

teme

FRANCESCA ROMANA CORRENTI

L'EQUIVALENZA TERAPEUTICA E LE PREROGATIVE
DELL'AIFA NELL'AMBITO DELLA RIPARTIZIONE
COSTITUZIONALE DELLE COMPETENZE
FRA STATO E REGIONI

DANILO D'AGLIANO

PROGRAMMA BIENNALE DEGLI ACQUISTI DI BENI E
SERVIZI: L'INCOMPIUTA SVOLTA CULTURALE
DEL DM 16 GENNAIO 2018, N. 14

EMANUELE MOGNON

LA LOGISTICA SANITARIA E I NUOVI
MODELLI ORGANIZZATIVI

ANDREA STEFANELLI

I DIRITTI D'ESCLUSIVA NON ESCLUDONO
LA POSSIBILITÀ D'ESPERIRE
UNA GARA PUBBLICA

I diritti d'esclusiva non escludono la possibilità d'esperire una gara pubblica

Siamo sempre stati indotti a pensare che, in presenza di un diritto d'esclusiva, l'amministrazione debba procedere ad un affidamento diretto, stante il venir meno d'obbligo d'indire una gara.

Il Consiglio di Stato (III°), con la pronuncia 5/2/2018, n. 748, rivisita il concetto della "privativa industriale", finendo per affermare che la sussistenza di una "esclusiva" non è tale da precludere l'indizione di una procedura pubblica.

Il caso riguarda un ospedale di Roma, che aveva esperito una gara per l'approvvigionamento di dispositivi medici ma che si era visto poi contestata l'aggiudicazione da parte di una concorrente, che dimostrava di essere divenuta nel frattempo esclusivista del prodotto affidato.

L'aggiudicazione quindi sarebbe stata disposta in violazione del diritto d'esclusiva.

Il Consiglio di Stato parte dal dettato normativo (art. 63, comma 2, lett b), punto 3) D.Lgs.n. 50/2016), secondo cui "Nel caso di appalti pubblici di lavori, forniture e servizi la procedura negoziata senza previa pubblicazione può essere utilizzata [...] b) quando le forniture o i servizi possono essere forniti unicamente da un determinato operatore economico per una delle seguenti ragioni: [...] 3) la tutela di diritti esclusivi", per affermare come il Codice appalti riconosca e "rispetti" la proprietà intellettuale, ma precisando altresì come il Legislatore del D.Lgs.n. 50/16, in quanto preposto a disciplinare gli acquisti pubblici, non impone alcun obbligo alle PP.AA. di procedere ad affidamenti diretti in caso d'esclusiva, limitandosi a prevederne la mera possibilità ("La procedura negoziata ... può essere utilizzata").

La ragione di un possibile "passaggio" sul mercato risiede nel fatto che le potenziali concorrenti potrebbero sempre procacciarsi i beni da offrire "all'estero ov-

vero fuori dall'ambito di operatività" dell'esclusivista, oppure possono aver proceduto al loro acquisto prima dell'inizio del periodo d'esclusiva (che, nel caso di specie, cadeva successivamente l'inizio dell'esperimento di gara).

Quello che tuttavia è certo, per il Consiglio di Stato, è che l'ipotetica violazione del diritto d'esclusiva non è di per sé sufficiente a determinare l'illegittimità dell'aggiudicazione a favore di un'impresa diversa dalla titolare dell'esclusiva, in quanto detta violazione (del diritto d'esclusiva) sarebbe produttiva "unicamente di effetti obbligatori tra le parti, salvi i provvedimenti risolutori adottabili dalla stazione appaltante" nell'ipotesi in cui l'aggiudicataria non dovesse poi risultare in grado di fornire i prodotti che si è aggiudicata.

Merita poi apposita segnalazione anche la sentenza del TAR Milano (IV°), quasi coeva a quella del Consiglio di Stato (21/2/2018, n. 500), che affronta la medesima questione di merito ma partendo da una situazione opposta, ovvero il caso in cui una P.A. aveva esperito una gara salvo poi, venuta a conoscenza della presenza di un diritto d'esclusiva del prodotto messo in gara, annullare la procedura per affidare in via diretta la fornitura all'esclusivista.

Il Tar Milano annulla tale affidamento diretto affermando che "l'esistenza di un diritto esclusivo non implica necessariamente che il bisogno del contraente non possa essere soddisfatto in modo adeguato anche ricorrendo ad altri prodotti" e richiamandosi dunque alla distinzione fra "esclusività" ed "infungibilità" di cui alla Linea-Guida ANAC n. 8 (vds. rivista TEME n. 11/12.2017).

Secondo detta Linea-Guida, infatti, l'esclusività attiene all'esistenza di privative industriali mentre l'infungibilità si configura quando un concorrente è l'unico in

L'esistenza di un diritto esclusivo non implica necessariamente che il bisogno del contraente non possa essere soddisfatto in modo adeguato anche ricorrendo ad altri prodotti

grado di soddisfare i bisogni della P.A. appaltante. Non vi sarebbe quindi equipollenza fra “esclusività” ed “infungibilità” ma un rapporto di genere a specie, nel senso che l'esclusività è una delle cause d'infungibilità (insieme alle strategie commerciali del produttore o alle scelte tecniche dell'acquirente), ma non il contrario, ovvero un prodotto se è infungibile non è detto che sia “esclusivo”.

Da ciò ne consegue che l'esistenza di un'esclusiva non implica che il bisogno del contraente non possa essere soddisfatto anche ricorrendo ad altri prodotti, da cui ulteriormente ne discende che “anche in presenza di un diritto esclusivo potrebbero esistere distributori indipendenti o operatori economici che accedono al bene [...]” (Linea -Guida n. 8).

Queste considerazioni portano l'ANAC ad affermare che la deroga all'obbligo di fare gara è applicabile solo in presenza di beni “infungibili” e non nel caso di esclusività in quanto, come detto, è ben possibile che sul mercato vi sia qualche operatore economico in grado di soddisfare le esigenze della P.A. in altro modo.

Il Tar Milano giunge alle medesime conclusioni, ovvero che il Codice appalti dispone la deroga all'obbligo di fare gare solo (ed esclusivamente) presenza di beni e/o servizi infungibili, mentre nel caso di diritti esclusivi si limita a concedere la mera possibilità di deroga ex art. 63, comma, 2°, lett. b), punto 3) del D.Lgs.n. 50/2016. Secondo il Tar meneghino vi sarebbe poi un'ulteriore motivazione tale per cui, in presenza di diritti d'esclusiva, non sussiste comunque un'impossibilità di ricercare sul mercato il miglior offerente, ed è

il cd. “principio dell'esaurimento comunitario” in forza del quale il titolare di un bene, una volta che detto viene immesso in commercio nel territorio comunitario, ne perde la relativa facoltà di privativa.

Detto principio risulta elaborato dalla Corte di Giustizia per favorire le cd. “importazioni parallele”, che sono previste – anche contro il parere dello stesso titolare della privativa – a tutela del diritto del consumatore e quale espressione del diritto transfrontaliero di libera circolazione delle merci.

La conclusione di queste brevi considerazioni deve dunque portare a ritenere che la Stazione appaltante, quando decide di procedere ad un acquisto, non solo è tenuta a svolgere un'approfondita indagine di mercato (per verificare quali possano essere i prodotti e/o servizi in grado di soddisfare le sue specifiche esigenze), ma come altresì non possa affatto accontentarsi dell'eventuale dichiarazione d'infungibilità del fornitore uscente e, men che meno, di quella d'esclusività di qualche operatore economico . Ciò in quanto una procedura negoziata senza pubblicazione del bando è legittimata esclusivamente dalla presenza di una infungibilità “oggettiva”, mentre nel caso d'esclusività è comunque sempre consentito alla P.A. un esperimento di gara, in quanto vi potrebbero sempre essere operatori economici che - tramite importazioni parallele e/o acquisti effettuati in epoca precedente e/o comunque in quanto fornitori di prodotti equivalenti a quelli in gara - potrebbero in ogni caso partecipare (e vincere) la gara, che quindi va esperita.

