul punto è intervenuto anche il Consiglio di Stato, in sede di parere sulle linee guida ANAC n. 14 del 6.3.2019, precisando che *«il ricorso alla consultazione preliminare di mercato, pur essendo facoltativa, è opportuna ove la stazione appaltante non abbia chiari i propri fabbisogni ed è particolarmente indicato nel caso di appalti o accordi quadro complessi e sperimentali, con spiccata componente tecnologica o innovativa»*⁸⁸.

L'art. 77 del nuovo Codice, rispetto alla previgente disciplina⁸⁹, prevede, inoltre, la possibilità di utilizzare le consultazioni oltre che per predisporre la corretta documentazione di gara anche per consentire la scelta della procedura di gara da espletare. Tale specificazione appare rilevante in quanto la soluzione innovativa rispondente all'esigenza pubblica potrebbe già essere presente sul mercato o risultare dall'adattamento o dalle combinazioni di soluzioni già esistenti. Ne deriva che, ad esempio, se l'amministrazione manifestasse l'esigenza di ottenere prodotti già acquistabili sul mercato sarebbe tenuta ad espletare una procedura diversa come quella del dialogo competitivo, ai sensi

⁸⁸ Cons. St., sez. consultiva per gli atti normativi, n. 445 del 14.2.2019

⁸⁹ Nel codice previgente, d.lgs. n. 50/2016 la disciplina era contenuta agli artt. 66 e 67. In dottrina si rinvia, tra i tanti, a L. LAMBERTI, *Consultazioni preliminari di mercato, partecipazione precedente di candidati o offerenti*, in *Trattato sui contratti pubblici*, diretto da M. A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, Milano, 2008, pp. 1932 ss.; A. MAURO, *La selezione dei partecipanti*, in *Le nuove direttive europee in materia di appalti e concessioni*, S. GALLO (a cura di), Rimini, Maggioli, 2014, pp. 153 ss.; L. TORCHIA, *La nuova direttiva europea in materia di appalti, servizi e forniture nei settori ordinari*, in *Dir. amm.*, 2015, pp. 291 ss.; più di recente C. GUCCIONE, *Le consultazioni preliminari di mercato*, in *Giorn. dir. amm.*, 2020, pp. 109 ss.

dell'art. 74 del Codice⁹⁰. Nondimeno, nell'ipotesi in cui non esistano soluzioni tecniche o tecnologiche idonee a rispondere all'esigenza pubblica, la stazione appaltante potrà lanciare la “sfida” al mercato attraverso lo strumento dell'appalto pre-commerciale, volto a sollecitare la nascita e lo sviluppo di una soluzione innovativa che appaghi l'esigenza pubblica. Viceversa, se, oltre alla necessaria attività di ricerca e sviluppo tipica dell'appalto pre-commerciale, si rende necessaria la successiva commercializzazione con il relativo acquisto del prodotto, potrebbe farsi utilizzo di un diverso strumento innovativo quale, appunto, il partenariato per l'innovazione.

In altre parole, grazie all'analisi del mercato la domanda pubblica di innovazione potrà essere *developmental*, laddove si richieda uno sviluppo di una nuova tecnologia inesistente e, quindi, lo svolgimento di attività “*pura*” di ricerca e sviluppo che porterà ad una innovazione radicale. Nel caso in cui, invece, la soddisfazione dei fabbisogni del committente pubblico implichi l'adattamento di un prodotto o un sistema esistente, ma nuovo per il contesto in cui è richiesto o con l'apporto di talune modifiche, si fa riferimento ad una domanda di tipo *adaptive* idonea a realizzare un'innovazione incrementale e tipica del partenariato per l'innovazione⁹¹.

Per concludere, scendendo nello specifico della procedura, il legislatore del nuovo Codice, in maniera del tutto condivisibile, ha deciso di non tipizzare, a differenza di quanto prescritto in precedenza

⁹⁰ Per un commento alla norma si rinvia a M. CAFAGNO, M. BARBERA, *Commento all'art. 74 del d.lgs. n. 36/2023, Dialogo competitivo*, in R. VILLATA, M. RAMAJOLI (a cura di), cit., pp. 379 ss.

⁹¹ Sulla distinzione sul tipo di innovazione si veda C. BUONOCORE, *Gli appalti pre-commerciali nella Sanità: la spinta di Horizon Europe a fare innovazione “demand driven”*, in *ApreMagazine*, 2024, pp. 13 ss.

dall'ANAC⁹², la forma o di prevedere una sorta di modello “tipo” e universale delle Consultazioni di mercato. Esse, dunque, restano espressione di un ampio e doveroso margine di discrezionalità della stazione appaltante. La stazione appaltante dovrà, però, a norma dell'art. 78 del d.lgs. n. 36/2023, adottare tutte le misure necessarie per garantire la trasparenza ed evitare che la concorrenza non sia falsata dalla partecipazione del candidato⁹³. Nell'ottica della più ampia autonomia, dunque, l'amministrazione è libera di pubblicare avvisi che siano rivolti o alla generalità degli operatori economici, ovvero a determinati soggetti ritenuti più idonei a fornire le adeguate e approfondite informazioni, purché, in quest'ultimo caso, si esplichino in motivazione le ragioni circa la scelta dei soggetti da consultare⁹⁴.

⁹² L'ANAC, in effetti, aderendo alla solita cultura del sospetto che il nuovo codice ha tentato di affievolire con l'introduzione del principio della fiducia *ex art. 2*, aveva tentato con le linee guida n. 14 di proceduralizzare le consultazioni di mercato con il fine di irrigidire la procedura ed attenuare gli spazi di discrezionalità della stazione appaltante. Sul principio della fiducia si è formata una cospicua dottrina, si rinvia, tra i tanti a A. POLICE, *Commento all'art. 2 del d.lgs. n. 36/2023, Principio della fiducia*, in R. VILLATA, M. RAMAJOLI (a cura di), *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, pp. 11 ss.

⁹³ Si veda T.A.R. Toscana, sez. I, 19 marzo 2018, n. 402, in riferimento all'ormai abrogato art. 67 del d.lgs. n. 50/2016. A tal riguardo una misura idonea potrebbe essere costituita dalla comunicazione agli altri candidati e offerenti delle informazioni scambiate nell'ambito delle consultazioni preliminari di mercato coerentemente all'art. 41, par. 2, dir. 2014/24/UE. Sul punto anche, T.A.R. Veneto, sez. III, 15 maggio 2017, n. 476, secondo cui «la pubblicità degli atti della procedura di consultazione costituisce misura idonea a evitare che il gioco della concorrenza sia falsato».

⁹⁴ Sul punto si rinvia al parere precontenzioso ANAC n. 417 del 14 settembre 2022. Si veda, inoltre, G. FIDONE, *L'innovazione attraverso i contratti pubblici*, op. cit., p. 745.

2. Servizi di ricerca e sviluppo e appalto pre-commerciale: *genus e species*

2.1 I servizi di ricerca e sviluppo: *genus*

Il sostegno alle attività di ricerca, sviluppo e innovazione, strumentale alla crescita economica e sociale dei Paesi rappresenta, come già visto, un preminente obiettivo dell'Unione europea.

In passato, e in particolare sotto la vigenza della legge 11 novembre 1986, n. 770, l'acquisto di attività di ricerca scientifica, seguita dallo sviluppo di prototipi da parte delle amministrazioni pubbliche, poteva avvenire mediante una trattativa privata preceduta da un confronto concorrenziale con istituti di ricerca pubblici e imprese in possesso di adeguate capacità tecnologiche.

Con l'introduzione della prima esperienza codicistica, l'intera disciplina speciale sopramenzionata è stata via via superata sino ad essere abrogata ad opera del d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56.

In realtà, già nel 2006⁹⁵, i servizi di ricerca e sviluppo trovavano una disciplina nel titolo relativo ai contratti esclusi in tutto o in parte dalle norme del Codice. In linea di principio, questa esclusione era dovuta all'elevato grado di infungibilità delle prestazioni in questione e, nondimeno, all'alto grado di specializzazione dei soggetti prestatori⁹⁶.

La disciplina successiva, rappresentata dal d.lgs. n. 50/2016, nella sostanza non mutava, ma si era premurata di dedicare ai "servizi di ricerca e sviluppo" un apposito capo: il capo V del titolo VI (Regimi particolari di appalto), composto dal solo articolo 158, il quale recepiva

⁹⁵ Si fa riferimento al d.lgs. 138/2006, in particolare all'art. 19, comma 1, lett. *f*).

⁹⁶ G. MARI, *I contratti esclusi dall'applicazione del codice dei contratti pubblici*, in *Trattato sui contratti pubblici*, M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI (a cura di), Tomo I, *Principi generali*, Milano, 2007, pp. 444 ss.

il contenuto dell'art. 14 della direttiva 2004/24/UE e dell'art. 32 della direttiva 2014/25/UE. Ciò che cambia, rispetto al codice previgente e che accomuna il d.lgs. 50/2016 con il suo successore, è la tecnica normativa in quanto si passa da una posizione “negativa” (cioè l'esclusione), a una “positiva” rappresentata dall'indicazione delle ipotesi nelle quali i contratti di ricerca e sviluppo ricadono nell'ambito di applicazione del Codice.

Nell'attuale codice, in continuità con il previgente, all'art. 135, trova spazio nell'autonomo Titolo IV della Parte VII del Codice dedicata alle “*Disposizioni particolari per alcuni contratti dei settori ordinari*”, disciplina l'affidamento dei servizi di Ricerca e sviluppo (da ora anche R&S) e gli appalti c.d. pre-commerciali.

Occorre sin da subito sottolineare come, al pari della disciplina previgente, in quella attuale non si individua una definizione delle attività di ricerca e sviluppo dai confini precisi.

Un tentativo definitorio lo si ravvede solo in una comunicazione ANAC del 09.03.2016, che classifica come servizi di Ricerca e Sviluppo tutti quelli che contribuiscono a un avanzamento scientifico nelle aree delle scienze sociali o naturali ovvero nella ricerca di base, nella ricerca applicata e nello sviluppo sperimentale⁹⁷.

⁹⁷ Tale nozione è stata condivisibilmente ritenuta in dottrina particolarmente restrittiva e ultraletterale in quanto si farebbe riferimento ai soli contratti di rilievo «tecnologico». Sul punto C. SPADA, *I contratti di ricerca e sviluppo*, op. cit., pp. 693; M. NULLI, *Gli appalti precommerciali*, in www.osservatorioappalti.unitn.it; S. PAPA, *Gli appalti pre-commerciali: un particolare approccio all'aggiudicazione degli appalti di ricerca e sviluppo*, in *Giustamm.*, 3/2017. Una nozione di ricerca e sviluppo è contenuta anche nell'art. 1, comma 1, del D.lgs. 15 novembre 2011, n. 208 («Disciplina dei contratti pubblici relativi ai lavori, servizi e forniture nei settori della difesa e sicurezza, in attuazione della direttiva 2009/81/CE»), che definisce i servizi di ricerca e sviluppo come “tutte le attività comprendenti la ricerca di base, la ricerca applicata e lo sviluppo sperimentale il quale comprende l'attività basata sulle conoscenze esistenti ottenute dalla ricerca e dall'esperienza pratica, in vista dell'inizio della produzione di nuovi materiali, prodotti o dispositivi, della messa in atto di nuovi processi, sistemi e servizi o di migliorare

Per quanto concerne la delimitazione dell'ambito di applicazione della norma, i servizi di Ricerca e sviluppo sono soggetti a procedura di gara unicamente quanto abbiano oggetto servizi e non dunque anche lavori o forniture, quest'ultimi contemplati nel partenariato per l'innovazione di cui all'art. 75 del Codice. Inoltre, il legislatore ha optato per rinviare a un elenco di servizi contenuti nell'allegato II.19, in luogo della precedente identificazione *per relationem* con i codici CPV⁹⁸.

In linea con i principi comunitari e con l'art. 14 direttiva UE 24/2014, nonché in coerenza con l'impostazione del Codice previgente, al primo comma vengono previste due condizioni che devono essere congiuntamente rispettate perché il servizio di Ricerca e sviluppo ricada nell'ambito di applicazione del Codice⁹⁹.

In primo luogo, è necessario che il contratto preveda l'esclusività dei risultati in capo all'amministrazione committente affinché li usi nello svolgimento della propria attività. Quindi, l'acquirente pubblico si riserverà l'uso esclusivo di tutti i risultati e benefici, inclusi i diritti di proprietà intellettuale, con il limite per le imprese private di non poter

considerevolmente quelli che già esistono. Lo sviluppo sperimentale può comprendere la realizzazione di dimostratori tecnologici, vale a dire dispositivi che consentono di dimostrare le prestazioni di un nuovo concetto o tecnologia in un ambiente idoneo o rappresentativo. "Ricerca e sviluppo" non comprende la costruzione e la qualificazione di prototipi di preproduzione, attrezzature e ingegneria industriale, progettazione o produzione industriale».

⁹⁸ L'allegato II.19 la cui sostituzione tramite futuro regolamento ministeriale non è più disciplinata nel terzo comma del presente articolo ma, *post* d.lgs. 31.12.2024, n. 209, è oggetto di trattazione sistematica nel neo-introdotta art. 226-*bis*.

⁹⁹ A titolo di esempio, ove l'attività ricada nell'ambito di applicazione del Codice, per l'espletamento delle attività tecniche, come elencate nell'Allegato I.10 al d.lgs. n. 36/2023, va riconosciuto al personale delle stazioni appaltanti, a norma dell'art. 45 dello stesso codice e al ricorrere dei presupposti ivi previsti, l'incentivo alle funzioni tecniche. Viceversa, nel caso in cui non dovesse applicarsi la disciplina codicistica, deve ritenersi non applicabile quanto previsto dall'art. 45 del d.lgs. 36/2023. Per un commento alla norma si rinvia a S. VILLAMENA, *Commento all'art. 45, Incentivo alle funzioni tecniche*, in R. VILLATA, M. RAMAJOLI (a cura di), *op. cit.*, pp. 244 ss. A tal proposito, si rinvia, inoltre al recente Parere ANAC, n. 44/2024, p. 3.

utilizzare i risultati per altri potenziali clienti, il che inevitabilmente si traduce in un prezzo più elevato¹⁰⁰. In secondo luogo, la prestazione deve essere interamente retribuita dall'amministrazione al soggetto committente.

Venendo meno una delle condizioni sopracitate, non trovano applicazione le disposizioni sui contratti pubblici in quanto non sussiste un rapporto di corrispettività, ma si è in presenza di un contratto di tipo associativo in ragione della non esclusività della titolarità dei risultati¹⁰¹.

L'art. 135 del d.lgs. n. 36/2023, si pone, dunque, in continuità con la disposizione previgente e, pertanto, in materia può richiamarsi l'osservazione che l'Autorità Nazionale Anticorruzione ha espresso in relazione all'oramai abrogato art. 158 del d.lgs. n. 50/2016. In particolare, l'Autorità ha affermato che la deroga alla normativa di evidenza pubblica contemplata nella norma in oggetto «*può ricorrere tutte le volte in cui l'affidamento dei servizi di ricerca sia disposto non nell'interesse esclusivo dell'amministrazione appaltante, per la soddisfazione di fini particolari di quest'ultima, ma anche per l'accrescimento delle conoscenze scientifiche in una data materia, ossia per il perseguimento di finalità più generali direttamente correlate con l'interesse dell'intera comunità*»¹⁰². In altri termini, la deroga all'evidenza pubblica è prevista, e dunque consentita, solo nell'ipotesi in cui attraverso il servizio di ricerca si persegua un interesse diverso da quello esclusivo dell'amministrazione, a vantaggio dell'intera collettività¹⁰³. Si tratterebbe, di uno strumento utile all'amministrazione quando abbia bisogno di una «*soluzione innovativa personalizzata*» non già

¹⁰⁰ Tipicamente, infatti, si tratta di progetti inerenti a settori "particolari" o strategici, come la difesa o la sicurezza nazionale che esigono la segretezza dei risultati e pertanto uno sviluppo esclusivo.

¹⁰¹ C. SPADA, *I contratti di ricerca e sviluppo*, in *Dir. amm.*, 3, 2021, pp. 690 ss.

¹⁰² ANAC, delibera n. 619/2018 di recente richiamata anche nel parere 44/2024 adottato dalla medesima autorità.

¹⁰³ T.A.R. Puglia, sez. I, 21 luglio 2010, n. 179

presente sul mercato¹⁰⁴.

Per quanto concerne le modalità di scelta del contraente, per i contratti che ricadono nel campo di applicazione del Codice, è possibile utilizzare procedure più flessibili rispetto alle ordinarie. Segnatamente, l'art. 76, comma 4, lett. *a*), d.lgs. n. 36/2023 (così come l'ormai abrogato art. 63, comma 3, lett. *a*), d.lgs. 18.04.2016, n. 50) riconosce la possibilità di utilizzare la procedura negoziata senza bando in riferimento alle forniture di prodotti fabbricati esclusivamente ai fini di ricerca, sperimentazione, studio e sviluppo, salvo che la produzione non sia volta ad accertare la redditività commerciale del prodotto o ad ammortizzare i costi di ricerca e di sviluppo¹⁰⁵.

Una volta portato a conclusione il “servizio di ricerca e sviluppo” nulla impedisce all'acquirente pubblico di concedere in licenza i nuovi diritti di proprietà intellettuale a terzi, a titolo oneroso o anche gratuito, con l'obiettivo di stimolare l'innovazione¹⁰⁶.

2.2. L'appalto pre-commerciale come strumento di finanziamento della ricerca scientifica.

Tra gli strumenti giuridici vocati alla promozione dell'innovazione la Direttiva 2014/24/UE, individua gli appalti pre-commerciali i quali, a differenza dei partenariati per l'innovazione, rappresentano più che una procedura d'appalto una modalità di (co)finanziamento della ricerca

¹⁰⁴ Si confronti, Commissione europea, COM 2021/C/267/01, cap. 4.2.3

¹⁰⁵ R. DE NICTOLIS, *Appalti pubblici e concessioni dopo la legge “sblocca cantieri”*, Bologna, 2022, 1675

¹⁰⁶ G. FIDONE, *L'innovazione attraverso i contratti pubblici*, op. cit., p. 765.

scientificamente volta a far fronte all'esigenze d'innovazione dell'amministrazione.

Partendo dall'analisi della norma, il secondo comma dell'art. 135 del d.lgs. n. 36/2023 si occupa dei contratti aventi ad oggetto servizi di ricerca e sviluppo c.d. puri, i quali costituiscono una *species* del *genus* degli appalti di servizi di ricerca e sviluppo di cui al primo comma della medesima disposizione. Questi, sebbene poco utilizzati, rappresentano degli strumenti innovativi attraverso cui le Pubbliche amministrazioni si procurano servizi e beni non altrimenti reperibili sul mercato.

Si noti che, mentre il primo comma della disposizione in commento riproduce integralmente il contenuto previgente, il secondo presenta maggiori novità.

Infatti, proprio all'interno seconda parte della disposizione viene inserito un esplicito obbligo di rispetto dei principi indicati dagli artt. 1, 2 e 3 d.lgs. n. 36/2023, ossia rispettivamente: l'osservanza dei principi di risultato, della fiducia e dell'accesso al mercato. Tale richiamo rappresenta un rinsaldamento dei principi indicati in quanto, essendo ricompresi nella categoria dei "Principi generali" del Codice, certamente essi già riguardano l'intera materia dei Contratti pubblici, ivi compresa la disciplina in questione¹⁰⁷.

È importante evidenziare, inoltre, come, anche in occasione del d.lgs. n. 209/2024 (c.d. "Correttivo"), che apporta significative integrazioni al Codice 2023, il legislatore abbia sprecato l'opportunità di rimuovere il significativo errore di formulazione che mostra, a questo punto in modo inequivocabile, una mancanza di coerenza tra il primo e il secondo comma dell'articolo nella sua attuale formulazione.

¹⁰⁷ G. NAPOLITANO, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: i principi generali*, in *Giorn. dir. amm.*, 3, 2023, pp. 287 ss.; G. GUERRIERI, *I servizi di Ricerca e Sviluppo*, in S. FANTINI, H. SIMONETTI (a cura di), *Il nuovo corso dei contratti pubblici*, Città di Castello, 2023, pp. 187 ss.

Si ricordi, anzitutto, che gli appalti pre-commerciali sono contratti non assoggettati alla Direttiva e al Codice dei contratti pubblici purché sussistano contemporaneamente tre condizioni, in presenza delle quali, pertanto, rientrano tra i contratti c.d. *esclusi*.

In particolare, la disposizione in oggetto, in ossequio alle previsioni europee, prevede che le stazioni appaltanti possono ricorrere agli appalti pre-commerciali in presenza di tre condizioni: *a)* che vi sia la condivisione tra stazione appaltante e operatori economici dei risultati derivanti dall'attività di ricerca e sviluppo; *b)* che la prestazione del servizio non sia interamente retribuita dalla stazione appaltante e *c)* che sul mercato non siano presenti soluzioni idonee a soddisfare l'esigenza perseguita¹⁰⁸.

Nello stesso tempo, però, la norma estende anche agli appalti pre-commerciali le due condizioni previste dal primo comma per i contratti aventi ad oggetto servizi di Ricerca e Sviluppo. In altri termini, appare poco intellegibile la precisazione di cui al comma 2 del Codice, secondo cui, nel caso di appalti pubblici pre-commerciali, occorre rispettare «*le condizioni delle lettere a) e b) del comma 1*». E infatti, il ricorso agli appalti pre-commerciali è ammesso se i contratti sono destinati al conseguimento di risultati non appartenenti in via esclusiva alla

¹⁰⁸ Secondo TAR Puglia, Lecce, Sez. I, 21 luglio 2010, n. 1791, la deroga alla normativa in materia di evidenza pubblica è possibile «tutte le volte in cui l'affidamento dei suddetti servizi di ricerca sia disposto non nell'interesse esclusivo dell'amministrazione appaltante, per la soddisfazione di fini particolari di quest'ultima, ma anche per l'accrescimento delle conoscenze scientifiche in una data materia, ossia per il perseguimento di finalità più generali direttamente correlate con l'interesse dell'intera comunità e, più in particolare, con quello di favorire e promuovere la ricerca e lo sviluppo ai sensi dell'art. 163 del Trattato CE (si veda in tal senso anche il 23° considerando della direttiva 2004/18/CE)».

Si segnala, pur in relazione alla precedente disciplina, sul punto anche la Delibera di ANAC del 30 gennaio 2019, n. 58, che ha puntualizzato che la deroga all'evidenza pubblica viene prevista e consentita esclusivamente nel caso in cui attraverso il servizio di ricerca si persegua una finalità scientifica a vantaggio e nell'interesse dell'intera collettività.

stazione appaltante, che li usi nell'esercizio della propria attività, e qualora la prestazione del servizio non debba essere interamente retribuita dalla stazione appaltante. Viceversa, le condizioni indicate dalle lettere a) e b) del comma 1 – ossia che: i risultati dei servizi di ricerca e sviluppo debbano appartenere esclusivamente alla stazione appaltante, per essere destinati all'esercizio della propria attività e la prestazione del servizio debba essere interamente retribuita dalla stazione appaltante – sono in evidente contrasto con quelle previste per gli appalti pre-commerciali dal comma 2. È chiaro, allora, come l'art. 135 contenga in sé una contraddizione, probabilmente dovuta, ad un colpevole refuso non “corretto”, poiché subordina l'uso dell'appalto pubblico pre-commerciale a condizioni tra loro incompatibili e incoerenti, compromettendo l'utilizzabilità dell'istituto¹⁰⁹.

In buona sostanza, l'appalto pre-commerciale deve prevedere che l'acquirente pubblico non riservi al suo uso esclusivo tutti i benefici derivanti dall'appalto, ma conceda i nuovi diritti di proprietà intellettuale agli operatori economici, conservando comunque il diritto di utilizzarli per le proprie (pubbliche) esigenze.

Ulteriore elemento di novità è rappresentato dal mancato richiamo alla Comunicazione della Commissione europea COM 799 (2007). Come sottolineato dal Consiglio di Stato nella Relazione illustrativa al nuovo Codice, l'omissione si giustifica alla luce del fatto che la norma deve considerarsi “*autosufficiente e coerente*”. Tale considerazione tiene conto del carattere prettamente dispositivo e orientativo della

¹⁰⁹ G. FIDONE, *L'innovazione attraverso i contratti pubblici*, op. cit. p. 767; M. BIANCHINI, *La rilevanza del diritto di proprietà intellettuale e della concorrenza nella dinamica contrattuale degli appalti (pubblici) pre-commerciali*, in *Contratto e impresa*, 2, 2023, pp. 538 ss.; sia consentito un richiamo sul punto anche a A. RINDONE, *Art. 135, Servizi di Ricerca e sviluppo*, in R. VILLATA, M. RAMAJOLI (a cura di), *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, cit., pp. 686 ss.

Comunicazione della Commissione europea che, quale atto di *soft law*, presenta unicamente la funzione di coordinare delle politiche europee e stimolare le Istituzioni europee¹¹⁰.

Venendo ora ai profili sostanziali, per quanto concerne l'oggetto del contratto, se negli appalti ordinari esso è rappresentato dall'acquisizione di un bene o un servizio, nell'appalto pre-commerciale è invece individuato nell'esigenza di innovazione che l'amministrazione intende perseguire attraverso il finanziamento della ricerca, al fine di progettare prototipi o soluzioni innovative non ancora disponibili sul mercato¹¹¹. È stato notato, infatti, come attraverso l'appalto pre-commerciale l'amministrazione non si comporta da normale committente bensì "*mette a bando un problema*"¹¹² chiedendo all'operatore economico di partecipare al progetto vocato all'innovazione e di divenirne, seppur in senso atecnico, un "socio" munito di una particolare *expertise*, con cui sopportare costi e rischi e condividere i benefici¹¹³. Dunque, da un lato, si consente all'amministrazione di perseguire un interesse pubblico mediante il finanziamento di attività di R&S e, dall'altro, alle imprese private di ricevere denaro pubblico per svolgere attività di ricerca, senza sfondare nell'area degli aiuti di Stato¹¹⁴. In primo luogo, dunque, la funzione dell'appalto pre-commerciale si sostanzia, come detto, unicamente nel

¹¹⁰ S. BLASINI, *Prime riflessioni in tema di appalto pre-commerciale*, in *Federalismi.it*, 19, 2016, pp. 6 ss.

¹¹¹ M. A. BERNAL BLAY, *The strategic Use of Public Procurement in Support of Innovation*, in EPPL, 2014, 3; PELLIZZARI, *Le forme di partenariato pubblico-privato come strumento di innovazione per lo sviluppo delle imprese e dei servizi sociali*, in *rivistaimpresasociale.it*, 3/2014, 9 ss

¹¹² S. BEDIN, *Gli appalti pre-commerciali. Promuovere l'innovazione per garantire servizi pubblici sostenibili e di elevata qualità*, *The European House-Ambrosetti*, p. 2

¹¹³ A. BLASINI, *Prime riflessioni in tema di appalto pre-commerciale*, op. cit., p. 202.

¹¹⁴ S. BOLOGNINI, *Il pre-commercial procurement come strumento di politica per l'innovazione: caratteristiche, diffusione e problemi*, op.cit., p. 8.

finanziamento della ricerca e dell'innovazione, non essendo contemplata una fase successiva di commercializzazione della soluzione innovativa. Tuttavia, nell'appalto pre-commerciale l'attività di ricerca e sviluppo, come si vedrà nel proseguio, può sfociare nella realizzazione di prototipi, seppur su scala limitata, finalizzati a incorporare i risultati delle prove sul campo, nonché a dar prova che il prodotto o il servizio sia idoneo per una produzione o una fornitura di massa conformemente a norme di qualità accettabili. Di conseguenza, fuoriescono dal perimetro dell'attività di Ricerca e sviluppo tutte le attività volte a commercializzare il risultato raggiunto. Difatti, come già sottolineato in dottrina¹¹⁵, data la definizione di innovazione dall'art. 2, comma 1, n. 22 della direttiva 2014/24/UE, appare ragionevole escludere gli appalti pre-commerciali dal novero degli appalti innovativi in quanto essi si fermano alla mera produzione del prototipo, e dunque all'invenzione, senza arrivare alla commercializzazione del risultato¹¹⁶. Nulla osta a che l'amministrazione acquisti, ove e se lo ritenga opportuno, il prodotto che deriva dallo sviluppo del prototipo anche mediante la procedura d'appalto del partenariato per l'innovazione¹¹⁷. Per questo motivo, appalto pre-commerciale e partenariato per l'innovazione sono diversi e, in linea di principio, complementari, dal momento in cui il partenariato può seguire l'appalto

¹¹⁵ M. COMBA, *Appalti pubblici per l'innovazione*, op. cit., p. 192

¹¹⁶ C. EDQUIST, N. J. M., ZABALA-ITURRIAGAGOITIA, *Pre-commercial procurement: a demand of supply policy instrument in relation to innovation?*, in *R&S Management*, 2015, pp. 147 ss.; di recente anche B. BALDINI, *La disciplina della proprietà intellettuale nell'ambito degli appalti innovativi: i criteri guida per le amministrazioni pubbliche*, in *Il diritto industriale*, 6/2023, p. 569

¹¹⁷ M. DELSIGNORE, M. RAMAJOLI, *Gli appalti pubblici pre-commerciali*, in *Il procurement delle pubbliche amministrazioni*, op. cit., p. 349

pre-commerciale, anche se non necessariamente¹¹⁸. Infatti, ricorrendo al partenariato per l'innovazione è possibile implementare su larga scala le soluzioni innovative frutto della procedura pre-commerciale, ma, nello stesso tempo, il partenariato per l'innovazione può essere utilizzato, come si vedrà, in modo indipendente, per portare sul mercato soluzioni innovative che non per forza siano frutto di Ricerca e sviluppo, bensì che derivino dall'innovazione organizzativa o di processo¹¹⁹.

Nondimeno, il fatto che gli appalti in questione abbiano ad oggetto prettamente lo svolgimento dell'attività di ricerca volta a fornire all'amministrazione pubblica soluzioni non già disponibili nel mercato per far fronte ad esigenze pubbliche che esigono risposte innovative consente di escludere dal campo di applicazione degli appalti pre-commerciali le attività di Ricerca e sviluppo volte a soddisfare esigenze meramente amministrative, come, ad esempio, servizi di consulenza o formazione.

Quanto sopra esposto giustifica l'esenzione generale dalla normativa del Codice dei contratti pubblici. Difatti, il significato più pregnante di "pre-commerciale", e dunque della non previsione di una fase "commerciale", si pone come giustificazione dell'esclusione della disciplina ordinaria degli appalti pubblici. Dunque, il legislatore ha inteso introdurre un meccanismo di cofinanziamento della Ricerca, i cui benefici e rischi sono da condividersi tra pubblico e privato in assenza di una qualsivoglia certezza circa la bontà dei risultati e alla futura applicazione pratica degli stessi.

¹¹⁸ N. DIMITRI, *Some law and economics considerations on the eu pre-commercial procurement of innovation. The Applied Law and Economics of Public procurement*, www.doi.org/10.4324/9780203096314

¹¹⁹ Sul punto anche M. BIANCHINI, *Il Pre-commercial procurement contract*, cit., p.1084

2.3. La procedura contrattuale

Si è visto in precedenza che gli appalti pre-commerciali integrano una tipologia specifica di appalti pubblici, di origine eurounitaria, vocati all'innovazione; ora si cercherà di illustrarne meglio le modalità di impiego.

Lo scopo della fase contrattuale è quello di selezionare operatori economici privati. Tuttavia, non si limita a questo. Infatti, nelle procedure di appalto pre-commerciale e nel partenariato per l'innovazione, partecipano spesso anche raggruppamenti temporanei di imprese che includono Università e centri di ricerca pubblici. L'obiettivo è ottenere servizi finalizzati allo svolgimento di attività di ricerca e sviluppo, con lo scopo di progettare, realizzare e sperimentare prototipi di prodotti e/o servizi che non sono ancora pronti per l'uso commerciale¹²⁰.

Scendendo nel dettaglio, nel momento in cui la stazione appaltante abbia individuato, al suo interno ovvero a seguito del dialogo con il mercato mediante le consultazioni preliminari, il proprio fabbisogno di innovazione e che abbia verificato la non presenza sul mercato di tali soluzioni, solitamente «*mette a bando il problema*»¹²¹ lanciando la

¹²⁰ Sul punto anche M. BIANCHINI, *Il pre-commerciale procurement contract, al corcevia fra disposizioni speciali del diritto degli appalti pubblici cc.dd. innovativi e le dinamiche pro-concorrenziali della contrattazione d'impresa*, in *Contratto e impresa*, 4/2022, pp. 1074 ss.

¹²¹ S. BEDIN, *Gli appalti pre-commerciali. Promuovere l'innovazione per garantire servizi pubblici sostenibili e di elevata qualità*, *The European House-Ambrosetti*, p. 2.

“sfida” al mercato con il fine di sollecitare la messa a punto di soluzioni idonee ad appagare la pretesa innovativa dell’amministrazione¹²².

La scelta da parte della stazione appaltante degli operatori privati con i quali far nascere il rapporto contrattuale e a cui si richiede di impegnarsi nella progettazione e nella realizzazione dell’innovazione richiesta è configurata come una “*partnership*”, ben diversa dal tipico rapporto contrattuale che lega l’amministrazione all’aggiudicatario¹²³.

Si tratta, in realtà, di un approccio che può essere definito “moderno” in quanto da sempre, dunque ancor prima dell’adozione del Codice del 2023, risultava essere caratterizzato da una negoziazione progressiva delle condizioni e, dunque, assoggettato ad una sorta di verifica di risultato più che ad un mero controllo di “legalità”, quest’ultimo tipicamente richiesto per gli appalti ordinari¹²⁴.

Si delinea, pertanto, un rapporto continuo e stringente fra amministrazione e operatori economici retto dal criterio di “informalità”

¹²² In questi termini anche M.BIANCHINI, *Il pre-commerciale procurement contract*, op. cit., p. 1077.

¹²³ L. TORCHIA, *La nuova direttiva europea in materia di appalti servizi e forniture nei settori ordinari*, in *Atti del Convegno “La disciplina dei contratti pubblici fra esigenze di semplificazione, rilancio dell’economia e contrasto della corruzione”*, Varenna 17-19 settembre 2015, p. 8

¹²⁴ Si noti, infatti, come il principio di risultato sia una delle innovazioni più rilevanti introdotte dal nuovo codice. Di recente, tra i molti, G. TROPEA, *I principi del risultato, della fiducia, della buona fede e dell’affidamento in alcune interpretazioni recenti*, in *Munus*, 2/2024; Id., *I principi*, in *Lineamenti di Diritto dei contratti pubblici*, G. TROPEA (a cura di), Napoli, 2024, 30 ss.; F. FRACCHIA, *Il principio di risultato*, in *Studi sui principi generali del Codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2024, pp. 13 ss. R. CARANTA, *I principi nel nuovo Codice dei contratti pubblici, artt. 1-12*, in *Giur. it.*, 2023, 1950 ss.; S. PERONGINI, *Il principio del risultato e il principio di concorrenza nello schema definitivo di codice dei contratti pubblici*, in *lamministrativista.it*, 2 gennaio 2023; M. RENNA, *I principi*, in *Il nuovo corso dei contratti pubblici. Principi e regole in cerca di ordine (d.leg. 31 marzo 2023 n. 36)*, S. FANTINI E H. SIMONETTI (a cura di), in *Foro it., Gli speciali*, 2023, n. 1; G. MORBIDELLI, *Intorno ai principi nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Munus*, 3, 2023, p. 67.

e di flessibilità procedimentale. A tal proposito, taluni¹²⁵ hanno sottolineato che, se per evidenza pubblica si intende la selezione di un unico contraente mediante un rigido e formalizzato procedimento denotato dalla netta separazione tra amministrazione committente e imprese e altri operatori, allora occorrerebbe parlare più correttamente di «*evidenza aperta*», caratterizzata da una pluralità di fasi, da una collaborazione tra pubblico e privato e, non meno importante, da una co-generazione di conoscenze tra i *competitors* privati, dacché le imprese private, seppur in competizione tra loro, cooperano e non sono mere antagoniste.

In questo contesto appena delineato, gli appalti pre-commerciali si inseriscono senza dubbio nel *trend* del progressivo coinvolgimento delle imprese private in tutte le fasi volte a realizzare un'innovazione e, dunque, a soddisfare le sempre ormai crescenti esigenze collettive¹²⁶. D'altronde, il ruolo del privato in questi contratti appare di fondamentale rilevanza in quanto spetta a loro l'elaborazione delle soluzioni, mentre alla parte pubblica è riconosciuto solo il compito, seppur parimenti rilevante, di definire a monte l'interesse pubblico da perseguire.

Dall'analisi della norma si può notare come l'attuale disciplina dell'appalto pre-commerciale, così come la previgente, risulta priva di quegli elementi normativi che, come si cercherà di dimostrare in seguito, sarebbero davvero utili a garantire l'uso (effettivo) di questo tipo contrattuale da parte delle pubbliche amministrazioni.

Nel dettaglio occorre sottolineare come la procedura di scelta del contraente del contratto pre-commerciale può - si badi bene- essere

¹²⁵ M. NULLI, *Gli appalti precommerciali*, cit., p. 51.

¹²⁶ Della stessa idea anche E. CAMPAGNANO, *Le nuove forme del partenariato pubblico privato. Servizi pubblici e infrastrutture*, in *Temi dell'impresa e della Pubblica amministrazione. Scritti di Diritto privato e di Diritto Amministrativo*, G. ALPA, G.M. ESPOSITO (diretto da), Milano, 2020, p. 49.

preceduta da un *iter* articolato in più fasi, solitamente tre, proposto dalla ormai nota Comunicazione della Commissione europea del 2007¹²⁷.

Dopo le attività preliminari volte a verificare l'opportunità e l'esigenza di attivare un appalto pre-commerciale, occorre individuare gradualmente il contraente e l'oggetto del contratto, così da selezionare l'effettivo progetto che risponda all'esigenze pubbliche e, inoltre, l'idoneo soggetto privato che in ragione delle proprie capacità professionali sia in grado di portarlo a conclusione. L'idea è che ad ogni fase vengano ammesse soltanto imprese che mostrino di aver messo a punto una potenziale idea in grado di rispondere alla richiesta d'innovazione.

Difatti, nella fase primigenia l'amministrazione invita gli operatori economici, almeno cinque, a predisporre le possibili soluzioni e a sviluppare un progetto. A questo punto, occorrerà valutare attraverso una procedura comparativa i *pro* e i *contro* delle soluzioni proposte con il fine di verificarne la corrispondenza alle esigenze funzionali, ma anche la capacità e gli eventuali limiti per il successivo sviluppo tecnologico. A seguito della conclusione del primo momento di confronto, la stazione appaltante dovrà optare per una prima scrematura facendo accedere alla fase successiva solo tre operatori degli eventuali cinque iniziali¹²⁸, i quali si dovranno occupare, secondo le linee guida europee, della messa a punto di diversi prototipi e pertanto dovranno trasporre l'idea progettuale in un qualcosa di concreto. In altri termini, questa fase dovrebbe concludersi con l'elaborazione di un documento che definisce ad uno

¹²⁷ COM (2007) 799 def., *Appalti pre-commerciali: promuovere l'innovazione per garantire servizi pubblici sostenibili e di elevata qualità in Europa*.

¹²⁸ Dalla Comunicazione della Commissione europea si evince come sia prediletto il criterio "MEAT" (*Most Economically Advantageous Tender*), il quale prevede che i committenti valutino le offerte considerando sia l'offerta economica quanto la dimensione tecnico/qualitativa dell'offerta.

stato progressivamente evoluto, ma non ancora del tutto esaustivo, le specifiche del prodotto o del servizio ai fini della conseguente dimostrazione con lo sviluppo del prototipo o con l'espletamento della prova¹²⁹. Dunque, alle migliori offerte è aggiudicata la fase susseguente di ricerca e sviluppo, che è di norma preceduta dalla stipulazione di uno specifico contratto esecutivo nel quale è disciplinata la realizzazione del prototipo. Nella fase conclusiva delle attività di ricerca e sviluppo, caratterizzata dalla produzione limitata dei primi lotti di prodotti o dalla sperimentazione di servizi innovativi, si dovrebbe assicurare la partecipazione di almeno due imprese, al fine di preservare condizioni di concorrenza nel mercato futuro relativo al prodotto o servizio oggetto dell'appalto. Come è noto l'appalto in oggetto proprio per la sua caratteristica di essere *pre-commerciale* è prodromo all'eventuale commercializzazione dei prodotti, non più prototipi dunque, sviluppati su larga scala. Tuttavia, l'amministrazione potrà prevedere nei documenti una procedura successiva, utilizzando ad esempio il partenariato per l'innovazione ovvero, a determinate condizioni, anche mediante la procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara *ex art. 76 d.lgs. n. 36/2023*¹³⁰, attraverso la quale potrà avvenire lo sviluppo commerciale e la susseguente commercializzazione dell'oggetto della precedente attività di ricerca e sviluppo. Perciò, in altri termini, è necessaria una netta distinzione tra il momento temporalmente successivo della commercializzazione su ampia scala dei prodotti o servizi frutto dell'attività di Ricerca e sviluppo, e quello, tipico dell'appalto pre-commerciale, che si concentra sulla mera attività di Ricerca e sviluppo e che per l'appunto termina prima dello sfruttamento

¹²⁹ M. NULLI, *Gli appalti precommerciali*, cit., p. 27.

¹³⁰ Per un commento alla norma si rinvia a E. ROMANI, *Commento all'art. 76 del d.lgs. n.36/2023*, in R. VILLATA, M. RAMAJOLI (a cura di), *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, cit., pp. 434 ss.

economico dei risultati. Questa sostanziale separazione tra il momento della ricerca e quello della commercializzazione differenzia nettamente l'appalto pre-commerciale da tutte le altre tipologie di procedure ad evidenza pubblica rientranti nella categoria degli appalti innovativi. Queste, viceversa, rimangono assoggettate alle norme contenute nella direttiva appalti e dal d.lgs. n. 36/2023, come nel caso del partenariato per l'innovazione¹³¹.

Appare, inoltre, opportuno ribadire che la procedura appena descritta rappresenta una delle molteplici opzioni per le pubbliche amministrazioni le quali, a loro volta, possono seguirla pedissequamente o apportare modifiche e variazioni¹³². Difatti, la fonte dalla quale promana le indicazioni di massima sopra ricordate rientra nella categoria degli atti di *soft law* idonei a svolgere funzioni pressoché di coordinamento e, pertanto, privi del carattere precettivo. Così come, il silenzio del legislatore interno circa le modalità di utilizzo dell'appalto pre-commerciale non fa altro che rimarcare l'ampia autonomia e discrezionalità attribuita alla singola stazione appaltante.

In conclusione, anche in dottrina¹³³, in maniera del tutto condivisibile, è stato sostenuto come la suddivisione in diverse fasi del procedimento di scelta del contraente, abbia la finalità di permettere alle stazioni appaltanti di “filtrare” i rischi da «*ignoto tecnologico*»¹³⁴ sottesi in modo inevitabile alle attività di Ricerca e sviluppo. D'altro

¹³¹ M.BIANCHINI, *Il pre-commerciale procurement contract*, op. cit., p. 1083.

¹³² Così anche C. SPADA, *I contratti di ricerca e sviluppo*, op. cit., p. 696

¹³³ M.BIANCHINI, *La rilevanza del diritto della proprietà intellettuale e della concorrenza nella dinamica contrattuale degli appalti (pubblici) pre-commerciali*, op. cit., p. 558.

¹³⁴ Sul rischio da “*ignoto tecnologico*” si rinvia, tra gli altri, ai saggi di AA.VV., *Il rischio da ignoto tecnologico*, Milano, 2001; S.A. CERRATO, *Impresa e rischio- Profili giuridici del risk management*, Torino, 2019; nell'ambito dell'attività contrattuale della P.A., in particolare, R. TITOMANLIO, *Il principio di precauzione fra ordinamento europeo e ordinamento italiano*, Torino, 2018.

canto, l'amministrazione attraverso il confronto tra i vari operatori economici potrà individuare quelle soluzioni che riterrà "migliori" anche in relazione all'eventuale trasposizione in concreto dell'attività di Ricerca, diminuendo ancora una volta, come si cercherà di dimostrare in seguito, il "rischio" di vanificare l'investimento, inteso in senso di tempo, denaro e risorse.

2.4 La condivisione dei rischi e benefici con le imprese: quali rischi?

L'appalto pre-commerciale appare l'unico strumento innovativo contemplato nella Comunicazione della Commissione del 2018¹³⁵ che si focalizza interamente sul tema della ricerca, senza prevedere come elemento necessario lo sfruttamento economico dei risultati della stessa. Tale istituto, però, per essere vantaggioso sia per l'acquirente pubblico che per le imprese, deve basarsi sulla condivisione di rischi e benefici. Solo in questo modo, infatti, entrambe le parti sono incentivate a investire al meglio le proprie risorse, superando la tradizionale distinzione tra "committente" e "prestatore d'opera"¹³⁶. Difatti, è stato sottolineato come l'eventuale previsione di un diritto di esclusiva dei risultati e, pertanto, dei diritti di proprietà intellettuale, che appartiene tipicamente alla logica degli appalti tradizionali, avrebbe

¹³⁵ Al Punto 4.2 della COM(2018) 3051 Final del 15 maggio 2018, *Orientamenti in materia di appalti per l'innovazione*, si elencano una serie di procedure di appalto specifiche per soluzioni innovative tra le quali: la procedura competitiva con negoziazione, il dialogo competitivo gli appalti di ricerca e sviluppo e pre-commerciali e il partenariato per l'innovazione.

¹³⁶ Sul punto si veda M. P. CHITI, *Il partenariato pubblico privato e la direttiva concessioni*, in *Finanza di progetto e partenariato pubblico-privato. Temi europei, istituti nazionali e operatività*, G. F. CARTEI, M. RICCHI (a cura di), Napoli, 2015, pp. 15 ss.

avuto, da un lato, l'effetto di far lievitare a dismisura il costo della prestazione, dall'altro, quello di porsi come freno all'innovazione stessa, in quanto, laddove esistesse un diritto esclusivo in capo alla parte pubblica, verrebbe meno per le imprese l'incentivo di investire in tale attività¹³⁷. In altre parole, la previsione dell'utilizzo esclusivo in capo all'acquirente pubblico potrebbe rappresentare solo un ostacolo all'innovazione, non essendoci spesso una ragione che possa incentivare sia l'amministrazione a sopportare da sola i rischi, ma anche i costi, dell'attività di ricerca, sia il privato ad accettare di prendere parte al "patto innovativo"¹³⁸ senza però poi giovare degli eventuali risultati conseguiti. Invero, nel caso di specie, la partecipazione del soggetto pubblico non deve limitare, o addirittura vanificare, l'esposizione al rischio del privato. In effetti, l'attività di ricerca, ed in particolar modo quella che tende ad un'innovazione radicale, essendo connaturata da una certa aleatorietà, in quanto trattasi di idee non necessariamente definite a priori, potrebbe non portare all'individuazione di risultati utili all'eventuale e successiva futura commercializzazione, vanificando così gli investimenti sopportati da ambedue i soggetti della vicenda contrattuale. In altri termini, con l'appalto pre-commerciale l'attività di ricerca è destinata a un progetto altamente innovativo, certamente più complesso da gestire rispetto a situazioni nelle quali l'oggetto dell'innovazione è più limitato.

Purtuttavia, nel caso in cui l'attività di ricerca abbia successo il soggetto aggiudicatario potrebbe utilizzare liberamente i risultati raggiunti, non essendo nella legge prevista una clausola di esclusività in capo all'amministrazione.

¹³⁷ M. BRASSON, *Quando le stazioni appaltanti ricorrono a soluzioni innovative: dialogo competitivo e servizi di ricerca e sviluppo*, in *Contratti pubblici e innovazione. Una strategia per far ripartire l'Europa*, op. cit., p. 129.

¹³⁸ Sulla distribuzione dei rischi e dei benefici si rinvia al paragrafo 4.

Si ritiene, a parere di chi scrive, che il soggetto più esposto al rischio concreto appare essere l'impresa. Infatti, per quest'ultima il rischio è rappresentato dall'ipotesi che lo svolgimento dell'attività di Ricerca non porti ad un risultato potenzialmente brevettabile e commercializzabile, cosicché non si raggiunga l'obiettivo primario a cui tende l'operatore economico. Di contro, il rischio per la stazione appaltante è rappresentato dall'eventualità che la Ricerca non porti a risultati utili al perseguimento del fine preposto. Difatti, posto che lo scopo tipico della procedura non è rappresentato dalla commercializzazione del prodotto risultante dall'attività, il finanziamento della ricerca persegue esso stesso già un interesse pubblico, indipendentemente dal risvolto concreto.

A parere di chi scrive, l'amministrazione si pone dinnanzi ad un rischio minore in quanto, in ogni caso, finanzia un servizio funzionalizzato al progresso scientifico. Non sempre, infatti, l'interesse all'innovazione perseguito dalla parte pubblica, a differenza di quella privata, si traduce nella necessità dell'acquisto di un prodotto innovativo per il perseguimento del proprio scopo. Al contrario, l'interesse pubblico talvolta potrebbe esaurirsi nel mero sviluppo di una determinata attività (o di un mercato) ad alto tasso di innovazione, che altrimenti non avrebbe avuto luogo in assenza della funzione catalizzatrice della domanda pubblica¹³⁹.

D'altro canto, questa interpretazione si pone del tutto in linea anche con il principio generale del risultato, di cui all'art. 1 del Codice. Non si tratta dell'idea del "*risultato a tutti i costi*" bensì quello configurato dall'art. 1 è rappresentato dalla corrispondenza all'interesse pubblico alla realizzazione dell'opera pubblica o all'espletamento del servizio.

¹³⁹ A. BLASINI, *Prime riflessioni in tema di appalto pre-commerciale*, op.cit., p. 197.

Sin dai primi commenti alla norma di apertura del Codice¹⁴⁰, infatti, è stato notato come il primo comma faccia riferimento da un lato al «risultato dell'affidamento del contratto», inteso come la concreta stipula di un contratto dal contenuto ben definito; dall'altro, al «risultato della esecuzione del contratto», il quale si configura come il risultato nella realizzazione dell'opera pubblica o nell'esecuzione del servizio. In altri termini, parafrasando un esempio fatto da un altro autore¹⁴¹, nel settore dei contratti (innovativi) il *problema* è certamente costituito da un bisogno pubblico non altrimenti soddisfacibile, di cui l'amministrazione si fa carico trasformandolo in un'occasione di contrattazione con le imprese private. Il *risultato* è conseguito se si risponde al *problema* attraverso la sua risoluzione e, pertanto, se si è in grado di corrispondere al *bisogno*. Ciò che per la stazione appaltante è davvero importante non è che la ricerca abbia generato un risultato replicabile e potenzialmente remunerativo - anche perché questo non è lo scopo principale dell'appalto pre-commerciale - ma che abbia portato a un progresso scientifico in grado di soddisfare al meglio il bisogno pubblico¹⁴².

¹⁴⁰ Si rinvia a R. VILLATA, L. BERTONAZZI, *Commento all'art. 1 del d.lgs. n.36/2023, Principio di risultato*, in R. VILLATA, M. RAMAJOLI (a cura di), *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, cit., pp. 2 ss.

¹⁴¹ F. FRACCHIA, *Il principio di risultato*, op. cit., p. 41 ss.

¹⁴² La dottrina che si è occupata del problema definitorio in relazione al concetto di «risultato» lo ha individuato in primo luogo come «nella portata di modificazione del mondo esteriore come scopo ultimo dell'azione dei pubblici poteri (...), anche privo di rilevanza economica, si veda L. IANNOTTA, *Merito, discrezionalità e risultato delle decisioni amministrative (l'arte di amministrare)*, in *Dir. proc. amm.*, 2005. Altra dottrina, invece, definisce il risultato come «bene della vita materialmente definito da conseguire mediante l'esercizio dell'attività pubblica». Sul punto M. R. SPASIANO, *Dall'amministrazione di risultato al principio di risultato del Codice dei Contratti pubblici: una storia da scrivere*, in *federalismi.it*, 2024, pp. 213 ss. Sul rapporto tra Aiuti di Stato e attività di Ricerca e sviluppo si rinvia al Capitolo III.

2.5 Alcune esperienze di appalto pubblico pre-commerciale in Italia e in Europa

Tralasciando in questa sede il dibattito circa l'effettivo e reale potenziale degli strumenti giuridici innovativi, di cui si parlerà nel prossimo capitolo, si intende ora illustrare alcuni progetti di appalto pre-commerciale attivati in Italia e in Europa negli ultimi anni.

In premessa, appare opportuno sottolineare, come è ormai noto, che attraverso la collaborazione tra privato e pubblico, soprattutto in materia di innovazione e sviluppo, si è potuto giungere a soluzioni innovative importanti. È il caso, ad esempio, delle innovazioni tecnologiche sviluppate negli Stati Uniti e in Giappone nel secolo scorso quali l'IP (*Internet protocol*) o il Gps (*Global Positioning System*)¹⁴³.

In Europa, seppur gli appalti innovativi siano oggetto di forte attenzioni da parte delle Istituzioni, occorre dar conto di un loro scarso utilizzo. Appaiono, infatti, esigue le esperienze applicative di tali strumenti, le quali si concentrano principalmente nel settore sanitario e dei servizi pubblici.

A livello europeo, recentissimamente, l'Agenzia europea per il programma spaziale (Euspa) ha indetto, nell'ambito dei finanziamenti *Horizon Europe*, una procedura di appalto pre-commerciale denominata *Space4cities*¹⁴⁴ con la finalità di acquisire Ricerca e sviluppo che mira a procurarsi soluzioni replicabili attraverso l'uso intelligente dei dati satellitari europei, per una migliore e più dinamica gestione dello spazio pubblico, delle aree verdi, delle infrastrutture di trasporto e della manutenzione urbana e della resilienza complessiva delle città. In

¹⁴³ M. ROLFSTAM, *Public procurements as a Means Management*, 13, 2014, reperibile in <https://ssrn.com/abstract=2409631>.

¹⁴⁴ <https://space4cities.eu/space4cities-launches-e2-87m-call-for-tenders-to-tackle-european-cities-climate-change-challenges-with-satellite-data-and-applications/>

particolare, i partner privati saranno chiamati a sviluppare soluzioni che affrontino tre aree principali:

- Pianificazione e gestione urbana: attraverso l'utilizzo di strumenti digitali per migliorare l'accuratezza e l'efficienza della raccolta, dell'analisi e della visualizzazione dei dati urbani.
- Mobilità sostenibile: tramite il miglioramento del trasporto pubblico, della mobilità attiva (ad esempio, camminare e andare in bicicletta), della logistica e della risposta alle emergenze, riducendo al contempo le emissioni di CO₂.
- Adattamento climatico: mediante l'aumento della resilienza delle città ai rischi ambientali, come inondazioni e ondate di calore, promozione di spazi verdi e supporto alla transizione verso fonti di energia più pulite.

Nella fase finale, cinque soluzioni innovative saranno implementate nelle città di Helsinki, Amsterdam, Atene (Regione dell'Attica), Gand e Guimarães, e in altre dieci città europee selezionate per replicare i modelli.

In campo sanitario, dove, come detto, si ricorre più frequentemente all'appalto pre-commerciale, uno dei maggiori successi di innovazione tecnologica finanziata mediante la procedura di appalto pre-commerciale è certamente riferita al progetto THALEA¹⁴⁵. Si tratta di un sistema innovativo di telemonitoraggio che consente di inviare in tutta sicurezza i dati da analizzare a esperti che si trovano in luoghi diversi¹⁴⁶.

¹⁴⁵<https://www.ukaachen.de/kliniken-institute/innovationszentrum-digitale-medizin/projektuebersicht/thalea-1>

¹⁴⁶ Per ulteriori dettagli C. BUONOCORE, *Gli appalti pre-commerciali nella Sanità: la spinta di Horizon Europe a fare innovazione "demand driven"*, in *Apremagazine*, 25/2024, pp. 12 ss.

L'appalto pre-commerciale, inoltre, come sottolineato dalla Commissione europea¹⁴⁷, può rispondere anche alle ormai sempre più sentite esigenze di tutela dell'ambiente. È il caso, ad esempio, dell'agenzia federale austriaca per gli appalti, la quale ha avviato una procedura di appalto pubblico pre-commerciale, in tre fasi, con l'intento di trovare una soluzione innovativa per la zecca di Stato austriaca (l'ente responsabile della produzione di monete) al fine di tutelare la riserva idrica dello Stato. A seguito della procedura è stato selezionato un progetto che mirava alla realizzazione di un meccanismo di evaporazione sottovuoto in grado di filtrare un'ampia gamma di particelle, tra cui metalli, prodotti galvanici, materiale fotografico, inchiostro, prodotti farmaceutici e alimentari, che ha comportato un risparmio di circa 4 milioni di litri d'acqua all'anno.

In Italia alcune Regioni offrono esempi di utilizzo dello strumento.

Tra queste, si annovera la Regione Lombardia, la quale oltre a prevedere all'interno nella propria legge regionale n.29 del 23 novembre 2016, all'art. 2, comma 4, un obiettivo minimo di spesa non inferiore al 3% delle risorse stanziare per l'acquisto di beni, servizi e lavori, da destinare all'acquisto di soluzioni innovative e al finanziamento dell'attività di Ricerca e sviluppo, ha attivato il primo appalto pre-commerciale in ambito sanitario in Italia¹⁴⁸. Si tratta di un sistema automatico di movimentazione delle lettighe ospedaliere (*automatic bedmover*) che ha risposto al bisogno ospedaliero di accelerare lo spostamento dei letti. L'appalto di Ricerca e sviluppo, ha portato alla

¹⁴⁷ Commissione europea, Comunicazione COM(2021) 267, *Orientamenti in materia di appalti per l'innovazione*.

¹⁴⁸ Altri esempi sono rappresentati dalla procedura Appalto pre-commerciale per servizi di ricerca e sviluppo funzionali allo sviluppo tecnologico dell'imaging nei sistemi di assistenza e supporto chirurgico (ARIA_2020_403); l'appalto pre-commerciale per la realizzazione di un Sistema mecatronico esoscheletrico (Arca_2018_132). In questi casi, e in altri, la procedura appare interrotta alla aggiudicazione della Fase 1.

nascita del sistema *Ben BedMover*¹⁴⁹ frutto di una collaborazione tra imprese private ed enti di Ricerca come il Politecnico di Milano e l'Università degli Studi di Milano-Bicocca.

3. Il partenariato per l'innovazione

Il partenariato per l'innovazione è una procedura d'appalto "speciale" altamente vocata all'innovazione, introdotta, al pari dell'appalto pre-commerciale, dalla direttiva 2014/24/UE.

Tale istituto, in precedenza disciplinato all'art. 65 del d.lgs. n. 50/2016, oggi trova spazio nell'art. 75 del d.lgs. n. 36/2023¹⁵⁰, e presenta numerosi punti di contatto con la procedura pre-commerciale ma; nello stesso tempo, si denotano talune differenze considerevoli per quanto concerne l'ambito e la finalità applicative.

La più rilevante è rappresentata dal fatto che il partenariato per l'innovazione ha ad oggetto non solo la mera attività di Ricerca e sviluppo di un determinato prodotto, servizio o lavoro innovativo e, dunque, non presente sul mercato, ma comprende anche la successiva fase di acquisto e commercializzazione, senza la necessità di un'ulteriore procedura d'appalto distinta. Nasce così una sorta di rapporto continuativo e duraturo, tra amministrazione e operatore privato, volto, non solo, all'ideazione e allo sviluppo, ma, anche, alla successiva fase di

¹⁴⁹ Per ulteriori dettagli si rinvia a <https://infosolution.it/it/bed-mover/>

¹⁵⁰ Per un commento alla norma si rinvia a M. LEGGIO, *Commento all'art. 75 del d.lgs. 36/2023*, in *Commentario al codice dei contratti pubblici*, cit., pp. 429 ss.; L. MARRACCINI E G. TERRACCIANO, *Partenariato per l'innovazione*, in *Trattato sui contratti pubblici*, M.A. SANDULLI E R. DE NICTOLIS (a cura di), vol. III, Giuffrè, Milano, p. 133-146.

messa in circolo del bene, del servizio o del lavoro innovativo¹⁵¹. Inoltre, un ulteriore distinguo di notevole rilevanza è rinvenibile nella genesi del rapporto tra i due soggetti. Se, infatti, nella procedura pre-commerciale la volontà comune è mossa da un generico interesse per soluzioni innovative, preparatorie e preordinate ad una eventuale commercializzazione, nella procedura commerciale (il partenariato per l'innovazione), l'attività è sollecitata dall'aver bisogno di un determinato prodotto o da una definita e precisa esigenza non già disponibile o soddisfabile dal mercato¹⁵². Il grado di complessità dell'attività di Ricerca, dunque, costituisce un elemento discrezionale tra le due soluzioni. Nel primo caso, e quindi dell'appalto pre-commerciale, l'attività di Ricerca presenta peculiari complessità ed è certamente ascrivibile alla categoria dell'innovazione radicale, avendo ad oggetto un concetto di Ricerca più astratto e dai confini non definibili *ex ante*. Nel secondo, invece, si ha a che fare, con tutta evidenza, con un concetto di innovazione più definito e ancorato alla produzione e alla commercializzazione dell'idea innovativa¹⁵³. Come è già stato sottolineato in dottrina¹⁵⁴, la genericità della definizione del partenariato per l'innovazione permette di includere sia quella *radicale*, ovvero la ricerca di soluzioni completamente nuove e non ancora esistenti sul

¹⁵¹ D. DEL PRETE, *Gli appalti pubblici al servizio delle nuove esigenze. Il partenariato per l'innovazione*, in *federalismi.it*, 18, 2021, p. 7; A. BLASINI, *Prime riflessioni in tema di appalto pre-commerciale*, op.cit., p. 211.

¹⁵² Sul punto S. BIGAZZI, *Le "innovazioni del partenariato per l'innovazione"*, cit., p. 230.

¹⁵³ Secondo L. CICALINI, *Gli appalti pubblici precommerciali*, op. cit., la procedura "commerciale" ha ad oggetto un'attività di ricerca e sviluppo più circoscritta e finalizzata alla soluzione di problemi meno complessi cosicché da consentire, in ogni caso, una certa commercializzazione del risultato.

¹⁵⁴ Per un commento si rinvia M. LEGGIO, *Commento all'art. 75, Partenariato per l'innovazione*, in R. VILLATA, M. RAMAJOLI (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, 2024, p. 386 ss.; F. SCARAMUZZA, *Partenariato per l'innovazione*, in *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, II ed., a cura di M. CLARICH, Torino, Giappichelli, 2025, pp. 520 ss.

mercato, quanto quella *incrementale*, orientata a migliorare o innovare soluzioni già esistenti che non sono rispondenti a pieno ai requisiti richiesti dal committente pubblico. Si tratterebbe, pertanto, di uno strumento particolarmente flessibile che consente di negoziare progressivamente l'oggetto del contratto di appalto, sulla base delle esigenze di ricerca e sviluppo, e di acquistare la soluzione tecnica senza indire una nuova gara.

In altri termini, il partenariato per l'innovazione si caratterizza dagli altri istituti in quanto consiste sostanzialmente in una procedura competitiva a “*doppio oggetto*”¹⁵⁵: da un lato, mira ad individuare uno o più collaboratori privati che si occupino dello svolgimento dell'attività di ricerca e dello sviluppo del prototipo, dall'altro, invece, si richiede la commercializzazione del risultato ottenuto. Può dirsi, dunque, che la procedura in commento risulta composta da un duplice contratto: il primo che ha ad oggetto l'attività di ricerca; un secondo contratto che prevede l'esecuzione dei risultati della ricerca¹⁵⁶.

Venendo ora all'analisi della norma, occorre sottolineare come rispetto alla previgente disciplina non sussistono, anche in questo caso, peculiari differenze, se non quelle adottate con il fine ultimo di migliorare il coordinamento tra le diverse disposizioni¹⁵⁷.

Per quanto concerne i presupposti la novità principale è da rinversi solo nella diversa formulazione del comma prima dell'art. 75 il quale, a differenza dell'ormai abrogato art. 65 del d.lgs. n. 50/2016, non fa più riferimento alla “*motivata determinazione*” della stazione appaltante che decida di attivare il partenariato per l'innovazione. Nonostante ciò, il

¹⁵⁵ A. BARTOLINI, *L'innovazione nel codice dei contratti pubblici*, in *La riforma dei contratti pubblici (d.lgs. 36/2023)*, F. MANGANARO, N. PAOLANTONIO, F. TIGANO (a cura di), Messina, 2024, p. 51.

¹⁵⁶ M. COMBA, *Appalti pubblici per l'innovazione*, op. cit., p. 195.

¹⁵⁷ M. LEGGIO, *Commento all'art. 75*, op. cit., p. 389.

legislatore continua ad ammetterne l'utilizzo in presenza di un obbligo motivazione implicito dell'Amministrazione, la quale è comunque chiamata a dimostrare la necessità e a giustificare la scelta dell'attivazione di tale procedura nei documenti di gara. Difatti, l'obbligo motivazionale appare implicito in quanto permane la necessità, ai sensi del combinato di cui agli artt. 70¹⁵⁸, comma 5, e 75, comma 1, come attività prodromica, di un'analisi sia delle esigenze sottostanti alle soluzioni innovative ricercate, sia dell'impossibilità di ricorrere al mercato per l'assenza di alternative equivalenti, purché, queste, non eccessivamente onerose in conformità al dettato di cui al comma quinto dell'art. 75¹⁵⁹.

Inoltre, proprio il comma 5 della disposizione in commento, fissa alcuni importanti principi che possono essere considerati come attuazioni del più generale principio di proporzionalità. Difatti, la durata e il valore delle varie fasi devono riflettere il grado di innovazione della soluzione proposta e, inoltre, il valore stimato delle forniture dei servizi o dei lavori non deve essere sproporzionato rispetto all'investimento richiesto per il loro sviluppo. Pertanto, la scelta della procedura in questione, particolarmente complessa e onerosa, appare giustificata solo se

¹⁵⁸ La stessa disposizione prevede la condizione per la quale le forniture di servizi o lavori che risultano dal partenariato per l'innovazione devono corrispondere «*ai livelli di prestazione e ai costi massimi concordati tra le stazioni appaltanti e i partecipanti*».

¹⁵⁹ L. MARRACCINI E G. TERRACCIANO, *Partenariato per l'innovazione*, op. cit., p. 133; S. FANTINI, *Il partenariato per l'innovazione*, in *Urbanistica e appalti*, 8-9/2016, pp. 955 ss. In estrema sintesi, la procedura di gara prevede una necessaria fase preliminare volta alla definizione puntuale delle esigenze pubbliche che l'Amministrazione dovrà dettagliare nel bando di gara insieme ai requisiti minimi con il fine di permettere agli operatori di individuare la natura e l'ambito della soluzione proposta. La *ratio* di tale previsione può essere trovata nella preoccupazione, da parte del legislatore, a ché il partenariato per l'innovazione non operi in senso anticoncorrenziale precludendo, quindi, l'accesso al mercato. Di questa idea anche C. PAGLIARIN, *Il partenariato per l'innovazione*, op cit., p. 144 ss.

proporzionata, da un lato alla portata innovativa della soluzione ricercata e, dall'altro al valore stimato dell'oggetto innovativo inseguito¹⁶⁰.

Ulteriore novità, rispetto alla versione previgente, è rappresentata dall'ulteriore richiamo dei presupposti per l'utilizzo del partenariato per l'innovazione all'art. 70 del Codice, rubricato "*Procedure di scelta e relativi presupposti*".

In coerenza con la procedura pre-commerciale, anche l'art. 75 del Codice ammette la deroga alla regola della identificazione di un unico affidatario della gara, consentendo in maniera esplicita al comma 3, la possibilità di instaurare il partenariato con uno o più operatori economici, i quali dovranno condurre attività di Ricerca e sviluppo separate. Anche in questo caso, la giustificazione di tale previsione è certamente da rinvenire nella complessità dell'attività richiesta e dalla necessità di un concorso di plurime competenze specialistiche¹⁶¹.

3.1 La procedura contrattuale

L'art. 75, comma 5, del d.lgs. n. 36 del 2023 chiarisce espressamente la struttura del partenariato per l'innovazione, articolato per fasi successive e con obiettivi intermedi, che seguono i momenti del processo di ricerca e innovazione.

La procedura, dunque, prevede uno sviluppo plurifasico che si può suddividere idealmente in tre periodi distinti ma, allo stesso tempo, connessi tra loro¹⁶². In premessa, prima di addentrarci nell'analisi delle

¹⁶⁰ G. FIDONE, *L'innovazione attraverso i contratti pubblici*, op. cit., p. 759.

¹⁶¹ Parimenti anche S. FANTINI, *Il partenariato per l'innovazione*, p. 956.

¹⁶² Comunicazione C(2018) 3051 final, *Orientamenti in materia di appalti per l'innovazione*, punto 4.2.3.4.; M. URBANI, *Le nuove direttive sugli appalti pubblici e le concessioni. L'efficienza della committenza pubblica e il mercato unico*, in *Giorn. dir.*

singole fasi, occorre sottolineare come, analogamente all'appalto pre-commerciale, l'elevato grado di complessità dell'attività svolta comporta una necessaria flessibilità procedimentale, la quale corrisponde ad un'elevata discrezionalità, che deve necessariamente prescindere da rigidi modelli che potrebbero ostacolare l'innovazione.

In linea generale può dirsi che la procedura mira a consentire alle amministrazioni di scegliere in maniera competitiva uno o più *partner* per lo sviluppo di un prodotto, un servizio o una soluzione innovativa adatta alle loro esigenze.

La prima fase, che si apre con la pubblicazione del bando o dell'avviso di indizione della gara, ha il fine di selezionare i soggetti con i quali avviare la *partnership*. In questi documenti, la stazione appaltante dovrà identificare l'esigenza innovativa, non altrimenti reperibile nel mercato, oltre ai requisiti minimi che tutti gli offerenti devono soddisfare. Tali informazioni, in ossequio all'art. 100, comma 1, del Codice debbono necessariamente essere coerenti e proporzionati all'oggetto dell'appalto e non devono essere, allo stesso tempo, eccessivamente restrittivi per non disincentivare la partecipazione alla gara¹⁶³. In ultimo, la documentazione di gara deve identificare, in primo luogo, i criteri che compongono l'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo e, in seguito, prevedere un termine minimo di trenta giorni per la ricezione delle domande di partecipazione¹⁶⁴.

amm., 12, 2014, p. 987. Sul punto anche C. A. MANFREDI SELVAGGI, *Innovazioni nel partenariato pubblico privato e nella collaborazione tra pubbliche amministrazioni*, in *Rivista della Corte dei Conti*, 3,2021, p. 39.

¹⁶³ Sul punto T.A.R. Campania, Napoli, sez. IV, ord. n. 1471 del 28.09.2017. In dottrina si veda M. LEGGIO, *Commento all'art. 75*, op. cit., p. 388.

¹⁶⁴ Art. 75, comma 3, del Codice.

Sulla base delle informazioni ricevute dai partecipanti, l'amministrazione nel compiere la selezione esercita un potere discrezionale valutando la capacità dei candidati nel settore della ricerca e dello sviluppo, nella messa a punto e nella successiva attuazione delle soluzioni innovative¹⁶⁵. Ciò trova un'espressa previsione al comma 4 dell'art. 75, e riflette, come condivisibilmente sostenuto in dottrina¹⁶⁶, l'intenzione del legislatore di avvalorare non solo le competenze scientifiche e tecnologiche degli operatori economici, ma anche le loro abilità nel portare a compimento i progetti proposti, in linea con lo scopo tipico dell'istituto che, oltre all'attività di ricerca persegue anche la commercializzazione della soluzione.

In questa fase, inoltre, è consentito alle parti di poter negoziare progressivamente le condizioni contenute nelle offerte ricevute, per migliorarne il contenuto. Non appaiono, invece, negoziabili i requisiti minimi, i criteri di aggiudicazione e il contenuto delle offerte finali¹⁶⁷. Nel corso delle varie negoziazioni, in conformità all'art. 70, comma 6 del Codice, le amministrazioni aggiudicatrici sono tenute a garantire la parità di trattamento fra tutti gli offerenti, senza fornire, altresì, in maniera discriminatoria informazioni che possano in qualche modo avvantaggiare altri operatori economici, né tantomeno, ai sensi dell'art. 70, comma 7, possono rivelare ad altri operatori economici, senza il preventivo accordo con la parte in questione, le soluzioni proposte o altre informazioni a riguardo. A questo punto l'amministrazione dovrà provvedere alla selezione della migliore offerta finale, in rispetto dei criteri indicati nella

¹⁶⁵ Art. 75, comma 4, del Codice.

¹⁶⁶ M. LEGGIO, *Commento all'art. 75*, op. cit., p. 389.

¹⁶⁷ Art. 75, comma 6, del Codice. Nel caso di modifiche le amministrazioni hanno l'onere di informare per iscritto tutti gli offerenti. A seguito di tali modifiche le stesse concedono agli offerenti un tempo sufficiente per modificare e ripresentare, ove opportuno, le offerte modificate.

documentazione di gara. Si arriva, pertanto, alla selezione del soggetto o dei soggetti *partner* con i quali avviare le successive fasi del partenariato e con essi si stipula il contratto di Ricerca e sviluppo.

Successivamente, si apre la fase di ricerca e sviluppo, suddivisa in ulteriori sotto-fasi la cui struttura non può essere che variabile in ragione delle specifiche esigenze richieste dal caso concreto¹⁶⁸. A tal proposito, occorre dar conto di come il legislatore descriva questa fase in termini del tutto generici, le cui uniche regole riguardano il valore delle subfasi, l'individuazione da parte della documentazione di gara degli obiettivi intermedi e la relativa remunerazione tramite rate proporzionate. Trattandosi di attività di ricerca e sviluppo, che per definizione è intrinsecamente aleatoria, non è scontato che gli obiettivi intermedi vengano effettivamente conseguiti. Per tale motivo, il legislatore riconosce all'amministrazione aggiudicatrice, la facoltà, purché esplicitamente prevista nella *lex specialis*, di risolvere il contratto di partenariato anche solo nei confronti di un operatore¹⁶⁹.

La terza fase conclusiva della procedura caratterizza il partenariato per l'innovazione rispetto alla procedura pre-commerciale. Difatti, l'ultima fase è quella commerciale nella quale gli operatori economici forniscono i risultati finali, ove però corrispondano ai livelli di prestazione e ai costi massimi concordati in fase di trattativa iniziale. Anche in questa fase, la flessibilità riconosciuta all'amministrazione aggiudicatrice è notevole. Si consente, infatti, alle parti la possibilità dialogare direttamente sulle caratteristiche specifiche dell'innovazione e di prevedere, se ritenuto opportuno, varianti progettuali. Inoltre, è stato sottolineato¹⁷⁰, come possa essere riconosciuta alla stazione appaltante la possibilità di

¹⁶⁸ Ai sensi dell'art. 75, comma 5, del Codice, tali fasi potranno comprendere la fabbricazione dei prodotti, le prestazioni di servizi o la realizzazione dei lavori.

¹⁶⁹ Art. 75, comma 5, del Codice.

¹⁷⁰ M. COMBA, *Appalti pubblici per l'innovazione*, op. cit., p. 196

effettuare il c.d. *cherry picking*¹⁷¹, potendo combinare i diversi risultati ottenuti con il fine di ottenere l'offerta ottimale.

In quest'ultimo momento procedimentale, infine, avverrà l'aggiudicazione del contratto finale secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, con la susseguente realizzazione e la commercializzazione del prodotto o del servizio risultante dall'attività prodromica di Ricerca e sviluppo.

Il partenariato per l'innovazione appare, in conclusione, una procedura di scelta del contraente in grado di dispiegarsi in un arco temporale ampio o, comunque, in una prospettiva di lungo termine, necessario per la ricerca, lo sviluppo ed il successivo acquisto di prodotti, servizi o lavori caratterizzati da novità ed innovazione e senza la necessaria attivazione di una distinta procedura di gara per l'acquisto.

3.2 Il partenariato per l'innovazione è un contratto di partenariato?

Le considerazioni appena svolte hanno cercato di mettere in evidenza quali sono gli elementi strutturali che informano il partenariato per l'innovazione e le relative condizioni di cornice necessarie per lo svolgimento della fase contrattuale. A questo punto è possibile tentare di procedere ad un inquadramento generale dell'istituto all'interno delle categorie contrattuali della pubblica amministrazione.

¹⁷¹ Tale possibilità è comune anche ad altre procedure simili come il dialogo competitivo e la procedura negoziata.

In particolare, la denominazione scelta dal legislatore e il rapporto di durata che emerge dalla procedura appena descritta portano istintivamente a domandarsi se il partenariato per l'innovazione possa condurre ad un contratto che abbia le forme e le caratteristiche del partenariato pubblico-privato, inteso come fenomeno giuridico di collaborazione tra il settore pubblico e gli operatori privati per il raggiungimento e la cura di pubblici interessi¹⁷².

Va detto che il nuovo Codice all'art. 174, in materia di partenariato pubblico-privato, ha tentato di smarcarsi dall'impostazione previgente di cui all'art. 180 del d.lgs. n. 50/2016, che ne offriva una definizione interamente ricalcata sul contratto di concessione, anche se, come sottolineato di recente in dottrina¹⁷³, la nozione generale risulta tutt'oggi ancorata sugli elementi tipici della concessione¹⁷⁴ e, nella specie,

¹⁷² C. PAGLIARIN, *Il partenariato per l'innovazione*, op cit., p. 174; S. FANTINI, *Il partenariato per l'innovazione*, in *Urbanistica e appalti*, 8/2016, p. 955. Non si è mancato di sottolineare come, in verità, quello del partenariato pubblico-privato non sia un vero e proprio "istituto giuridico" bensì una sorta di "nozione descrittiva" che include un modello relazionale tra soggetto pubblico e privato, in funzione del perseguimento di obiettivi coincidenti, sul punto E. CAMPAGNARO, *Le nuove forme del partenariato pubblico-privato. Servizi pubblici e infrastrutture*, in *Temi dell'impresa e della Pubblica amministrazione. Scritti di Diritto Privato e Diritto Amministrativo*, G. ALPA, G.M. ESPOSITO (diretto da), Milano, 2020, pp. 86 ss.; F. MASTRAGOSTINO, *Premessa*, in *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo*, Torino, 2011, pp. XVII.

¹⁷³ S. VALAGUZZA, *Commento all'art. 174, Nozione*, in R. VILLATA, M. RAMAJOLI (a cura di), *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, cit., p. 821; sulla disciplina previgente si rinvia a S. VALAGUZZA, E. PARISI, *Ricerca sull'identità giuridica del partenariato pubblico-privato*, in *Munus*, 1, 2020, p. 1 ss.; E. PARISI, *Gli strumenti partenariali nel contesto giuridico nazionale*, in *Il procurement delle pubbliche amministrazioni*, op. cit., pp. 399 ss.; E. CAMPAGNARO, *Le nuove forme del partenariato pubblico-privato. Servizi pubblici e infrastrutture*, op. cit.; A. FIORITTO (a cura di), *Nuove forme e nuove discipline del partenariato pubblico-privato*, Torino, 2017; M.P. CHITI, *Il partenariato pubblico-privato e la nuova direttiva concessioni*, in *Finanza di progetto e Partenariato pubblico-privato. Temi europei, istituti nazionali e operatività*, G.F. CARTEI, M. RICCHI (a cura di), Napoli, Editoriale Scientifica, 2015, pp. 1 ss..

¹⁷⁴ Per un attento inquadramento delle concessioni amministrative si faccia capo a B. MAMELI, *Concessioni amministrative*, in *Dizion. dir. pubbl.*, vol. II, 2006, pp. 1111 ss.; B. TONOLETTI, *Beni pubblici e concessioni*, Padova, Cedam, 2008.

sull'assunzione da parte del privato del rischio operativo, previsto nel comma 1, lett. *d*), dell'art. 174.

La definizione recentemente introdotta qualifica, infatti, il partenariato pubblico-privato come una «*operazione economica*»¹⁷⁵ nella quale ricorrono determinate condizioni ossia: l'instaurazione di un rapporto contrattuale di lungo periodo tra operatori economici privati ed ente concedente; la copertura finanziaria connessa alla realizzazione del progetto proveniente dalla parte privata e, infine, che la pubblica amministrazione identifichi gli obiettivi e ne verifichi l'attuazione da parte dell'operatore economico il quale si assume anche il rischio operativo¹⁷⁶.

Da queste premesse, appare, quindi del tutto evidente che i contratti di appalto non possono essere riconducibili alla nozione di partenariato, stante l'assenza di qualsiasi forma di volontà collaborativa diretta a realizzare una comune iniziativa e considerato che il coinvolgimento economico del privato concerne solitamente la sola fase esecutiva del contratto. Infatti, il contratto di appalto cristallizza gli opposti interessi delle due parti, che rimangono sostanzialmente distinti anche nel corso dell'esecuzione e fino alla definitiva estinzione del rapporto; il rischio per il privato è solo operativo e la programmazione, l'attivazione delle procedure e la loro successiva gestione sono di esclusiva competenza delle stazioni appaltanti¹⁷⁷.

Il partenariato pubblico-privato, dunque, anche nel nuovo testo codicistico viene rappresentato in termini molto ampi come una sorta di

¹⁷⁵ Sull'ambiguità giuridica di tale definizione si veda A. GIOVANNINI, *Il partenariato pubblico-privato nel nuovo codice dei contratti pubblici. Prime impressioni*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2023; allo stesso modo anche S. VALAGUZZA, *Commento all'art. 174, cit.*, p. 820.

¹⁷⁶ Art. 174, comma 1, d.lgs. n.36/2023.

¹⁷⁷ C. CHIARELLO, *Il partenariato per l'innovazione*, in *Giustamm.*, n. 2/2016.

fenomeno di cooperazione fra il settore pubblico e gli operatori economici privati nella realizzazione di un'attività che mira a coniugare un comune interesse delle parti¹⁷⁸.

Non sorprende, pertanto, come da tale definizione, dai confini ampi ed elastici, possano corrispondere diversi strumenti contrattuali utilizzabili. Invero, la tipizzazione del legislatore di un novero di figure ascrivibili a tale nozione, come nel caso dei tipi di contratto indicati nel comma 3 ovvero della concessione (art. 176 ss.), della locazione finanziaria (art. 196), e del contratto di disponibilità (art. 197), non priva l'amministrazione, in conformità con il principio di autonomia contrattuale di cui all'art. 8 del Codice, di stipulare contratti atipici che presentino i contenuti essenziali e le caratteristiche proprio di tale modello, palesando, dunque, il carattere aperto della figura¹⁷⁹.

Dubbi si registrano pertanto quanto alla natura del partenariato per l'innovazione e, in particolare, alla possibilità di iscriverlo o meno all'interno della categoria del partenariato pubblico-privato. Parte della dottrina¹⁸⁰, seppur minoritaria, non ha mancato di sottolineare come la durata relativamente lunga della collaborazione tra *partner* pubblico e privato faccia ricondurre l'istituto in discussione alla più ampia e

¹⁷⁸ Già nel Libro verde del 2004 la Commissione dell'Unione Europea ha ricondotto nella nozione di partenariato pubblico-privato una «serie eterogenea di forme di cooperazione tra le autorità pubbliche ed il mondo delle imprese che mirano a garantire il finanziamento, la costruzione, il rinnovamento, la gestione o la manutenzione di un'infrastruttura o la fornitura di un servizio».

¹⁷⁹ Così S. VALAGUZZA, *Commento all'art. 174, cit.*, p. 822; C. CONTESSA, *PPPC: modello generale, Trattato sui Contratti pubblici, V, Concessioni di lavori e servizi, partenariati, precontenzioso e contenzioso*, M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS (diretto da), 2025, pp. 114.

¹⁸⁰ Si fa riferimento a C. CHIARELLO, *Il partenariato per l'innovazione*, cit., p. 6.

generale categoria del partenariato pubblico-privato, segnatamente alla forma del partenariato di tipo istituzionalizzato¹⁸¹.

La ricostruzione prospettata, però, non sembra condivisibile in quanto dalla lettura dell'art. 75 del d.lgs. n. 36/2023, così come anche dalle disposizioni contenute nella disciplina europea, non si rinvergono elementi tali da poter ricondurre il partenariato per l'innovazione nell'alveo del partenariato pubblico-privato. Difatti, nonostante sia certamente evidente la sussistenza di una *partnership* tra amministrazione e privato, questa non appare sufficiente a ricondurre l'istituto innovativo al partenariato pubblico-privato, sia di tipo istituzionalizzato che di tipo contrattuale¹⁸². Infatti, se in ambedue i casi la sussistenza di una relazione di lungo periodo "lega" pubblico e privato, meno certa appare la stabilità della stessa, dato che al ricorrere di determinate condizioni l'amministrazione può porvi termine unilateralmente¹⁸³. Per di più, elemento discretivo essenziale è che nei partenariati per l'innovazione non si riscontra necessariamente l'assunzione del rischio in capo al privato, giacché lo scopo ultimo di tale procedura è proprio quello del diretto acquisto da parte della stazione appaltante dei beni e dei servizi sviluppati nel corso dei partenariati medesimi. Per tali ragioni, la questione sollevata sulla natura giuridica del partenariato per l'innovazione non può che avere come risposta quella di ricomprendere tale istituto all'interno del contratto di appalto, posto

¹⁸¹ Di questa idea C. LAMBERTI, S. VILLAMENA, *Nuove direttive appalti: "sistemi di selezione e "criteri di aggiudicazione"*, in *Urbanistica e appalti*, 9/2015; F. CINTOLI, D. IELO, *I profili soggettivi*, in *I contratti pubblici*, R. VILLATA, M. BERTOLISSI, V. DOMENICHELLI, G. SALA (a cura di), Milano, 2014, p. 279.

¹⁸² Opinione condivisa anche da C. PAGLIARIN, *Il partenariato per l'innovazione*, op. cit., p. 179; S. FANTINI, *Il partenariato per l'innovazione*, cit., p. 956.

¹⁸³ Secondo G. F. LICATA, *Nuove forme e nuove discipline*, cit., p. 436, nota 86, la circostanza secondo cui la norma attribuisce tale prerogativa alla sola amministrazione, ai sensi dell'art. 75, comma 5, non esclude che nei documenti contrattuali la stessa possa essere riconosciuta anche all'operatore economico privato.

che i rischi in capo alla parte privata sono solo relativi alla realizzazione del bene-servizio e non anche alla domanda, rischi questi ultimi che rimangono a carico dell'amministrazione¹⁸⁴.

In definitiva, l'elemento comune che emerge tra dette forme collaborative appare unicamente la necessità dell'equilibrio economico-finanziario, che assume un ruolo centrale sia nelle operazioni di partenariato pubblico-privato, quanto in quelle di partenariato per l'innovazione, dal momento che in entrambi i casi è concreto il rischio che, a causa della naturale asimmetria informativa tra partner pubblico e privato, si dia luogo a contratti con un forte sbilanciamento nell'allocazione dei rischi e delle relative responsabilità.

4.1 Alcune (prime) riflessioni di sintesi

Nessuna trattazione che abbia ad oggetto gli appalti innovativi può esimersi, in qualche modo, dal chiarire il rapporto che intercorre tra il partenariato per l'innovazione e l'appalto pre-commerciale, stante l'evidente parziale sovrapposizione delle due figure¹⁸⁵.

In effetti, in apparenza parrebbero due strumenti facilmente sovrapponibili, quantomeno in relazione all'attività di Ricerca e sviluppo. In realtà, come si è cercato di far notare, emergono una molteplicità di tratti distintivi, tra cui, il più radicale, è il differente

¹⁸⁴ In termini simili anche A. BARTOLINI, *L'innovazione nel Codice dei Contratti*, op. cit., p. 51, il quale indica come l'elemento discrezionale sia da individuare nell'allocazione del rischio in quanto nei contratti di appalto il rischio è a carico dell'amministrazione e nel caso delle concessioni, invece, è addossato al concessionario.

¹⁸⁵ Si veda anche C. PAGLIARIN, *Il partenariato per l'innovazione. La Pubblica amministrazione e l'iniziativa privata per l'innovazione*, in *Contratti pubblici e innovazione*, cit., pp. 165 ss.

rapporto con il mercato. Dal punto di vista prettamente teorico non appare, dunque, di facile comprensione quale sia la differenza, sempre che ve ne sia una¹⁸⁶, tra l'attività di Ricerca e sviluppo dell'appalto pre-commerciale e la medesima attività nel partenariato per l'innovazione. Occorre domandarsi, pertanto, quale sia la *ratio* di attivare una procedura di Ricerca e sviluppo “*pura*” in luogo del partenariato per l'innovazione. Una risposta a tale quesito sembrerebbe rinvenirsi all'interno della Guida redatta dalla Commissione europea sulla riforma degli appalti pubblici, che, alla scheda n. 9 dedicata alla innovazione, afferma che gli appalti pubblici pre-commerciali e il partenariato per l'innovazione sono due approcci alternativi che rispondono ad esigenze differenti, giacché il partenariato per l'innovazione è una procedura di gara che interessa sia la ricerca e lo sviluppo sia la commercializzazione su grande scala di prodotti finiti ed è soggetto alla direttiva appalti, mentre gli appalti pubblici pre-commerciali riguardano soltanto i servizi di ricerca e sviluppo e costituiscono una esenzione che esula dal campo di applicazione della direttiva, tanto che per il successivo acquisto di soluzioni innovative è necessario ricorrere a procedure di gara distinte, come la procedura aperta o il dialogo competitivo¹⁸⁷. Il partenariato per l'innovazione avrebbe ad oggetto soluzioni che sono quasi sul mercato o che sono già presenti ma in quantità scarse o comunque non soddisfano in pieno le esigenze pubbliche. Si tratta, invero, di casi in cui la gran parte dell'attività di Ricerca e sviluppo è già stata svolta, ma vi è la necessità di adattare la soluzione alle richieste del committente o ad ampliarne la produzione su larga scala. L'appalto pre-commerciale, invece, consente il finanziamento di una Ricerca di base anche priva di prospettive di

¹⁸⁶ M. COMBA, *op. cit.*, p. 58; L. BUTLER., *Innovation in Public procurement: Towards the “Innovation Union”*, in F. LICHERE, R. CARANTA, S. TREMUMER (a cura di), *Modernising Public Procurement: The New Directive*, 2014, p. 359.

¹⁸⁷ C. PAGLIARIN, *Il partenariato per l'innovazione*, cit., p. 166.

commercializzazione del prodotto, ma pur sempre funzionale al soddisfacimento di un interesse pubblico d'innovazione. Come è noto, infatti, non tutte le ricerche possono dare alla luce soluzioni commercializzabili, in special modo in relazione ad attività particolarmente complesse. Purtuttavia, non può trascurarsi il fatto che entrambe le procedure hanno come fine ultimo lo sviluppo di soluzioni non presenti sul mercato tanto che, vista la possibile sovrapposibilità delle procedure, può parlarsi di istituti in rapporto di continenza tra loro. Taluni, condivisibilmente, non hanno mancato di sostenere come non sarebbe stato scorretto prevedere un'unica cornice normativa in ragione della comune valorizzazione di una sinergia tra la sfera pubblica e quella privata¹⁸⁸. In ambedue le procedure, in effetti, l'amministrazione non è un mero committente che si rivolge al mercato per un semplice acquisto di beni o servizi, ma, di converso, si pone alla ricerca di un "partner" chiedendogli di condividere rischi e costi, ma anche benefici. Non può dimenticarsi, infatti, che l'imprenditore privato aderisce al "patto innovativo" per soddisfare un proprio interesse finanziando un'attività solo nelle ipotesi in cui sia valida economicamente e in grado di generare profitti. Pertanto, parrebbe più attraente, e dunque maggiormente agevole, per l'operatore privato aderire al partenariato per l'innovazione stante la possibilità di commercializzazione del bene a differenza della più rischiosa attività di Ricerca e sviluppo dell'appalto pre-commerciale¹⁸⁹, quest'ultima, invece, più appetibile agli Enti di Ricerca o agli incubatori delle Università alla caccia costante di fondi per le proprie attività di Ricerca.

¹⁸⁸ A. BLASINI, *Prime riflessioni in tema di appalto pre-commerciale*, in A. FIORITO (a cura di) *Nuove forme e nuove discipline del partenariato pubblico-privato*, 2017, p. 212

¹⁸⁹ C. PAGLIARIN, *Il partenariato per l'innovazione*, p. 183.

4. Altre modalità per l'acquisto di innovazione

Il nuovo Codice dei Contratti pubblici, così come il suo predecessore, sembrerebbe racchiudere la disciplina degli appalti innovativi ai soli partenariati per l'innovazione (art. 75) e appalti pre-commerciali (art. 135). In verità, utilizzando la Comunicazione recante “*Orientamenti in materia di appalti per l'innovazione*”¹⁹⁰ come bussola per orientarsi all'interno della disciplina codicistica, si comprende che vi sono altre norme che sono orientate all'innovazione¹⁹¹.

Peraltro, il d.lgs. n. 36/2023 non pare avvertire la distinzione tra appalti innovativi in senso “ampio” e in senso “ristretto”. Difatti, i primi sono da considerarsi come quelli in cui l'amministrazione cerca nel mercato innovazioni già presenti al fine di stimolare la crescita e lo sviluppo. I secondi, invece, sono quelli diretti a stimolare l'ideazione, la prototipazione e la messa in commercio di nuovi prodotti e nuovi servizi¹⁹².

Per quanto concerne gli appalti innovativi in senso ampio, la Commissione europea suggerisce, al Punto 4.2 della Comunicazione “*Orientamenti in materia di appalti per l'innovazione*”, di utilizzare una serie di procedure di appalto specifiche per soluzioni innovative tra le quali: la procedura competitiva con negoziazione, il dialogo competitivo.

Si tratta, in linea generale, di procedure di aggiudicazione la cui disciplina risiede all'interno della parte IV del libro II, agli articoli 70 e seguenti del d.lgs. n. 36/2023. Queste disposizioni si pongono come

¹⁹⁰ COM(2018) 3051 Final del 15 maggio 2018, *Orientamenti in materia di appalti per l'innovazione*.

¹⁹¹ Sul punto anche A. BARTOLINI, *L'innovazione nel Codice dei Contratti*, in *La riforma dei Contratti pubblici (D.lgs. 36/2023)*, cit., p. 50.

¹⁹² Per questa distinzione si rinvia ancora a A. BARTOLINI, op. cit., p. 51.

alternative alle procedure rigide e tradizioni (aperte e ristrette) e si caratterizzano per la loro flessibilità¹⁹³. Difatti, la complessità del contratto da aggiudicare, che rende impercorribile l'utilizzo delle rigide strade "ordinarie", ha spinto il legislatore a suggerire l'uso, in presenza di apposite condizioni, di procedure flessibili, che, in linea di principio, non dovrebbero porsi da ostacolo all'innovazione. In altri termini, le procedure flessibili si pongono come sussidiarie, accanto a quelle tradizionali, e possono essere attivate qualora queste ultime appaiano insufficienti a soddisfare le esigenze pubbliche¹⁹⁴.

Il Codice prevede diversi presupposti comuni per l'attivazione delle procedure flessibili quali, appunto, il dialogo competitivo e la procedura competitiva con negoziazione. In particolare, è previsto che tali procedure possono essere utilizzate quando *«l'appalto non può essere aggiudicato senza preventiva negoziazione a causa di circostanze particolari in relazione alla natura, complessità o impostazione finanziaria e giuridica dell'oggetto dell'appalto o causa dei rischi a esso connessi»*¹⁹⁵e, allo stesso tempo *«le specifiche tecniche non possono essere stabilite con sufficiente precisione dalla stazione appaltante»*¹⁹⁶. Pertanto, il fine della disposizione appare quello di arricchire, in ragione

¹⁹³ Le procedure ordinarie o rigide si caratterizzano per il fatto che l'oggetto del contratto è rigidamente predeterminato a monte dall'amministrazione senza riconoscere la possibilità agli operatori economici di poter contrattare con la stazione appaltante le condizioni o le caratteristiche del contratto. Le procedure flessibili, viceversa, si caratterizzano per il fatto di riconoscere agli operatori la facoltà di negoziare, sia in tutto che in parte, l'oggetto del contratto di realizzare.

¹⁹⁴ Art. 70, comma 3, lett. a), n. 1, d.lgs. 36/2023. Per un commento si rinvia a M. LEGGIO, Art. 70, *Procedure di scelta e relativi presupposti*, in R. VILLATA, M. RAMAJOLI (a cura di), *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, p. 360 ss.; C. CATALDI, Art. 70, *Procedure di scelta e relativi presupposti*, in *Le procedure ad evidenza pubblica. Soggetti, istituti e clausole comuni, scelta del contraente e svolgimento delle gare ex artt. 56-112 del d.lgs. 36/2023*, E. CARAVÀ (a cura di), Pisa, 2024, pp. 287 ss.

¹⁹⁵ Art. 70, comma 3, lett. a), n. 3, d.lgs. 36/2023.

¹⁹⁶ Art. 70, comma 3, lett. a), n. 4, d.lgs. 36/2023.

della complessità dell'appalto, le conoscenze della stazione appaltante anche in relazione al raggiungimento del risultato, di cui all'art. 1 del Codice.

Oltre alle condizioni di attivazioni di tali procedure, il legislatore si premura di dettare anche regole comuni. Tra queste, infatti vi è il divieto di rivelare le soluzioni proposte o ulteriori informazioni comunicate da un candidato nel corso delle negoziazioni del dialogo, salvo espresso consenso di quest'ultimo¹⁹⁷. Secondo una parte della dottrina¹⁹⁸ si tratta di negoziazioni che seguono il modello c.d. *chinese Wall*, dal momento che ciascuna soluzione proposta viene discussa in parallelo, senza poter utilizzare su un tavolo negoziale le informazioni acquisite su un altro tavolo negoziale.

Di seguito si cercherà di approfondire, per quanto di interesse, le diverse procedure flessibili per l'aggiudicazione di un contratto innovativo in senso "ampio" che l'art. 70 rimette alla discrezionalità dell'amministrazione circa l'individuazione della più adatta alle proprie esigenze¹⁹⁹.

5.1 La procedura competitiva con negoziazione

Le procedure negoziate trovano una loro definizione all'interno dell'art. 3, lettera h), comma 1, dell'Allegato I.1 al Codice. Secondo tale disposizione, «*le procedure negoziate sono le procedure di affidamento*

¹⁹⁷ Art. 70, comma 7, d.lgs. 36/2023.

¹⁹⁸ Sul punto G. FIDONE, *L'innovazione attraverso i contratti pubblici*, op. cit., p. 750 alla nota n. 52 richiama M. RICCHI, *Negoauction, discrezionalità e dialogo competitivo. Una teoria per l'affidamento dei contratti complessi di PPP*, 2007.

¹⁹⁹ La discrezionalità all'amministrazione rispetto alla scelta della procedura da utilizzare è sottolineata anche dal Consiglio di Stato nella Relazione Illustrativa, p. 111, nonché in dottrina da A. CANCRINI, F. VAGNUCCI, *Le procedure di scelta del contraente e la selezione delle offerte*, in *Giorn. dir. amm.*, 3, 2023, pp. 325 ss.; U. BALDI, E. A. L. DELBARBA, *Commento al nuovo codice appalti*, in *Urb. app.*, 2, 2023, pp. 158 ss.

in cui le stazioni appaltanti e gli enti concedenti consultano gli operatori economici da loro scelti e negoziano con uno o più di essi le condizioni del contratto». I due modelli principali previsti dal codice vigente sono rappresentati dall'art. 76 del d.lgs. n. 36/2023, che disciplina la procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando e dall'art. 73 che, per l'appunto, disciplina la procedura competitiva con negoziazione.

Quest'ultima rientra, al pari del dialogo competitivo, nell'ambito delle procedure di scelta del contraente di tipo flessibile²⁰⁰.

Tale istituto è stato introdotto dall'art. 29 della Direttiva 2014/24/UE in sostituzione della procedura negoziata previa pubblicazione del bando di gara. È proprio all'interno del considerando 42 della Direttiva sopramenzionata che si rinviene la *ratio* di tale tipologia di procedura volta a garantire alle amministrazioni aggiudicatrici di disporre di una maggiore flessibilità soprattutto *«in presenza delle ipotesi in cui non risulti che procedura aperta o ristrette senza negoziazione possono portare risultati di aggiudicazioni di appalti soddisfacenti come per i progetti innovativi, per l'esecuzione di importanti progetti di infrastruttura di trasporti integrati virgola di grandi reti informatiche o di progetti che comportano un finanziamento complesso e strutturato»*²⁰¹.

L'articolo 73 del d.lgs. n. 36/2023, comma 1, descrive la procedura competitiva con negoziazione come quella procedura in cui ogni operatore economico interessato può presentare domanda di partecipazione in risposta all'avviso di indizione di una gara emesso da

²⁰⁰ Si rinvia per alcuni commenti alla disposizione in questione a M. LEGGIO, *Art. 73, Procedura competitiva con negoziazione*, in op. cit., p. 375 ss.; M. MARTINELLI, *Commento all'Art. 73, Procedura competitiva con negoziazione*, in *Le procedure ad evidenza pubblica. Soggetti, istituti e clausole comuni, scelta del contraente e svolgimento delle gare ex artt. 56-112 del d.lgs. 36/2023*, cit., pp. 287 ss.; C. FERRARO, *Articolo 73- Procedura competitiva con negoziazione*, in *Codice dei contratti pubblici commentato*, L. R. PERFETTI, Milano, 2023, pp. 482 ss.

²⁰¹ Considerando n. 42 della Direttiva 2014/24/UE.

una pubblica amministrazione. Tale norma, introdotta già nel previgente Codice degli appalti pubblici, d.lgs. n. 50/2016, seppur con alcune minime differenze²⁰², al fine di favorire, tra l'altro, scambi transfrontalieri e garantire appalti soddisfacenti soprattutto nell'ipotesi in cui le amministrazioni non fossero in grado di definire, in maniera autonoma, i mezzi atti a soddisfare le proprie esigenze e di valutare ciò che il mercato può offrire in termini di soluzioni tecniche, finanziarie o giuridiche. La procedura in commento, infatti, al pari di altre, è particolarmente utile nel caso di *innovation procurement* poiché appunto consente una maggiore flessibilità e stimola la domanda pubblica per l'innovazione²⁰³. Ma non solo, partire da un'idea e arrivare all'offerta finale dopo diversi livelli di negoziazione di dialogo con gli operatori economici, valutando anche ciò che il mercato può offrire, potrebbe portare a risultati più soddisfacenti e più conformi alle necessità, così come rammentato dall'articolo 1 del decreto legislativo n. 36/ 2023.

La disciplina oggi dettata dal Codice, così come quella prevista all'articolo 29 della direttiva, tenta di contemperare due bisogni opposti: da un lato, quello di garantire l'efficienza dell'amministrazione e, dall'altro, quello di prevenire i rischi legati a un'eccessiva flessibilità negli strumenti per l'aggiudicazione dei contratti di appalto, al fine di evitare la compromissione della certezza del diritto e soprattutto il pericolo di abusi²⁰⁴. Tale contrapposizione, così come sottolineato in dottrina²⁰⁵, emerge con chiarezza dal considerando 45 della direttiva in questione, secondo cui la procedura competitiva con negoziazione deve essere

²⁰² Le uniche differenze riguardano lo spostamento di alcune previsioni in precedenza contenuta all'articolo 62, all'articolo 70 del nuovo codice dedicato in generale alle procedure di selezione del contraente.

²⁰³ M. COMBA, *Appalti pubblici per l'innovazione*, in op. cit., p. 179.

²⁰⁴ M. CAFAGNO, *Risorse decisionali e amministrazioni difensiva. Il caso delle procedure contrattuali*, in *Dir. amm.*, 1, 2020, pp. 35 ss.

²⁰⁵ M. LEGGIO, *Art. 73, Procedura competitiva con negoziazione*, p. 375.

sempre accompagnata da adeguate misure di salvaguardia volte a garantire l'osservanza dei principi di parità di trattamento e di trasparenza e, inoltre, dovrebbe essere sempre accompagnata dall'indicazione dei requisiti minimi che caratterizzano la natura dell'appalto che non possono essere modificati lungo il corso della gara. Si presume, però, così come è già stato evidenziato²⁰⁶, che l'amministrazione sia in grado non solo di comprendere quando l'esigenza non possa essere soddisfatta ricorrendo alle procedure ordinarie, ma sia anche in grado di individuare fin da subito i requisiti minimi degli operatori economici²⁰⁷.

Per quanto concerne l'*iter* procedurale, infatti, l'art. 73 prevede che la procedura si avvia a seguito dell'emissione di un avviso di indizione della gara contenente tutte le informazioni indicate nell'allegato II. 6, parte I, lett. *b)* o *c)*. Tutte le informazioni fornite devono essere sufficientemente precise al fine di consentire agli operatori economici di individuare sia la natura sia anche l'ambito dell'appalto e di decidere se partecipare alla procedura. La procedura competitiva con negoziazione condivide dei tratti distintivi anche con la procedura ristretta in quanto prevede anch'essa una fase di pre-qualificazione²⁰⁸. La sua peculiarità, però, risiede nel fatto che, successivamente alla presentazione delle offerte, l'amministrazione può negoziare individualmente con gli offerenti

²⁰⁶ L. TORCHIA, *La nuova direttiva in materia di appalti servizi e forniture nei settori ordinari*, in *Dir. amm.*, 2, 2015, pp. 291 ss.

²⁰⁷ Rispetto al dialogo competitivo, che sarà oggetto del prossimo paragrafo, la procedura competitiva con negoziazione presuppone un livello di consapevolezza più elevato in capo all'acquirente pubblico in quanto si richiede la sussistenza di un'idea circa la natura e l'oggetto del contratto.

²⁰⁸ Qualsiasi operatore economico, infatti, può presentare una domanda di partecipazione fornendo tutte le informazioni richieste dall'amministrazione. Solo gli operatori economici successivamente invitati dall'amministrazione a seguito delle valutazioni dell'informazioni esibite potranno presentare un'offerta iniziale la quale, per l'appunto, sono oggetto di negoziazioni.

invitati per adeguare le loro offerte alle esigenze previste dai documenti di gara²⁰⁹.

Tale procedura competitiva risulta utile anche in relazione ai contratti innovativi di nostro interesse. Invero, la Commissione europea ha più volte sottolineato²¹⁰ come tale procedura appaia adatta nell'ipotesi in cui il mercato presenti delle soluzioni innovative non immediatamente disponibili o comunque non adeguatamente conosciute dalla stazione appaltante. In tali casi, la procedura permetterebbe all'acquirente pubblico di negoziare il miglioramento degli elementi o delle condizioni della soluzione innovativa al fine di rispondere al meglio alle esigenze descritte nelle specifiche tecniche²¹¹.

In Italia, la procedura in questione, si pone in linea con gli altri strumenti per l'acquisto di innovazione, quanto allo scarso impiego. Se, infatti, in molti Stati dell'Unione europea si assiste ad un ampio e diffuso utilizzo, il nostro Paese dimostra un netto ritardo nell'utilizzato tali procedure²¹². Tuttavia, si tratterebbe di uno mezzo che, anche alla luce del già richiamato principio di risultato, dovrebbe trovare un più incisivo sviluppo proprio in ragione del fatto che il miglioramento del contenuto delle offerte, attraverso la fase tipica delle negoziazioni, risulta essere in grado di rendere l'aggiudicazione maggiormente appropriata al soddisfacimento dell'interesse pubblico alla cui cura è preposta l'attività della pubblica amministrazione.

²⁰⁹ In tal senso anche R. DIPACE, *Tipologie di procedimenti*, in *Il Nuovo Corso dei Contratti Pubblici*, S. FANTINI, H. SIMONETTI (a cura di), 2023, pp. 114 ss.

²¹⁰ Commissione Europea, Comunicazione del 6 luglio 2021, n. 2021, C/267/01

²¹¹ G. FIDONE, *L'innovazione attraverso i contratti pubblici*, *op. cit.*, p. 753.

²¹² Dal *Tenders Electronic Daily* (TED) si evince che in Italia nel 2024 la procedura competitiva con negoziazione è stata utilizzata 175 volte contro i 25 mila utilizzi da parte della Germania e 6 mila da parte della Francia.

5.2 Dialogo competitivo

Il dialogo competitivo, quale procedura flessibile e innovativa, non affonda le sue radici nella tradizione domestica ma trae la sua origine all'interno dell'art. 29 della Direttiva 2004/18/CE²¹³, oggi trasposto nell'art. 30 della Direttiva 2014/24/UE. Sin dalla sua introduzione è apparso per la Commissione europea strumento utile e strategico per l'affidamento di contratti complessi come, ad esempio, per il partenariato pubblico-privato²¹⁴. Nel diritto interno la disciplina dell'istituto dialogico la si trova all'interno dell'art. 74 del Codice dei Contratti pubblici, il quale se, da un lato, può apparire per molti aspetti ripetitiva dell'art. 64 del Codice previgente, dall'altro presenta alcune rilevanti novità²¹⁵.

L'istituto nasce con una finalità ben precisa e la mantiene anche nella disciplina vigente, ossia quella di bilanciare il rispetto dei principi posti in materia di tutela della concorrenza con l'esigenza di trovare un "luogo" idoneo ove svolgere un dialogo preventivo tra amministrazione

²¹³ La Direttiva riconosceva l'istituto come strumento in grado di assicurare all'amministrazione la flessibilità e l'elasticità necessaria alla realizzazione di opere che non potrebbero essere realizzate senza il ricorso alle competenze innovative degli operatori privati; allo stesso modo, però, la norma segnalava il mantenimento necessario del rispetto del principio di concorrenza che potenzialmente poteva essere leso nell'utilizzo di una procedura non specificatamente delimitata. Sull'origine del dialogo competitivo si rinvia, tra i molti, a M. BRASSON, *Quando le stazioni appaltanti ricorrono a soluzioni innovative: dialogo competitivo e servizi di Ricerca e sviluppo*, in *Contratti pubblici e innovazione*, cit., pp. 88 ss.

²¹⁴ Si veda, ad esempio, il libro verde «relativo ai partenariati pubblico privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni» del 30 aprile 2004, come richiamato anche da G. FIDONE, *L'innovazione attraverso i contratti pubblici*, op. cit., p. 753, nota 65.

²¹⁵ Per un commento alla norma si rinvia a M.M. CAFAGNO, M. BARBERA, *Art. 74, Dialogo competitivo*, in R. VILLATA, M. RAMAJOLI (a cura di), *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, cit., pp. 379 ss.; R. PANDISCIA, S. D'IMPERIO, *Commento all'art. 74, Dialogo competitivo*, in *Le procedure ad evidenza pubblica. Soggetti, istituti e clausole comuni, scelta del contraente e svolgimento delle gare ex artt. 56-112 del d.lgs. 36/2023*, cit., pp. 322 ss.

appaltante e operatori economici con il fine di individuare, tra le tante soluzioni complesse e ad oggetto incognito, la migliore possibile utile a raggiungere maggiormente il soddisfacimento dell'interesse pubblico sotteso alla procedura di gara.

Il presupposto di tale istituto, come si è già visto, al pari della procedura competitiva con negoziazione, è da rinvenirsi nell'asimmetria informativa che caratterizza il rapporto tra la stazione appaltante e gli operatori privati. In altri termini, la situazione di partenza è quella nella quale l'amministrazione ha individuato chiaramente le sue esigenze ma non dispone degli strumenti idonei a perseguirle in quanto necessitano di soluzioni innovative, e dunque non note, tali da non poter renderle soddisfatte con le consuete procedure di aggiudicazione, anche in relazione a sottese esigenze di dialogo e confronto con gli operatori economici circa la definizione di specifiche tecniche altrimenti non individuabili²¹⁶.

L'intento del Legislatore del 2023, così come desumibile anche dalla Relazione illustrativa al Codice, è stato essenzialmente quello di perfezionare il coordinamento con la Direttiva 2014/24/UE. Pertanto, alcune novità introdotte rappresentano il frutto di esigenze chiarificatorie come, ad esempio, la modifica di uno dei presupposti per il ricorso al dialogo competitivo di cui all'art. 70, comma 3, lett. a), n. 1, nel quale si precisa che è possibile l'affidamento di contratti di servizi, lavori o forniture, *«quando le esigenze della stazione appaltante perseguite con l'appalto non possono essere soddisfatte con le altre procedure»*. In

²¹⁶ F. SCARAMUZZA, *Il Dialogo competitivo*, in *Commentario al Codice dei Contratti pubblici*, M. CLARICH (a cura di), cit., p. 495 ss. Sul punto anche T.A.R. Sardegna, sez. I, 11 marzo 2025, n. 231, secondo cui «il suo presupposto legittimante si rinviene nella complessità dell'appalto da aggiudicare o nella presenza di situazioni di oggettiva impossibilità per le pubbliche amministrazioni di definire “i mezzi atti a soddisfare le loro esigenze o di valutare ciò che il mercato può offrire in termini di soluzioni tecniche e/o di soluzioni giuridiche/finanziarie”»

precedenza, invece, il Codice imponeva che le esigenze pubbliche non potessero essere soddisfatte «*senza adottare soluzioni immediatamente disponibili*»²¹⁷.

Di notevole rilevanza appare, inoltre, la scomparsa nella nuova formulazione dell'obbligo motivare in ordine al ricorso alla procedura con il fine di equiparare le procedure flessibili con quelle vincolate, in un'ottica di maggiore omogenizzazione della disciplina, e, dunque, senza comportare differenziazioni nei confronti degli altri procedimenti²¹⁸.

Del tutto inedita rispetto alla precedente formulazione è la previsione del comma 4, dell'art. 74, che pare concedere all'amministrazione maggiore flessibilità in quanto prevede la possibilità di consultare, in via preliminare, gli operatori economici selezionati per discutere sul contenuto potenziale della documentazione di gara e delle modalità di svolgimento della stessa con l'esplicita facoltà prevista in capo ai privati di recedere dal dialogo avviato entro i trenta giorni successivi.

Tale previsione giova, a parere di chi scrive, allo stesso tempo sia all'operatore economico, sia all'amministrazione. Difatti, evita ai soggetti privati di rimanere vincolati ad una gara per la quale non hanno realmente interesse, in relazione alle condizioni economiche o alle possibilità tecniche. Inoltre, consente anche all'amministrazione di dialogare solo con gli operatori economici che sono effettivamente in grado di soddisfare l'interesse pubblico²¹⁹. Infine, tale previsione si pone con l'intento di bilanciare le posizioni della parte privata e dell'amministrazione, in quanto oggi viene concesso agli operatori economici di valutare *in itinere* il loro interesse al pari di quanto

²¹⁷ Art. 59, comma 2, lett. a), n. 1, d.lgs. n. 50/2016

²¹⁸ Tale obbligo era dovuto in precedenza dall'art. 64 d.lgs. 50/2016. Permane oggi l'obbligo, sancito dall'art. 70 del Codice, di indicare la ricorrenza degli obiettivi presupposti che giustificano l'avvio del dialogo.

²¹⁹ Questa osservazione è condivisa anche da R. PANDISCIA, S. D'IMPERIO, cit., p. 331.

accordato dalla L. n. 241 del 1990, in relazione al potere di revoca del bando in autotutela²²⁰.

5.2.1 La procedura contrattuale

Quanto all'articolazione procedimentale, il dialogo competitivo rappresenta una modalità di scelta del contraente suddivisa in una pluralità di fasi.

Nella prima fase, di carattere dialogico che ne costituisce la peculiarità tanto da determinarne la denominazione, l'acquirente pubblico è chiamato dapprima a descrivere le esigenze che intende soddisfare mediante la procedura di gara. In attuazione al principio del *favor participationis* qualsiasi operatore interessato può chiedere di partecipare al dialogo in risposta al bando o all'avviso di indizione della procedura²²¹. Una volta pervenute le richieste di partecipazione, le stazioni appaltanti, in seguito ad una compiuta valutazione delle informazioni messe a disposizione degli interessati operatori economici, decide quali imprese invitare a prendere parte alla procedura²²². Dopo una fase eventuale di consultazione preliminare (art. 74, comma 4), si avvia il dialogo con il fine di individuare e definire con dettaglio gli strumenti più idonei a soddisfare l'esigenza pubblica.

Durante il dialogo, così come deve avvenire in linea principio per tutte le negoziazioni, le stazioni appaltanti devono garantire la parità di trattamento di tutti i partecipanti e, a tal fine, non sono tenute a fornire informazioni che possano in qualche modo avvantaggiare alcuni partecipanti rispetto ad altri.

²²⁰ Si veda la Relazione illustrativa al Codice, p. 115

²²¹ Ai sensi dell'art. 74, comma 2, il termine minimo per la ricezione delle domande di partecipazione è di trenta giorni.

²²² Secondo il Codice, occorre invitare almeno tre operatori economici.

Una volta portato a termine il dialogo si apre la seconda fase concernente la valutazione delle offerte formulate in ordine alle soluzioni proposte durante la fase dialogica²²³. A tal proposito, l'amministrazione ha la facoltà di richiedere il chiarimento, le precisazioni o il perfezionamento di talune informazioni, senza però che si modifichino gli aspetti essenziali dell'offerta.

La stazione appaltante, da ultimo, sceglie l'offerta economicamente più vantaggiosa, in applicazione dei criteri stabiliti in avvio della procedura.

Individuata l'offerta è consentito ancora una volta procedere ad un'ultima rinegoziazione delle condizioni contrattuali unicamente *«per confermare gli impegni finanziari o altri contenuti dell'offerta attraverso il completamento delle clausole del contratto»*²²⁴.

Va infine evidenziato, che né le disposizioni nazionale né quelle sovranazionali chiariscono le modalità concrete di svolgimento del dialogo. A tal proposito, il giudice amministrativo di recente ha sottolineato come appare evidente che *«la procedura in esame esalta il potere discrezionale dell'amministrazione, le affida il compito e il potere di interloquire con gli operatori economici, tanto nella prima fase, quanto nella seconda, seppur in quest'ultima, ovviamente, non vi è dubbio che tale potere sia meno pervasivo e debba essere letta con particolare attenzione la clausola citata che limita il potere della p.a. di richiedere, in particolare, perfezionamenti delle offerte presentate»*²²⁵. In dottrina²²⁶, è stato evidenziato come nonostante il silenzio del legislatore

²²³ Tale invito, secondo il giudice amministrativo, riflette fisiologicamente gli esiti del dialogo svolto a monte con tutti gli operatori economici che avevano chiesto di partecipare alla procedura a seguito del bando. T.A.R. Sardegna, sez. I, 11 marzo 2025, n. 231

²²⁴ Art. 74, comma 7, d.lgs. n. 36/2023

²²⁵ T.A.R. Sardegna, sez. I, 11 marzo 2025, n. 231

²²⁶ M.M. CAFAGNO, M. BARBERA, *Art. 74*, cit., p. 385.

si possano trarre talune indicazioni. In particolare, la forma scritta appare imprescindibile al fine di dare traccia delle condotte tenute nel concreto dall'amministrazione, nel rispetto del principio di parità di trattamento nei confronti dei diversi operatori privati. Inoltre, è stato evidenziato, come non possono escludersi a priori talune tipologie di confronto (es. dialoghi bilaterali, multilaterali ecc.) dal momento in cui il legislatore né le indica né, tantomeno, si preoccupa di escluderle. La discrezionalità dell'amministrazione, dunque, si sostanzia anche nella scelta del sistema di interlocuzione che risulti in concreto il più adatto, purché tuteli la riservatezza delle informazioni dei partecipanti, assicurando che la diffusione del contenuto delle stesse sia sempre procedura dall'assenso del titolare.

Al pari degli altri istituti approfonditi, costituisce un dato di fatto che, soprattutto in Italia, il dialogo competitivo è stato scarsamente utilizzato. Anche i precedenti giurisprudenziali testimoniano una limitata fortuna dell'istituto quanto al suo spazio di impiego pratico²²⁷. Nel capitolo successivo si cercherà di esaminare alcune possibili ragioni, oltre alla evidente complessità della disciplina, della «*desuetudine all'impiego*»²²⁸. Tuttavia, grazie alla sua particolarità l'istituto rappresenta tutt'ora, nella speranza del legislatore italiano ma anche europeo, un mezzo per rispondere alle esigenze innovative dell'amministrazione tanto particolari quanto complesse che rischierebbero di non trovare mai una realizzazione con una inaccettabile contrazione dell'interesse pubblico.

²²⁷ T.A.R. Lombardia, sez. I, 1° giugno 2016, n. 318; ,. Marche, sez. I, decreto 1° dicembre 2016, n. 336; T.A.R. Piemonte, sez. I, 20 dicembre 2018, n. 1364. Più di recente, come si è già visto, T.A.R. Sardegna, sez. I, 11 marzo 2025, n. 231.

²²⁸ M.M. CAFAGNO, M. BARBERA, *Art. 74*, cit., p. 382.

Capitolo III

Appalti per l'innovazione: ostacoli e prospettive

SOMMARIO: 1) Questioni trasversali; 2) La disciplina della proprietà intellettuale negli appalti innovativi; 2.1.) (*segue*) Il rapporto tra appalti innovativi e aiuti di Stato; 3) La flessibilità procedimentale come ostacolo per l'innovazione; 4) Lo scarso utilizzo degli appalti innovativi, un problema di burocrazia difensiva? Un possibile aiuto dalla Corte dei conti; 4.1) La (*possibile*) via degli incentivi: strategie per aggirare l'*impasse* burocratico-difensivo; 5) Organizzazione amministrativa e innovazione: il *deficit* delle competenze. Una necessaria "professionalizzazione" degli acquirenti pubblici; 6) Contratti pubblici per l'innovazione e logica dell'attività amministrativa: il problema dell'immediatezza. 7) Un bilancio sulle capacità innovative delle stazioni appaltanti

1. Questioni trasversali.

Il prosieguo di questo lavoro si articolerà in tre ulteriori momenti di riflessione condivisa tra gli istituti precedentemente descritti. Nel paragrafo successivo l'attenzione sarà rivolta all'individuazione di

specifici profili riguardanti la rilevanza della tutela dei diritti di proprietà intellettuale in relazione all'appalto pre-commerciale e al partenariato per l'innovazione, con l'obiettivo di evidenziare alcune criticità connesse alla tutela della concorrenza, in particolare con riferimento alla disciplina degli aiuti di Stato nei settori dell'innovazione e della ricerca. In conclusione, verranno formulati alcuni rilievi finali sugli ostacoli che possono limitare l'effettivo utilizzo degli strumenti di *innovation procurement*, insieme alla proposta di possibili soluzioni e prospettive di miglioramento.

2. La disciplina della proprietà intellettuale negli appalti innovativi

Come già emerso, particolarmente complessa è la gestione dei diritti brevettuali scaturenti dall'attivazione delle procedure d'appalto innovative. Questo in quanto il quadro giuridico italiano non presenta uno scenario uniforme e, allo stesso modo, non risulta esistente alcun riferimento specifico con riguardo alle opere commissionate a seguito dell'indizione di un appalto innovativo²²⁹.

Riflessioni comuni possono essere compiute sia se si faccia riferimento alla procedura commerciale, di cui all'art. 75, o a quella pre-commerciale, la cui disciplina risiede nell'art. 135, comma due, del Codice.

Partendo proprio da quest'ultima procedura, si è detto che, tranne in casi specifici (ad esempio in settori legati alla difesa o alla sicurezza che esigono la segretezza dei dati), sussiste l'obbligo di condivisione dei rischi e dei benefici delle attività di Ricerca e sviluppo oggetto di appalto,

²²⁹ L'appalto in questione, infatti, non è dotato necessariamente delle caratteristiche richieste dall'art. 11, L. n. 663/1941 per il conferimento del diritto d'autore alle «*amministrazioni dello Stato, alle province e ai comuni [...] sulle opere create e pubblicate sotto il loro nome e a loro spese*».

il che presuppone che l'amministrazione appaltante rinunci allo sviluppo esclusivo e condivida i risultati dell'attività svolta con altre amministrazioni o altre imprese. Il fine ultimo, come si è già evidenziato, è quello di allineare quanto più possibile gli incentivi di entrambe le parti dell'appalto pre-commerciale. Il principio circa la condivisione dei rischi e benefici, oggetto dell'appalto pre-commerciale e che assurge a condizione d'uso degli stessi, vale anche per ciò che concerne l'allocatione dei diritti di proprietà intellettuale (d'ora in avanti anche DPI) che sorgano a seguito delle attività di Ricerca e sviluppo²³⁰. A tal proposito, dalla Comunicazione della Commissione europea del 2021²³¹ si evince l'importanza di definire clausole chiare in materia di diritti di proprietà intellettuale che possono naturalmente nascere dagli appalti pubblici di beni o servizi innovativi²³². Appare evidente che tali diritti costituiscano una risorsa preziosa e siano in grado di incidere sull'attrattività degli appalti in questione. È importante, quindi, che all'interno della documentazione di gara l'acquirente pubblico definisca l'attribuzione dei DPI, tenendo conto dei diversi interessi in gioco. Difatti, dalla cornice tratteggiata dall'Unione, seppur in un atto di *soft law*, viene suggerito agli Stati membri di considerare la possibilità di lasciare ai contraenti privati la titolarità di gran parte dei diritti di proprietà intellettuali, salvo che non siano in gioco, come già sottolineato interessi pubblici rilevanti. In particolare, la Commissione, traendo

²³⁰ Per una trattazione completa sul tema si veda M. BIANCHINI, *La rilevanza del diritto di proprietà intellettuale e della concorrenza nella dinamica degli appalti (pubblici) pre-commerciali*, cit., pp. 529 ss.; G. FIDONE, *L'innovazione attraverso i contratti pubblici*, cit., p. 774 ss.

²³¹ Comunicazione della Commissione europea, 6 luglio 2021, 2021/C/267, *Orientamenti in materia di appalti per l'innovazione*, pp. 43 ss.

²³² Il legislatore italiano, in attuazione dell'art. 42 della Direttiva 2014/24/UE, nell'allegato II.5 al codice dei contratti pubblici, alla parte II «specifiche tecniche», prevede all'art. 2 che «*le specifiche tecniche possono indicare [...] il trasferimento dei diritti di proprietà intellettuale*»

spunto dal modello americano elaborato nel 1980 con il *Bayh-Dol Act*²³³, ha cercato di stigmatizzare la prassi (sino ad allora in uso) degli acquirenti pubblici europei di «reprimere l'innovazione tenendo per sé i diritti di proprietà intellettuale senza un motivo legittimo²³⁴». Difatti, l'amministrazione contraente, poiché si fa carico dei costi, spesso ha ritenuto di aver diritto all'allocazione integrale dei DPI. Tuttavia, emergono dei netti svantaggi idonei a porsi da freno all'innovazione così comportando una perdita di efficienza complessiva della procedura²³⁵. Il terreno dei diritti di proprietà intellettuale, quindi, risulta strategico per il raggiungimento del fine pubblico a cui la procedura innovativa tende. È proprio qui, infatti, che si farà attuazione dell'obbligo di compartecipazione dei rischi, quali ad esempio quelli di brevettazione o derivanti dalla difesa dei DPI e dalle responsabilità ad essi relative, e ai corrispettivi benefici, quali quello dello sfruttamento patrimoniale dell'invenzione da parte sia dell'acquirente pubblico, sia delle imprese private²³⁶, pur sempre assicurandosi che il servizio di Ricerca e sviluppo fornito dall'operatore privato venga completamente remunerato.

In linea generale può dirsi che nel contesto degli appalti pre-commerciali, diversamente dal caso del partenariato per l'innovazione²³⁷,

²³³ Tale modello nel prevedere, a seguito di una gara pubblica, il conferimento automatico dei DPI all'attore privato, ha avuto il pregio di favorire la ripresa economica dopo la crisi del 1970. Sul punto anche B. BALDINI, *La disciplina della proprietà intellettuale nell'ambito degli appalti innovativi: i criteri guida per le amministrazioni pubbliche*, in *Il diritto industriale*, 6/2023, p. 574, nota 45.

²³⁴ Comunicazione della Commissione europea, 6 luglio 2021, 2021/C/267, *Orientamenti in materia di appalti per l'innovazione*, pp. 43.

²³⁵ Infatti, tanto maggiore sarà il valore monetario dei DPI attribuito all'impresa, tanto minore dovrà essere il contributo richiesto all'amministrazione per l'espletamento dell'attività.

²³⁶ M. BIANCHINI, *La rilevanza del diritto di proprietà intellettuale e della concorrenza nella dinamica degli appalti (pubblici) pre-commerciali*, cit., p. 550.

²³⁷ L'art. 31, par. 6, comma 3, della Direttiva 2014/24/UE lascia la libertà di provvedere all'allocazione dei DPI secondo quelle che di volta in volta saranno le dinamiche del

gli appaltatori aggiudicatari tratterranno in misura maggiore la titolarità dei diritti di proprietà intellettuale, mentre, appunto, il committente pubblico manterrà alcuni diritti di libero utilizzo o la facoltà di dare licenza a terzi rispetto all'innovazione frutto della medesima procedura²³⁸. In termini concreti, l'imprenditore potrà sfruttare i diritti di proprietà intellettuale derivanti dall'appalto innovativo acquisendo anche una sorta di *leadership* – nazionale o internazionale – nel nuovo mercato. D'altra parte, l'operatore pubblico avrà il beneficio di poter usare liberamente l'innovazione derivata dalla commessa per sé o per altre articolazioni pubbliche che condividano le medesime esigenze. Il conferimento a titolo gratuito della licenza d'uso si fonda, pertanto, sull'idea di incentivare il riuso del risultato della ricerca all'interno delle pubbliche amministrazioni anche in un'ottica di trasparenza.

In sintesi, le possibilità di scelta sulle modalità di allocazione dei DPI possono essere tre: la prima è che l'acquirente pubblico ne richieda il trasferimento a sé stesso²³⁹; la seconda è che i diritti in questione restino al privato-innovatore e, da ultimo, che gli stessi possano essere suddivisi tra amministrazione e contraente privato²⁴⁰.

In conclusione, però, va sottolineato che, ove avvenga la distribuzione dei DPI, questa debba risultare congrua al valore di mercato degli stessi senza distorcere la concorrenza. Infatti, occorre evitare di conferire

mercato relativo all'oggetto dell'attività di innovazione richiesta dalla pubblica amministrazione.

²³⁸ *Ibidem*, p. 551

²³⁹ In tal senso in dottrina è stato sottolineato, in maniera condivisibile, che l'onere di intera retribuzione del servizio prestato dall'impresa è idoneo ad escludere la riserva dei DPI in seno alla stazione appaltante. Difatti, «*se l'innovazione restasse nella piena proprietà dell'amministrazione e il privato non avesse modo di sfruttarla successivamente, il processo sarebbe destinato a conoscere uno stallone*». In questi termini M. DELSIGNORE, M. RAMAJOLI, *Gli appalti pubblici pre-commerciali*, cit. p. 353.

²⁴⁰ Di questa idea anche G. FIDONE, *L'innovazione attraverso i contratti pubblici*, cit., p. 777 ss.

vantaggi eccessivi ed ingiusti all'imprenditore impedendo così alla pubblica amministrazione di rivolgersi ad eventuali altre imprese per eventuali soluzioni alternative o, finanche, integrative e migliorative²⁴¹.

Le medesime considerazioni sopraesposte possono certamente essere riferite anche all'istituto di cui all'art. 75 d.lgs. n. 36/2023. Difatti, le indicazioni della Commissione europea si riferiscono alla generalità degli appalti innovativi. Anche in questo caso, la disciplina in materia di DPI appare scarna²⁴². In verità, per ciò che concerne il partenariato per l'innovazione vi è stato un vero recepimento sia delle istruzioni del legislatore europeo, sia dell'art. 31 della Direttiva 2014/24/UE, in quanto già nel testo previgente, e in particolare all'art. 65, comma 9, del d.lgs. n. 50/2016, vi era l'esplicita previsione in capo all'amministrazione di dover dettagliare nella documentazione di gara il regime applicabile ai diritti di proprietà intellettuale. Tale circostanza, seppur non successivamente riproposta nella disciplina del partenariato dell'innovazione trova richiamo all'art. 70, comma 7, il quale rimette all'amministrazione, nelle previsioni contenute nel bando di gara, la scelta di riservarsi o meno i diritti sulla soluzione innovativa.

²⁴¹ Si vuole evitare le c.d. situazioni di *lock in* e/o di *hold-up*. A tal proposito E. IOSSA, F. BIAGI, P. VALBONESI, *Pre-commercial procurement, procurement of innovative solutions and innovation partnership in the EU: rationale and strategy*, in *Economics of innovation & New Technology*, 27/2018, pp. 737; anche M. BIANCHINI, *Il pre-commercial procurement contract, al crocevia fra disposizioni speciali del diritto degli appalti pubblici cc.dd. innovativi e le dinamiche pro-concorrenziali della contrattazione di impresa*, in *Contratto e impresa*, 4/2022, p. 1079 ss.

²⁴² In dottrina è stata riscontrata la criticità insita in uno strumento che non definisce con precisione il regime applicabile agli accordi di gestione dei DPI e che anzi lascia ampio margine agli Stati membri di regolamentare la prassi in modo diversificato tra loro dando luogo a potenziali divergenze applicative. Sul punto O. S. PANTILIMON VODA, *Innovative and sustainable procurement: framework, constraints and policies*, in C. BOVIS, *Research Handbook on EU Public Procurement Law*, p. 222.

La regolamentazione dei diritti di proprietà intellettuale negli appalti innovativi evidenzia, infine, la complessità di un equilibrio strutturalmente instabile: quello tra l'esigenza pubblica di garantire la più ampia disseminazione dei risultati della ricerca e l'interesse privato a sfruttarne economicamente i benefici. L'allocazione dei DPI, infatti, non rappresenta soltanto una questione tecnico-giuridica, ma si colloca all'incrocio tra politiche di innovazione, disciplina della concorrenza e regole sugli aiuti di Stato. In tale prospettiva, le scelte normative e applicative devono evitare tanto il rischio di un'eccessiva privatizzazione della conoscenza, che ne ridurrebbe l'impatto sistemico, quanto quello di un'eccessiva apertura che finirebbe per disincentivare gli operatori economici dall'investire in ricerca e sviluppo. È proprio in questa tensione che si misura l'effettiva capacità degli appalti innovativi di fungere da leva strategica per l'innovazione. Difatti, l'allocazione dei diritti di proprietà intellettuale negli appalti innovativi non è mai una questione meramente tecnica, ma si intreccia con il più ampio tema della compatibilità con la disciplina europea sugli aiuti di Stato. È ormai acquisito che un trasferimento esclusivo e gratuito dei diritti all'operatore economico possa tradursi in un vantaggio selettivo, tale da configurare un sostegno indiretto in violazione dell'art. 107 TFUE. Di contro, modelli che prevedono forme di co-titolarità, licenze non esclusive o una remunerazione proporzionata alla rinuncia dell'amministrazione ai propri diritti appaiono più coerenti con le logiche concorrenziali, in quanto scongiurano la cristallizzazione di posizioni dominanti e favoriscono la diffusione dei risultati della ricerca. L'attenzione al regime dei DPI diviene, dunque, una variabile essenziale per verificare se l'intervento pubblico si limiti a svolgere una funzione catalizzatrice della domanda di innovazione, legittima anche alla luce della Comunicazione della Commissione 2014/C 198/01, oppure se, al contrario, si risolva in un sostegno surrettizio all'impresa privata. Ne deriva che proprio

l'assetto dei DPI costituisce uno degli indicatori più rilevanti per misurare la sottile linea di confine tra incentivazione lecita dell'innovazione e distorsione del mercato.

2.1. (segue) Il rapporto tra appalti innovativi e aiuti di Stato

A questo punto della trattazione, appare opportuno inserire un ulteriore tassello nel quadro degli appalti innovativi e, cioè, quello rappresentato dal dovere di rispettare le regole poste a presidio del divieto di aiuti di Stato²⁴³, la cui disciplina risiede, principalmente, nell'art. 107 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (TFUE)²⁴⁴.

²⁴³ Sul tema, Commissione Europea, Comunicazione della Commissione 2021/C 305/01, *Modernizzazione degli aiuti di Stato dell'UE*. In dottrina, per tutti, M. BIANCHINI, *La rilevanza del diritto di proprietà intellettuale e della concorrenza nella dinamica contrattuale degli appalti (pubblici) pre-commerciali*, cit., pp. 561 ss.; M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza dell'Unione europea*, Milano, 2014, pp. 573 ss.; M. LIBERTINI, *Gli aiuti pubblici alle imprese e l'ordinamento italiano*, in *Concorr. Mercato*, 2013, pp. 825 ss.; M. LIBERTINI, *Gli aiuti pubblici alle imprese e il diritto comunitario della concorrenza*, in AA.VV., *Studi in onore di Giuseppe Auletta*, Milano, 1988, vol. I, p. 271 ss.; A. SANTA MARIA, *European Economic Law*, 3^a ed., Alphen aan der Rijn, 2014, spec. pp. 470 ss.; M. EBNER, A. GAMBARO, *La nozione di Aiuto di Stato*, in *Concorrenza e Aiuti di Stato-un osservatorio sulla prassi comunitaria*, A. SANTA MARIA (a cura di), Giappichelli, Torino, 2000. Di recente, G. SIERPIONE, *La disciplina degli aiuti di Stato*, in *Diritto antitrust*, a cura di A. CATRICALÀ, C. E. CAZZATO E F. FIMMANO', Milano, 2021, pp. 1111 ss..

²⁴⁴ Come noto, a norma dell'articolo 107, paragrafo 1, del TFUE, sono incompatibili con il mercato interno, nella misura in cui incidono sugli scambi tra Stati membri virgola e aiuti concessi dagli Stati, ovvero mediante risorse statali dico sotto qualsiasi forma che, favorendo talune imprese o talune produzioni, falsano o minacciano di falsare la concorrenza. G. FONDERICO, *L'amministrazione razionalizzata. Disciplina degli Aiuti di Stato e attività amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2022.

Come evidenziato in precedenza, i diritti di proprietà intellettuale rappresentano il principale risultato delle attività di ricerca e sviluppo. È proprio attraverso tali strumenti che le imprese assicurano un'esclusiva appropriazione dei benefici derivanti dagli investimenti in ricerca e sviluppo. Di conseguenza, l'impiego di finanziamenti pubblici nel ciclo dell'innovazione può comportare il rischio che le imprese si appropriino di tale valore, consolidando un vantaggio selettivo che potrebbe generare distorsioni superiori ai benefici di interesse comune che l'esenzione prevista dall'art. 107, par. 3, lett. c), intende tutelare in via derogatoria. Questo principio guida l'approccio della Commissione nella valutazione dell'esistenza di un aiuto e nel giudizio sulla sua compatibilità.

In linea di principio, il legame che intercorre tra operatore privato e amministrazione pubblica non dovrebbe in nessun modo consentire che venga in essere un aiuto di Stato, in quanto foriero di distorsioni della concorrenza nel mercato. Per aiuto di Stato, in generale, si può intendere qualsiasi trasferimento di risorse pubbliche ad imprese che falsi o alteri la concorrenza e che, essendo incompatibile con il mercato interno europeo, è vietato. Il trasferimento di risorse pubbliche alle imprese può, invero, assumere numerose forme: ad esempio, sovvenzioni dirette, prestiti, garanzie, investimenti diretti nel capitale di imprese nonché prestazioni in natura. Dunque, non è necessario che avvenga un trasferimento positivo di fondi: perché si abbia aiuto di Stato è sufficiente una rinuncia a delle entrate statali (es. riduzione di entrate fiscali e contributive, o esenzioni da ammende o da altre sanzioni pecuniarie).

L'art. 107 TFUE, dopo aver sancito il divieto di aiuti di Stato, introduce talune deroghe. Nello specifico, per quanto di nostro interesse, il par. 3 dell'art. 107 TFUE, stabilisce che: *«possono considerarsi compatibili con il mercato interno:*

a) gli aiuti destinati a favorire lo sviluppo economico delle regioni ove il tenore di vita sia anormalmente basso, oppure si abbia una grave

forma di sottoccupazione, nonché quello delle regioni di cui all'articolo 349, tenuto conto della loro situazione strutturale, economica e sociale;

b) gli aiuti destinati a promuovere la realizzazione di un importante progetto di comune interesse europeo oppure a porre rimedio a un grave turbamento dell'economia di uno Stato membro;

c) gli aiuti destinati ad agevolare lo sviluppo di talune attività o di talune regioni economiche, sempre che non alterino le condizioni degli scambi in misura contraria al comune interesse;

d) gli aiuti destinati a promuovere la cultura e la conservazione del patrimonio, quando non alterino le condizioni degli scambi e della concorrenza nell'Unione in misura contraria all'interesse comune;

e) le altre categorie di aiuti, determinate con decisione del Consiglio, su proposta della Commissione».

Detto ciò, diventa fondamentale verificare se un'impresa cui viene aggiudicato un contratto per l'innovazione (indipendentemente dal modello) riceva o meno una remunerazione superiore rispetto a quella che avrebbe dovuto ricevere alle condizioni normali di mercato. In base all'interpretazione della Commissione, perché tali tipologie di appalto non integrino uno strumento di conferimento di aiuti di Stato al fornitore è sufficiente che vengano soddisfatte determinate condizioni. In particolare, devono applicarsi le regole generali in materia di appalti e, dunque, è necessario che l'aggiudicazione avvenga a seguito dell'espletamento di una procedura di gara in conformità con i principi delle direttive applicabili.

Nello specifico, per quanto concerne gli appalti pre-commerciali, la Comunicazione della Commissione detta alcune condizioni che le amministrazioni devono necessariamente rispettare²⁴⁵. Si tratta, come già

²⁴⁵ Commissione europea, COM2014/C 198/01, *Disciplina degli aiuti di Stato a favore di Ricerca, sviluppo e innovazione*, sez. 2.3

notato in dottrina²⁴⁶, di quattro condizioni cumulative, di cui quella finale presenta due soluzioni alternative. Queste sono: la procedura di selezione deve essere competitiva, non discriminatoria, trasparente e si deve basare, inoltre, su criteri di selezione e di aggiudicazione oggettivi e predefiniti; tutti gli accordi tra le parti debbono descrivere tutti i diritti e gli obblighi delle parti, soprattutto in relazione alla distribuzione dei diritti di proprietà intellettuale e, inoltre, devono essere messi a disposizione di tutti gli offerenti interessati prima della procedura di gara; l'appalto non deve conferire a nessuno dei partecipanti un trattamento preferenziale nell'offerta commerciale dei prodotti o servizi finali. Infine, deve essere soddisfatta una tra le seguenti condizioni tra loro alternative: tutti i risultati che non danno luogo a diritti di proprietà intellettuale possono avere una larga diffusione mediante, ad esempio, la pubblicazione in modo da consentire ad altre imprese di riprodurle, e gli eventuali diritti di proprietà intellettuale sono integralmente attribuiti all'acquirente pubblico; il prestatore di servizi al quale sono attribuiti i risultati che danno luogo ai diritti di proprietà intellettuale è tenuto a concedere all'acquirente pubblico un accesso illimitato e gratuito a tali risultati e a concedere l'accesso a terzi, per esempio mediante licenze non esclusive, le condizioni di mercato²⁴⁷.

²⁴⁶ G. FIDONE, *L'innovazione attraverso i contratti pubblici*, cit., p. 779.

²⁴⁷ Nel punto n. 33 della Comunicazione della Commissione europea recante la (nuova) *Disciplina degli aiuti di Stato a favore di ricerca, sviluppo e innovazione*, si ravvisa un passaggio chiave: «[i]n tutti gli altri casi, compresi gli appalti pre-commerciali, la Commissione riterrà che non sia stato concesso alcun aiuto di Stato alle imprese quando il prezzo pagato per i servizi in questione riflette pienamente il valore di mercato dei benefici ottenuti dall'acquirente pubblico e i rischi assunti dal fornitore partecipante»; e ciò avviene, in particolare, quando sono soddisfatte tutte le seguenti condizioni, e cioè: (a) «la procedura di selezione è aperta, trasparente e non discriminatoria, e si basa su criteri di selezione e di aggiudicazione oggettivi e predefiniti»; (b) «gli accordi contrattuali previsti che descrivono tutti i diritti e gli obblighi delle parti, anche per quanto riguarda i diritti di proprietà intellettuale, sono messi a disposizione di tutti gli offerenti interessati prima della procedura di gara»; (c) «l'appalto non conferisce ad alcuno dei

Ricorrendo tali condizioni, il contratto non configura un aiuto di Stato. Quando ciò non si verifichi, invece, le amministrazioni sono tenute a notificare la misura alla Commissione e, di conseguenza, si dovrebbero applicare le normali norme in materia²⁴⁸. Difatti, l'appalto pre-commerciale che, dietro l'apparenza formale, finisce in qualche modo con il retribuire eccessivamente il privato per l'attività posta in essere, e dunque attribuendo a quest'ultimo risorse pubbliche, si porrebbe in contrasto con i principi di concorrenza e di parità di trattamento e con la disciplina degli aiuti di Stato. Nella sostanza, l'attribuzione dei diritti di proprietà intellettuale alle imprese non costituirebbe aiuto di Stato in quanto l'appalto pre-commerciale s'intende compatibile con il regime sugli aiuti in presenza di: *a)* una limitazione dell'oggetto del contratto ai soli servizi di R&S con una minima produzione di prototipi o test di serie; *b)* l'applicazione di procedure competitive secondo i principi in materia di appalti per l'individuazione delle condizioni di mercato; e *c)* e la condivisione dei rischi e dei benefici con l'impresa selezionata.

In altre parole, semplificando, se i contratti pre-commerciali venissero appaltati al "prezzo di mercato", la Commissione considererebbe esclusa, in linea di principio, la violazione dell'art. 107, comma 1, TFUE. Al contrario, se rispetto ai risultati dell'attività di ricerca e sviluppo oggetto

fornitori partecipanti un trattamento preferenziale nell'offerta di quantità commerciali dei prodotti o servizi finali ad un acquirente pubblico nello Stato membro interessato» e, infine, (d) «è soddisfatta una delle due seguenti condizioni»: (i) o «tutti i risultati che non danno luogo a diritti di proprietà intellettuale possono avere larga diffusione, ad esempio mediante pubblicazione, insegnamento o contributo agli organismi di standardizzazione, in modo tale da consentire ad altre imprese di riprodurli, e gli eventuali diritti di proprietà intellettuale sono integralmente attribuiti all'acquirente pubblico», oppure (ii) «un prestatore di servizi al quale sono attribuiti i risultati che danno luogo ai diritti di proprietà intellettuale è tenuto a concedere all'acquirente pubblico un accesso illimitato e gratuito

²⁴⁸ G. FIDONE, *L'innovazione attraverso i contratti pubblici*, cit., p. 780; M. BIANCHINI, *La rilevanza del diritto di proprietà intellettuale e della concorrenza nella dinamica contrattuale degli appalti (pubblici) pre-commerciali*, cit., p. 562. Si fa riferimento alla notifica prevista ai sensi degli artt. 107 e 108 TFUE.

dell'appalto, la condivisione dei rischi e dei benefici non avvenisse a condizioni di mercato, e dunque se il corrispettivo dato all'impresa risultasse più elevato, allora si potrebbe concludere di essere in presenza di un aiuto di Stato, il quale, come detto, di regola deve considerarsi vietato²⁴⁹.

²⁴⁹ Secondo G. FIDONE, *L'innovazione attraverso i contratti pubblici*, cit., p. 565, nota, 68, il problema di fondo alla stregua del quale occorre valutare l'applicabilità o meno delle eventuali deroghe al generale divieto di aiuti di Stato, talora concesse rispetto alle misure di sostegno approntate nel settore pubblico della ricerca sviluppo e innovazione (un settore che risulta esso stesso trasversale rispetto alle varie tipologie e alle distinte funzioni di molte amministrazioni pubbliche e/o di enti pubblici di ricerca) – come assai ben rilevato in dottrina da M. LIBERTINI, *La nuova disciplina degli aiuti a favore di ricerca, sviluppo e innovazione*, cit., p. 458 s. – è che i «costi di produzione della conoscenza sono sistematicamente superiori ai costi di trasmissione della stessa»; e ciò, nell'ambito della ricerca scientifica, porta ad un diffuso «fallimento del mercato». Detto altrimenti, ma pur sempre utilizzando gli acuti rilievi dell'A. ult. cit., «gli investimenti privati a scopo di profitto non sono in grado di generare» – da soli – «un flusso di risorse adeguato ai bisogni di arricchimento delle conoscenze che la società civile esprime»; perciò, la «conoscenza tende [...] a divenire un "bene pubblico", non suscettibile di godimento esclusivo, sicché il produttore di conoscenze genera esternalità positive per l'intera società, ma non è in grado di trasformare interamente in profitto i risultati del proprio lavoro o investimento». A ciò si aggiunge – ed è proprio il tipico caso d'impiego di un PCP – «l'incertezza sui risultati della ricerca [...]»; questa, per un verso, potrebbe portare ad un nulla di fatto, pur a fronte di sforzi e investimenti ingenti (adeguati) e diligenti; per altro verso, i risultati carenti potrebbero dipendere (anche) dall'inadeguatezza degli investimenti (lavoro e/o capitale) profusi, in specie laddove essi risultino, nelle circostanze date, insuscettibili di essere adeguatamente valutati e/o valorizzati rispetto alle (di norma minori) conoscenze del committente pubblico. Tutto ciò – riprende LIBERTINI, op. loc. ult. cit. – «rende difficile un normale rapporto di scambio fra chi finanzia il servizio di ricerca» – nel nostro caso le «amministrazioni aggiudicatrici» e gli «enti aggiudicatori» – e «chi lo svolge» – ossia, di solito, le imprese appaltatrici delle attività di R&S. Il sistema brevettuale, e il diritto di monopolio temporaneo che, a certe condizioni, quello solitamente assicura, nasce appunto per conferire un ragionevole incentivo alla «ricerca applicata» – vedine la definizione sub 1.3, «Definizioni»), lett. e) della Commissione UE, Comunicazione aiuti di Stato nelle attività di RSI, C(2022) 7388, paragrafo 16. Tuttavia, non soltanto l'intero sistema dei DPI (e non soltanto il diritto dei brevetti per invenzioni industriali, dunque) presenta delle carenze strutturali che lo rendono non sempre adeguato ed efficiente rispetto alla funzione di incentivo alla ricerca, *recte* all'investimento ottimale in ricerca e sviluppo e innovazione da parte di soggetti privati, e specialmente sul fronte dell'attività di RSI resa a favore delle pubbliche amministrazioni.

In verità, vi sono altri presidi posti al fine di evitare possibili e ulteriori vantaggi per il beneficiario. Tra questi, ad esempio, la durata del contratto in oggetto dovrebbe essere limitata e, allo stesso modo, non dovrebbe essere ammesso l'acquisto di volumi commerciali del prodotto o servizio sviluppato con lo stesso contratto. Inoltre, il valore dei prodotti acquistati non deve essere superiore al valore dei servizi di ricerca e sviluppo, altrimenti il contratto dovrebbe qualificarsi quale contratto di fornitura e ricadrebbe nell'ambito delle direttive appalti²⁵⁰.

Anche per ciò che concerne il partenariato per l'innovazione, la disciplina appare scarna e possono muoversi le medesime considerazioni con alcune differenziazioni derivanti dalla peculiarità insita all'interno della procedura di avere come obiettivo quello di sviluppare una collaborazione di *«lungo termine per lo sviluppo e il successivo acquisto di prodotti servizi o lavori caratterizzati da novità e innovazione [...] senza bisogno di una procedura d'appalto distinta per l'acquisto»*²⁵¹. È fondamentale, dunque, che la continuità delle fasi procedurali e la possibilità di suddividere il compenso in più *tranche* non si traducano in un incentivo che, di fatto, comporti una duplicazione degli importi: prima per lo sviluppo dell'innovazione e poi per la conservazione della titolarità dei relativi diritti di proprietà intellettuale.

In dottrina, inoltre, è stato evidenziato come, al fine di evitare la configurabilità di un aiuto di Stato, l'acquirente pubblico debba essere in grado di individuare — già prima dell'avvio della procedura — tutti gli operatori economici potenzialmente in grado di eseguire le prestazioni oggetto dell'appalto, avvalendosi, ad esempio, dello strumento delle

²⁵⁰ O. S. PANTILIMON VODA, *Innovative and sustainable procurement: framework, constraints and policies*, cit., p. 229. Tuttavia, occorre sottolineare, come volumi limitati del risultato dell'attività di Ricerca e sviluppo potranno essere oggetto, ad esempio, della procedura con negoziazione senza previa pubblicazione del bando.

²⁵¹ Direttiva 2014/24/UE, considerando n. 49

consultazioni preliminari di mercato²⁵². Tuttavia, occorre sottolineare come l'attivazione della consultazione preliminare di mercato rimane una mera facoltà in capo all'amministrazione, e, inoltre, non costituisce una condizione sufficiente ad escludere la presenza di aiuti di Stato, ma, piuttosto, è utile a fornire un'eventuale prova di istruttoria prudente²⁵³.

3. La flessibilità procedimentale come ostacolo per l'innovazione

È risaputo che in Italia la normativa previgente e, ancor più, le prassi amministrative consolidate si sono storicamente orientate verso l'obiettivo primario di esercitare un controllo stringente sull'operato degli amministratori pubblici, al fine di garantire l'imparzialità e la trasparenza di tutte le decisioni connesse alla spesa pubblica. Tale impostazione ha determinato, in passato, la prevalenza di un numero limitato di modelli contrattuali, profondamente distanti dalle procedure innovative e flessibili descritte in precedenza, ma piuttosto improntati al massimo contenimento della discrezionalità amministrativa. In questo contesto, i procedimenti di gara sono stati rigidamente omologati a criteri formali predeterminati, caratterizzati dall'immutabilità delle offerte una volta presentate, dalla segretezza delle stesse sino alla loro apertura ufficiale e dall'applicazione di automatismi nei confronti comparativi tra i concorrenti, così da ridurre

²⁵² B. VON WENDLAND, *art. 25-30 Commission Regulation (EU) No 651/2014*, in F. J. SÄCKER, F. MONTAG, *European State Aid Law*, pp. 782 ss.

²⁵³ B. VON WENDLAND, *op. loc. cit.*. La Commissione ritiene che, al fine di ridurre al minimo il rischio della concessione di aiuti, la presunzione di assenza di aiuti di Stato si applica solo nelle situazioni in cui un acquirente pubblico acquista prodotti o servizi così unici o specializzati che l'acquirente pubblico è l'unico acquirente potenziale e non vi sono altri potenziali fornitori sul mercato al di fuori del partenariato per l'innovazione che potrebbero essere svantaggiati. Sul punto si veda Commissione europea, COM2014/C 198/01, *Disciplina degli aiuti di Stato a favore di Ricerca, sviluppo e innovazione*, p. 46.

pressoché a zero ogni margine di valutazione soggettiva²⁵⁴. Se da un lato tale architettura procedurale ha indubbiamente assolto alla funzione di presidiare i principi di correttezza e trasparenza, dall'altro ha contribuito a radicare una cultura amministrativa fortemente orientata alla conformità formale, relegando l'innovazione e la flessibilità a un ruolo marginale e, di fatto, secondario rispetto alla rigidità delle regole.

L'evoluzione normativa, scandita dal d.lgs. n. 50/2016 e, successivamente, dal d.lgs. n. 36/2023, muove dalla consapevolezza che, in presenza di contratti caratterizzati da elevata complessità o da un mercato contenuto innovativo, l'applicazione di schemi procedurali eccessivamente rigidi possa risultare inadeguata, se non addirittura controproducente.

In tali contesti, il legislatore ha individuato nelle procedure “flessibili”²⁵⁵ uno strumento utile per rispondere con efficacia alle specifiche esigenze della pubblica amministrazione, senza compromettere i principi di trasparenza e concorrenza²⁵⁶. Tali procedure, dunque, non si pongono in contrapposizione, ma in funzione complementare e sussidiaria rispetto a quelle ordinarie, da utilizzare ogniqualvolta queste ultime non siano in grado di garantire risultati soddisfacenti. Se nelle procedure formali tradizionali non sono previsti passaggi intermedi che consentano un'interlocuzione tra le parti, né momenti in cui sia possibile affinare, nel

²⁵⁴ Sul punto anche M. CAFAGNO, *Flessibilità e negoziazione. Riflessioni sull'affidamento dei contratti pubblici complessi*, in *Riv. trim. dir. pubbl. comunit.*, 6, 2013, pp. 991 ss.

²⁵⁵ Si fa riferimento alle procedure del dialogo competitivo, del partenariato per l'innovazione e dell'appalto pubblico pre-commerciale.

²⁵⁶ S. VALAGUZZA, *Procuring for value. Governare per contratto*, op. cit., p. 156, sottolinea che «dall'esame delle caratteristiche del mercato dei contratti pubblici è emersa la necessità di riconoscere uno spazio adeguato alla discrezionalità dell'azione amministrativa per spronare un'azione consapevole, ma anche creativa ed intelligente, dei singoli funzionari pubblici, evitando così che prassi inefficienti o l'abitudine a burocratizzare i procedimenti, oppure il richiamo acritico ad atti del regolatore contagino, trasmettendo inefficienza, burocratizzazione e irragionevolezza, le procedure volte alla selezione del contraente e i contratti che ne derivano».

corso della procedura, la definizione della domanda pubblica o il contenuto delle offerte private, in quelle innovative, al contrario, proprio tale possibilità di dialogo e di progressivo perfezionamento delle proposte costituisce il nucleo fondante. Esse, infatti, si caratterizzano per una maggiore apertura, flessibilità e capacità di adattamento rispetto alle esigenze emergenti durante lo svolgimento della gara.

Come anticipato, gli strumenti riconducibili al cosiddetto *Innovation Procurement*, così come le procedure di acquisto pubblico improntate a modelli collaborativi tra settore pubblico e operatori privati, rappresentano oggi un'opportunità strategica per stimolare l'innovazione e favorire soluzioni capaci di rispondere a sfide complesse e multidimensionali. L'interazione tra pubblico e privato, quando orientata alla ricerca congiunta di risultati avanzati, non solo promuove efficienza e qualità nei servizi, ma può anche tradursi in un volano per lo sviluppo economico e tecnologico del Paese.

Nonostante il potenziale riconosciuto a livello europeo, l'esperienza italiana si caratterizza per una scarsa diffusione di tali procedure che restano poco utilizzate rispetto a quanto avviene in altri ordinamenti²⁵⁷. Paesi come la Germania, la Francia e il Regno Unito hanno da tempo integrato in modo sistematico questi strumenti nelle loro politiche di *procurement* pubblico, valorizzandone l'efficacia nella promozione dell'innovazione e nella modernizzazione della pubblica amministrazione²⁵⁸.

Le procedure analizzate finora mettono in luce una scelta normativa ben precisa adottata tanto dal legislatore italiano quanto da quello europeo: evitare di imporre vincoli eccessivi alle stazioni appaltanti che intendono intraprendere percorsi di innovazione. L'ordinamento europeo, infatti, ha da

²⁵⁷ I dati sono reperibili al link <https://appaltinnovativi.gov.it/open-data/#report-2022>

²⁵⁸ S. VALAGUZZA, *Innovazione di processo nei contratti pubblici: dalla modellazione digitale agli accordi collaborativi*, in *Il procurement delle pubbliche amministrazioni*, cit., pp. 373 ss.

tempo mostrato piena consapevolezza del fatto che procedure di gara eccessivamente rigide, formalistiche e minuziosamente regolate non costituiscono strumenti idonei alla predisposizione di contratti aventi carattere innovativo o connotati da elevata complessità.

Sulla base di una politica europea che volutamente si muove nella direzione della flessibilità delle norme in materia di contratti anche l'impostazione legislativa recente appare orientata a riconoscere e tutelare un ampio margine di discrezionalità in capo a queste ultime, sia nella decisione di perseguire o meno soluzioni innovative, sia nella determinazione del contenuto, della portata e del livello di innovazione da ricercare. Questo approccio mira a favorire la flessibilità e l'adattabilità delle amministrazioni pubbliche, affinché possano modellare le proprie scelte in base alle esigenze specifiche del contesto di riferimento, promuovendo così un'innovazione realmente funzionale ed efficace.

Tale scelta si fonda sulla necessaria fiducia reciproca tra le parti della contrattazione pubblica e appare come una novità di estrema rilevanza rispetto alle precedenti impostazioni fondate sul sospetto per l'azione dei pubblici funzionari²⁵⁹. Il nuovo codice dei contratti pubblici, infatti, all'articolo 2, comma 1, afferma che *«l'attribuzione all'esercizio del potere nel settore dei contratti pubblici si fonda sul principio della reciproca fiducia nell'azione legittima, trasparente e corretta dell'amministrazione, dei suoi funzionari e degli operatori economici»*²⁶⁰. Inoltre, secondo tale norma, *«il principio della fiducia favorisce e valorizza l'iniziativa e l'autonomia decisionale dei funzionari pubblici, con particolare riferimento alle valutazioni e alle scelte per l'acquisizione e l'esecuzione delle prestazioni secondo il principio di risultato»*. È stato già sottolineato come

²⁵⁹ Sul punto G. FIDONE, *Il risultato dei contratti pubblici*, Torino, Giappichelli, 2025, pp. 143.

²⁶⁰ Per un commento alla norma si rinvia a A. POLICE, *Commento all'art. 2 del d.lgs. n. 36/2023, Principio della fiducia*, in R. VILLATA, M. RAMAJOLI (a cura di), cit., pp. 9 ss.

la fiducia a cui si riferisce il comma secondo appare ben diversa dalla fiducia nell'onestà di cui al comma precedente²⁶¹. Difatti essa appare come una fiducia nella capacità del funzionario di raggiungere il risultato e non solo alla correttezza e la trasparenza della sua azione. Il nuovo impianto normativo si fonda, dunque, su un mutato paradigma culturale e giuridico, imperniato sulla fiducia nei confronti della pubblica amministrazione e, in particolare, nei confronti dei funzionari, i quali non solo devono agire con integrità, ma devono altresì dimostrare adeguata competenza nell'individuazione e nel perseguimento del risultato. In tal senso, il nucleo fondante della riforma risiede nel riconoscimento della centralità del potere discrezionale, quale strumento essenziale per l'adozione di decisioni efficaci, calibrate sulle specificità del caso concreto. Ci si discosta, così, in modo netto, dall'impostazione tradizionale di matrice formalistica, secondo cui il legislatore, muovendo da una presunzione di sfiducia nei confronti dell'amministrazione, tendeva a comprimere gli spazi decisionali del funzionario, predeterminando rigidi schemi operativi fondati su automatismi normativi. La nuova prospettiva, al contrario, valorizza la capacità valutativa dell'amministrazione, restituendo centralità al momento decisionale e al correlato esercizio della discrezionalità amministrativa, nel quadro di una rinnovata responsabilizzazione dell'agente pubblico²⁶².

Sebbene la flessibilità dei procedimenti amministrativi sia generalmente considerata un elemento funzionale al rinnovamento della pubblica

²⁶¹ G. FIDONE, *Il risultato dei contratti pubblici*, cit., p. 144

²⁶² Di recente il Consiglio di Stato ha affermato che «*Il principio della fiducia di quell'articolo due amplia i poteri valutativi e la discrezionalità della pubblica amministrazione virgola in chiave di funzionalizzazione verso il miglior risultato possibile*». Cons. St., 13 settembre 2024, n. 7571.

Secondo F. CARINGELLA, *Il nuovo Codice dei Contratti pubblici: riforma o rivoluzione?*, in *giustizia-amministrativa*, 2023, p. 1, appare tramontata l'epoca dell'iperregolamentazione. «*Il codice contiene così un atto di stima, se non una dichiarazione d'amore per la capacità amministrativa di produrre norme concrete ed efficaci attraverso l'uso appropriato del potere di ponderazione*».

amministrazione, non mancano evidenze che mostrano come essa possa, in taluni casi, tradursi in un freno piuttosto che in una leva per l'innovazione²⁶³. La possibilità di derogare a schemi procedurali rigidi — se non accompagnata da adeguati strumenti di controllo, responsabilizzazione e competenze specifiche — può infatti generare incertezza decisionale, discontinuità operativa e ambiguità nell'attribuzione delle responsabilità²⁶⁴. Tali effetti, anziché agevolare soluzioni innovative, finiscono per scoraggiare l'assunzione di rischio e la sperimentazione, elementi essenziali per l'innovazione autentica. In questo senso, la flessibilità procedimentale, se non correttamente governata, rischia di alimentare fenomeni di inefficienza, opacità o immobilismo burocratico, vanificando gli obiettivi stessi che la giustificano. È stato più volte sottolineato in dottrina²⁶⁵ come la discrezionalità amministrativa costituisca un elemento essenziale per garantire che la pubblica amministrazione non perda la propria funzione istituzionale di governo dell'interesse pubblico. L'esercizio della discrezionalità, infatti, rappresenta il cuore pulsante dell'azione amministrativa, in quanto consente di modulare l'attività pubblica in funzione delle esigenze mutevoli della collettività e di realizzare un bilanciamento dinamico tra interessi pubblici e privati. Tale equilibrio entra in crisi in due ipotesi speculari: da un lato, quando la pubblica

²⁶³ Si vedano i risultati dell'indagine conoscitiva indetta dalla Conferenza delle Regioni e delle Province Autonome reperibili in *Il codice dei contratti pubblici secondo gli operatori. Un'indagine sul campo*, in *I quaderni della Rivista Amministrazione in cammino*, B. G. MATTARELLA, A. LA SPINA (a cura di), 2022.

²⁶⁴ Il Consiglio di Stato ha affermato che «la fiducia non può tradursi comunque nella legittimazione di scelte discrezionali che tradiscono l'interesse pubblico sotteso ad una gara, le quali, per contro, dovrebbero in ogni caso tendere al suo miglior soddisfacimento». Si rinvia a Cons. St., 27 febbraio 2024, n. 1924. Sul punto anche G. FIDONE, *Il risultato dei contratti pubblici*, cit., p. 148.

²⁶⁵ Tra tutti si rinvia a G.D. ROMAGNOSI, *Principi fondamentali di diritto amministrativo onde tesserne le istituzioni*, Prato, Guasti, 1835, pp. 14 ss.; più di recente S. CASSESE, *La nuova discrezionalità*, in *Forum Aipda*, 2022.

amministrazione viene “soffocata” da un eccesso di vincoli normativi e procedurali che riducono la possibilità di esercitare una valutazione autonoma e flessibile; dall’altro, quando invece la discrezionalità risulti eccessivamente ampia, al punto da non poter essere governata in modo razionale. In tali situazioni, il rischio è quello di scivolare nell’arbitrio decisionale, compromettendo i principi di imparzialità, buon andamento e uguaglianza, che costituiscono il presidio costituzionale dell’attività amministrativa.

A parere di chi scrive, l’ampia discrezionalità riconosciuta alle stazioni appaltanti nell’ambito delle procedure ad alto contenuto innovativo appare indissolubilmente legata a una persistente carenza di competenze specialistiche e a un’inadeguata formazione del personale preposto. Tale quadro rischia di compromettere l’efficacia delle politiche di innovazione nel settore degli appalti pubblici, determinando un’applicazione incerta, disomogenea e, in alcuni casi, distorta degli strumenti normativi a disposizione. In assenza di un adeguato investimento in conoscenza e capacità tecniche, la discrezionalità si traduce meno in una leva per la sperimentazione e più in un fattore di criticità, suscettibile di ostacolare il raggiungimento degli obiettivi di modernizzazione e miglioramento dell’azione amministrativa²⁶⁶.

In altri termini, la flessibilità è spesso presentata come rimedio alla rigidità burocratica, ma può rivelarsi un paradosso, nella misura in cui rompendo gli equilibri procedimentali introduce margini di incertezza. Dunque, laddove la flessibilità dovrebbe agevolare il cambiamento e

²⁶⁶ Anche il Parlamento europeo con la recente risoluzione del 9 settembre n. 2024/2103, chiede alla Commissione europea che sia valutata la necessità di definire norme specifiche supplementari in materia di appalti per i progetti di ricerca scientifica e innovazione, riconoscendone il ruolo cruciale nel promuovere la crescita economica e il progresso tecnologico, garantendo nel contempo un uso efficiente delle risorse pubbliche; segnala la necessità di prevedere disposizioni supplementari e rigorose a tutela dei diritti di proprietà intellettuale degli offerenti, anche durante la procedura di gara.

facilitare l'adozione di soluzioni nuove, l'assenza di regole chiare e di vincoli operativi potrebbe tradursi in immobilismo, incertezza e resistenza al rischio.

In definitiva, l'evoluzione verso una pubblica amministrazione più flessibile e orientata all'innovazione rappresenta una sfida necessaria e potenzialmente vantaggiosa. Tuttavia, questa transizione non può prescindere da un adeguato investimento in competenze, strumenti di controllo e cultura del risultato. Solo così la flessibilità potrà realmente tradursi in una leva per l'efficienza e il progresso, piuttosto che in un fattore di rischio o di stagnazione.

In assenza di un'amministrazione realmente capace, ossia dotata di competenze tecniche specialistiche, di un'organizzazione interna razionale ed efficiente, di strumenti adeguati di analisi, elaborazione e attuazione delle politiche, nonché di una cultura amministrativa fondata sulla fiducia nel progresso e sull'assunzione responsabile del rischio, anche le norme più avanzate rischiano di rimanere prive di effettività o di essere applicate in modo distorto²⁶⁷. La qualità della regolazione, infatti, è indissolubilmente legata alla qualità dell'apparato amministrativo chiamato a tradurla in prassi operative: senza un'amministrazione all'altezza della complessità delle sfide contemporanee, la normativa finisce per ridursi a un mero contenitore formale, incapace di generare autentiche innovazioni nel sistema pubblico. In tale prospettiva, appare quindi imprescindibile accompagnare ogni riforma legislativa con un parallelo e sistematico investimento in capitale umano, formazione continua e rafforzamento organizzativo, così da consentire che la discrezionalità e la flessibilità riconosciute ai funzionari si

²⁶⁷ Si veda L. SALTARI, *Che resta delle strutture tecniche nell'amministrazione pubblica italiana?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 2019, pp. 249 ss.; V. BONTEMPI, *La committenza pubblica per l'innovazione e la ricerca*, in *Le politiche pubbliche per l'innovazione tecnologica, Irpa Working paper*, (a cura di) F. BASSANINI, G. NAPOLITANO, L. TORCHIA, 2, 2021, p. 21.

traducano effettivamente in decisioni consapevoli, efficaci e orientate al conseguimento dei risultati²⁶⁸.

4. Lo scarso utilizzo degli appalti innovativi, un problema di burocrazia difensiva? Un possibile aiuto dalla Corte dei conti.

Amministrare è senz'altro un'attività complessa.

Negli ultimi anni il dibattito politico e giuridico si è ampiamente concentrato su un fenomeno percepito come una delle principali criticità dell'azione amministrativa: la cosiddetta *burocrazia difensiva*. Il termine, mutuato dall'esperienza sanitaria, dove si parla di *medicina difensiva*²⁶⁹, è stato progressivamente traslato nel contesto delle pubbliche amministrazioni, trovando espressione anche nelle formule di “fuga dalla firma” o “paura della firma”. Esso descrive l'atteggiamento dei funzionari che, per timore di possibili responsabilità, scelgono di astenersi dall'esercitare appieno le proprie prerogative decisionali, preferendo soluzioni prudenti, rinviando decisioni o limitandosi ad applicare meccanismi procedurali standardizzati. In tal modo, la burocrazia difensiva si configura come uno dei principali ostacoli allo svolgimento corretto ed efficace dell'attività amministrativa, poiché sottrae all'azione pubblica quella componente di discrezionalità

²⁶⁸ In tal senso anche L. TORCHIA, *La nuova direttiva europea in materia di appalti servizi e forniture nei settori ordinari*, in *Dir. amm.*, 2015, p. 51

²⁶⁹ Secondo alcuni storici tale fenomeno affonda le sue radici in tempi lontani. G. GUERRA, *La medicina difensiva: fenomeno moderno dalle radici antiche*, in *Salute e diritto politiche sanitarie*, 14, 2013, pp. 43, sottolinea come tale prassi possa risalire al IV secolo a.C. in quanto se ne trova testimonianza nell'opera *Histoire Alexandri Magni*, di Curzio Rufio.

responsabile che è invece necessaria per garantire innovazione, efficienza e adeguatezza delle decisioni rispetto alla complessità dei bisogni collettivi²⁷⁰.

È noto come la normativa in materia di contratti pubblici abbia conosciuto uno sviluppo caratterizzato dall'intreccio di due matrici regolative distinte ma convergenti: da un lato, le disposizioni storiche di contabilità pubblica, orientate a garantire la correttezza e la trasparenza nella gestione delle risorse collettive; dall'altro, le normative di origine europea, e le discipline derivate, che hanno progressivamente individuato nella tutela della concorrenza lo strumento più efficace per assicurare un impiego efficiente e responsabile del denaro dei cittadini²⁷¹. L'approccio di matrice più tradizionalista ha progressivamente favorito l'adozione di strumenti volti a ridurre il potere discrezionale, con l'obiettivo di impedire che i funzionari pubblici potessero sfruttare in modo opportunistico i vantaggi informativi a loro disposizione, con effetti potenzialmente pregiudizievoli

²⁷⁰ In questi termini anche F. A. CANCELLA, S. GRECO, *Burocrazia difensiva e responsabilità amministrativa: criticità, attualità, e prospettive dell'illecito erariale*, in *Rivista della Corte dei Conti*, 2, 2025, pp. 18 ss.; G. BOTTINO, *La burocrazia difensiva e le responsabilità degli amministratori e dei dipendenti pubblici*, in *Age*, 1, 2020, pp. 116 ss.; S. BATTINI, F. DECAROLIS, *L'amministrazione si difende*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 2019, pp. 293 ss.; C. FELIZIANI, *Quanto Costa Non Decidere? A proposito delle conseguenze delle mancate o tardive decisioni della Pubblica amministrazione*, in *Dir. Econ.*, 1, 2019, pp. 155 ss.

²⁷¹ Sul punto si vedano G. GRECO, *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e privato*, Milano, 1986; F. LEDDA, *Per una nuova normativa sulla contrattazione pubblica*, in AA.VV. *Studi in onore di Antonio Amorth*, vol. I, *Scritti di diritto amministrativo*, Milano, 1982, pp. 317 ss.; M. CAFAGNO, *Lo stato banditore. Gare e servizi locali*, Milano, Giuffrè, 2001, pp. 251 ss.; S. SIMONE, L. ZANETTINI, *Appalti pubblici e concorrenza*, in L. FIORENTINO (a cura di), *Lo Stato compratore. L'acquisto di beni e servizi nelle pubbliche amministrazioni*, Il Mulino, Bologna, 2007, p. 124 ss.; E. PICOZZA, *L'appalto pubblico tra diritto comunitario e diritto nazionale. Una difficile convivenza*, in AA.VV., *I contratti di appalto pubblico*, C. FRANCHINI (a cura di), Milano, 2010, pp. 29 ss.; E. D'ALTERIO, *Riforme e nodi della contrattualistica pubblica*, in *Dir. amm.*, 3, 2022, pp. 667 ss.; P. CHIRULLI, *Contratti pubblici e amministrazioni del futuro*, cit., p. 26; M. DE BENEDETTO, *Indeterminatezza delle regole ed effettività dell'azione amministrativa*, in M. TRIMARCHI (a cura di) *Concetti giuridici indeterminati e standards valutativi del potere amministrativo*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2024, pp. 67 ss.

per l'amministrazione. Ne è derivato un orientamento sistematico teso a privilegiare l'abbattimento della discrezionalità come criterio di garanzia.

Tale impostazione si contrappone, tuttavia, a un filone più recente che, come appena ricordato, è stato significativamente valorizzato dal nuovo codice dei contratti pubblici, e, in direzione opposta, mira a fare leva sulla maggiore flessibilità delle norme e degli strumenti di regolazione. L'intento è quello di imprimere un rinnovato dinamismo al mercato, assumendo che la rigidità decisionale, pur efficace nel contenimento dei rischi di abuso, possa rivelarsi un ostacolo all'efficienza allocativa e alla capacità innovativa del sistema degli appalti²⁷².

A questo punto risulta evidente che, quanto più il modello di negoziazione adottato da un'amministrazione si discosta da schemi rigidamente stereotipati e formalizzati, tanto più numerose saranno le valutazioni e le decisioni che i funzionari dovranno assumere, spesso fronteggiando situazioni di incertezza nel corso del procedimento.

È stato osservato che, per i funzionari pubblici chiamati a decidere non solo se avviare una procedura innovativa, ma anche in merito al suo

²⁷² L'incidenza del diritto europeo ha determinato una rilettura del concetto di «evidenza pubblica», non più limitato alla tutela degli interessi finanziari e organizzativi delle amministrazioni appaltanti, bensì configurato come procedura volta principalmente ad assicurare la libertà di circolazione delle imprese e la concorrenza nel mercato europeo. Per quanto riguarda il processo di recepimento del principio comunitario di concorrenza nella disciplina italiana dei contratti pubblici, si vedano, tra gli altri, M. CLARICH, *Contratti pubblici e concorrenza, Relazione in occasione del 61° convegno di studi amministrativi, La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, 17-19 settembre 2015, Villa Monastero, Varenna; M. CLARICH, *La tutela della concorrenza nei contratti pubblici*, in *Rivista giuridica del mezzogiorno*, 2016, pp. 737-752; M. CAFAGNO, *Lo Stato banditore: gare e servizi locali*, Giuffrè, Milano, 2001, pp. 122 ss.; L. FIORENTINO, *Appalti pubblici e concorrenza*, in P. BARUCCI, C. RABITTI BEDOGNI (a cura di), *20 anni di Antitrust. L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, Giappichelli, Torino, II, 2010, pp. 819-842; A. LALLI, *Disciplina della concorrenza e diritto amministrativo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2008, pp. 398 ss.; M. D'ALBERTI, *Interesse pubblico e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2, 2008, pp. 297 ss.

contenuto e alle relative modalità operative, spesso non chiaramente definite dalla normativa vigente, ogni passaggio cruciale del processo decisionale si traduce in un aumento concreto della possibilità di incorrere in errori o, comunque, di adottare scelte che potrebbero non ottenere l'avallo degli organi giurisdizionali o di controllo eventualmente chiamati a pronunciarsi²⁷³. Va ricordato, inoltre, come già evidenziato in precedenza, che le procedure innovative implicano frequentemente un elevato grado di incertezza, derivante non solo dalla complessità dei processi, ma anche dall'imprevedibilità dei loro esiti. Le attività di ricerca e sviluppo ne rappresentano l'esempio più emblematico: in tali contesti, infatti, non vi è alcuna garanzia di conseguire un risultato concreto, né tantomeno la certezza che l'investimento si traduca in un *output* effettivamente utile e applicabile. Proprio questa componente aleatoria, se da un lato costituisce un tratto fisiologico dell'innovazione, dall'altro tende a generare nei funzionari pubblici atteggiamenti di cautela o di resistenza nell'utilizzo di tali strumenti, nella misura in cui l'eventuale mancato raggiungimento di un risultato tangibile potrebbe essere percepito — o temuto — come fonte di responsabilità personale²⁷⁴.

Tali condizioni di incertezza non si limitano, però, a generare timore di contenziosi, ma si accompagnano al rischio diretto di vedersi attribuire responsabilità contabili per eventuali perdite economiche o per decisioni ritenute subottimali, con la conseguente prospettiva di doverne rispondere personalmente, tanto di più in un sistema, quello attuale, non del tutto in

²⁷³ M. CAFAGNO, *Flessibilità e negoziazione*, cit., p. 1017.

²⁷⁴ È stato sottolineato da M. CAFAGNO, M. BARBERA, in *Commento all'art. 74, Dialogo competitivo*, op. cit., pp. 383 come queste circostanze se unite alla scarsa confidenza a livello nazionale di procedure articolate e complesse, come ad esempio quella del dialogo competitivo, che nascono in un ordinamento britannico assai diverso per cultura giuridica dal nostro, costruiscono uno dei motivi dello scarso utilizzo di tali strumenti.

grado di premiare i risultati positivi con incentivi secondo la qualità dei risultati raggiunti²⁷⁵.

Il timore di un'eventuale responsabilità contabile potrebbe produrre non solo delle lentezze e dei ritardi procedurali, ma anche quella che è la perdita dell'elasticità e della capacità decisionale necessaria alle pubbliche amministrazioni, soprattutto in materia di appalti, tanto più quelli innovativi²⁷⁶.

²⁷⁵ Al fine di incentivare l'azione di pubblici dipendenti e la conclusione rapida dei procedimenti amministrativi, il legislatore è intervenuto varie volte, in particolare, merita menzione il d.l. n. 76/2020, che ha avuto l'effetto di limitare i danni collaterali derivanti dalle cattive abitudini burocratiche andando a limitare la responsabilità amministrativa del funzionario. Più di recente, con la l. n. 114/2024 il legislatore ha deciso di eliminare dall'ordinamento ogni traccia del reato di abuso d'ufficio. L'obiettivo dei due interventi è quello ridurre l'ambito del controllo giurisdizionale della Corte dei conti e del giudice penale sulla discrezionalità amministrativa per lasciare un maggiore spazio di autonomia decisionale ai funzionari pubblici. Sul punto si rinvia a A. PAJNO, *Il sistema amministrativo e il decreto semplificazioni. Qualche osservazione sulla disciplina dei contratti pubblici e sulle responsabilità*, in *www.irpa.eu*, 2020; L. TORCHIA, *La responsabilità amministrativa*, in *Giorn. dir. amm.*, 6, 2020, pp. 763 ss.; L. CARBONE, *Una responsabilità erariale transitoriamente "spuntata". Riflessioni a prima lettura dopo il decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76 (c.d. "decreto semplificazioni")*, in *Federalismi.it*, 2020; G. CREPALDI, *L'elemento soggettivo della responsabilità amministrativa prima e dopo il decreto semplificazioni*, in *Resp. Civ. Prev.*, 1, 2021, pp. 23 ss.; A. GIORDANO, *La responsabilità amministrativa tra legge e necessità. Note sull'art. 21 decreto-legge n. 76/2020*, in *Rivista della Corte dei Conti*, 1, 2021, pp. 14 ss.

²⁷⁶ In dottrina, la letteratura relativa alla responsabilità del pubblico dipendente e al fenomeno della burocrazia difensiva è particolarmente vasta e articolata. Di seguito si propone, in maniera non esaustiva, una selezione dei contributi in materia: S. CASSESE *La burocrazia difensiva nella pubblica amministrazione italiana*, in *Quaderni di Diritto Pubblico*, 3, 1987, pp. 449 ss.; G. BOTTINO, *Rischio e responsabilità amministrativa*, Napoli, Editoriale scientifica, 2017; M. CAFAGNO, *Contratti pubblici, responsabilità amministrativa e burocrazia difensiva*, in *Il diritto dell'economia*, 2018, pp. 625 ss.; S. BATTINI, F. DECAROLIS, *L'amministrazione si difende*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 1, 2019, pp. 2913 ss.; M. DELSIGNORE, M. RAMAJOLI, *La prevenzione della corruzione e l'illusione di un'amministrazione senza macchia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 2019, pp. 61 ss.; C. FELIZIANI, *Quanto costa non decidere? A proposito delle conseguenze delle mancate o tardive decisioni della Pubblica amministrazione*, in *Dir. Econ.*, 1, 2019; G. BOTTINO, *Contratti pubblici e responsabilità amministrativa per danno erariale: la insindacabilità, nel merito, delle scelte discrezionali*, in M. CAFAGNO, C. LEONE, M. BARBERA, M. FAZIO (a cura di), *La nuova stagione dei contratti pubblici tra incertezze e*

L'operatore pubblico, anche il più avveduto o competente²⁷⁷, in caso di incertezza, tende a stimare quelle che sono le possibili conseguenze attese delle proprie scelte attraverso una sorta di ponderazione delle perdite che subirebbe nelle ipotesi di riconoscimento di una propria responsabilità rispetto a quelle che affronterebbe nel caso in cui fosse stato ritenuto diligente.

A tal proposito, è opportuno ricordare che, nel maggio del 2017, Forum PA²⁷⁸ ha presentato i risultati di una ricerca dedicata al fenomeno della cosiddetta «*burocrazia difensiva*», condotta attraverso verifiche sul campo e interviste a un campione significativo di agenti pubblici. Dall'indagine è emerso come la quasi totalità dei partecipanti abbia riconosciuto la rilevanza e la gravità del fenomeno, soprattutto per le sue implicazioni sulle dinamiche decisionali della pubblica amministrazione.

responsabilità, Mimesis, Sesto San Giovanni, 2019; M. LAVATELLI, *Responsabilità penale e burocrazia difensiva: effetti (o danni) collaterali di una valutazione sui generis della performance amministrativa*, in *Quali saperi servono alla Pubblica Amministrazione? Selezione, valorizzazione e tutela della professionalità pubblica*, Convegno Aipda 2019, (Pisa, 10-12 ottobre 2019); AA. VV. *Burocrazia difensiva: cause, indicatori e rimedi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 4, 2021 pp. 1295 ss; T.B ULMAN, *Strengthening Italy's public sector effectiveness*, in *Economics Department Working Paper*, OECD, 2021, p. 41; più di recente V. TENORE, *La "paura della firma" e "la fatica dell'amministrare tra mito e realtà: categorie reali o mera giustificazione per l'impunità normativa degli amministratori pubblici? Dalla "Corte dei Conti" alla "Corte degli Sconti"*, in *Rivista della Corte dei Conti*, 1, 2025; S. BATTINI, *Burocrazia difensiva e responsabilità amministrativa. Alla ricerca dell'equilibrio perduto*, Pacini giuridica, Pisa, 2025; L. MERCATI, *Lo "scudo erariale" dinanzi alla Corte Costituzionale: La «fatica dell'amministrare» tra disposizioni "a tempo" e riforme in itinere*, in *Sistema penale*, 2, 2025, pp. 89 ss.; L. LORENZONI, *Contratti pubblici e burocrazia difensiva*, in *Dir. amm.*, 2, 2025, pp. 559 ss.

²⁷⁷ È stato sottolineato da M. DELSIGNORE, M. RAMAJOLI, *op. ult. cit.*, p. 74 che «se i pubblici dipendenti sono soggetti competenti, preparati, capaci di scegliere e in grado di utilizzare gli strumenti più idonei a seconda del contesto della loro azione, un apparato di regole che siano troppo complesse, o, viceversa, estremamente elastiche e flessibili finirebbe per scoraggiare anche i migliori al fine di evitare dall'incappare in condotte, presumibilmente, sanzionabili». In altri termini anche S. VALAGUZZA, *op. ult. cit.*, p. 58.

²⁷⁸ Reperibile da www.forumpa.it

Inoltre, una netta maggioranza degli intervistati aveva dichiarato di percepire un progressivo aggravamento del problema, con un impatto crescente sia in termini qualitativi che quantitativi.

I dati raccolti hanno, tuttavia, evidenziato che il timore di incorrere in azioni di responsabilità non rappresenta la causa primaria delle condotte difensive, ma piuttosto un fattore concorrente, la cui incidenza si intreccia con ulteriori elementi di natura sistemica²⁷⁹. Tra questi spiccano l'instabilità e la confusione del quadro normativo e operativo, l'ipertrofia legislativa²⁸⁰, la non equilibrata distribuzione dei carichi di lavoro e, non da ultimo, l'inadeguatezza delle strutture organizzative. Tali criticità concorrono a delineare un contesto nel quale le strategie difensive non appaiono tanto il prodotto di paure individuali, quanto l'esito di disfunzioni strutturali del sistema amministrativo.

Occorre tuttavia sottolineare che il quadro normativo attuale si presenta oggi notevolmente evoluto rispetto a quello oggetto dell'indagine del 2017, grazie all'introduzione di strumenti volti proprio a contrastare tali dinamiche, tra cui lo «scudo erariale»²⁸¹ e altre misure legislative finalizzate

²⁷⁹ Dai dati emerge che secondo i dipendenti il motivo principale di stallo nell'utilizzo delle procedure flessibili e innovative è da individuarsi nella mancanza di una adeguata preparazione e di assenza di competenze tecniche specifiche. Invece, secondo gli operatori economici il "timore della firma" rappresenta il principale ostacolo alla diffusione di tali procedure.

²⁸⁰ Su questo concetto si rinvia a F. LAUS, *Amministrazione del rischio. Tra regolazione e procedimento, principio di precauzione e approccio multidimensionale*, Padova, Cedam, 2023, p. 3; B.G. MATTARELLA, *Burocrazia «normativa»: il valore della legge e il ruolo dell'amministrazione*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 1, 2020, pp. 75 ss. S. CASSESE, *Come migliorare la macchina dello Stato*, in *Il Sole 24 Ore*, 21 luglio 2013, propone di «*modificare il modo di governare, ricorrendo a meno leggi e interessandosi maggiormente alla realizzazione degli obiettivi*».

²⁸¹ Si tratta di una disposizione entrata in vigore nel corso dell'emergenza pandemica con il d.l. 16 luglio 2020, n.76 convertito con modificazioni dalla l. 11 settembre 2020 n. 120, e già più volte prorogata, da ultimo ad opera del d.l. 27 dicembre 2024, n. 202 recante «Disposizioni urgenti in materia di termini normativi» che all'articolo 1, comma 9, ha introdotto un'ulteriore proroga al 30 aprile 2025. Tale disposizione prevede che «*la*

a ridurre l'incidenza dei comportamenti di burocrazia difensiva. Tali interventi mirano a creare un ambiente amministrativo più favorevole all'assunzione consapevole del rischio e alla valorizzazione della discrezionalità tecnica, elementi imprescindibili per sostenere l'innovazione e migliorare la qualità dell'azione pubblica. Si trattava, infatti, di un periodo in cui gli strumenti di *innovation procurement* si affacciavano per la prima volta nel panorama legislativo italiano, con l'introduzione del d.lgs. n. 50 del 2016, e risultavano, di conseguenza, ancora poco conosciuti e non sufficientemente incentivati. La novità e la complessità di tali istituti, unite all'assenza di un consolidato quadro interpretativo e applicativo, contribuivano a generare un clima di incertezza che, a sua volta, favoriva atteggiamenti di cautela o di resistenza da parte dei funzionari pubblici. In questo contesto, la mancanza di adeguati strumenti di supporto e di formazione specifica rendeva ancora più difficile tradurre in pratica le potenzialità insite nei nuovi meccanismi di appalto orientati all'innovazione.

Può dirsi, che il concatenarsi di fattori eterogenei non ha prodotto unicamente, né forse principalmente, quel fenomeno comunemente descritto come “*burocrazia difensiva*”. Piuttosto, esso sembra aver generato una più pervasiva e radicata “*diffidenza nei confronti dell'innovazione*”²⁸², la quale si manifesta come conseguenza delle molteplici criticità sistemiche

responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti in materia di contabilità pubblica per l'azione di responsabilità di cui all'articolo 1 della legge 14 gennaio del 1994, n.20, è limitata ai casi in cui la produzione del danno conseguente alla condotta del soggetto agente e da lui dolosamente voluta punto la limitazione di responsabilità prevista dal primo periodo non si applica per i danni che originati da omissione o inerzia del soggetto a gente».

²⁸² Anche A. BARTOLINI, *Dilemmi amministrativi e innovazione tecnologica, ovvero la signoria della prudenza amministrativa*, cit., p. 735, sottolinea in termini diversi come la prudenza e «*la cieca osservanza della prassi, fino a diventare ossessione contro l'innovazione, fa diventare l'amministrazione “asina”*».

e organizzative che ostacolano l'assunzione di decisioni orientate al cambiamento. In tale prospettiva, la resistenza non appare tanto come l'effetto di un atteggiamento meramente conservativo o auto-protettivo da parte degli apparati amministrativi, quanto come l'esito di un contesto istituzionale in cui le incertezze normative, la frammentazione regolativa e la debolezza delle infrastrutture organizzative contribuiscono a rendere l'innovazione un'opzione scarsamente incentivata²⁸³.

In questo contesto, la preferenza per modelli contrattuali semplificati e per procedure rigidamente formalizzate, spesso strutturate su meccanismi automatici, si configura come una strategia di auto-tutela da parte del funzionario pubblico. Tale opzione, infatti, non risponde unicamente a una logica di efficienza amministrativa, ma riflette piuttosto l'esigenza di ridurre i margini di discrezionalità e, con essi, la possibilità di esposizione a responsabilità o contestazioni. Ne deriva che la rigidità procedurale, lungi dall'essere percepita come un limite, assurge a garanzia di certezza giuridica e di protezione individuale, rafforzando una cultura organizzativa orientata più alla prevenzione del rischio che alla promozione dell'innovazione²⁸⁴. Sul punto anche la Corte Costituzionale di recente ha segnalato che «*la necessità di scegliere, sovente tra un ventaglio ampio di possibilità e in un ambito non più integralmente tracciato dalla legge, accresce, inevitabilmente, la possibilità di errori da parte dell'agente pubblico, generando in esso il rischio della sua inazione*»²⁸⁵.

²⁸³ Sulla diffidenza per l'innovazione anche G. FIDONE, *Il risultato dei contratti pubblici*, cit., p. 199; K. BROWN, S.O. SBORNE, *Managing Change and Innovation in Public Service Organizations*, London, Routledge, 2005.

²⁸⁴ M. CAFAGNO, *Risorse decisionali e amministrazione difensiva. Il caso delle procedure contrattuali*, in *Dir. amm.*, 1, 2020, pp. 35 ss.

²⁸⁵ Corte Cost., 16 luglio 2024, n. 132. In dottrina F.S. MARINI, *La sentenza n. 132 del 2024: la Corte costituzionale sperimenta nuove tecniche decisorie*, in *Rivista della Corte dei Conti*, 4, 2024, pp. 1 ss.; di recente anche M.R. SPASIANO, *La codificazione dei principi del Codice dei contratti pubblici e, in particolare, del risultato, alla prova del*

Si può dunque affermare che le stesse amministrazioni – *rectius* i singoli funzionari – tendano spesso a non avvalersi dei margini di discrezionalità loro riconosciuti, preferendo rinunciarvi per timore di possibili critiche o responsabilità. Tale atteggiamento di auto-limitazione porta a privilegiare l'adesione a procedimenti rigidamente predeterminati, percepiti come maggiormente tutelanti sotto il profilo della responsabilità personale e amministrativa. A ciò si aggiunge una scarsa propensione ad impegnarsi nei procedimenti innovativi, che si manifesta non solo nella riluttanza ad adottare strumenti nuovi o non consolidati, ma anche in una resistenza culturale più profonda: quella di affrontare l'incertezza insita nei processi di innovazione. In molti casi, il funzionario tende così a “nascondersi” dietro al timore di una responsabilità per giustificare una mancata assunzione di iniziativa, preferendo la sicurezza della *routine* amministrativa all'imprevedibilità, ma anche al potenziale trasformativo, dell'innovazione.

Difatti, la dottrina²⁸⁶ si è sforzata di dimostrare che la «*paura della firma*», la «*burocrazia difensiva*», la «*fatica dell'amministrare*», alla luce soprattutto degli ultimi interventi normativi, appaiono categorie sopravvalutate, psicologiche e talvolta emotive prive di qualsiasi riscontro probatorio e di evidenza scientifica. La paura della firma, dunque, secondo questa parte della dottrina è una sorta di «*assioma indimostrato*».

È questa anche la dinamica che Aldo Sandulli, di recente, ha efficacemente descritto con l'espressione di “*discrezionalità schivata*”²⁸⁷. Oggi, considerato che – rispetto al 2017 – l'azione di responsabilità contabile risulta circoscritta alle sole ipotesi di dolo, anche in relazione alle condotte omissive, il quadro appare profondamente mutato e le titubanze

correttivo, in *federalismi.it*, 2025, pp. 192; M. TRIMARCHI, *Il risultato dell'amministrazione: un quadro di insieme*, in *Dir. amm.*, 2025, pp. 803 ss.

²⁸⁶ Si veda ancora V. TENORE, *La “paura della firma” op. cit.*, pp. 5 ss.

²⁸⁷ A. SANDULLI, *Alle origini della discrezionalità*, intervento al Convegno AIPDA “*Discrezionalità e amministrazione*”, 7 ottobre 2022.

mostrate in passate non avrebbero ragione d'esistere. In tale prospettiva, infatti, soltanto nei casi in cui il funzionario abbia agito con intenzionalità dannosa risulta giustificato l'intervento sanzionatorio della Corte dei conti. Ne consegue che, ove il pubblico agente operi in assenza di dolo, egli dovrebbe potersi muovere in una condizione di maggiore serenità e libertà decisionale, anche nell'ambito di attività connotate da elevata incertezza, come quelle di ricerca e sviluppo. In tali casi, l'eventuale insuccesso progettuale non può essere imputato come colpa, ma deve essere riconosciuto come parte fisiologica del rischio connesso ai processi di innovazione. Ciò dovrebbe, in linea di principio, favorire un atteggiamento più proattivo da parte dei funzionari pubblici, incoraggiandoli a utilizzare con maggiore consapevolezza e responsabilità gli strumenti di *innovation procurement*, senza il timore paralizzante di possibili ripercussioni personali. Le preoccupazioni, talvolta giustificate, perché rappresentano un elemento fisiologico in chiunque sia chiamato ad assumere decisioni, e ancor più in coloro che gestiscono la cosa pubblica, non devono però degenerare, per mancanza di conoscenza o per debolezza di carattere, in una fobia immotivata verso l'incertezza e il nuovo, tale da paralizzare l'azione amministrativa e ostacolare i processi di innovazione²⁸⁸. Al contrario, la consapevolezza del rischio dovrebbe essere accompagnata da un atteggiamento razionale e responsabile, fondato sulla preparazione tecnica e sul sostegno organizzativo, affinché il timore dell'errore non si traduca in inerzia, ma diventi stimolo a operare con maggiore competenza e discernimento²⁸⁹.

²⁸⁸ V. TENORE, *La "paura della firma" op. cit.*, p. 4.

²⁸⁹ Occorre rilevare che l'attuale Codice dei contratti pubblici ha introdotto, attraverso alcune disposizioni significative racchiuse nel principio di fiducia sancito dall'articolo 2, un tentativo concreto di rassicurare e responsabilizzare il funzionario pubblico. In particolare, il comma 3 del medesimo articolo stabilisce che, in tutte le fasi della vita del contratto pubblico – dalla programmazione alla progettazione, fino all'affidamento e all'esecuzione – la responsabilità amministrativa può configurarsi solo nei casi di colpa

Tale atteggiamento di incertezza o riluttanza nell'applicare istituti nuovi, ancora poco diffusi o non consolidati, non deriva, dunque, soltanto dal "timore della firma", ma può essere spiegato anche da un *deficit* di competenze specifiche dei funzionari, che rende l'adozione di soluzioni innovative più difficile e rischiosa da gestire. Da questo punto di vista, la funzione consultiva della Corte dei Conti assume un ruolo strategico²⁹⁰. Attraverso l'interpretazione delle regole di responsabilità e la predisposizione di linee guida operative, l'organo contabile potrebbe fornire un quadro di riferimento capace di ridurre l'area di incertezza, offrendo al funzionario strumenti di orientamento utili a un esercizio più sicuro della discrezionalità.

Tuttavia, questo stesso supporto interpretativo non è esente da ambivalenze. Se da un lato potrebbe consentire di rafforzare l'autonomia decisionale entro confini giuridici più chiari, dall'altro può generare una

grave. Il legislatore precisa che tale colpa grave sussiste esclusivamente quando vi sia stata una violazione delle regole di prudenza, perizia e diligenza, o un'omissione delle verifiche, cautele e informazioni preventive che, in base alle specifiche competenze del funzionario e alle caratteristiche del caso concreto, risultino normalmente esigibili. Diversamente, la colpa grave è esclusa qualora la violazione o l'omissione siano state determinate dal rispetto di indirizzi giurisprudenziali prevalenti o da pareri resi dalle autorità competenti.

Questa formulazione, inserita nel quadro del principio di fiducia, rappresenta un passaggio di rilievo culturale e sistemico, in quanto mira a favorire un approccio più sereno e consapevole da parte del funzionario, rafforzando la distinzione tra l'errore commesso in buona fede – fisiologico in contesti complessi o innovativi – e la condotta effettivamente negligente o dolosa.

²⁹⁰ Si vedano M. DELSIGNORE, *Innovazione nel partenariato pubblico-privato e nella collaborazione tra pubbliche amministrazioni*, in *Rivista della Corte dei Conti*, 3, 2021, pp. 35 ss.; M. CAFAGNO, *Contratti pubblici, responsabilità amministrativa e burocrazia difensiva*, cit., pp. 628. Sulla funzione consultiva della Corte dei Conti alla luce della nuova riforma si vedano G. BOTTINO, *La funzione consultiva*, in *Riv. Corte conti*, n.2/2022, p.75; C. CHIAPPANELLI, *Le risorse del PNRR e l'attività consultiva della Corte dei conti*, in *Riv. Corte conti - Quaderni*, 3, 2022, p. 66; E. TALARICO, *Sviluppo della funzione consultiva della Corte dei conti e riflessi sul procedimento amministrativo alla luce delle proposte normative de iure condendo*, in *federalismi.it*, 17, 2025, pp. 181 ss.

sorta di “eterodirezione” delle scelte amministrative, in cui il ricorso alle linee guida diventerebbe una condizione preventiva di legittimazione dell’azione. Il rischio, in tal senso, è che l’azione amministrativa finisca per irrigidirsi ulteriormente. In questa tensione si riflette uno dei nodi più complessi: bilanciare, da un lato, l’esigenza di certezza giuridica e di *accountability* e, dall’altro, la necessità di promuovere innovazione e autonomia decisionale all’interno delle amministrazioni.

A parere di chi scrive, la definizione di nuove regole, siano esse fonti normative vere e proprie o, più semplicemente, linee guida e strumenti di *soft law*, non è di per sé sufficiente a risolvere la questione di fondo che condiziona l’effettiva applicazione degli istituti. Le norme, infatti, possono delineare cornici di riferimento, ma non garantiscono automaticamente che esse si traducano in prassi concrete ed efficaci. Ciò che appare realmente dirimente è la qualità dell’amministrazione chiamata a darvi attuazione: una “buona amministrazione” dotata di competenze tecniche adeguate, di un *expertise* interno qualificato, di un’organizzazione razionale e non frammentata, nonché di capacità di elaborazione dei dati, di sviluppo progettuale e di pensiero critico. Solo in presenza di tali condizioni, e di una cultura amministrativa moderna e orientata all’innovazione, il sistema regolativo può produrre risultati tangibili²⁹¹.

Al contrario, in assenza di queste premesse, il moltiplicarsi di regole rischia di produrre un effetto paradossale: anziché chiarire e semplificare, contribuisce a generare ulteriore complessità, alimentando la frammentazione e rafforzando quella logica difensiva che si intende contrastare. È il fenomeno ben noto della *over-regulation*²⁹², in cui la

²⁹¹ L. TORCHIA, *La nuova direttiva europea in materia di appalti servizi e forniture nei settori ordinari*, op. cit., p. 52.

²⁹² Sul tema, tra i tanti, si rinvia a S. DE NITTO, *Regolazione per standard: un valore aggiunto?*, in *Federalismi.it*, 2022, pp. 81 ss.; M. DE BENEDETTO, *Qualità della regolazione e discrezionalità*, in *Diritto e società*, 3, 2022, pp. 459 ss.;

produzione normativa eccede la capacità effettiva delle strutture amministrative di recepirla e tradurla in comportamenti coerenti. In questo senso, la soluzione non risiede tanto in un incessante accumulo di norme, quanto nella costruzione di un'amministrazione capace di assumere e gestire l'innovazione come processo ordinario, e non come eccezione rischiosa da cui difendersi.

Un celebre aforisma di Bertrand Russell «*forse nessuno può essere un grande innovatore senza una fiducia in sé*»²⁹³ offre una chiave di lettura utile anche per comprendere le dinamiche interne alle pubbliche amministrazioni. La capacità di introdurre innovazione, infatti, non dipende unicamente dalla presenza di norme favorevoli o da incentivi esterni, ma richiede che i funzionari sviluppino una fiducia sufficiente nelle proprie competenze e nella solidità dell'istituzione entro cui operano. In assenza di tale fiducia, personale e sistemica, prevale l'incertezza, che si traduce in atteggiamenti prudenti, quando non apertamente difensivi. L'innovazione, in questo senso, non appare tanto ostacolata da vincoli formali, ma, anche, da una condizione psicologica e organizzativa in cui il rischio percepito supera i benefici attesi.

4.1. La (possibile) via degli incentivi: strategie per aggirare l'*impasse* burocratico-difensivo

Per abbattere l'ostacolo della burocrazia difensiva è necessario rimettere al centro il problema dell'organizzazione amministrativa e della necessaria *professionalità*.

Un maggiore ricorso agli strumenti di *Innovation Procurement*, che, come si è avuto modo di osservare, nel contesto nazionale continua a

²⁹³ Anche T. BONETTI, *Amministrazioni pubbliche tra innovazione e sostenibilità*, in *Munus*, 1, 2024, pp. VII, Editoriale.

configurarsi come un obiettivo ancora lontano, quasi un ‘miraggio’, anche in ragione delle criticità strutturali e dei fenomeni già evidenziati, potrebbe essere efficacemente promosso attraverso l’adozione di meccanismi premianti e incentivanti. Tali strumenti, se correttamente designati, avrebbero la funzione non solo di stimolare l’attivazione delle procedure innovative, ma anche di sostenere i soggetti coinvolti nel loro completamento, contribuendo così a ridurre il rischio di abbandono o di inefficace implementazione. In questa prospettiva, la leva degli incentivi si porrebbe quale elemento centrale di una strategia volta a trasformare la sperimentazione in prassi consolidata, facilitando il superamento delle resistenze culturali e burocratiche che tradizionalmente ostacolano l’adozione di soluzioni innovative nella pubblica amministrazione. Una previsione di questo tipo potrebbe porsi come contrappeso agli ostacoli evidenziati e fungere da stimolo per i funzionari a percorrere strade nuove²⁹⁴.

In una prospettiva orientata a massimizzare il miglioramento complessivo del sistema regolatorio, la gratificazione può assumere, dunque, un ruolo di stimolo, valorizzando esplicitamente le azioni amministrative che abbiano introdotto soluzioni innovative, pur nel rispetto dei principi settoriali. Un simile approccio, nel nostro ambito, risulterebbe funzionale a promuovere iniziative pubbliche capaci non solo di garantire la corretta applicazione delle regole di mercato, ma anche di farsi portatrici di ricerca e innovazione, ottenendo in tal modo approvazione e riconoscimento pubblico²⁹⁵.

²⁹⁴ Altrimenti il funzionario, per non incorrere nella responsabilità amministrativa, sarà sempre tentato di optare per il modello di procedura ad evidenza pubblica più rigido e formale, anche se meno efficiente dal punto di vista economico. Sul punto C. LACAVA, *Le nuove procedure, la partecipazione e l’aggiudicazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 12, 2014, pp. 1145 ss.

²⁹⁵ L.B. ANDERSEN, S. BOYE, R. LAURSEN, *Building support? The importance of verbal rewards for employee perceptions of governance initiatives*, in *International Public*

Una parte della dottrina²⁹⁶ ha evidenziato come, affinché gli strumenti incentivanti e le premialità possano effettivamente risultare idonei a favorire l'adozione di modelli organizzativi improntati a flessibilità e innovazione, essi debbano essere tali da compensare in misura adeguata il rischio di possibili conseguenze negative connesse alle responsabilità derivanti dalle scelte adottate. Tuttavia, si ritiene che l'incentivo non possa costituire, di per sé, un elemento idoneo ad attenuare la responsabilità contabile del soggetto agente. La previsione di un beneficio economico o premiale non è, infatti, sufficiente a legittimare o giustificare l'assunzione del rischio connesso all'esercizio delle funzioni amministrative. Tale esigenza di tutela può piuttosto essere soddisfatta attraverso strumenti di garanzia specificamente predisposti dal legislatore a tal fine, già individuati in via ricostruttiva dalla dottrina²⁹⁷, e oggi espressamente contemplati dal nuovo Codice dei contratti pubblici, all'art. 2, comma 4, nella parte in cui è prevista la possibilità di stipulare idonee polizze assicurative dei rischi a favore del personale coinvolto²⁹⁸.

Il sistema degli incentivi, pertanto, lungi dal configurarsi come mero stimolo all'azione finalizzato ad eludere o attenuare profili di

Management Journal, 1, 2017, p. 1 ss., gli Autori analizzando la relazione tra il ricorso ai feedback da parte dei dirigenti pubblici e la percezione delle ricompense da parte dei dipendenti, evidenziano come il *feedback* positivo possa costituire un fattore rilevante nell'accrescere la motivazione.

²⁹⁶ G. FIDONE, *Il risultato dei contratti pubblici*, cit., p. 211.

²⁹⁷ S. BATTINI, F. DECAROLIS, *Indagine sull'amministrazione difensiva*, in *Riv. it. Public Management*, 3, 2020.

²⁹⁸ Anche la giurisprudenza costituzionale ha ritenuto che i profondi mutamenti del contesto in cui la pubblica amministrazione opera giustifica la ricerca legislativa di nuovi punti di equilibrio che riducano la quantità di rischio dell'attività che grava sul funzionario pubblico virgola in modo che il regime della responsabilità virgola non funga da disincentivo all'azione, senza però sminuire la funzione deterrente della responsabilità amministrativa. Sul punto Cort. Cost. 16 luglio 2024, n. 132. In dottrina F. CINTOLI, *La sentenza della Corte costituzionale n. 132 del 2024: dalla responsabilità amministrativa per colpa grave al risultato amministrativo*, in *federalismi.it*, 2024, pp. 125 ss.

responsabilità, dovrebbe piuttosto essere orientato a superare quella che in precedenza è stata definita come una diffusa «diffidenza verso l'innovazione», ossia la limitata propensione dell'agente pubblico ad intraprendere percorsi nuovi o a farsi promotore di progetti complessi e di lunga durata. In altri termini, il sistema delle premialità e dei premi di risultato dovrebbe essere concepito non tanto quale meccanismo di conformazione del comportamento amministrativo alla legalità formale, ma come strumento capace di incentivare un atteggiamento proattivo e un autentico interesse all'agire, funzionale al conseguimento di risultati concreti e di valore pubblico.

Il sistema vigente degli incentivi però appare assai lontano dall'essere adeguato al fine²⁹⁹.

Già con la cosiddetta *riforma Brunetta*, introdotta dal d.lgs. n. 150 del 2009, il legislatore tentò di imprimere una svolta significativa nel sistema di valutazione del personale pubblico, con l'obiettivo dichiarato di promuovere una pubblica amministrazione meritocratica, orientata ai risultati e capace di premiare il merito e l'efficienza³⁰⁰. In tale prospettiva, venne istituito il sistema di gestione del ciclo della

²⁹⁹ Si segnala sul punto l'interessante scritto R. RUFFINI, *La valutazione della performance individuale nelle pubbliche amministrazioni*, Milano, Giuffrè, 2013. In dottrina è stato sottolineato che il principio sancito all'articolo 7, comma 5, del d.lgs. n. 165/2001, nel quale si afferma che «le pubbliche amministrazioni non possono erogare trattamenti economici accessori che non corrispondono alle prestazioni effettivamente rese» non ha impedito la distribuzione a pioggia dei premi in modo indifferenziato e automatico. Sul punto si rinvia a L. CASINI, *Politica e amministrazione: the Italian Style*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 2019, pp. 13 ss.; anche, più di recente, G. FIDONE, *Il risultato dei contratti pubblici*, cit., p. 212.

³⁰⁰ G. GARDINI, *Il nuovo assetto del pubblico impiego dopo la riforma Brunetta*, Bologna, 2012; B. CARUSO, *Le riforme e il lavoro pubblico: la "legge Madia" e oltre. Miti, retoriche, nostalgie e realtà nell' "eterno ritorno" allo statuto speciale del lavoratore pubblico*, in B. CARUSO (a cura di), *La quarta riforma del lavoro pubblico*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019; M. SALERNO, *La valorizzazione del merito nel pubblico impiego: frammenti di un percorso a ostacoli lungo un sentiero senza fine?*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2, 2021, pp. 517 ss.

performance, articolato nelle fasi di programmazione, misurazione, valutazione e rendicontazione dei risultati, sia a livello organizzativo che individuale. L'intento era quello di superare la tradizionale concezione burocratica, incentrata sull'adempimento formale, per approdare a un modello di amministrazione *performance-based*, fondato sulla responsabilità del risultato.

Tuttavia, come è stato osservato dalla dottrina³⁰¹, la portata innovativa della riforma Brunetta rimase in larga misura teorica. L'attuazione concreta del ciclo della *performance* si è infatti scontrata con una serie di resistenze culturali e organizzative, tipiche di un'amministrazione ancora fortemente ancorata a logiche di tipo procedurale. In questo contesto, la successiva riforma Madia³⁰², costituita dal d.lgs. n. 74 del 2017, pur confermando l'impianto di fondo del sistema introdotto nel 2009, si è limitata a un'opera di razionalizzazione e coordinamento, senza introdurre elementi realmente innovativi sul piano sostanziale. Essa ha ribadito l'importanza della valutazione delle *performance* e del legame tra merito, premi e progressioni di carriera, ma senza affrontare le criticità strutturali che ne ostacolano l'effettiva applicazione³⁰³.

Sulla base delle disposizioni contenute in tali decreti, ogni amministrazione dispone oggi di un articolato sistema premiale, che comprende, tra le altre, misure come il *bonus annuale per le eccellenze*,

³⁰¹ Si veda E. D'ALTERIO, *Dall'amministrazione di risultato all'amministrazione «performante»: storia di paradossi in tema di pubblico impiego*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 3, 2018, pp. 488 ss.

³⁰² B. G. MATTARELLA, E. D'ALTERIO, *La riforma della pubblica amministrazione*, il Sole 24 ore, N&T, 2017; per una valutazione di insieme, anche se riferita ai singoli aspetti, si rinvia a B. G. MATTARELLA, *Burocrazia e riforme. L'innovazione nella pubblica amministrazione*, il Mulino, 2017.

³⁰³ B. G. MATTARELLA, E. D'ALTERIO, *La riforma della pubblica amministrazione*, op. cit. p. 67; R. RUFFINI, A. BIANCO, A. BOSCATI, *La riforma del pubblico impiego e della valutazione*, Maggioli, Rimini, 2017.

il premio annuale per l'innovazione, le progressioni economiche e di carriera, nonché il premio di efficienza. Tale corpus di strumenti è concepito come leva di motivazione e incentivo alla produttività individuale e collettiva, in linea con i principi di buon andamento e imparzialità sanciti dall'art. 97 Cost. e con l'obiettivo di orientare l'azione amministrativa verso il conseguimento di risultati misurabili e di impatti positivi per la collettività.

Nella prassi, tuttavia, la distanza tra la norma e la realtà amministrativa risulta ancora marcata. La valutazione delle *performance* tende a concentrarsi prevalentemente sugli aspetti formali ed estrinseci dell'azione amministrativa, ossia sulla mera verifica del rispetto delle procedure, dei tempi o degli adempimenti previsti. Ciò che manca è una valutazione realmente sostanziale, capace di misurare l'efficacia delle politiche pubbliche e gli effettivi risultati prodotti in termini di valore pubblico (*public value*). La difficoltà principale risiede nella definizione e misurazione degli indicatori di *performance*, i quali, in assenza di un solido apparato metodologico, finiscono spesso per ridursi a descrizioni di attività e non di risultati. Come autorevolmente evidenziato in dottrina³⁰⁴, tale fenomeno rappresenta una vera e propria «tragedia della valutazione»: un sistema formalmente sofisticato ma sostanzialmente sterile, in cui l'attenzione si sposta dal contenuto all'adempimento, dall'impatto al rispetto delle regole procedurali.

Il rischio conseguente è che il funzionario pubblico finisca per orientare i propri sforzi al mero superamento positivo della valutazione, intesa come adempimento burocratico, piuttosto che al perseguimento di

³⁰⁴ B.G. MATTARELLA, *Il principio del merito*, in M. RENNA, F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, 2012, pp. 149 ss.; richiamato anche da G. FIDONE, *Il risultato dei contratti pubblici*, op. cit., p. 213.

risultati concreti³⁰⁵. Si realizza, in tal modo, una forma di eterogenesi dei fini: l'istituto nato per incentivare il merito e l'efficienza produce, paradossalmente, un effetto di deresponsabilizzazione e conformismo, in cui la *performance* viene ridotta a un rituale amministrativo privo di reale significato.

In conclusione, nonostante le ambizioni riformatrici delle riforme Brunetta e Madia, la valutazione della *performance* nella pubblica amministrazione italiana continua a mostrare tratti di formalismo e ineffettività, mancando di quella capacità trasformativa che ne costituisce la ratio ispiratrice. La sfida per il legislatore e per le amministrazioni è oggi quella di passare da una logica dell'adempimento a una logica del risultato, promuovendo strumenti valutativi realmente orientati all'impatto, in grado di valorizzare il merito e di restituire alla funzione pubblica la sua dimensione di servizio effettivo alla collettività.

La prospettiva sin qui delineata si inserisce, tuttavia, in un contesto più ampio, segnato da una nozione che una parte della dottrina ha definita come «ingannevole»³⁰⁶: quella di «*amministrazione di risultato*»³⁰⁷. L'espressione, ampiamente utilizzata, sottende un'idea di fondo apparentemente chiara, quella di un'amministrazione capace di orientare

³⁰⁵ E. D'ALTERIO, *Dall'amministrazione di risultato all'amministrazione «performante»*, *op. cit.*, p. 493, pone l'esempio del funzionario che deve tenere «x» riunioni al mese.

³⁰⁶ E. D'ALTERIO, *Dall'amministrazione di risultato all'amministrazione «performante»*, *op. cit.*, p. 494.

³⁰⁷ Sul punto, tra i tanti, M. CAMELLI, *Amministrazione di risultato*, in *Innovazione del diritto amministrativo e riforma dell'amministrazione*, Annuario Aipda 2002, Giuffrè, Milano, 2003. Da ultimo anche A. ROMEO, *Dalla forma al risultato: profili dogmatici ed evolutivi della decisione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2018, 551 ss. M. TRIMARCHI, *Il risultato dell'amministrazione: un quadro di insieme*, in *Dir. amm.*, 2025, pp. 803 ss.

la propria azione verso obiettivi concreti e di misurarne gli esiti, ma che, a ben vedere, nasconde contraddizioni teoriche e applicative³⁰⁸.

Il concetto di “risultato” dovrebbe rappresentare, in senso proprio, l’indice della capacità e del grado di realizzazione di una strategia da parte del dirigente o del responsabile di struttura, espresso attraverso il raggiungimento, totale o parziale, degli obiettivi prefissati. In tale prospettiva, la valutazione del risultato non può ridursi a una logica meramente binaria (successo o fallimento), ma deve tener conto della qualità, dell’efficienza e della coerenza del processo di realizzazione³⁰⁹. Un risultato solo parzialmente conseguito potrebbe, infatti, esprimere una *performance* comunque positiva se ottenuto in condizioni complesse, se coerente con la strategia organizzativa, o se prodotto con modalità particolarmente efficienti o innovative. In altre parole, il risultato amministrativo dovrebbe essere letto in chiave dinamica e contestuale, come espressione del grado di avanzamento di un processo strategico, non come semplice adempimento o mera realizzazione di un target numerico.

Tuttavia, anche in questo caso, la normativa vigente contribuisce a generare ambiguità, poiché tende a configurare la valutazione in termini dicotomici e rigidi, imprigionandola in una logica di “bianco o nero”. La struttura delle griglie di valutazione e degli indicatori adottati, spesso derivata da modelli standardizzati e scarsamente adattabili alle specificità organizzative, alimenta l’idea che la *performance* sia un dato oggettivo, misurabile in modo neutro, e che il risultato coincida con il completo raggiungimento dell’obiettivo prefissato.

³⁰⁸ M. R. SPASIANO, *Dall’amministrazione di risultato al principio di risultato del Codice dei Contratti pubblici: una storia da scrivere*, in *federalismi.it*, 2024, pp. 213 ss.

³⁰⁹ E. D’ALTERIO, *op. ult. cit.*, p. 493

La prassi della distribuzione generalizzata e indifferenziata delle premialità, peraltro scarsamente correlata all'effettivo merito manageriale, si è rivelata, dunque, inefficace nel perseguire l'obiettivo di incentivare il conseguimento di risultati amministrativi concreti e misurabili. Tale modalità, svincolata da una logica di *performance*, ha finito per indebolire il potenziale stesso dello strumento incentivante, riducendolo a un mero adempimento formale privo di reale capacità propulsiva³¹⁰. Il paradosso, pertanto, è evidente: l'amministrazione di risultato finisce per essere, di fatto, un'amministrazione dell'adempimento, in cui il "fare bene" si misura non in termini di efficacia o impatto, ma di mera conformità procedurale e di completamento formale dell'obiettivo.

5. Organizzazione amministrativa e innovazione: il *deficit* delle competenze. Una necessaria "professionalizzazione" degli acquirenti pubblici.

Il rapporto tra organizzazione amministrativa e innovazione costituisce uno dei nodi centrali del dibattito contemporaneo sul funzionamento della pubblica amministrazione³¹¹. In particolare,

³¹⁰ Nonostante diversi interventi legislativi nel corso dell'ultimo ventennio volti ad inserire meccanismi di valutazione delle *performance* è stato affermato che gli stessi molto spesso si traducono in meri controlli di adempimenti tali da determinare quella che è stata chiamata la «tragedia della valutazione». Sul punto E. D'ALTERIO, *Dall'amministrazione di risultato all'amministrazione performante: storia di paradossi in tema di pubblico impiego*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 3, 2018.

³¹¹ B.G. MATTARELLA, *Burocrazia e riforme. L'innovazione della pubblica amministrazione*, Il Mulino, Bologna, 2017; S. CASSESE, *Amministrare la Nazione. La crisi della burocrazia e i suoi rimedi*, Milano, Mondadori, 2023; E. D'ALTERIO, *La sfida della formazione nella pubblica amministrazione*, in M. ALÌ (a cura di), *Investire sul*

nell'ambito dei contratti pubblici, la capacità delle amministrazioni di interpretare e applicare correttamente la normativa vigente si rivela strettamente connessa al livello di competenze tecniche e gestionali possedute dal personale. L'evoluzione del quadro giuridico europeo, con l'enfasi posta sulla concorrenza, sulla trasparenza e sulla parità di accesso al mercato, ha reso ancora più evidente la distanza che spesso separa i principi ispiratori delle riforme dall'effettiva capacità amministrativa di tradurli in pratiche operative.

Come si è avuto modo di evidenziare nel corso di questo capitolo, sia in relazione al problema della *flessibilità procedimentale*, sia con riferimento al fenomeno della cosiddetta *paura della firma*, il nodo delle competenze e delle *expertise* emerge come un punto fermo che si pone quale causa profonda delle difficoltà riscontrate. L'assenza o l'insufficienza di competenze specialistiche non soltanto compromette la capacità dell'apparato amministrativo di adattarsi in maniera elastica alle mutevoli esigenze operative, ma genera anche un clima di incertezza e di timore rispetto all'assunzione di responsabilità individuali. In questo senso, la mancanza di un solido bagaglio specialistico e gestionale, non solamente di tipo giuridico³¹², conduce inevitabilmente a due effetti

capitale immateriale per la crescita, la competitività e l'occupazione, Laterza, 2024, p. 97 ss.

³¹² Come ha evidenziato B.G. MATTARELLA, *Gli studi sulla pubblica amministrazione*, in *Rivista italiana di Public Management*, 1, 2018, pp. 45 ss., «È indubbiamente vero che i pubblici dipendenti hanno spesso una mentalità orientata alle norme piuttosto che ai risultati, come se il loro compito fosse di applicare la legge invece che di risolvere i problemi (rispettando la legge). Spesso sono capaci, per esempio, di svolgere correttamente un complicatissimo procedimento contrattuale, ma non di valutare correttamente se il bene o il servizio da acquisire è realmente utile. O di svolgere senza vizi di legittimità una procedura concorsuale, che serve a selezionare il candidato che ha studiato di più o frequentato il maggior numero di corsi di formazione, che non è necessariamente il migliore. Peraltro, il problema ha a che fare non solo con l'estrazione culturale dei dipendenti pubblici ma anche con fattori come l'eccesso produzione

distorsivi: da un lato, l'adozione di un approccio difensivo che privilegia l'osservanza formale delle regole a scapito della ricerca di soluzioni sostanzialmente efficaci; dall'altro, la tendenza a rinviare o a rifiutare decisioni rilevanti, nel timore di incorrere in conseguenze negative di natura personale, disciplinare o addirittura penale.

Talvolta quello del giurista e quell'innovatore sembrano mondi inconciliabili. L'innovatore è attratto dal cambiamento, talvolta dall'azzardo; il giurista, invece, si fonda sul principio della certezza del diritto. L'innovatore sfugge alle regole, il giurista le coltiva quotidianamente. L'innovazione rompe, il diritto stabilisce *routine*³¹³.

Ne deriva che il problema delle competenze non può essere considerato un elemento marginale, bensì un fattore strutturale che condiziona in modo determinante la qualità dell'azione amministrativa³¹⁴. La costruzione di percorsi di formazione continua, la valorizzazione di figure professionali altamente qualificate e l'introduzione di strumenti organizzativi in grado di supportare la responsabilità decisionale appaiono, pertanto, come direttrici imprescindibili per superare sia i limiti della rigidità procedimentale sia le dinamiche di paralisi connesse alla *paura della firma*.

Il *deficit* di competenze delle stazioni appaltanti si manifesta in vari modi: nella difficoltà di predisporre bandi chiari ed efficaci, nella limitata capacità di valutare soluzioni innovative offerte dal mercato, nonché nella tendenza a privilegiare logiche meramente burocratiche a scapito di

normativa e di giurisdizione, le distorsioni dei meccanismi di responsabilità e la sovrapposizione e la lentezza dei controlli».

³¹³ A. BARTOLINI, *Dilemmi amministrativi e innovazione tecnologica, ovvero la signoria della prudenza amministrativa, op. cit.*, p. 680.

³¹⁴ Difatti, dal sondaggio del 2017 Forum P.A. emerge con estrema chiarezza come il mancato utilizzo delle procedure innovativi (e flessibili) sia dovuto alla mancanza di una adeguata preparazione del personale addetto e, inoltre, all'assenza di competenze complementari (giuridiche, ingegneristiche, economiche, scientifiche).

una gestione strategica degli acquisti. Tale situazione non comporta solo inefficienze organizzative o un incremento del contenzioso, ma rischia di ostacolare il raggiungimento degli obiettivi di efficienza, economicità e qualità che l'ordinamento attribuisce agli appalti pubblici, riducendo la possibilità per l'amministrazione di fungere da leva di innovazione e sviluppo. Difatti, per quanto concerne gli appalti innovativi oggetto dell'analisi si richiede, ad esempio, implicitamente alle stazioni appaltanti di essere in grado di identificare a priori i requisiti di innovazione di cui deve essere in possesso l'impresa *partner*, in quanto potranno essere successivamente invitati a partecipare alla gara solo operatori che abbiano comprovate capacità innovative³¹⁵. Nondimeno, le amministrazioni dovranno essere dotate di peculiari competenze sia tecnologiche che giuridiche, il che fa presupporre che la diffusione sia subordinata all'esistenza di stazioni appaltanti di grandi dimensioni e sufficientemente organizzate, e, soprattutto, propense al rischio, anche perché è noto il tema della “*carezza di saperi*”³¹⁶ all'interno dell'amministrazione pubblica, unitamente alla notevole presenza nell'apparato pubblico di un numero elevato profili con competenze prettamente giuridiche. Sul punto, appare coerente la nuova previsione in materia di qualificazione delle stazioni appaltanti³¹⁷, di cui all'art. 63 del d.lgs. 36/2023, volta a razionalizzare il numero delle amministrazioni che

³¹⁵ S. BIGAZZI, *Le “innovazioni del partenariato per l'innovazione”*, op. cit., p. 222;

³¹⁶ E. D'ALTERIO, *La sfida della formazione nella pubblica amministrazione*, op. cit., p. 97 ss.

³¹⁷ Uno degli obiettivi è quello di far gestire le procedure di gara a soggetti esperti, incardinati all'interno delle centrali di committenza, i quali hanno una conoscenza dei prodotti, dei mercati e delle norme ben maggiore di quelle di cui dispone la maggior parte delle amministrazioni. Si veda, a tal proposito, l'articolata analisi proposta da B.G. MATTARELLA, *Burocrazia e riforme. L'innovazione nella pubblica amministrazione*, Bologna, Il Mulino, 2017, pp. 220 ss.

potranno attivare procedure ad evidenza pubblica e che richiede la necessità della presenza di elevate professionalità³¹⁸.

In particolare nell'ambito degli acquisti di beni e servizi, ad esempio in ambito sanitario, sono fondamentali non solo le competenze amministrative, bensì *soft skills* specialistiche necessarie a garantire la gestione efficiente ed efficace di procedure di peculiare complessità e potenziale impatto sulla società, rispetto a quelle puramente giuridiche; tali procedure complesse non possono infatti reggersi soltanto sul dettato normativo, soprattutto poiché al contempo strategicamente lasco e troppo rigidamente preconfigurato, ma devono consentire di evidenziare e di mettere in campo le migliori competenze manageriali in capo ai professionisti del settore.

Alla luce di queste criticità, appare ormai imprescindibile avviare un processo di professionalizzazione degli acquirenti pubblici³¹⁹. Non si tratta

³¹⁸ P. CHIRULLI, *Contratti e amministrazione del futuro*, cit., p. 31 sottolinea come sia da valutare positivamente «la previsione di un meccanismo che abiliti allo svolgimento delle funzioni di committenza solo le amministrazioni dotate di un'adeguata formazione». Sul punto anche P. LOMBARDI, *La qualificazione delle stazioni appaltanti: spunti di riflessione sul ruolo di ANAC in materia di contratti pubblici*, in Rivista interdisciplinare sul diritto delle pubbliche amministrazioni, *Ceridap*, 4, 2022. M. LEGGIO, *Commento all'art. 75*, op. cit., p. 386 ss.; B.G. MATTARELLA, *La centralizzazione delle Committenze*, in *Giorn. dir. amm.*, 5/2016, pp. 613 e ss.; A. VISCOMI, *Dalla competenza alle competenze: questioni recenti in materia di professionalità e merito nel lavoro pubblico*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 1, 2024, pp. 2 ss.. Anche il Cons. Stato, Adunanza della Commissione speciale del 21 marzo 2016, parere 855/2016, p. 45, ha sottolineato come la competitività affidata alle nuove procedure e ai criteri di affidamento particolarmente innovativi richiedono stazioni appaltanti con adeguate dimensioni, personale professionalizzato, nonché idonee a governare gli strumenti e le procedure di acquisto.

³¹⁹ L. DONATO, *La riforma delle stazioni appaltanti. Ricerca della qualità e disciplina europea*, in *Quaderni di ricerca giuridica*, Banca d'Italia, 80, 2015, pp.138 ss.; M.E. COMBA, *Aggregazione di contratti e centrali di committenza: la disciplina italiana e il modello europeo*, in *Urbanistica e appalti*, 10, 2016, pp. 1062 ss.; V. GUERRIERI, *Quali vie per razionalizzare il sistema del public procurement? La qualificazione delle stazioni appaltanti e gli effetti sulla centralizzazione degli acquisti*, in *federalismi.it*, 8, 2018, p. 2. Recentissimamente il Parlamento europeo con la risoluzione del 9 settembre 2025 sugli

soltanto di introdurre percorsi di formazione tecnica, ma di riconoscere negli operatori del *procurement* figure strategiche, in grado di coniugare competenze giuridiche, economiche e tecnologiche con una visione orientata alla valorizzazione del mercato e alla tutela dell'interesse pubblico. Un'amministrazione moderna e innovativa non può prescindere da risorse umane qualificate, capaci di gestire la complessità dei procedimenti di gara e di contribuire, con le proprie competenze, a rafforzare la competitività e la sostenibilità del sistema.

È dunque auspicabile che ai dipendenti che scelgono di specializzarsi nella gestione degli appalti sia offerta la possibilità di intraprendere percorsi motivazionali e formativi che comprendano, oltre agli aspetti giuridico-amministrativi, anche elementi di *project management*, gestione del rischio e competenze trasversali. Sebbene ciò possa comportare un costo per l'amministrazione, l'esperienza dimostra che un investimento mirato in formazione genera benefici tangibili in termini di qualità, efficienza ed economicità, traducendosi nel medio-lungo periodo in un risparmio per la collettività³²⁰.

appalti pubblici (2024/2103(INI)), incoraggia la Commissione a favorire ulteriormente la professionalizzazione e la formazione dei funzionari addetti agli appalti e le suggerisce di aumentare i finanziamenti destinati alla formazione continua delle amministrazioni aggiudicatrici, nell'ottica di un'efficace attuazione del quadro dell'UE in materia di appalti pubblici. Ritiene, inoltre, che la professionalizzazione degli acquirenti pubblici dovrebbe iscriversi nel miglioramento dei metodi di appalto pubblico all'interno dell'UE; accoglie con favore le iniziative nazionali volte ad aiutare gli acquirenti pubblici ad acquisire familiarità con il quadro giuridico e le nozioni vigenti, quali la definizione dell'oggetto e l'elaborazione di criteri di selezione e aggiudicazione adeguati; chiede che la Commissione metta a punto e promuova programmi analoghi a livello dell'UE, mettendo l'accento su un migliore utilizzo dei criteri diversi dal prezzo attraverso la definizione di criteri ambientali e sociali "pronti all'uso";

³²⁰ La formazione però non deve limitarsi a trasmettere la corretta applicazione delle procedure, ma deve anche incoraggiare il cambiamento, sviluppando la capacità dei dipendenti di compiere scelte consapevoli e di ottenere risultati concreti in un'ottica di modernizzazione.

Come è stato evidenziato³²¹, tali criticità, tuttavia, si attenuano sensibilmente in alcuni settori considerati strategici, tra i quali si distingue in modo peculiare il comparto spaziale. Le amministrazioni spaziali e le stazioni appaltanti che operano in questo ambito dispongono infatti di un patrimonio consolidato di competenze tecniche e scientifiche, maturate nel tempo attraverso una costante interazione con il mondo della ricerca, dell'industria ad alta tecnologia e delle agenzie internazionali. Si tratta di amministrazioni che non solo hanno già sviluppato al loro interno capacità specialistiche, ma che sono anche culturalmente orientate ad affrontare la complessità e l'imprevedibilità tipiche dei processi di ricerca e sviluppo.

Il settore spaziale, infatti, è caratterizzato da un elevatissimo gradiente di innovazione, in cui l'accettazione del rischio e dell'alea costituisce una condizione necessaria per poter perseguire obiettivi scientifici e tecnologici di frontiera. Le missioni spaziali e lo sviluppo di nuove tecnologie satellitari, per esempio, implicano investimenti ingenti, tempi di realizzazione estesi e margini di incertezza elevati, ma al contempo generano un ritorno significativo in termini di conoscenze, applicazioni civili e ricadute economiche. In questo contesto, l'adozione di strumenti di *innovation procurement* risulta particolarmente coerente con le logiche operative del settore, che si fondano sull'idea stessa di sperimentazione e di avanzamento progressivo della frontiera tecnologica.

Diversamente da quanto accade in altri settori della pubblica amministrazione, in cui la carenza di competenze tecniche specifiche e l'elevata avversione al rischio da parte delle stazioni appaltanti possono frenare l'utilizzo di strumenti innovativi di approvvigionamento, nel settore spaziale tali barriere risultano notevolmente ridimensionate. Ciò accade perché le amministrazioni coinvolte non solo dispongono di

³²¹ Si rinvia a E. TATÌ, *L'innovation procurement nel settore spaziale: l'outer space law alla prova della new space economy*, in *Munus*, 1, 2024, pp. 46 ss.

personale altamente qualificato, ma sono anche istituzionalmente orientate a collaborare con centri di ricerca, università e imprese altamente innovative, sviluppando così ecosistemi di competenze che agevolano l'utilizzo degli appalti innovativi.

Ne consegue che il comparto spaziale rappresenta un contesto privilegiato per osservare le potenzialità applicative *dell'innovation procurement*. In tale ambito, la combinazione di elevata specializzazione, disponibilità di competenze crea un terreno favorevole all'adozione di procedure contrattuali innovative, rendendo questo settore un laboratorio avanzato da cui trarre insegnamenti utili per la diffusione di buone pratiche anche in altri contesti della pubblica amministrazione.

6. Contratti pubblici per l'innovazione e logica dell'attività amministrativa: il problema dell'immediatezza e l'inefficace programmazione.

Uno degli ostacoli strutturali che maggiormente condiziona la diffusione degli appalti innovativi risiede nell'esigenza di immediatezza che caratterizza una parte significativa dell'attività contrattuale della pubblica amministrazione. A parere di chi scrive, infatti, la necessità di ottenere soluzioni rapide e tangibili a esigenze operative concrete spinge le amministrazioni a orientarsi verso prodotti e servizi già disponibili sul mercato, riducendo così la propensione a sperimentare meccanismi di *procurement* innovativo, i quali, per loro natura, richiedono tempistiche più dilatate e una fase preliminare di progettazione condivisa.

In questo quadro, le procedure collaborative e le forme di partenariato pubblico-privato, pur previste e disciplinate dalla normativa nazionale ed europea, risultano frequentemente sottoutilizzate. Ciò avviene non tanto per una carenza di strumenti giuridici, quanto piuttosto per la percezione

di un aggravio in termini di complessità e di oneri valutativi nella fase iniziale. La necessità di condurre analisi di fabbisogno più sofisticate, attività di co-progettazione e verifiche preliminari di fattibilità, inoltre costituisce un deterrente per amministrazioni spesso orientate alla rapidità dell'affidamento piuttosto che alla qualità dell'*output*.

La questione della “temporalità” emerge con particolare evidenza se si considera la logica del breve termine che permea gran parte delle decisioni pubbliche. Tale logica è influenzata da una molteplicità di fattori: vincoli politici, legati alla durata dei mandati elettivi e alla pressione di dimostrare risultati immediati; vincoli economici, connessi alla gestione annuale delle risorse e dei bilanci; e vincoli gestionali, derivanti dalla rigidità dei processi burocratici e dalla carenza di personale specializzato. Questi elementi rendono spesso incompatibile la prospettiva di breve periodo con i tempi fisiologici dell'innovazione, che presuppongono co-progettazione, sperimentazione, validazione e, talvolta, l'accettazione di esiti incerti. La tensione tra esigenze di immediatezza e necessità di medio-lungo periodo genera un effetto paralizzante: l'amministrazione preferisce frequentemente affidarsi a forniture e servizi standardizzati, anche laddove questi risultino subottimali, pur di ridurre i rischi procedurali e rispettare tempistiche stringenti.

Un ulteriore elemento che incide in maniera determinante sulla capacità innovativa della pubblica amministrazione è rappresentato dalla mancanza di un'adeguata programmazione delle procedure di gara³²². La fase di programmazione, prevista e disciplinata dagli artt. 37 e seguenti del Codice dei contratti pubblici³²³, costituisce, almeno sul piano

³²² R. DI PACE, *L'attività di programmazione come presupposto di decisioni amministrative*, in *Diritto e società*, 2017, p. 20.

³²³ R. GRECO, *Programmazione e progettazione: le novità del nuovo codice*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2023, 4; per un commento alla norma si rinvia a M.

teorico, il momento strategico in cui l'amministrazione definisce i propri fabbisogni, li raccorda agli obiettivi di performance e individua gli strumenti contrattuali più idonei per il loro soddisfacimento. In questa fase dovrebbe essere assicurata la piena integrazione tra pianificazione strategica, programmazione economico-finanziaria e programmazione degli acquisti, al fine di garantire coerenza tra le scelte di spesa pubblica e gli obiettivi di innovazione e qualità dei servizi³²⁴.

Tuttavia, la programmazione delle gare viene frequentemente percepita come un mero adempimento formale, privo di effettiva valenza strategica.

Le amministrazioni, spesso in carenza di risorse professionali adeguate o sotto la pressione di tempistiche ristrette, tendono a redigere i programmi triennali degli acquisti e dei lavori pubblici in modo meccanico e routinario, senza un'analisi approfondita delle opportunità tecnologiche emergenti o delle potenzialità offerte dagli strumenti di *innovation procurement*. Ne deriva un approccio di tipo reattivo, piuttosto che proattivo, nel quale la gara non è l'esito di un processo di pianificazione ma piuttosto una risposta contingente a esigenze improvvise o a vincoli di spesa. Tra l'altro, appare opportuno sottolineare, come l'art. 37, comma 5, del Codice dei contratti pubblici esclude dall'ambito di applicazione dell'obbligo di programmazione gli enti aggregatori, quali Consip e le centrali di committenza regionali. Tale esclusione, presenta un profilo di criticità. Proprio gli enti aggregatori, infatti, per la loro capacità organizzativa, le competenze tecniche e la disponibilità di strumenti operativi avanzati, risulterebbero i soggetti più idonei, almeno

DELSIGNORE, *Commento all'art. 37 del d.lgs. n.36/2023*, in R. VILLATA, M. RAMAJOLI (a cura di), op. cit., pp. 201 ss.

³²⁴ G. TUCCILLO, *La programmazione del ciclo di vita degli appalti pubblici*, in *Amministrativamente*, 4, 2024, pp. 4 ss.

potenzialmente, ad attivare processi di *innovation procurement*³²⁵. L'esclusione di tali soggetti dal perimetro dell'obbligo di programmazione rischia, pertanto, di limitare le possibilità di utilizzo strategico della domanda pubblica come leva di innovazione, riducendo l'efficacia complessiva delle politiche di modernizzazione del settore pubblico.

Questa assenza di programmazione produce molteplici effetti distorsivi. In primo luogo, riduce drasticamente la possibilità per le amministrazioni di ricorrere a procedure innovative o flessibili, come il dialogo competitivo, i partenariati per l'innovazione o l'appalto pre-commerciale.

In secondo luogo, limita l'interesse del mercato stesso a investire in soluzioni innovative: senza preavvisi adeguati o una chiara visione di medio-lungo periodo da parte del settore pubblico, le imprese non sono incentivate a sviluppare prodotti o servizi avanzati da proporre nelle gare pubbliche. Questo in quanto la finalità della programmazione è quella di rendere conoscibili alla collettività, ma soprattutto agli operatori economici, le future necessità (innovative) dell'amministrazione³²⁶. L'effetto complessivo è quello di un circolo vizioso: la mancanza di programmazione riduce la capacità dell'amministrazione di orientare la domanda pubblica verso l'innovazione, e l'assenza di innovazione, a sua volta, impoverisce la qualità della programmazione futura.

La programmazione delle gare, pertanto, non può essere relegata a momento meramente preparatorio o burocratico del procedimento di affidamento, ma deve essere interpretata come fase di indirizzo e di scelta

³²⁵ Le poche esperienze italiane di appalti pre-commerciali nascono, infatti, da centrali di committenza regionali come ARIA S.p.A. di Regione Lombardia.

³²⁶ M. DELSIGNORE, op. ult. cit., p. 186.

pubblica, in cui l'amministrazione definisce la propria visione strategica e la traduce in strumenti concreti di azione. Solo recuperando questa dimensione sostanziale sarà possibile superare l'attuale scollamento tra pianificazione e innovazione, restituendo coerenza e razionalità al ciclo della performance amministrativa nel suo complesso.

7. Un bilancio sulle capacità innovative delle stazioni appaltanti

L'analisi dei contratti per l'innovazione evidenzia, in primo luogo, la loro natura eterogenea e la molteplicità dei modelli giuridici che li possono sorreggere. Ciò impone necessariamente alle amministrazioni aggiudicatrici un'attività preparatoria particolarmente accurata: esse devono anzitutto individuare in modo puntuale il proprio fabbisogno e la funzione strategica che intendono perseguire mediante l'acquisto innovativo. Questa fase preliminare non può limitarsi a una mera ricognizione interna, ma deve includere momenti di consultazione con il mercato, utili a comprendere la reale disponibilità di soluzioni innovative e a valutarne il grado di maturità tecnologica e la sostenibilità economica.

Una volta chiarito l'obiettivo, diventa cruciale la scelta dello strumento contrattuale più idoneo. In questo ambito, i modelli di procedura caratterizzati da un elevato grado di flessibilità, come il dialogo competitivo o il partenariato per l'innovazione, offrono alle amministrazioni la possibilità di interagire con gli operatori economici, sfruttando la negoziazione per affinare progressivamente l'oggetto del contratto. Questa logica, coerente con il principio del risultato sancito dall'art. 1 del Codice dei contratti pubblici, sposta l'attenzione dalla mera conformità procedurale alla capacità di generare valore pubblico, inteso come uso efficiente delle risorse e impatto positivo per la collettività.

Tale impostazione, tuttavia, presuppone un'amministrazione non solo rispettosa dei principi di legalità e trasparenza, ma anche tecnicamente preparata e culturalmente orientata all'innovazione.

Le competenze richieste non sono quelle ordinarie per l'acquisto di beni standardizzati: gestire un appalto per l'innovazione significa affrontare una significativa asimmetria informativa rispetto agli operatori di mercato, presidiare fasi negoziali complesse e prendere decisioni strategiche in contesti di incertezza.

In Italia, il sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti è tradizionalmente ancorato a parametri di carattere quantitativo (principalmente le fasce di valore dei contratti), senza una specifica attenzione alla complessità dell'oggetto contrattuale. Ne deriva che una stazione appaltante qualificata per una determinata soglia di importo può teoricamente gestire anche un appalto per l'innovazione, pur in assenza di competenze specialistiche adeguate³²⁷. Questa impostazione appare sempre meno sostenibile, se si considera che l'innovazione non è un obiettivo accessorio ma uno dei cardini della modernizzazione della spesa pubblica.

In questo contesto, la Commissione europea ha più volte sottolineato la necessità di un rafforzamento delle capacità delle amministrazioni,

³²⁷ M. NUNZIATA, *Gli approvvigionamenti pubblici tra qualificazione e aggregazione delle stazioni appaltanti*, in *federalismi.it*, 11, 2024, pp. 92 ss. In dottrina si è sviluppato un ampio dibattito sulla progressiva compressione dell'autonomia negoziale delle pubbliche amministrazioni nel sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti. **Se**, in passato, le amministrazioni risultavano vincolate prevalentemente nelle modalità di azione (*quomodo*), oggi la loro libertà risulta significativamente ridotta anche sotto il profilo della possibilità stessa di agire (*an*). Il modello vigente, infatti, riconosce la facoltà di rivolgersi autonomamente al mercato soltanto alle stazioni appaltanti che abbiano conseguito la qualificazione prevista, escludendo di fatto le altre da un esercizio pieno della funzione contrattuale. Sul punto P. CHIRULLI, *Autonomia pubblica e diritto privato nell'amministrazione. Dalla qualità del soggetto alla rilevanza della funzione*, Padova, 2004; S. VINTI, *Limiti funzionali all'autonomia negoziale della pubblica amministrazione nell'appalto le opere pubbliche*, Padova 2008; A. MOLITERNI, *Amministrazione consensuale e diritto privato*, Napoli, 2016, 180 ss.

individuando tre priorità: (i) la formazione specialistica di funzionari e operatori del mercato, affinché entrambi i lati della domanda e dell'offerta parlino un linguaggio comune; (ii) l'incentivazione di una cultura amministrativa meno avversa al rischio e più orientata all'imprenditorialità; (iii) la promozione di forme di cooperazione tra acquirenti pubblici, per condividere esperienze e generare economie di scala³²⁸.

Proprio la cooperazione rappresenta uno snodo cruciale: l'istituzione di centrali di committenza specializzate per l'innovazione potrebbe consentire di concentrare competenze, standardizzare processi e ridurre i costi di transazione, pur lasciando alle amministrazioni la possibilità di adattare le soluzioni alle proprie esigenze. In assenza di tali strutture permanenti, forme di collaborazione temporanea – come le unioni occasionali di acquirenti o gli accordi ex art. 15, l. 241/1990 – possono costituire un'alternativa utile, favorendo la diffusione di buone pratiche e l'apprendimento reciproco³²⁹.

Alla luce di queste considerazioni, si può affermare che la semplice aggregazione delle stazioni appaltanti, se non accompagnata da un investimento in competenze e professionalità, rischia di rivelarsi insufficiente. Ciò che potrebbe realmente apparire decisivo è la creazione di *team* multidisciplinari e la presenza di figure professionali specializzate nella conduzione delle negoziazioni, in grado di valorizzare appieno gli strumenti messi a disposizione dal legislatore. In questo senso, la capacità

³²⁸ Anche l'indagine realizzata da ForumPA nel 2017 ha messo in luce criticità rilevanti: insufficiente preparazione del personale, carenza di competenze multidisciplinari necessarie a gestire una disciplina complessa, percezione di scarsa utilità delle procedure e un diffuso atteggiamento di timore nei confronti dell'innovazione e delle novità normative. Tali problematiche trovano una possibile risposta nelle raccomandazioni formulate dalla Commissione europea, che indicano percorsi di rafforzamento delle capacità amministrative e di promozione di una cultura dell'innovazione.

³²⁹ G. FIDONE, *L'innovazione attraverso i contratti pubblici: il cd. innovation procurement*, cit., p. 782

amministrativa diventa non un elemento accessorio, ma la vera condizione abilitante per il successo delle politiche di innovazione pubblica.

Capitolo IV

L'innovazione in Svizzera

SOMMARIO: 1) Premessa; 2) Il diritto svizzero in materia di appalti pubblici: evoluzione degli scopi; 3) Innovazione e appalti: lo stato dell'arte; 4) Il ruolo strategico e peculiare dell'Agenzia svizzera per la promozione dell'innovazione (*Innosuisse*)

1. Premessa

Il presente capitolo prende le mosse da un'esperienza di ricerca condotta presso l'Università della Svizzera italiana di Lugano tra la fine del 2024 e l'inizio del 2025. La scelta di svolgere un periodo di studio nel contesto elvetico è maturata dalla consapevolezza che la Svizzera rappresenta, ormai da anni, un modello di riferimento a livello internazionale per le politiche di promozione dell'innovazione. Non a caso, la Confederazione si colloca stabilmente al primo posto nella classifica mondiale dell'Organizzazione Mondiale della Proprietà Intellettuale (OMPI) tra i Paesi più innovativi. Tale risultato non è frutto del caso, ma dell'impegno costante con cui lo Stato svizzero investe risorse, competenze e visione strategica nel sostegno alla ricerca e allo sviluppo: si stima, infatti, che gli investimenti pubblici destinati all'innovazione superino i 3,5 miliardi di franchi svizzeri.

Partendo da questa constatazione, l'obiettivo della ricerca è stato quello di approfondire il ruolo dello Stato nella promozione dell'innovazione e, in particolare, di verificare se, nel settore degli appalti pubblici, esistano strumenti giuridici capaci di favorire pratiche di

innovation procurement. In tal modo, si è inteso esplorare la possibile connessione tra funzione pubblica, diritto e innovazione, nella prospettiva di individuare modelli di governance replicabili anche in altri ordinamenti.

2. Il diritto svizzero in materia di appalti pubblici: evoluzione degli scopi.

Il diritto svizzero delle commesse pubbliche appare particolarmente complesso dal punto di vista delle fonti. Infatti, è rappresentato da un quadro multistrato e complesso di fonti ed è composto essenzialmente da vari principi statuiti nei diversi accordi internazionali, i quali sono stati poi trasposti nella legislazione interna, a livello federale, intercantonale e cantonale³³⁰.

La disciplina degli appalti pubblici³³¹, oggi rappresentata dalla Legge sugli appalti pubblici entrata in vigore nel 1° gennaio del 2021 (LAPub)³³² e dalla relativa ordinanza (OAPub)³³³ - che ha revisionato la precedente disciplina³³⁴- presenta rilevanti novità rispetto alla versione originaria. Per la prima volta, le legislazioni in materia della Confederazione e quella dei Cantoni, trovano un'applicazione uniforme e non più frammentata. In particolare, le commesse cantonali sono

³³⁰ R. ZIEGLER, A. SILVIO, *L'État et les acteurs privés. L'importance de l'Accord de l'OMC sur le marchés publics pour le droit des marchés public en Suisse*, in V. BOILLET, A.C. FAVRE, V. MARTNET, *Le droit public en mouvement*, 2020, pp. 815 ss. E' stato sottolineato come fino agli anni Novanta del secolo scorso, gli acquisti da parte delle Pubbliche amministrazione svizzere erano sottratti ad una disciplina giuridica generale trattandosi, in linea di principio, di una sorta di mera attività amministrativa ausiliaria regolamentata dalle c.d. "ordinanze di gara".

³³¹ Nel diritto svizzero, nelle tre lingue ufficiali, vengono utilizzati tre sinonimi: appalti pubblici, commesse pubbliche, acquisti pubblici.

³³² RS 172.056.1

³³³ Ordinanza sugli appalti pubblici del 12 febbraio 2020 (RS 172.056.11)

³³⁴ Solo nel 1995, entrerà in vigore la prima Legge federale sugli appalti pubblici

disciplinate tutt'oggi dalla Legge federale sul mercato interno (LMI)³³⁵ che fungendo da disciplina unificatrice tra i differenti ordinamenti cantonali impone il rispetto di determinati requisiti minimi, come il libero accesso al mercato e i suoi limiti ovvero il dovere di non discriminazione. A tale quadro giuridico si sovrappongono ben ventisei legislazioni cantonali, che, oltre a recepire le norme e i principi dal diritto sovraordinato, prevedono talune peculiarità relative alle commesse locali³³⁶.

Tornando ora alla disciplina federale occorre evidenziare come, parimenti a quanto accaduto nell'Unione Europea con le direttive del 2014, sono divenuti prioritari obiettivi come il trattamento paritario, il rispetto della concorrenza e della trasparenza, tutti con il fine di assicurare l'utilizzo parsimonioso del pubblico denaro.

Di recente, dunque, questa disciplina ha affiancato a tali obiettivi le sempre più note esigenze di rispetto dei criteri di sostenibilità sociale, ambientale e di innovazione in materia di appalti pubblici³³⁷. Infatti, negli ultimi anni, alcuni temi come quello della sostenibilità e dell'innovazione hanno ricevuto una crescente attenzione. Pertanto, i contratti pubblici, analogamente a quanto è accaduto nei Paesi appartenenti all'Unione Europea, sono divenuti sempre di più uno strumento per incoraggiare imprese private ad adottare comportamenti “nuovi” che tengano conto non solo dell'immediato profitto, ma, anche, dell'impatto che la partecipazione alla commessa pubblica può elargire al sistema Paese. In tale contesto, si è assistito pertanto ad un cambiamento di cultura con il passaggio da un sistema prettamente protezionistico, e basato, tra l'altro,

³³⁵ Legge federale sul mercato interno del 6 ottobre 1995 (RS 943.02)

³³⁶ Si prenda, ad esempio, la Legge sulle commesse pubbliche (LCPubb) del 20 febbraio 2001 (RS/TI 730.100) del Canton Ticino.

³³⁷ F. DE ROSSA, C. DAVID, *La sostenibilità nella nuova legge sugli appalti pubblici: un cambio di paradigma efficace?*, in *sui generis*, 2020, pp. 441.

sul solo criterio del prezzo più basso, ad uno prettamente concorrenziale, ove si tiene conto della qualità del prodotto o del servizio. Di fronte a questa situazione il legislatore federale ha, infatti, colto l'occasione della revisione totale della legge sugli appalti pubblici per operare un *cambiamento di paradigma*, cercando un equilibrio adeguato tra questi obiettivi.

Come si vedrà nelle pagine successive, nella disciplina dei contratti pubblici della Confederazione elvetica non si riscontra una distinzione netta tra appalti innovativi e appalti sostenibili, poiché, in diverse disposizioni, i due concetti tendono a sovrapporsi e a fondersi. Ciò non costituisce un *unicum*, ma è significativo osservare come, in Svizzera non esista una normativa specificamente dedicata all'innovazione che non sia, al contempo, inglobata all'interno della più ampia cornice della promozione della sostenibilità. Diversamente, negli ordinamenti europei, il *green public procurement* e l'*innovation procurement* sono concepiti come ambiti, seppure complementari, ciascuno dotati di proprie finalità e strumenti operativi.³³⁸ In altri termini, l'innovazione negli appalti, secondo il legislatore federale, include sia la promozione della qualità che la sostenibilità e il valore sociale³³⁹.

³³⁸ Si pensi all'art. 2 della Legge federale sugli appalti pubblici (LAPub), rubricato "scopo" che afferma "La presente legge persegue: a) un impiego dei fondi pubblici economico, nonché sostenibile sotto il profilo ecologico, sociale e dell'economia pubblica". La dottrina ha spesso parlato, a proposito, di "acquisti di innovazioni sostenibili" in quanto le preoccupazioni economiche, sociali e ambientali sono tra loro dipendenti. Si veda R. KOCH, *Gli appalti pubblici come strumento per l'innovazione*, in *Diritto e innovazione. L'innovazione attraverso il diritto, nel diritto e come sfida per il diritto*, 2020, pp. 81 ss.

³³⁹ In questo contesto, si veda U. BOLZ, M. METTLER, *Beschaffung von Innovationen - innovative Beschaffung, Grundlagen - ein Diskussionsbeitrag im Auftrag des Bundesamts für Umwelt (BAFU)*, Berna 2019; M. HAUSER, R. PISKÓTY, *Nachhaltige öffentliche Beschaffung, Vorgaben und Spielraum in der EU und im neuen schweizerischen Recht im Vergleich*, Berna 2023; M. ROTDTER, S. SCHELER, *Öffentliche Beschaffung innovativer*

A seguito dell'intervenuta modifica alla Legge federale sugli appalti pubblici (LApub), l'articolo concernente lo scopo (art. 2) ha parificato, difatti, gli aspetti economici a quelli sociali e di sostenibilità.

Si consideri, tra l'altro, come gli appalti pubblici in Svizzera siano in grado di assumere una notevole rilevanza economica, tanto da poter certamente influenzare la domanda pubblica, in quanto in grado di movimentare più di 41 miliardi di franchi svizzeri all'anno che rappresentano il 25% della spesa pubblica, superiore all'10% del PIL³⁴⁰.

L'attuazione di questi obiettivi si scontra, però, con un quadro Costituzionale di rilevante peculiarità caratterizzato da principi tipicamente liberali, nel quale lo Stato si trattiene dall'ingerirsi nell'attività economica concreta delle imprese³⁴¹. Se, infatti, negli Stati europei è ormai prassi consolidata riconoscere allo Stato un ruolo di tipo interventista, volto a fungere da stimolo per l'innovazione – intesa anche come miglioramento delle condizioni ambientali – la Svizzera mostra una tendenza analoga. Anche nel contesto elvetico, infatti, emerge l'esigenza che lo Stato federale assuma un ruolo esemplare nella gestione degli appalti pubblici, incoraggiando al contempo le imprese private a integrare nei propri processi produttivi criteri di innovazione e di sostenibilità ambientale. È opportuno, tuttavia, sottolineare una significativa differenza rispetto agli ordinamenti dell'Unione europea: in Svizzera la sorveglianza sugli aiuti di Stato è esercitata in misura assai più limitata, riguardando essenzialmente il settore del trasporto aereo, a

Technologien, in *Aktuelles vergaberet 2024. Marchés Public 2024*, J.B. ZUFFEREY, M. BEYLER, S. SCHERLER (a cura di), Friburg, 2024, pp. 415 ss.

³⁴⁰ Rapport sur les marchés publics de l'OFROU en 2023.

³⁴¹ Per un approfondimento F. DE ROSSA GISMUNDO, *Nachhaltigkeit und Protektionismus im öffentlichen Beschaffungswesen*, in *Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis*, 2019, pp. 166 ss.

fronte del più ampio e articolato sistema di controllo previsto dal diritto europeo³⁴².

In realtà, la Svizzera si considera un'eccezione tra i Paesi membri dell'OCSE. Nonostante, il Paese elvetico sia da anni ai vertici delle classifiche mondiali delle Nazioni più innovative³⁴³, il cospicuo investimento da parte della Confederazione è destinato alla ricerca di base e agli enti pubblici di promozione della ricerca come le Università, attraverso il Fondo nazionale svizzero per la ricerca (FNS)³⁴⁴. La politica interna in materia di innovazione parte dal presupposto che spetti alle sole imprese il compito di generare innovazione, senza alcun impulso da parte della sfera pubblica, in quanto compito fondamentale dell'industria e delle PMI. In altri termini, è il settore privato che deve contribuire con sforzi e denari propri all'innovazione del Paese³⁴⁵.

³⁴² Si veda *Réglementation et surveillance des aides d'État en Suisse, Conclusions du «Groupe de travail technique Confédération cantons sur les aides d'État»*, 8 febbraio 2023.

³⁴³ Secondo la classifica dell'Organizzazione mondiale della proprietà intellettuale la Svizzera si posiziona al primo posto del Global Innovation index 2024. <https://www.wipo.int/web-publications/global-innovation-index-2024/en>

³⁴⁴ Nella classifica stilata dalla Commissione europea nel 2018, *The strategic use of public procurement for innovation in the digital economy*, difatti è possibile notare come la Confederazione non abbia tutt'oggi sviluppato in misura significativa il suo ruolo da consumatore attivo di prodotti e servizi innovativi rispetto a tutti i suoi vicini europei.

³⁴⁵ Si veda l'analisi della governance pubblica dell'OCSE, OCSE, *Appalti pubblici per l'innovazione. Good Practices and strategies 2021*, p. 158 all'interno del quale si evidenzia come il finanziamento all'innovazione da parte del governo svizzero è destinato principalmente a partner pubblici che svolgono attività di ricerca e sviluppo, come le università pubbliche o le organizzazioni di ricerca che svolgono ricerca applicata.

3. Innovazione e appalti: lo stato dell'arte

L'innovazione rappresenta, in particolar modo in questo momento storico, l'obiettivo fondamentale per la maggior parte dei Paesi, inclusa la Svizzera.

Si è potuto notare, nei capitoli precedenti, come l'Unione Europea abbia implementato nel corso dell'ultimo decennio delle politiche pubbliche volte ad incentivare l'innovazione nel lato della domanda.

Per quanto concerne la materia della contrattualistica pubblica, il rapporto che intercorre tra appalti pubblici e innovazione non appare molto chiaro e neppure denso di contenuti. Come già sottolineato, spesso il concetto di innovazione e quello di sostenibilità appaiono coincidenti.

L'attuale legge federale in materia di appalti pubblici non contiene disposizioni specifiche sulla promozione dell'innovazione. Invero, come si vedrà anche in seguito, non è lo strumento dell'appalto il vero mezzo per l'incentivazione dell'innovazione.

In particolare, occorre dar conto, di come anche all'interno LAPub non si evince alcuna definizione di contenuto innovativo, per il quale, pertanto, può essere utile la definizione fornita all'interno dell'art. 2, n.1, punto 22, della direttiva europea 2014/247/UE, già esaminata nei capitoli precedenti³⁴⁶. La lacuna è tutt'altro che secondaria, in quanto lascia spazio a una notevole discrezionalità interpretativa da parte dei

³⁴⁶ Sull'effettivo significato del concetto di innovazione si veda M. ROTDTER, S. SCHELER, *Öffentliche Beschaffung innovativer Technologien*, op. cit., p. 418. È stato sottolineato, inoltre, come nell'interpretazione del diritto degli appalti svizzero, non si debbano considerare solo le disposizioni statali, ma anche e soprattutto la più evoluta disciplina europea, la quale è stata inclusa ripetutamente dai tribunali svizzeri nell'interpretazione delle norme interne. Sul punto M. HAUSER, R. PISKÓTY, *Appalti pubblici sostenibili. Requisiti e margini di manovra nell'UE e nel nuovo diritto svizzero a confronto*, Berna, 2023, p. 3

committenti pubblici e, al contempo, riduce la certezza giuridica per gli operatori economici.

Tuttavia, l'innovazione è trattata esplicitamente in due punti: nell'art. 29, comma 1, ove si considera il contenuto innovativo come possibile criterio di aggiudicazione, e nell'art. 24 comma 1, nel quale "*l'acquisto di soluzione innovative*" rappresenta uno dei tre prerequisiti per condurre un dialogo. Allo stesso tempo, l'art. 21, rubricato "incarico diretto", al comma 2, lett. *f*), riconosce la possibilità al committente di aggiudicare una commessa pubblica direttamente, anche in assenza del bando, ove si acquistino prodotti (prototipi) o prestazioni nuovi, realizzati o sviluppati su sua richiesta nel quadro di una commessa di ricerca, di sperimentazione, di studio o di sviluppo originale. Questa ipotesi evidenzia una significativa affinità con l'istituto europeo del partenariato per l'innovazione. Sebbene la normativa federale non preveda espressamente tale strumento, essa presenta evidenti analogie con la possibilità di affidare incarichi relativi all'acquisizione di prototipi o, più in generale, di beni e servizi sviluppati a seguito di attività di ricerca. Tuttavia, a differenza dell'art. 31 della direttiva 2014/24/UE, l'art. 21 non consente di unire, in un'unica procedura di aggiudicazione, la fase di ricerca e quella di acquisto del prodotto realizzato³⁴⁷.

L'art. 24, rubricato "Dialogo", al comma 1 prevede che, in presenza di commesse complesse o di acquisizioni di prestazioni innovative, il committente possa avviare un dialogo nell'ambito di una procedura di pubblico concorso o selettiva, al fine di definire concretamente l'oggetto della prestazione e di individuare soluzioni o metodologie adeguate. Introdotto con la riforma del 2021, tale istituto costituisce ancora oggi

³⁴⁷ M. HAUSER, R. PISKÓTY, *Confronto tra le direttive UE 2014/24/UE e 2014/25/UE e le nuove LAPub e OAPub, in relazione ai requisiti e al margine di manovra per quanto attiene agli appalti pubblici sostenibili*, Berna, 2021, p. 21.

probabilmente il principale, se non l'unico, strumento realmente idoneo a favorire e intercettare l'innovazione. A differenza della disciplina europea, che trova residenza all'art. 31 della direttiva 2014/24/UE, nella legge federale sugli appalti pubblici, il dialogo non è concepito come una procedura di affidamento, e dunque indipendente, ma come uno strumento che può essere utilizzato nelle procedure aperte o selettive. Come si è evidenziato, infatti, mentre l'Unione europea ha adottato il dialogo competitivo come strumento autonomo per affrontare contratti complessi, la Svizzera ha scelto un approccio integrato, inserendo il dialogo all'interno di procedure esistenti. Questo ha permesso alla Svizzera di superare alcune delle criticità esaminate nel capitolo precedente, come la burocrazia e la scarsa partecipazione, favorendo un utilizzo più ampio ed efficace dello strumento. A questo punto per l'Unione europea, potrebbe essere utile considerare una revisione del quadro normativo, ispirandosi all'approccio svizzero, per rendere il dialogo competitivo più accessibile e funzionale alle reali esigenze delle amministrazioni e delle imprese.

In Svizzera, il dialogo rappresenta uno strumento procedurale previsto nell'ambito delle procedure di aggiudicazione, concepito per affrontare situazioni in cui le esigenze della stazione appaltante o le caratteristiche della prestazione richiesta non possono essere definite con sufficiente chiarezza sin dalla fase iniziale. Esso viene utilizzato, in particolare, per commesse complesse, come quelle aventi ad oggetto servizi intellettuali (progettazione, consulenza, ricerca, sviluppo) o prestazioni innovative, in cui la soluzione tecnica, economica o funzionale non è immediatamente determinabile. In particolare, prima della revisione della legislazione lo strumento del dialogo poteva essere usato in relazione alle sole «*commesse complesse*» o per «*prestazioni di servizi intellettuali*». Ambedue le locuzioni, però, fanno tutt'oggi riferimento a concetti giuridici indeterminati il cui contenuto va riempito grazie all'analisi dei

testi preparatori e progettuali. In particolare, dal messaggio del Consiglio federale concernente la revisione totale della LAPub³⁴⁸, può evincersi come la commessa può qualificarsi come “complessa” se il committente non è in grado, salvo uno sforzo sproporzionato, di stabilire in assenza della collaborazione degli offerenti, l’oggetto dell’appalto idoneo a soddisfare le proprie necessità, ovvero in relazione alla natura della prestazione, dalla sua peculiarità giuridica o tecnica che rendono necessarie esigenze di coordinamento tra offerente e committente.

La stessa premessa può estendersi anche al concetto di «*prestazioni di servizi intellettuali*», le quali possono identificarsi in prestazioni non *standard* che necessitano di un elevato grado di creatività³⁴⁹.

Solo di recente, a questi due concetti si è aggiunto anche quello di «*prestazioni innovative*», il quale, in coerenza con i precedenti, non trova una pronta definizione legislativa, ma che, soprattutto, può sovrapporsi con la nozione di servizi intellettuali. A tal riguardo, può certamente presumersi che il legislatore nell’introdurre esplicitamente questa nuova categoria abbia avuto l’intenzione di specificare una categoria a sé stante, indipendente dalle altre. Per sciogliere tutti i dubbi di interpretazione la BKB (Conferenza per gli acquisti della Confederazione) ha elaborato una “*guida per i servizi d’acquisto della Confederazione*”³⁵⁰ all’interno della quale ha distinto le prestazioni di servizi intellettuali con le prestazioni innovative. All’interno di quest’ultima categoria, difatti, rientra, ad esempio, lo sviluppo di un prodotto elaborato sulla base delle esigenze del committente ovvero lo sviluppo di un nuovo sistema idoneo a sostituire o a migliorare prodotti già esistenti.

³⁴⁸ Messaggio LAPub, FF 2017 1587, p. 1669

³⁴⁹ Messaggio LAPub, FF 2017 1587, p. 1670

³⁵⁰ Reperibile al link <https://www.bkb.admin.ch>

L'obiettivo principale di tale istituto è, dunque, quello di consentire un'interazione strutturata e controllata tra il committente e gli offerenti, volta a chiarire le esigenze, esplorare le possibili soluzioni e definire in modo più preciso l'oggetto del contratto prima della presentazione dell'offerta finale. In questo senso, il dialogo svizzero si pone come uno strumento di cooperazione precontrattuale, che mantiene tuttavia un rigoroso rispetto dei principi di trasparenza, parità di trattamento e concorrenza.

Dal punto di vista funzionale, a parere di chi scrive, esso presenta talune affinità con l'istituto dell'appalto pre-commerciale. Entrambi gli strumenti, infatti, condividono la medesima logica di fondo: favorire l'innovazione attraverso un partenariato progressivo tra amministrazione e operatori economici, in grado di colmare il divario tra ricerca e mercato.

Nel modello europeo di appalto pre-commerciale, la pubblica amministrazione non acquista direttamente un prodotto o servizio già esistente, bensì finanzia attività di ricerca e sviluppo volte a realizzare prototipi o soluzioni sperimentali, lasciando agli operatori la proprietà dei risultati e dei diritti di sfruttamento. In questo modo, il PCP non si configura come un appalto tradizionale, ma come un meccanismo di co-sviluppo che stimola la competitività e la capacità innovativa del settore privato.

Analogamente, nel sistema svizzero, il dialogo permette di sviluppare congiuntamente la definizione del bisogno pubblico e la specificazione tecnica della prestazione, aprendo spazi di confronto tecnico e metodologico tra amministrazione e mercato. Ciò risulta particolarmente utile nei casi in cui la pubblica amministrazione intenda acquistare soluzioni non standardizzate, per le quali l'interazione con gli operatori economici è indispensabile per individuare il miglior approccio tecnico ed economico.

Tuttavia, una differenza significativa rispetto al modello europeo dell'appalto pre-commerciale risiede nella finalità immediata del dialogo: mentre il PCP si colloca nella fase di ricerca e sviluppo pre-mercato, senza sfociare necessariamente in un contratto di fornitura, il dialogo svizzero si svolge all'interno di una procedura di aggiudicazione vera e propria, che può concludersi con la stipula del contratto³⁵¹.

4. Innovazione e intervento pubblico. Il ruolo strategico e peculiare dell'Agenzia svizzera per la promozione dell'innovazione (Innosuisse)

Stato e scienza erano e sono, soprattutto al giorno d'oggi interdipendenti. Difatti, può dirsi che una Nazione può certamente determinare in modo significativo la propria posizione nel mondo anche attraverso i risultati della ricerca³⁵².

Tuttavia, anche in Svizzera il rapporto tra Stato e scienza è spinoso.

Nel Paese elvetico, come anticipato in precedenza, vi è una vera e propria netta ripartizione dei compiti tra economia privata ed enti pubblici nel settore del finanziamento della ricerca e dell'innovazione. Questo approccio rappresenta, oggi, il risultato di un'evoluzione storica basata su due punti cardini della politica svizzera: la sussidiarietà e un ordinamento economico liberale³⁵³. In effetti, in precedenza lo Stato federale, secondo una parte della dottrina, non poteva partecipare alla

³⁵¹ U. BOLZ, M. METTLER, *Beschaffung von Innovationen - innovative Beschaffung, Grundlagen - ein Diskussionsbeitrag im Auftrag des Bundesamts für Umwelt (BAFU)*, Berna 2019, p. 16

³⁵² C. ERRAS, *I Droit public: questions choisies*, in *Le droit public en mouvement*, V. BOILLET, A. C. FAVRE, V. MARTNET (a cura di), 2020, p. 194

³⁵³ In termini simili anche M. ROTDTER, S. SCHELER, *Öffentliche Beschaffung innovativer Technologien*, op. cit., p. 416.

promozione della ricerca e al finanziamento dell'innovazione, in quanto non investito da un mandato costituzionale esplicito³⁵⁴.

Sarà solo partire dalla riforma del 1973 che verrà inserita in Costituzione una competenza dello Stato federale a riguardo. Tale disciplina rappresentata oggi dall'art. 64 della Costituzione federale svizzera, sancisce che *“La Confederazione promuove la ricerca scientifica e l'innovazione”*³⁵⁵.

Come si evince, oltre alla promozione della ricerca scientifica, per la prima volta l'oggetto del sostegno da parte della Confederazione si spinge anche all'innovazione. Quest'ultima locuzione non appare altrove in Costituzione, a differenza della ricerca che trova richiamo anche all'art. 20 in relazione alla *«libertà di insegnamento e della ricerca scientifica»*, e non risulta definito, né, tantomeno, descritto nell'art. 64 della Costituzione. In dottrina, a tal proposito, è stato sottolineato come l'inclusione del concetto di “innovazione” ha lo scopo di includere quell'innovazione *«orientata all'applicazione e al mercato»*³⁵⁶ che consiste, cioè, nello sviluppo di prodotto; o servizi innovativi per la società³⁵⁷. Dai lavori preparatori alla modifica costituzionale può evincersi, inoltre, come l'affiancamento del concetto di “innovazione” alla ricerca, oltre a creare una base costituzionale all'epoca assente, mirava soprattutto a sottolineare l'importanza della conoscenza e del trasferimento tecnologico nell'economia. Infatti, è stata posta una distinzione tra ricerca e innovazione. La prima antecede la seconda, nel

³⁵⁴ C. ERRAS, *I Droit public: questions choisies*, op. cit., p. 191

³⁵⁵ Per un commento dettagliato si rinvia a M. SCHOTT, *Art. 64*, in *Die schweizerische Bundesverfassung*, B. EHRENZELLER, P. EGLI, P. HETTICH, P. HONGLER, B. SCHINDLER, S. G. SCHMID, R. J. SCHWEIZE (a cura di), 2023, pp. 2078 ss.

³⁵⁶ G. BIAGGINI, *Commento all'art. 64 BV*, in *Kommentar Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, Zurich, 2017, p. 6.

³⁵⁷ In conformità all'art. 2 della Legge federale sulla promozione della ricerca e dell'innovazione del 14.12.2012.

senso che l'innovazione è il frutto dell'attività di ricerca e implica, pertanto, l'utilizzo economico dei risultati della ricerca³⁵⁸.

Nel 2012, in ossequio al dettato costituzionale di cui all'art. 64, il legislatore federale ha riformato la Legge sulla promozione della Ricerca e dell'innovazione (LPRI), sulla base di un atto di indirizzo denominato “*Messaggio concernente la revisione totale della legge federale sulla promozione della ricerca e dell'innovazione*” all'interno del quale è stato esplicitato un concetto caratterizzante dell'azione dello Stato nell'attività di incentivazione dell'innovazione e della ricerca. Infatti, nel testo vigente si evince in maniera chiara come la promozione federale della ricerca e dell'innovazione non spetti solo allo Stato apparato bensì è necessario che sia completata da un'attività molto intensa, parimenti a quanto accade sul piano internazionale, dell'economia privata³⁵⁹.

Grazie all'introduzione della legge sulla promozione della Ricerca e dell'innovazione si consente allo Stato di poter intervenire nel finanziamento dei progetti innovativi solo se può prevedersi un'efficace attuazione dei risultati della ricerca a favore dell'economia pubblica e della società. In particolare, appaiano rilevanti le norme contenute nella sezione 4 rubricata “Promozione dell'innovazione” e nello specifico agli articoli 18 e 19 della LPRI. L'art. 18 riconosce, invero, tra i compiti della Confederazione quello di promuovere i progetti d'innovazione e di sostenere la costituzione, lo sviluppo e il rafforzamento delle imprese e dell'attività imprenditoriale fondata sulle scienze. L'organo incaricato di promuovere l'innovazione, a tenore dell'art. 19 della medesima legge, è l'Agenzia svizzera per la promozione dell'innovazione (d'ora in poi

³⁵⁸ Come si evince anche dal *Messaggio sulla promozione dell'educazione, della ricerca e dell'innovazione negli anni 2021–2024*, n. 20.028, del 26 febbraio 2020.

³⁵⁹ Nell'intervento si può evincere come questa situazione costituisce uno dei principali vantaggi della Svizzera rispetto agli altri Paesi dell'OCSE. Sul punto, p. 7827. Il documento è reperibile al link <https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2011/1544/it>

Innosuisse), la quale ha il compito strategico di finanziare progetti innovativi condotti da centri di ricerca pubblici insieme a partner privati (partner attuatori) ossia tutti quei progetti in cui sussista una cooperazione di un'azienda, tipicamente una PMI, con una struttura di ricerca.

L'articolo 19 stabilisce che la concessione di sussidi è subordinata alla presenza di determinate condizioni: i risultati della ricerca devono poter essere verosimilmente utilizzati a beneficio dell'economia pubblica e della società; il progetto non deve essere realizzabile senza il sostegno finanziario della Confederazione; infine, i partner esecutori sono tenuti a contribuire al progetto sostenendo circa il 40–60% dei costi complessivi³⁶⁰. A tal proposito, occorre precisare, come non si tratta di una procedura concorsuale bensì di una domanda “a sportello” che dovrà essere valutata da un apposito organo denominato “Consiglio per l'innovazione”.

Nello specifico, al fine di riconoscere il finanziamento dell'attività di ricerca e sviluppo, il Consiglio dovrà valutare, in *prima facie*, il grado di innovazione del progetto e dunque le novità scientifiche e tecnologiche e la creazione di un “valore pubblico” inteso come un impatto positivo dei risultati della ricerca per l'economia e la società svizzera (come, ad

³⁶⁰ In singoli casi *Innosuisse* può esigere dal partner attuatore una partecipazione inferiore al 40 per cento se è adempiuta una delle seguenti condizioni:

- a. il progetto presenta rischi di realizzazione superiori alla media e nel contempo un potenziale di successo economico superiore alla media o di utilità sociale elevato;
- b. dai risultati attesi possono potenzialmente trarre beneficio non soltanto il partner attuatore ma anche un'ampia cerchia di utenti non coinvolti nel progetto;
- c. al momento della concessione del sussidio il partner attuatore non è finanziariamente in grado di partecipare al progetto nella misura richiesta, ma presenta un potenziale di successo superiore alla media per la realizzazione dei risultati del progetto;
- d. il progetto si svolge nell'ambito di un programma speciale di durata limitata di cui all'articolo 7 capoverso 3.

esempio, riduzione della povertà, aumento della qualità della vita, miglioramento della qualità della formazione, riduzione dell'ingiustizia, mantenimento della biodiversità). Se la domanda viene ritenuta meritevole di finanziamento, il *partner* attuatore (l'impresa privata) e il partner pubblico di ricerca riceveranno il finanziamento richiesto con l'obbligo di regolamentare, così come anche cada similmente per l'appalto pre-commerciale europeo, in ossequio all'art. 41 LPRI, la proprietà intellettuale e i diritti d'uso del progetto d'innovazione entro tre mesi dall'inizio del progetto.

Appare interessante analizzare, inoltre, il comma 4 dell'art. 19 in quanto rappresenta un importante strumento per finanziare l'attività di Ricerca e sviluppo delle PMI. Nella specie, occorre sottolineare come la Confederazione svizzera non fa rientrare questi strumenti all'interno degli appalti pubblici, e dunque concedibili mediante procedimento competitivo bensì si tratta di domande a "sportello". In particolare, il comma quarto consente la possibilità, per le sole piccole e medie imprese che abbiano la sede in Svizzera, di ricevere un assegno per l'innovazione che finanzia, a tenore dell'articolo 23 dell'ordinanza sui sussidi di *Innosuisse*³⁶¹, degli «*studi preliminari*», da intendersi, certamente, come attività di Ricerca. Invero, il successivo articolo 24 della medesima ordinanza specifica che gli scopi degli studi preliminari devono concernere «*lo studio di idee e lo sviluppo di concetti nuovi*» ovvero «*analisi del potenziale innovativo e di mercato di processi, prodotti, servizi o tecnologie*».

Trattandosi di una domanda a sportello, l'Agenzia dovrà valutare il contenuto innovativo del progetto rispetto allo stato attuale delle scienze e del mercato, il contributo prodotto nei confronti della società,

³⁶¹ RU 2022 701, *Ordinanza del consiglio d'amministrazione di Innosuisse concernente i suoi provvedimenti di promozione*, del 4.07.2022

dell'economia e dell'ambiente e il rapporto costi-benefici. Se la domanda viene accolta, e dunque ritenuta idonea ad “innovare” l'impresa privata riceverà un beneficio massimo di 15.000 franchi da dover utilizzare entro un tempo determinato.

Orbene, occorre verificare l'effettiva potenzialità di questo strumento. Seppur la richiesta innovativa non avvenga direttamente dallo Stato, mediante la c.d. domanda pubblica di innovazione, le imprese private hanno l'onere di dimostrare, in fase di richiesta, come l'idea innovativa possa contribuire al miglioramento della società.

Da un recente studio volto a verificare gli effetti ottenuti dall'assegno per l'innovazione³⁶² si è evidenziato come, in primo luogo, senza la promozione di *Innosuisse*, due terzi delle idee d'innovazione non sarebbero state in nessun modo portate avanti o sarebbero state portate avanti in modalità decisamente ridotta, ed inoltre, come nel 77% dei casi alla conclusione dell'assegno per l'innovazione, le PMI e le *start-up* hanno sviluppato concretamente le idee di innovazione contribuendo in maniera significativa all'introduzione nel mercato di prodotti o servizi che rispecchino una maggiore sostenibilità sociale, economica ed ambientale.

Non mancano, però, delle criticità. Innanzitutto, gli strumenti di *Innosuisse*, pur efficaci a livello microeconomico, rischiano di non incidere in maniera significativa sulle grandi sfide sistemiche, come, ad esempio, la transizione energetica o la digitalizzazione, che richiederebbero un orientamento strategico della domanda pubblica. Inoltre, la scelta di non collocare questi interventi all'interno della disciplina degli appalti pubblici limita il loro impatto sul *procurement*

³⁶² I risultati dello studio sono reperibili nel reportage *Impact of the Innosuisse Innovation Check* reperibile al link <https://2022.discover-innosuisse.ch/it/impact>

innovativo in senso stretto, lasciando sostanzialmente inalterato il quadro delle procedure di aggiudicazione.

In una prospettiva comparata, la distanza con il modello europeo è evidente. L'Unione europea ha fatto degli appalti innovativi uno strumento di politica industriale, volto a stimolare settori strategici e a indirizzare il mercato verso obiettivi comuni, come la neutralità climatica. La Svizzera, invece, continua a privilegiare un approccio liberale, in cui l'innovazione è affidata principalmente al mercato e lo Stato si limita a svolgere un ruolo di facilitatore e cofinanziatore.

Ciò solleva una questione di fondo: se questo modello sia ancora adeguato in un contesto globale in cui l'innovazione è sempre più il risultato di politiche pubbliche proattive, capaci di mobilitare risorse e orientare gli investimenti. La sfida per la Svizzera sarà, nei prossimi anni, quella di conciliare la propria tradizione liberale con l'esigenza di affrontare trasformazioni epocali che richiedono un ruolo più incisivo del settore pubblico, anche attraverso la leva degli appalti.

Conclusioni

Con il presente lavoro di ricerca ci si è accostati ad un tema di non agevole approfondimento, in considerazione di un numero esiguo di contributi dottrinali, giurisprudenziali e di esperienze applicative nel panorama nazionale. L'obiettivo perseguito è stato quello di offrire una cornice sistematica e interpretativa agli istituti che compongono l'ampio e complesso ambito dell'*Innovation Procurement*, analizzandone i presupposti giuridici e le implicazioni amministrative.

Nonostante gli appalti pubblici di innovazione, e in particolare le due principali figure dell'appalto pre-commerciale e del partenariato per l'innovazione, siano stati riconosciuti, tanto a livello europeo quanto nazionale, come strumenti più efficaci rispetto alle procedure tradizionali per l'acquisizione di beni e servizi tecnologicamente avanzati, essi non risultano ancora ampiamente utilizzati nella prassi amministrativa. Tale disallineamento tra il potenziale normativo e l'effettiva operatività si spiega alla luce di una pluralità di fattori: da un lato, la complessità strutturale e tecnica delle procedure innovative; dall'altro, la persistente resistenza culturale che permea ampi settori della pubblica amministrazione, ancora ancorati a modelli tradizionali di gestione della spesa pubblica.

L'adozione di strumenti di *procurement innovativo* implica, infatti, non soltanto l'acquisizione di competenze tecniche e giuridiche più raffinate, ma soprattutto un profondo cambiamento di mentalità. Come è stato notato dalla dottrina, spesso la logica dell'organizzazione e dell'azione amministrativa «è quella di premiare il precedente non

*l'innovazione»*³⁶³. Innovare nel settore pubblico non significa soltanto introdurre nuove tecnologie o nuovi modelli contrattuali: significa ripensare l'intero approccio all'azione amministrativa, superando la logica dell'adempimento formale e abbracciando una cultura del risultato, fondata su fiducia, responsabilità e apertura al rischio.

L'analisi condotta nel corso della ricerca consente di affermare che gli appalti pubblici rappresentano oggi un motore strategico per la promozione dell'innovazione, non soltanto come strumento economico, ma come funzione pubblica essenziale orientata alla crescita sostenibile, alla competitività e alla modernizzazione dello Stato. La Pubblica Amministrazione, in altri termini, non può più essere soltanto acquirente passiva di beni e servizi presenti sul mercato, ma deve configurarsi come «acquirente innovatore». Essa diviene soggetto attivo di trasformazione, in grado di incidere sulla direzione del mercato attraverso la propria domanda qualificata.

Il percorso normativo tracciato a livello europeo, a partire dalle direttive del 2014 e culminato nell'attuale d.lgs. n. 36/2023, evidenzia, infatti, un progressivo spostamento di paradigma: da un'amministrazione appaltante tradizionalmente orientata al controllo formale della spesa a una amministrazione “innovatrice e promotrice”, capace di assumere rischi, dialogare con il mercato e stimolare processi di ricerca e sviluppo.

Tuttavia, tale potenzialità rimane ancora solo parzialmente espressa³⁶⁴. Gli ostacoli culturali, burocratici e organizzativi — come la rigidità amministrativa, la scarsa propensione al rischio e la frammentazione

³⁶³ Sul punto S. CASSESE, *Amministrare la nazione*, op. cit., p. 113, richiamato di recente da A. BARTOLINI, *Dilemmi amministrativi e innovazione tecnologica, ovvero la signoria della prudenza amministrativa*, cit., p. 734.

³⁶⁴ Come evidenziato nelle pagine precedenti, alcune amministrazioni mostrano una maggiore propensione all'innovazione rispetto ad altre. Si pensi, ad esempio, alle amministrazioni militari o a quelle operanti nel settore spaziale, tradizionalmente più aperte alla sperimentazione e all'adozione di soluzioni tecnologicamente avanzate.

delle competenze — continuano a limitare la diffusione effettiva degli appalti innovativi. Inoltre, anche l'assenza di una definizione legislativa univoca di "innovazione" nel nuovo Codice se da un lato potrebbe rappresentare un vuoto, dall'altro parrebbe un tentativo consapevole di lasciare spazio all'evoluzione dinamica del concetto, imponendo però alle amministrazioni di dotarsi di strumenti interpretativi e tecnici più solidi.

Gli istituti specifici introdotti dal legislatore, in particolare l'appalto pre-commerciale³⁶⁵ e il partenariato per l'innovazione, costituiscono strumenti giuridici flessibili, in grado di sostenere la ricerca scientifica e la successiva commercializzazione di soluzioni nuove. Tuttavia, il loro impiego richiede una reale maturità amministrativa e una capacità di programmazione strategica, oggi ancora in via di consolidamento.

L'effettiva implementazione degli appalti innovativi incontra ancor'oggi ostacoli di natura culturale, organizzativa e giuridica. Il fenomeno della cosiddetta «*burocrazia difensiva*», privo di un fondamento razionale e giuridico, nasce dal timore del contenzioso e dal predominio di logiche di autotutela che, ponendosi in antitesi con la cultura del risultato, frenano ogni forma di sperimentazione e rendono l'amministrazione refrattaria all'assunzione di rischi. L'innovazione, per definizione, comporta incertezza; tuttavia, l'ordinamento italiano tende ancora a premiare la conformità formale rispetto al valore sostanziale dell'azione amministrativa. Appare necessario, difatti, promuovere una cultura amministrativa

³⁶⁵ Inoltre, la formulazione dell'art. 135 d.lgs. n. 36/2023, con la sua ambiguità interna, rischia di comprometterne l'effettiva utilizzabilità, ponendo condizioni tra loro incompatibili e richiedendo un intervento interpretativo o correttivo del legislatore. Nonostante ciò, l'appalto pre-commerciale rimane una via privilegiata per collegare il diritto degli appalti con la politica della ricerca, favorendo la nascita di ecosistemi di innovazione pubblico-privati.

dell'innovazione, nella quale il rischio ponderato venga riconosciuto come componente fisiologica dell'azione pubblica e non come deviazione dal principio di legalità. Un secondo limite riguarda la frammentazione della domanda pubblica e la scarsità di competenze specialistiche.

La moltiplicazione delle stazioni appaltanti, spesso prive di personale formato in materia di appalti innovativi, impedisce economie di scala e impedisce la nascita di una visione unitaria. Da ciò discende la necessità di una riforma organizzativa profonda, volta a professionalizzare le centrali di committenza, favorire reti tra amministrazioni e creare poli di competenza in materia di procurement per l'innovazione. A complicare ulteriormente l'effettivo ricorso agli strumenti del *procurement innovativo* e, in alcuni casi, a disincentivarne l'utilizzo, concorrono anche le discipline relative alla proprietà intellettuale e agli aiuti di Stato, che incidono in maniera significativa sulla struttura e sulla gestione delle procedure. In particolare, la questione della titolarità dei diritti di proprietà intellettuale generati nel corso delle attività di ricerca e sviluppo rappresenta uno degli aspetti più delicati. La scelta tra la titolarità pubblica, la co-titolarità o la cessione dei diritti all'impresa innovatrice influisce non solo sulla distribuzione dei rischi e dei benefici, ma anche sull'attrattività economica dello strumento. L'assenza di criteri uniformi o di linee guida chiare in materia determina incertezza tra le parti, inducendo molte amministrazioni a preferire modelli tradizionali di affidamento, percepiti come meno complessi e più facilmente gestibili. Analogamente, la disciplina europea sugli aiuti di Stato, pur avendo introdotto alcune eccezioni per le attività di ricerca, sviluppo e innovazione, continua a rappresentare un elemento di cautela. Le amministrazioni temono che la condivisione di risultati o la concessione di vantaggi economici a operatori privati possa essere qualificata come

aiuto incompatibile con il mercato interno, con il rischio di successive contestazioni.

Questa incertezza interpretativa, unita alla complessità tecnica delle norme, contribuisce a una propensione alla prudenza eccessiva, che ostacola la sperimentazione e l'impiego pieno degli strumenti innovativi. In tale prospettiva, risulta quanto mai necessario un coordinamento più chiaro e coerente tra la disciplina degli appalti pubblici innovativi, quella sulla proprietà intellettuale e quella in materia di aiuti di Stato, affinché l'innovazione non resti confinata al piano delle intenzioni, ma possa tradursi in pratiche amministrative efficaci e sostenibili. Solo una regolazione integrata, accompagnata da linee guida operative e da un rafforzamento della competenza tecnica delle stazioni appaltanti, potrà favorire un ambiente normativo capace di conciliarne la legittimità con l'efficienza e la spinta innovativa che l'Unione europea intende promuovere. Infine, il *deficit* di programmazione rappresenta un ulteriore punto critico. Troppo spesso l'innovazione viene percepita come evento episodico o reattivo, mentre dovrebbe essere il risultato di una programmazione strategica pluriennale, integrata con gli strumenti di pianificazione economica, industriale e ambientale del Paese.

In prospettiva, appare auspicabile che l'Italia, anche alla luce delle riforme in corso e dei fondi europei legati alla transizione digitale e verde, consolidi un *«principio di innovazione»* come criterio trasversale dell'azione amministrativa. Ciò significa non soltanto utilizzare l'innovazione come obiettivo, ma assumerla come metodo di lavoro, in grado di permeare la programmazione, la gestione e la valutazione delle politiche pubbliche.

In conclusione, il *procurement innovativo* non deve essere considerato un'eccezione nella disciplina degli appalti, bensì una nuova frontiera del diritto amministrativo, capace di coniugare legalità, efficienza e

progresso tecnologico, e di ridefinire il rapporto tra pubblica amministrazione, mercato e società. In altri termini, l'attitudine a innovare non si riduce all'osservanza formale delle leggi né al perseguimento dei principi di economicità ed efficienza. Il principio di buon andamento impone un dovere sostanziale di evoluzione, che si realizza nella capacità dell'amministrazione di adattarsi ai mutamenti sociali e di rispondere ai bisogni dei cittadini attraverso processi e politiche di innovazione continua. Non vi è dubbio, infatti, che l'articolo 97 della Costituzione, nel porre il principio di buon andamento quale canone organizzativo dei pubblici uffici, implichi un dovere di innovazione in capo all'amministrazione. Il buon andamento, infatti, non si limita a richiedere efficienza e correttezza gestionale, ma presuppone la costante ricerca del progresso e del miglioramento organizzativo, realizzabili solo attraverso un'azione amministrativa capace di rinnovarsi, evolversi e perfezionarsi nel tempo³⁶⁶.

³⁶⁶ Anche A. BARTOLINI, *Dilemmi amministrativi e innovazione tecnologica, ovvero la signoria della prudenza amministrativa*, cit., p. 735.

Bibliografia e giurisprudenza

- ACCARDO A., *Ricerca scientifica e università nella prospettiva europea*, Padova, 1993
- ACOCELLA C., *Innovazione tecnologica e innovazione amministrativa*, in *Il problema amministrativo. Aspetti di una trasformazione tentata*, (a cura di) F. LIGUORI, 2021
- ALBANO G. L., *Demand aggregation and collusion prevention in public procurement*, in *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts. Balancing Corruption Concern in Public Procurement Internationally*, a cura di G. M. Racca, C. R. Yukins, Bruxelles, 2014;
- ALI M. (a cura di), *Investire sul capitale immateriale per la crescita, la competitività e l'occupazione. Una nuova alleanza tra scuola, università, ricerca e impresa*, 2024.
- ANDERSEN, L. B., BOYE, S., LAURSEN, R., *Building support? The importance of verbal rewards for employee perceptions of governance initiatives*, in *International Public Management Journal*, 1, 2017;
- ANELLO, F. *Commento all'art. 77*, in *Codice dei contratti pubblici commentato*, a cura di L. R. Perfetti, Milano, 2023;
- ASHFORD, N. A., AYERS C., STONE, R. F. *Using Regulation to Change the Market for Innovation*, in *Harvard Environmental Law Review*, 2/1985;
- AVERARDI, A., *La funzione pubblica di sostegno all'innovazione e la governance istituzionale*, in *Lo Stato promotore. Come cambia l'intervento pubblico nell'economia*, Bologna, 2021;
- BALDINI, B., *La disciplina della proprietà intellettuale nell'ambito degli appalti innovativi: i criteri guida per le amministrazioni pubbliche*, in *Il diritto industriale*, 6/2023, p. 574, nota 45;
- BARBIERO, A., *L'utilizzo degli algoritmi e l'intelligenza artificiale tra futuro prossimo e incertezza applicativa*, in www.giustizia-amministrativa.it;
- BARTOLINI, A., *Dilemmi amministrativi e innovazione tecnologica, ovvero la signoria della prudenza amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2025;

- BARTOLINI, A., *L'innovazione nel Codice dei Contratti*, in *La riforma dei Contratti pubblici (D.lgs. 36/2023)*, a cura di F. Manganaro, N. Paolantonio, F. Tigano, 2024;
- BASSANINI, F. *Lo Stato promotore. Come cambia l'intervento pubblico nell'economia*, Bologna, 2021;
- BATTINI, S., *Burocrazia difensiva e responsabilità amministrativa. Alla ricerca dell'equilibrio perduto*, Pacini giuridica, Pisa, 2025;
- BATTINI, S., DECAROLIS, F., *Indagine sull'amministrazione difensiva*, in *Riv. it. Public Management*, 3, 2020.
- BATTINI, S., DECAROLIS, F., *L'amministrazione si difende*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 2019;
- BEDIN S., *Gli appalti pre-commerciali. Promuovere l'innovazione per garantire servizi pubblici sostenibili e di elevata qualità*, *The European House-Ambrosetti*;
- BENETAZZO C., *Appalti innovativi e smart cities: verso una nuova dimensione pubblico privata?*, in *Federalismi.it*, 9/2021
- BERNAL BLAY, M. A. *The Strategic Use of Public Procurement in Support of Innovation*, in *EPPPL*, 2014;
- BERTONAZZI, L. E VILLATA, R., *Commento all'art. 1 del d.lgs. n. 36/2023, Principio di risultato*, in *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, a cura di R. Villata, M. Ramajoli, Milano, 2025.
- BIANCHI, M., PICCALUGA, A., *La sfida del trasferimento tecnologico: le Università italiane si raccontano*, 2012.
- BIANCHINI M., *La rilevanza del diritto della proprietà intellettuale e della concorrenza nella dinamica contrattuale degli appalti (pubblici) pre-commerciali*, in *Contratto e impresa*, 2/2023
- BIANCHINI, M., *Il pre-commercial procurement contract, al crocevia fra disposizioni speciali del diritto degli appalti pubblici cc.dd. innovativi e le dinamiche pro-concorrenziali della contrattazione di impresa*, in *Contratto e impresa*, 4/2022,
- BIGAZZI, S., *Le innovazioni del partenariato per l'innovazione*, in *Urbanistica e appalti*, 8-9/2016.
- BLASINI, A., *Prime riflessioni in tema di appalto pre-commerciale*, in *Nuove forme e nuove discipline del partenariato pubblico privato*, a cura di A. Fioritto, Torino, 2017;
- BOFFO S., GAGLIARDI F., GUZZO T., *L'innovazione nelle PMI. Un nuovo spazio per la Terza missione dell'Università*, in *Scuola democratica*, 2/2023

- BOLOGNINI S., *Il pre-commercial procurement come strumento di politica per l'innovazione: caratteristiche, diffusione e problemi*, in *Economia Marche Journal of Applied Economics*, 1/2020;
- BONETTI, T. *Amministrazioni pubbliche tra innovazione e sostenibilità*, in *Munus*, 1, 2024, pp. VII, Editoriale;
- BONTEMPI, V., *La committenza pubblica per l'innovazione e la ricerca*, in F. BASSANINI, G. NAPOLITANO, L. TORCHIA (a cura di), *Le politiche pubbliche per l'innovazione tecnologica, IRPA Working Paper*, 2, 2021, p. 21;
- BOTTINO, G., *Contratti pubblici e responsabilità amministrativa per danno erariale: la insindacabilità, nel merito, delle scelte discrezionali*, in M. CAFAGNO, C. LEONE, M. BARBERA, M. FAZIO (a cura di), *La nuova stagione dei contratti pubblici tra incertezze e responsabilità*, Mimesis, Sesto San Giovanni, 2019.
- BOTTINO, G., *La burocrazia difensiva e le responsabilità degli amministratori e dei dipendenti pubblici*, in *Age*, 1, 2020;
- BOTTINO, G., *La funzione consultiva*, in *Riv. Corte conti*, 2, 2022;
- BOTTINO, G., *Rischio e responsabilità amministrativa*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017;
- BRASINI, M., *Quando le stazioni appaltanti ricorrono a soluzioni innovative: dialogo competitivo e servizi di ricerca e sviluppo*, in *Contratti pubblici e innovazione. Una strategia per far ripartire l'Europa*, Torino, 2018.
- BROWN, K., SBORNE, S. O., *Managing Change and Innovation in Public Service Organizations*, Routledge, London, 2005
- BUONOCORE, C., *Gli appalti pre-commerciali nella sanità: la spinta di Horizon Europe a fare innovazione "demand driven"*, in *Apremagazine*, 25/2024, pp. 12 ss.
- BUTLER L., *Innovation in Public procurement: Towards the "Innovation Union"*, in LICHERE, R. CARANTA, S. TREMUMER (a cura di), *Modernising Public Procurement: The New Directive*
- CAFAGNO M., *La nuova stagione dei contratti pubblici tra incertezze e responsabilità*, Milano, 2019
- CAFAGNO, M., *Contratti pubblici, responsabilità amministrativa e burocrazia difensiva*, in *Il diritto dell'economia*, 2018;
- CAFAGNO, M., *Flessibilità e negoziazione. Riflessioni sull'affidamento dei contratti pubblici complessi*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico comunitario*, 6, 2013;

- CAFAGNO, M., *Lo Stato banditore. Gare e servizi locali*, Milano, Giuffrè, 2001.
- CAFAGNO, M., *Risorse decisionali e amministrazione difensiva. Il caso delle procedure contrattuali*, in *Dir. amm.*, 1, 2020;
- CALDARELLI A., *Innovazione e collaborazione nella pubblica amministrazione: individui, gruppi e leadership*, Milano, 2020
- CAMPAGNANO, E., *Le nuove forme del partenariato pubblico-privato. Servizi pubblici e infrastrutture*, in *Temi dell'impresa e della Pubblica amministrazione*, a cura di G. Alpa, G. M. Esposito, Milano, 2020;
- CANCELLA, F. A., GRECO, S., *Burocrazia difensiva e responsabilità amministrativa: criticità, attualità e prospettive dell'illecito erariale*, in *Rivista della Corte dei Conti*, 2, 2025;
- CAPOTORTO, D., *I rischi di derive autoritarie nell'interpretazione del principio di risultato e l'indissolubilità del matrimonio tra buon andamento e imparzialità dell'amministrazione*, in *federalismi.it*, 14/2023;
- CARANTA, R., *I principi nel nuovo Codice dei contratti pubblici, artt. 1-12*, in *Giurisprudenza italiana*, 2023;
- CARBONE, L., *Una responsabilità erariale transitoriamente "spuntata"...*, in *Federalismi.it*, 2020.
- CARINGELLA, F., *Il nuovo Codice dei Contratti pubblici: riforma o rivoluzione?*, in *Giustizia-amministrativa.it*, 2023;
- CARULLO, A., *Appalti pubblici*, in *Enciclopedia del diritto*, V, 2001;
- CARUSO, B., *Le riforme e il lavoro pubblico: la "legge Madia" e oltre*, in B. CARUSO (a cura di), *La quarta riforma del lavoro pubblico*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019.
- CASINI, L., *Politica e amministrazione: the Italian Style*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 2019;
- CASSESE S., *Amministrare la nazione. La crisi della burocrazia e i suoi rimedi*, Mondadori, Milano, 2023;
- CASSESE S., (a cura di) *La nuova costituzione economica*, Bari, 2021
- CASSESE S., *Che cosa resta dell'amministrazione pubblica?* in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2019
- CASSESE, S., *Come migliorare la macchina dello Stato*, in *Il Sole 24 Ore*, 21 luglio 2013.

- CASSESE, S., *La burocrazia difensiva nella pubblica amministrazione italiana*, in *Quaderni di Diritto Pubblico*, 3, 1987,
- CAVALLO PERIN, R., LIPARI, M., M. RACCA, G., (a cura di), *Contratti pubblici e innovazioni nel nuovo codice. Trasformazioni sostanziali e processuali*, Napoli, 2024;
- CERRATO, S. A., *Impresa e rischio. Profili giuridici del risk management*, Torino, 2019.
- CHIAPPANELLI, C., *Le risorse del PNRR e l'attività consultiva della Corte dei conti*, in *Riv. Corte conti - Quaderni*, 3, 2022, p. 66.
- CHIRULLI, P., *Contratti pubblici e amministrazioni del futuro*, in *Dir. amm.*, 2025;
- CHIRULLI, P., *Qualificazione delle stazioni appaltanti e centralizzazione delle committenze*, in *Qualità ed efficienza nel nuovo codice dei contratti pubblici. Prospettive e questioni aperte*, Banca d'Italia, *Quaderni di Ricerca giuridica*, 83, 2018;
- CHIRULLI, P., *Autonomia pubblica e diritto privato nell'amministrazione. Dalla qualità del soggetto alla rilevanza della funzione*, Padova, 2004;
- CHITI M. P., *Il partenariato pubblico privato e la direttiva concessioni*, in *Finanza di progetto e partenariato pubblico-privato. Temi europei, istituti nazionali e operatività*, G. F. CARTEI, RICCHI M (a cura di), Napoli, 2015
- CIAPETTI L., *Il ruolo dell'Università nelle politiche regionali di innovazione*, in *Istituzioni del federalismo*, 2/2012
- CICALINI L., *Gli appalti pubblici precommerciali*, in *italiappalti.it*, 2017
- CIMINO B., *Il completamento del percorso di dequotazione del pubblico concorso*, in *Giorn. dir. amm.*, 1/2022, pp. 17 ss.;
- CINTOLI, F., *Il principio di risultato nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in www.giustizia-amministrativa.it;
- CINTOLI, F., *La sentenza della Corte costituzionale n. 132 del 2024: dalla responsabilità amministrativa per colpa grave al risultato amministrativo*, in *federalismi.it*, 2024;
- CLARICH, M., *Contratti pubblici e concorrenza*, Relazione al 61° Convegno di studi amministrativi, Villa Monastero, Varenna, 17-19 settembre 2015.
- CLARICH, M., *Istituzioni, nuove tecnologie, sviluppo economico*, in *Dir. pubbl.*, 2017;

- CLARICH, M., *La tutela della concorrenza nei contratti pubblici*, in *Rivista giuridica del Mezzogiorno*, 2016, pp. 737-752.
- COLUCCI, M., *L'Unione europea. Principi, istituzioni, politiche, Costituzione*, Bologna, 2005;
- COMBA, M., *Appalti pubblici per l'innovazione*, in *federalismi.it*, 4,2019;
- COMBA, M., *La domanda pubblica come leva per l'innovazione: le potenzialità degli appalti innovativi per le Anchor Institution*, in *federalismi.it*, 4,2019;
- COX, A., FURLONG, P. "European Procurement Rules and National Preferences: Explaining the Local Sourcing of Public Works Contracts in the EU" in *Journal of European Public Policy*, (1996)
- CREPALDI, G., *L'elemento soggettivo della responsabilità amministrativa prima e dopo il decreto semplificazioni*, in *Resp. Civ. Prev.*, 1, 2021;
- D'ALBERTI M., *Il diritto amministrativo fra imperativi economici e interessi pubblici*, in *Diritto amministrativo*, 1/2008
- D'ALBERTI, M., *Interesse pubblico e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2, 2008;
- D'ALTERIO, E., *Dall'amministrazione di risultato all'amministrazione "performante"*, in *Riv. giur. lav. e prev. soc.*, 3, 2018;
- D'ALTERIO, E., *Riforme e nodi della contrattualistica pubblica*, in *Dir. amm.*, 3, 2022;
- DE BENEDETTO, M., *Indeterminatezza delle regole ed effettività dell'azione amministrativa*, in M. TRIMARCHI (a cura di), *Concetti giuridici indeterminati e standards valutativi del potere amministrativo*, Napoli, ESI, 2024;
- DE BENEDETTO, M., *Qualità della regolazione e discrezionalità*, in *Diritto e società*, 3, 2022;
- DE NICTOLIS R., *Appalti pubblici e concessioni dopo la legge "sblocca cantieri"*, Bologna, Zanichelli, 2021
- DE NITTO, S., *Regolazione per standard: un valore aggiunto?*, in *Federalismi.it*, 2022, pp. 81 ss.
- DEL PRETE D., *Gli appalti pubblici al servizio delle nuove esigenze. Il partenariato per l'innovazione*, in *Federalismi.it*, 18/2021

- DELSIGNORE M., *Innovazione nel Partenariato pubblico-privato e nella collaborazione tra Pubbliche amministrazioni*, in *Rivista Corte dei Conti*, 3, 2021
- DELSIGNORE M., RAMAJOLI M., *Gli appalti pubblici pre-commerciali in Il procurement delle pubbliche amministrazioni. Tra innovazioni e sostenibilità*, a cura di L. FIORENTINO, A. LA CHIMIA, Astrid, Il Mulino, Bologna, 2021
- DELSIGNORE, M., *Innovazione nel partenariato pubblico-privato e nella collaborazione tra pubbliche amministrazioni*, in *Rivista della Corte dei Conti*, 3, 2021;
- DELSIGNORE, M., RAMAJOLI, M., *La prevenzione della corruzione e l'illusione di un'amministrazione senza macchia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 2019;
- DEODATO C., *Le linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto?*.Tratto da www.giustamm.it, 2016
- DI MASCIO F., NATALINI A., *Pubbliche amministrazioni. Tradizioni, paradigmi e percorsi di ricerca*, Bologna, 2022
- DI PIETRANTONIO, L., *La politica industriale e dell'innovazione tecnologica per la competitività*, in *L'Unione europea. Principi, istituzioni, politiche, Costituzione*, Bologna, 2005;
- DIMITRI N., *Some law and economics considerations on the eu pre-commercial procurement of innovation. The Applied Law and Economics of Public procurement*;
- DRAGHI, M., *Il futuro della competitività europea. Una strategia di competitività per l'Europa*, settembre 2024;
- DUCUING, C., *A Legal Principle of Innovation? Need for Assessment against the Principle of Democracy*, in *Law, Innovation and Technology*, 2022;
- EDLER, J., GEORGHIOU, L., *Public Procurement and Innovation. Resurrecting the Demand Side*, in *Research Policy*, 7,2007;
- EDQUIST C., VONORTAS N. S., ZABALA-ITURRIAGAGOITIA J. M., , *INTRODUCTION* J., EDLER, IN C. EDQUIST, N. S. VONORTAS, J. M., ZABALA-ITURRIAGAGOITIA, J., EDLER (a cura di) *Public procurament for Innovation*, Cheltenham, 2015
- EDQUIST, C., HOMMEN, L., TSIPOURI, L. *"Public Technology Procurement and Innovation"*. Kluwer Academic Publishers, 2000
- FANTINI S., *Il partenariato per l'innovazione*, in *Urbanistica e appalti*, 2016, nn. 8-9

- FELIZIANI, C., *Quanto costa non decidere?*, in *Dir. Econ.*, 1, 2019,
- FIDONE, G., *Il risultato dei contratti pubblici*, Giappichelli, Torino, 2025;
- FIDONE, G., *Il risultato dei contratti pubblici*, Milano, 2020.
- FIDONE, G., *L'innovazione attraverso i contratti pubblici*, in *Munus*, 3,2023;
- FILIPPETTI, F., SPALLONE, R., TUZI, F., *La domanda pubblica d'innovazione: verso un piano d'azione per il procurement di ricerca e sviluppo in Italia*, in *Relazione sulla ricerca e l'innovazione in Italia*, II ed., CNR, 2019;
- FIORENTINO L., (a cura di), *Lo Stato compratore. L'acquisto di beni e servizi nelle pubbliche amministrazioni*, Astrid, 2007
- FIORENTINO, L., *Appalti pubblici e concorrenza*, in P. BARUCCI, C. RABITTI BEDOGNI (a cura di), *20 anni di Antitrust*, Giappichelli, Torino, II, 2010;
- FIORITTO, A., (a cura di), *Nuove forme e nuove discipline del partenariato pubblico privato*, Torino, 2017;
- FONDERICO, G., *L'amministrazione razionalizzata. Disciplina degli Aiuti di Stato e attività amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2022;
- FRACCHIA F, VERNILE S., I contratti pubblici come strumento dello sviluppo ambientale, *Rivista quadrimestrale di diritto dell'ambiente*, fascicolo n. 2/2020
- FRACCHIA, F., *Il principio di risultato*, in *Studi sui principi generali del Codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2024, pp. 13 ss.
- FRATTINI F., *Introduzione*, in R. Cavallo Perin, M. Lipari, & G. M. Racca, *Contratti pubblici e innovazioni per l'attuazione della legge delega*, Napoli, 2022
- GALETTA, D. U., *Digitalizzazione, intelligenza artificiale e pubbliche amministrazioni*, in *federalismi.it*, 12,2023;
- GALINDO RUEDA, F., APPELT, S., *Measuring the Link between Public Procurement and Innovation*, in *Science, Technology and Industry Working Paper*, 3,2016;
- GAMBARDELLA, F. *Le regole del dialogo e la nuova disciplina dell'evidenza pubblica*, Torino, 2017;
- GARDINI, G., *Il nuovo assetto del pubblico impiego dopo la riforma Brunetta*, Bologna, 2012.

- GASPARRI W., *Libertà di scienza, ricerca biomedica e comitati etici. L'organizzazione amministrativa della sperimentazione clinica dei farmaci*, in *Dir. pubbl.*, 2/2012
- GHIDINI, G., *Profili evolutivi del diritto industriale*, Milano, 2015;
- GIANI, L., *Spunti per la costruzione di una "cultura dell'innovazione" negli appalti in sanità*, in *Nuove autonomie*, 2, 2018;
- GIORDANO, A., *La responsabilità amministrativa tra legge e necessità*, in *Riv. Corte dei Conti*, 1, 2021;
- GRECO, G., *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e privato*, Milano, 1986.
- GUARNIERI, E., *Il principio di risultato nei contratti pubblici: alcune possibili applicazioni, tra continuità e innovazioni*, in *Diritto amministrativo*, 2023;
- GUCCIONE C., *Le consultazioni preliminari di mercato*, in *Giorn. Dir. amm.*, 1/2020
- GUERRA, G., *La medicina difensiva: fenomeno moderno dalle radici antiche*, in *Salute e diritto politiche sanitarie*, 14, 2013;
- GUERRIERI, G., *I servizi di ricerca e sviluppo*, in *Il nuovo corso dei contratti pubblici*, a cura di S. FANTINI, H. SIMONETTI, Città di Castello, 2023, pp. 187 ss.
- IANNOTTA, L., *Merito, discrezionalità e risultato delle decisioni amministrative (l'arte di amministrare)*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2005.
- IBANEZ-COLOMO, P., *Restrictions on Innovation in EU Competition Law*, in *European Law Review*, 2016;
- IOSSA, E., BIAGI, F., VALBONESI, P., *Pre-commercial procurement, procurement of innovative solutions and innovation partnership in the EU: rationale and strategy*, in *Economics of Innovation & New Technology*, 27/2018;
- JASANOFF, S., BENESSIA, A., *L'innovazione tra utopia e storia*, Torino, 2010;
- LACAVALA, C., *Le nuove procedure, la partecipazione e l'aggiudicazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 12, 2014;
- LALLI, A., *Disciplina della concorrenza e diritto amministrativo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2008.
- LAMBERTI, L., *Consultazioni preliminari di mercato, partecipazione precedente di candidati o offerenti*, in *Trattato sui*

- contratti pubblici*, diretto da M. A. Sandulli, R. De Nictolis, Milano, 2008;
- LAUS, F., *Amministrazione del rischio. Tra regolazione e procedimento*, Padova, Cedam, 2023.
 - LAVATELLI, M., *Responsabilità penale e burocrazia difensiva*, in *Quali saperi servono alla P.A.?*, Convegno Aipda 2019.
 - LEDDA, F., *Per una nuova normativa sulla contrattazione pubblica*, in *Studi in onore di Antonio Amorth*, vol. I, Milano, 1982;
 - LEGGIO M., *Commento all'art. 75, Partenariato per l'innovazione*, in *Commentario al codice dei contratti pubblici*, (a cura di) R. VILLATA, M. RAMAJOLI, 2024
 - LEGGIO, M., *Commento all'art. 75 del d.lgs. 36/2023*, in *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, a cura di R. Villata, M. Ramajoli, Milano, 2025;
 - LIBERTINI, M., *Diritto della concorrenza dell'Unione europea*, Milano, 2014,
 - LIBERTINI, M., *Gli aiuti pubblici alle imprese e il diritto comunitario della concorrenza*, in *Studi in onore di Giuseppe Auletta*, Milano, 1988, vol. I;
 - LIBERTINI, M., *Gli aiuti pubblici alle imprese e l'ordinamento italiano*, in *Concorrenza e Mercato*, 2013;
 - LIBERTINI, M., *La nuova disciplina degli aiuti a favore di ricerca, sviluppo e innovazione*, in *Rivista di diritto industriale*;
 - LICATA, G. F., *Contratti pubblici e innovazione*, in *Atti del Convegno AIPDA*, 2019;
 - LICATA, G. F., *Partenariati e innovazione*, in *Nuove forme e nuove discipline del partenariato pubblico privato*, a cura di A. Fioritto, Torino, 2017;
 - LIGUORI F., *Il problema amministrativo. Aspetti di una trasformazione tentata*, Napoli, 2021
 - LOMBARDI P., *La qualificazione delle stazioni appaltanti: spunti di riflessione sul ruolo di ANAC in materia di contratti pubblici*, in *Rivista interdisciplinare sul diritto delle pubbliche amministrazioni*, *Ceridap*, 4/2022
 - LORENZONI, L., *Contratti pubblici e burocrazia difensiva*, in *Dir. amm.*, 2, 2025;
 - MACCHIA, M., (a cura di) *Costruire e acquistare. Lezioni sul nuovo Codice dei contratti pubblici*, Torino, Giappichelli, 2024;

- MANFREDI SELVAGGI C. A., *Innovazioni nel partenariato pubblico privato e nella collaborazione tra pubbliche amministrazioni*, in *Rivista della Corte dei Conti*, 3/2021
- MANFREDI SELVAGGI, C. A., *Innovazioni nel partenariato pubblico-privato e nella collaborazione tra pubbliche amministrazioni*, in *Rivista della Corte dei Conti*, 3/2021, p. 39.
- MARCHITTO F., *Strategia del valore nella Pubblica amministrazione*, 2009
- MARI A., *La promozione della ricerca e dell'innovazione tra Stato e regioni*, in *Cnr-Issirfa, Regioni e attività produttive*, Giuffrè, 2008
- MARINI, F. S., *La sentenza n. 132 del 2024: la Corte costituzionale sperimenta nuove tecniche decisorie*, in *Riv. Corte dei Conti*, 4, 2024;
- MARRA A., *I pubblici impiegati tra vecchi e nuovi concorsi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1/2019,
- MARRA A., RAMAJOLI M., (a cura di), *Come cambia l'Università italiana*, Torino, 2023
- MARRACCINI, L., TERRACCIANO, G., *Partenariato per l'innovazione*, in *Trattato sui contratti pubblici*, a cura di M. A. Sandulli, R. De Nictolis, vol. III, Milano, Giuffrè, 2024, pp. 133-146.
- MARULLO, C., *Gestire l'innovazione radicale*, Milano, 2021;
- MATTARELLA B. G., *Il principio del concorso e la sua parodia*, in *Giorn. dir. amm.*, 4/2017
- MATTARELLA, B. G., *Burocrazia "normativa": il valore della legge e il ruolo dell'amministrazione*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 1, 2020;
- MATTARELLA, B. G., *Burocrazia e riforme. L'innovazione nella pubblica amministrazione*, Il Mulino, Bologna, 2017.
- MATTARELLA, B. G., D'ALTERIO, E., *La riforma della pubblica amministrazione*, Il Sole 24 Ore, N&T, 2017.
- MATTARELLA, B. G., *Disciplina dei contratti pubblici e prevenzione della corruzione. La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, Milano, 2015
- MATTARELLA, B. G., LA SPINA, A. (a cura di), *Il codice dei contratti pubblici secondo gli operatori. Un'indagine sul campo*, in *I quaderni della Rivista Amministrazione in cammino*, 2022;
- MAZZUCCATO, M., *Lo Stato innovatore*, II ed., Bari, 2018;

- MAZZUCCATO, M., *The Entrepreneurial State. Debunking Public vs. Private Sector Myths*, London, 2018;
- MELIS G., *Un episodio dello Stato liberale: la sconfitta dei tecnici e l'emarginazione degli "economisti"*, in *An. giur. ecp.*, 1/2020
- MERCATI, L., *Lo "scudo erariale" dinanzi alla Corte Costituzionale*, in *Sistema penale*, 2, 2025;
- MERLONI F., *Autonomia, responsabilità, valutazione nella disciplina delle università e degli enti di ricerca non strumentale*, in *Diritto pubblico*, 1/2004
- MIRATE, S., *Commento all'art. 113, Requisiti per l'esecuzione dell'appalto*, in *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, a cura di R. Villata, M. Ramajoli, Pisa, 2025;
- MORBIDELLI, G., *Intorno ai principi nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Munus*, 3/2023, p. 67.
- NAPOLITANO, G., *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: i principi generali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2023;
- NAPOLITANO, G., *Il nuovo Stato salvatore: strumenti di intervento e assetti istituzionali*, in *Giorn. dir. amm.*, 11/2008;
- NELSON, R., *National Innovation System. A Comparative Analysis*, Oxford University Press, 1993.
- NICOSIA F.M., *"Modello Consip" tra Stato e mercato (Lineamenti e prospettive evolutive)*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 4/2002
- NIGRO M., *Lo Stato italiano e la ricerca scientifica (profili organizzativi)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1972
- NULLI M., *Gli appalti pre-commerciali*, in www.osservatorioappalti.unitn.it;
- PAGLIARIN C., PERATHONER C., LAIMER S., *Contratti pubblici e innovazione. Una strategia per far ripartire l'Europa*, Milano, 2021
- PAGLIARIN, C. *Il partenariato per l'innovazione*, in *Contratti pubblici e innovazione. Una strategia per far ripartire l'Europa*, a cura di C. Pagliarin, C. Perathoner, S. Laimer, Milano, 2021;
- PAJNO A., TORCHIA L., *La nuova disciplina dei contratti pubblici: le regole, i controlli, il processo*, in www.astridonline.it, 2015
- PAJNO, A., *Il sistema amministrativo e il decreto semplificazioni*, in www.irpa.eu
- PALETTA A., *Il governo dell'Università. Tra competizione e accountability*, Bologna, 2004

- PANTILIMON VODA, O. S., *Innovative and sustainable procurement: framework, constraints and policies*, in C. BOVIS (a cura di), *Research Handbook on EU Public Procurement Law*,
- PAPA S., *Gli appalti precommerciali: un particolare approccio all'aggiudicazione degli appalti di ricerca e sviluppo*, in *Giustamm.it*, 3/2017
- PELLIZZARI, P. *Le forme di partenariato pubblico-privato come strumento di innovazione per lo sviluppo delle imprese e dei servizi sociali*, in *rivistaimpresasociale.it*, 3/2014
- PENNETTA G., *Il nuovo ruolo dello Stato nell'economia: innovazione e infrastrutture sociali*, in *L'emergenza pandemica e l'impatto sul diritto pubblico: innovazione e prospettive future*, D. MORANA, S. MABELLINI (a cura di), Milano, 2022
- PERATHONER, C., *Mercato interno e innovazione: il ruolo dell'UE*, in *Contratti pubblici e innovazione. Una strategia per far ripartire l'Europa*, Milano, 2021;
- PERFETTI, L. R., *Sul nuovo codice dei contratti pubblici. In principio*, in *Urbanistica e appalti*, 2023;
- PERONGINI, S., *Il principio del risultato e il principio di concorrenza nello schema definitivo di codice dei contratti pubblici*, in *lamministrativista.it*, 2 gennaio 2023.
- PIGNATTI, M., *Le strategie europee per l'innovazione nei contratti pubblici*, in *DPCE online*, 2, 2021,
- PIPERATA G., *Diritto dei contratti pubblici: assetto e dinamiche evolutive alla luce del decreto legislativo n. 36 del 2023*, Torino, 2024
- POLICE A., *Il potere, il coraggio e il tempo nel decidere. Corpi tecnici e loro valutazioni nel trentennale della legge sul procedimento amministrativo*, in *La legge 241 del 1990, trent'anni dopo*, (a cura di) BARTOLINI A., BONETTI T., MARCHETTI B., MATTARELLA B. G., RAMAJOLI M., Giappichelli, 2021
- POLICE, A., *Commento all'art. 2 del d.lgs. n. 36/2023, Principio della fiducia*, in R. VILLATA, M. RAMAJOLI (a cura di), *Commentario al Codice dei Contratti pubblici*, 2025;
- POLIMENI A., *L'Università verso la quarta missione*, in *Scuola democratica*, 2, 2023
- RACCA G. M., PONZIO S., *Università e approvvigionamento di beni e servizi: innovazione e digitalizzazione per l'integrità e l'efficienza*,

- in *Università e anticorruzione*, (a cura di) A. MARRA, M. RAMAJOLI, 2022
- RACCA, G. M., CAVALLO PERIN, R. *European joint-cross border procurement and innovation*, in G. M. RACCA, C. R. YUKINS. BRUYANT., 2019
 - RENNA, M., *I principi*, in *Il nuovo corso dei contratti pubblici. Principi e regole in cerca di ordine* (d.lgs. 31 marzo 2023 n. 36), a cura di S. Fantini, H. Simonetti, in *Foro it. Gli speciali*, 2023, n. 1.
 - RINDONE, A., *Art. 135, Servizi di ricerca e sviluppo*, in *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, a cura di R. Villata, M. Ramajoli, Milano, 2025;
 - ROLFSTAM, M. "*Public Procurement as an Innovation Policy Tool: The Role of Institutions*". *Science and Public Policy*, 2009
 - ROMAGNOSI, G. D., *Principi fondamentali di diritto amministrativo onde tesserne le istituzioni*, Guasti, Prato, 1835,
 - ROMANI, E., *Commento all'art. 76 del d.lgs. 36/2023*, in *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, a cura di R. Villata, M. Ramajoli, Milano, 2024;
 - ROSSA, S., *Sviluppo sostenibile e appalti pubblici. Sul ruolo degli appalti innovativi come strumento di sostenibilità*, in *CERIDAP*, 4, 2022;
 - ROVATI A.M., *Prime note su proprietà intellettuale e riutilizzo dei dati pubblici*, in *Informatica e diritto*, 2, 2011
 - SALTARIL, *Che resta delle strutture tecniche nell'amministrazione pubblica italiana?*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1, 2019
 - SANTA MARIA, A., *European Economic Law*, 3^a ed., Alphen aan der Rijn, 2014;
 - SCARAFIOCCA G., *Le nuove direttive europee in materia di appalti e concessioni. Innovazioni, recepimento nel diritto interno e nuovi assetti regolatori*, in *www.giustamm.it*, n. 9, 2015
 - SCARAMUZZA, F., *Partenariato per l'innovazione*, in *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, II ed., a cura di M. CLARICH, Torino, Giappichelli, 2025, pp. 520 ss.
 - SCIANDRA L., *Composizione quantitative e qualitativa del personale della Pubblica amministrazione*, in *Analisi giuridica dell'Economia*, 1, 2020

- SCOGNAMIGLIO M., *La responsabilità amministrativa del rup dopo i decreti “semplificazioni” e “semplificazioni bis”*, in *Rivista trimestrale appalti*, 1, 2022
- SIERPIONE, G., *La disciplina degli aiuti di Stato*, in *Diritto antitrust*, a cura di A. CATRICALÀ, C. E. CAZZATO, F. FIMMANÒ, Milano, 2021, pp. 1111 ss.;
- SIRILLI G., *Ricerca & Sviluppo. Il futuro del nostro paese: numeri, sfide, politiche*, Bologna, 2005
- SPADA, C., *I contratti di ricerca e sviluppo*, in *Diritto amministrativo*, 3/2021;
- SPALLONE, R., FILIPPETTI, A., TUZI, F., *La domanda pubblica d'innovazione: verso un piano d'azione per il procurement di ricerca e sviluppo in Italia*, in *Relazione sulla ricerca e l'innovazione in Italia*, CNR, II ed., 2019;
- SPASIANO, M. R., *Dall'amministrazione di risultato al principio di risultato del Codice dei contratti pubblici: una storia da scrivere*, in *Federalismi.it*, 2024;
- STERLACCHINI, A., *L'impatto sociale della ricerca e dell'innovazione. Ipotesi di intervento per una sua valorizzazione nel contesto europeo e italiano*, in *L'industria*, 4, 2019
- TORCHIA L., *Il nuovo codice dei contratti pubblici: regole, procedimento e processo*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 5, 2016;
- TORCHIA, L., *La nuova direttiva europea in materia di appalti servizi e forniture nei settori ordinari*, in *Diritto amministrativo*, 2015;
- TRAÙ, F., *Ipotesi sul possibile rapporto tra public procurement e innovazione tecnologica nel contesto italiano*, in *L'industria*, 2, 2009;
- Tropea, G., *I principi del risultato, della fiducia, della buona fede e dell'affidamento in alcune interpretazioni recenti*, in *Munus*, 2/2024.
- Tropea, G., *I principi*, in *Lineamenti di diritto dei contratti pubblici*, a cura di G. TROPEA, Napoli, 2024;
- URBANI M., *Le nuove direttive sugli appalti pubblici e le concessioni. L'efficienza della committenza pubblica e il mercato unico*, in *Giorn. dir. amm.*, 12/2014
- VACCARI, S. *Principio di risultato e legalità amministrativa*, in *Giorn. dir. amm.*, 5, 2024;
- VALAGUZZA S., *Procuring for value. Governare per contratto. Creare valore attraverso i contratti pubblici*, 2018

- VALAGUZZA, S., *Innovazione di processo nei contratti pubblici: dalla modellazione digitale agli accordi collaborativi*, in *Il procurement delle pubbliche amministrazioni*, Astrid, 2020;
- VALERIANI E., *Public Procurement. Mercato, comportamenti, contratti e conflitti*, 2013
- VARALDO R., *Il trasferimento tecnologico ad una svolta*, in *Rivista economica del Mezzogiorno*, 3/2017.
- VICARI, S., *Innovazione*, Giuffrè, Milano, 2016.
- VILLAMENA, S., *Commento all'art. 45, Incentivo alle funzioni tecniche*, in *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, a cura di R. VILLATA, M. RAMAJOLI, Milano, 2025, pp. 244 ss.
- VILLATA, R. *Commento all'art. 1, Principio di risultato*, in *Commentario al codice dei contratti pubblici*, a cura di R. VILLATA, M. RAMAJOLI, Pisa, 2025;
- VON HIPPEL E., *The dominant role of users in the scientific instrument innovation process*, in *Research Policy*, 1976
- VON WENDLAND, B., *art. 25-30 Commission Regulation (EU) No 651/2014*, in F. J. SÄCKER, F. MONTAG (a cura di), *European State Aid Law*;

Giurisprudenza

- Corte Cost., 16 luglio 2024, n. 132
- Cons. St., Sez. III, 20 ottobre 2021, n. 7045
- Cons. St., sez. consultiva per gli atti normativi, parere 17 gennaio 2019, n. 445
- T.A.R. Sardegna, sez. I, 11 marzo 2025, n. 231
- T.A.R. Calabria, Sez. I, 11 giugno 2018, n. 340
- T.A.R. Toscana, Sez. I, 19 marzo 2018, n. 402
- T.A.R. Piemonte, sez. I, 20 dicembre 2018, n. 1364
- TAR Campania, Napoli, Sez. IV, ord. n. 1471 del 28 settembre 2017
- T.A.R. Veneto, Sez. III, 15 maggio 2017, n. 476
- T.A.R. Lombardia, sez. I, 1° giugno 2016, n. 318
- T.A.R. Marche, sez. I, 1° dicembre 2016, n. 336
- TAR Puglia, Lecce, Sez. I, 21 luglio 2010, n. 1791

