



DELIBERA N. 537

16 Novembre 2022

Oggetto

Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1, del d.lgs. 50/2016 presentata da CMR Surgical S.r.l. – Indagine di mercato, ai sensi dell’art. 63 del d.lgs. 50/2016, propedeutica all’affidamento della fornitura in service di strumentazione e materiale di consumo per la metodica di chirurgia robotizzata - Importo a base di gara: Euro 1.300.000,00 - S.A.: Azienda Ospedaliera Universitaria “G. Rodolico – San Marco”.

PREC 111/2022/F

Riferimenti normativi

D.Lgs. n. 50/2016, artt. 63, comma 2, lett. b), 66, 68.

Parole chiave

Indagine di mercato, procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando, consultazioni preliminari di mercato, infungibilità della fornitura.

Massima

Appalto pubblico – Forniture – Scelta del contraente – Procedura – Negoziata senza previa pubblicazione del bando – Infungibilità – Accertamento – Indagine di mercato – Finalità – Ricerca di requisiti identici – Illegittimità – Ragioni.

È illegittima l’indagine di mercato propedeutica alla procedura negoziata di cui all’art. 63, comma 2, lett. b), che non è volta a verificare l’impossibilità di ricorrere a fornitori o soluzioni alternative, ma mira esclusivamente alla ricerca di un operatore da cui acquisire un sistema con requisiti tecnici identici a quello già utilizzato (nel caso di specie, il richiamo alla tecnologia già utilizzata, ha portato a priori ad assumere un unico parametro di riferimento, restringendo il perimetro delle indagini e causando un’istruttoria incompleta e carente).



Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 16 novembre 2022

DELIBERA

VISTA l'istanza acquisita al prot. gen. ANAC n. 55495 del 6 luglio 2022, con la quale la Società CMR Surgical S.r.l. ha contestato l'esito dell'indagine di mercato condotta dall'Azienda Ospedaliera Universitaria Policlinico "G. Rodolico – San Marco", propedeutica all'affidamento della fornitura di strumentazione e materiale di consumo per la metodica di chirurgia robotizzata, chiedendo all'Autorità: *i)* se è conforme all'art. 30 del Codice, alle Linee guida Anac n. 8 e n.14, nonché alla delibera Anac n. 83 del 27 gennaio 2021, la verifica di infungibilità di un bene o di un servizio in mancanza dell'indicazione dei fabbisogni o delle esigenze funzionali che l'Amministrazione intende soddisfare; *ii)* se è legittima la *lex specialis* che, senza indicare le specifiche tecniche, richiede ai concorrenti di formulare proposte alternative equivalenti; *iii)* se è conforme ai principi di trasparenza, concorrenza e parità di trattamento, la consultazione preliminare di mercato finalizzata a verificare l'infungibilità di una prestazione basata unicamente sulla indicazione della marca o della tipologia del bene oggetto della verifica di unicità;

VISTE le censure sollevate dall'istante, relative a: *i)* il procedimento avviato dall'Azienda Ospedaliera per verificare l'infungibilità del sistema robotico Da Vinci XI IS4000 (in uso presso il P.O. Rodolico e fornito in esclusiva dalla ditta AB Medica S.p.A.), in quanto la SA non ha illustrato i propri fabbisogni o le esigenze funzionali da soddisfare mediante la fornitura di un nuovo sistema di chirurgia robotica, limitandosi a richiedere le stesse caratteristiche del robot già in uso; *ii)* la valutazione finale di non conformità del sistema Versius proposto dall'istante, basata sulla tautologica affermazione secondo cui tale robot non soddisfa a pieno le caratteristiche possedute dal sistema Da Vinci XI. Secondo l'istante, la SA non solo non avrebbe formulato un giudizio di infungibilità in base alle caratteristiche/componentistiche del bene già in uso, ma le avrebbe rese note a posteriori rispetto alla pubblicazione dell'avviso di indagine, inoltre, in contrasto con le Linee guida Anac n. 14, l'avviso di indagine di mercato ha richiesto il possesso dei requisiti *ex art.* 80 del Codice;

VISTO l'avvio dell'istruttoria comunicato con nota prot. n. 60159 del 22 luglio 2022;

VISTA la documentazione in atti e le memorie presentate dalle parti (memoria della SA, acquisita al prot. n. 61111 del 26 luglio 2022; memoria della controinteressata AB Medica S.p.A. acquisita al prot. n. 61560 del 28 luglio 2022 e memoria di replica dell'istante, acquisita al prot. n. 62429 del 29 luglio 2022);

RILEVATO che la SA ha esposto che la procedura in oggetto era una consultazione di mercato finalizzata a conoscere se, oltre la ditta AB Medica S.p.A., esistono sul mercato altri operatori economici in grado di fornire un'apparecchiatura per l'attività di chirurgia robotica funzionale a soddisfare le esigenze di tecnica operatoria dei chirurghi operanti nei presidi ospedalieri dell'Azienda. Tale esigenza è nata da una richiesta specifica di tre specialisti dell'area chirurgia dell'A.O. di acquisire per il P.O. San Marco la medesima tecnologia di chirurgia robotizzata utilizzata presso il P.O. Rodolico, al fine di ovviare alle difficoltà logistiche dovute alla necessità di effettuare interventi chirurgici solo presso quest'ultimo presidio ospedaliero. L'Azienda riconosce che nell'avviso pubblicato non sono state esplicitate le esigenze da soddisfare mediante la fornitura, sostenendo che il motivo è dovuto al fatto che l'avviso richiama la



*"medesima tecnologia di chirurgia robotizzata, già utilizzata presso il P.O. G. Rodolico" (sistema robotico Da Vinci) e che gli operatori economici avrebbero potuto porre all'Azienda quesiti o richiedere sopralluoghi per conoscere i contenuti dettagliati del quadro esigenziale, al fine di redigere una dettagliata relazione sulle caratteristiche di equivalenza dei prodotti offerti. Dal punto di vista della SA, nel caso di specie, non verrebbe in rilievo un fenomeno di *lock-in* in quanto il robot Da Vinci è di proprietà dell'Università di Catania ed è concesso in uso all'Azienda. In relazione alla valutazione di "non conformità" del sistema robotico Versius (offerto dall'istante), viene sostenuto che essa "discende da una dettagliata analisi tecnica comparativa dei due sistemi (Da Vinci e Versius), svolta dagli specialisti dell'area chirurgica, scevra da qualsiasi preconcetto e/o condizionamento, ma basata esclusivamente su valutazioni delle tecniche chirurgiche che le due apparecchiature a confronto consentono";*

VISTO l'art. 66, comma 1, del Codice, ai sensi del quale *"Prima dell'avvio di una procedura di appalto, le amministrazioni aggiudicatrici possono svolgere consultazioni di mercato per la preparazione dell'appalto e per lo svolgimento della relativa procedura e per informare gli operatori economici degli appalti da esse programmati e dei requisiti relativi a questi ultimi";*

CONSIDERATO che, come l'Autorità ha avuto modo di rilevare nelle Linee guida n. 14 (recanti *"Indicazioni sulle consultazioni preliminari di mercato"* approvate con delibera n. 161 del 6 marzo 2019), la consultazione preliminare di mercato non costituisce una procedura di affidamento né, a differenza delle indagini di mercato di cui all'art. 63, comma 6, del Codice, un procedimento finalizzato a selezionare gli operatori economici da invitare al procedimento di gara, ma uno strumento attraverso cui la stazione appaltante, specie negli appalti che presentano caratteri di novità, può colmare il proprio gap conoscitivo e informativo acquisendo contributi, nella forma di consulenze, relazioni, dati, informazioni e altri documenti tecnici, da parte di esperti, di partecipanti al mercato o di autorità indipendenti, in relazione ad ogni aspetto tecnico ritenuto utile alla preparazione del procedimento selettivo. Come chiarito anche nelle Linee guida n. 8 (recanti *"Ricorso a procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando nel caso di servizi e forniture ritenute infungibili"*, approvate con delibera n. 950 del 13 settembre 2017), la consultazione preliminare di mercato può costituire lo strumento attraverso il quale accertare l'eventuale infungibilità dei beni o delle prestazioni ed assumere, su tale presupposto, scelte limitative del confronto concorrenziale;

VISTO altresì l'art. 63, comma 2, lett. b) del Codice, ai sensi del quale la procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando può essere utilizzata *"quando i lavori, le forniture o i servizi possono essere forniti unicamente da un determinato operatore economico"*, perché *"la concorrenza è assente per motivi tecnici"* o per *"la tutela di diritti esclusivi, inclusi i diritti di proprietà intellettuale"*. Tali eccezioni *"si applicano solo quando non esistono altri operatori economici o soluzioni alternative ragionevoli e l'assenza di concorrenza non è il risultato di una limitazione artificiale dei parametri dell'appalto"*;

CONSIDERATO che, tolte le ipotesi di privativa industriali (non sussistenti nel caso di specie), il fulcro della procedura negoziata in esame ruota intorno al concetto economico di infungibilità, ravvisabile (come precisato nelle Linee guida n. 8) nelle ipotesi in cui un bene o un servizio è l'unico che può soddisfare un certo bisogno, perché, a causa di motivi tecnici, non esistono possibili sostituti. Trattandosi di una condizione che giustifica, in via eccezionale, l'affidamento senza previo confronto concorrenziale, l'Autorità ha ribadito, sulla scorta della costante giurisprudenza nazionale, che spetta alla stazione appaltante verificarne rigorosamente l'esistenza e darne conto con un'adeguata motivazione nella delibera o determina a contrarre. Al riguardo, è stato affermato dall'Autorità che le ragioni di natura tecnica devono reggersi sull'assoluta e inderogabile necessità di rivolgersi ad un determinato operatore economico e non su ragioni di mera opportunità o convenienza. La giurisprudenza ha, inoltre, chiarito



che la limitazione della concorrenza è legittima solo nel caso in cui i prodotti presentino caratteristiche tecniche infungibili e non surrogabili da tecnologie alternative in grado di assicurare le medesime funzioni ovvero nel caso in cui vi sia un solo imprenditore in possesso delle conoscenze tecnico-professionali necessarie per eseguire le prestazioni richieste dall'amministrazione (cfr. Delibera Anac n. 22/2014; Delibera n. 1032 del 5 ottobre 2016). Nelle citate Linee guida n. 8, l'Autorità ha anche chiarito che *"Neppure un presunto più alto livello qualitativo del servizio ovvero la sua rispondenza a parametri di maggior efficienza può considerarsi sufficiente a giustificare l'infungibilità. Si tratta infatti di elementi che da soli non possono condurre al ricorso alla procedura negoziata senza bando precludendo, in tal modo, ad altri potenziali concorrenti di presentare offerte qualitativamente equipollenti se non superiori al presunto unico fornitore in grado di soddisfare certi standard"*;

CONSIDERATO altresì che per costante giurisprudenza la procedura negoziata senza pubblicazione del bando di gara riveste carattere di eccezionalità rispetto all'obbligo delle amministrazioni aggiudicatrici di individuare il loro contraente attraverso il confronto concorrenziale, sicché la scelta di tale modalità richiede un particolare rigore nell'individuazione dei presupposti giustificativi, da interpretarsi restrittivamente, con specifico onere a carico dell'amministrazione di dimostrarne l'effettiva esistenza (in tal senso, *ex multis*, Corte UE, 8 aprile 2008, in C-337-05 secondo cui *"le deroghe alle norme miranti a garantire l'efficacia dei diritti conferiti dal Trattato nel settore degli appalti pubblici devono essere interpretate restrittivamente. Inoltre, occorre ricordare che l'onere di dimostrare che sussistono effettivamente le circostanze eccezionali che giustificano una deroga grave su colui che intenda avvalersene"*; Cons. Stato, sez. IV, 13 giugno 2019, n. 3983; Id., sez. III, 18 gennaio 2018, n. 310; TAR Lazio, Roma, sez. I, 6 novembre 2019, n. 12735; TAR Lazio, Roma, sez. II, 3 marzo 2022, n. 2568). Ne discende come, in caso di caso di forniture e servizi asseritamente caratterizzati da "infungibilità", la scelta di ricorrere a detta modalità di affidamento richiede, dunque, una motivazione che sia particolarmente rigorosa e circostanziata nell'individuazione e nella dimostrazione dei propri presupposti giustificativi; tale verifica presuppone che le stazioni appaltanti compiano una attenta programmazione dei propri fabbisogni ed accertino le caratteristiche dei beni e servizi che intendono acquistare, anche verificando l'esistenza di soluzioni alternative rispetto a quelle applicate attraverso consultazioni preliminari di mercato di cui all'art. 66;

CONSIDERATO, inoltre, che in un caso analogo a quello di specie, anch'esso relativo alla fornitura di un sistema di chirurgia robotica), l'Autorità ha censurato l'uso distorto della consultazione preliminare di mercato fatto dalla Stazione appaltante *"che è risultata sviata rispetto alla finalità tipica dello strumento, di delineare un quadro chiaro e completo del mercato di riferimento e di ridurre le asimmetrie informative che creano ostacoli allo sviluppo della concorrenza, nel rispetto dei principi di non discriminazione e trasparenza"* (Delibera n. 83 del 27 gennaio 2021). Nel caso esaminato, la SA aveva ristretto a priori il perimetro delle indagini preliminari di mercato, individuando un unico parametro di riferimento che ha condizionato la successiva consultazione di mercato, limitando preventivamente il campo di indagine a quei prodotti dotati delle medesime caratteristiche tecniche o equivalenti, con pregiudizio per quelli basati su nuove e diverse tecnologie. Dall'erronea impostazione della consultazione preliminare di mercato è discesa *"l'incompletezza dell'istruttoria che ha condotto all'accertamento dell'infungibilità del sistema Da Vinci e, dunque, dell'assenza di concorrenza nel mercato della chirurgia robotica"*;

RITENUTO che le medesime considerazioni e conclusioni, rappresentate dall'Autorità nella citata Delibera n. 83/2021, valgono anche nel caso in esame;

RILEVATO, infatti, che dall'esame della documentazione in atti (avviso pubblico di *"indagine di mercato, ai sensi dell'art. 63 del D.Lgs. n. 50/2016, propedeutica all'affidamento della fornitura in service di*



strumentazione e materiale di consumo per la metodica di chirurgia robotizzata', valutazione tecnico-chirurgica sulle proposte pervenute del 1° giugno 2022 e nota prot. 30499 del 7 giugno 2022 dell'Azienda Ospedaliera, di comunicazione alla CMR Surgical della valutazione di non conformità del sistema offerto), si evince la fondatezza delle censure sollevate da parte istante:

- l'avviso pubblicato sul profilo del committente lascia trasparire la chiara intenzione dell'Amministrazione non di colmare la propria carenza conoscitiva e informativa sul mercato della chirurgia robotica (al fine di individuare, per il presidio ospedaliero San Marco, un robot con caratteristiche tecniche anche più evolute e migliorative rispetto a quello in uso presso il presidio G. Rodolico), quanto piuttosto quella di verificare se sul mercato esistono altri operatori economici, ulteriori e diversi dalla AB Medica S.p.A., che forniscono un robot identico a quello già utilizzato. Nelle premesse dell'avviso viene, infatti, richiesta, *"la medesima tecnologia di chirurgia robotizzata utilizzata presso il P.O. G. Rodolico"* esplicitando l'intenzione di indire una successiva procedura negoziata, ai sensi dell'art. 63, comma 2, lett. b) del Codice in favore della AB Medica S.p.A., riconosciuta come fornitrice esclusiva del sistema Da Vinci XI IS4000. Viene, inoltre, previsto che *"Saranno invitati ad apposita procedura concorsuale tutti gli operatori economici che manifesteranno interesse e la cui proposta tecnica presentata sarà ritenuta conforme da apposita Commissione Tecnica"* precisando che *"nel caso in cui nessun operatore economico presenti una manifestazione di interesse o nel caso in cui la proposta tecnica di nessun operatore economico venga ritenuta idonea da apposita Commissione tecnica, questa stazione appaltante procederà all'approvvigionamento dei prodotti oggetto della presente indagine mediante procedura negoziata ai sensi dell'art. 63, comma 2, lett. b), sussistendone i presupposti previsti dalla norma, con la ditta AB Medica S.p.A."*;
- all'avviso pubblico è stata allegata solo la domanda di manifestazione di interesse, ma non vi è traccia di nessun capitolato tecnico o altro documento dal quale gli operatori economici interessati avrebbero potuto evincere i fabbisogni o le esigenze funzionali che l'Amministrazione intendeva soddisfare mediante l'acquisizione di un nuovo sistema robotico. Tali elementi essenziali non sono stati riportati neppure all'interno dell'avviso, il quale, nel descrivere il contenuto della proposta tecnica offerta, si limita a richiedere la presentazione di una relazione tecnica particolareggiata sulle caratteristiche dei prodotti offerti, insieme ai certificati di conformità dei prodotti alle normative europee e nazionali vigenti, oppure una *"eventuale relazione dettagliata sulle caratteristiche di equivalenza dei prodotti offerti contenente tutti gli elementi utili al fine di consentire ad apposita Commissione tecnica di valutarne la conformità rispetto a quanto richiesto"*. In questo scenario di assoluta carenza di informazioni essenziali, non si comprende sulla base di quali argomentazioni la SA avrebbe potuto chiedere agli operatori di formulare una proposta tecnica equivalente ex art. 68, comma 7, del Codice;
- sotto tale profilo, le argomentazioni riportate sia dalla SA che dalla controinteressata circa l'inutilità della descrizione delle caratteristiche tecniche del sistema robotico sono fuorvianti, ed anzi dimostrano ulteriormente la fondatezza della censura della CMR Surgical. Entrambe le parti sostengono che nell'avviso pubblico non sono esplicitate le esigenze e i fabbisogni dell'Azienda Ospedaliera in quanto viene richiamata *"la medesima tecnologia di chirurgia robotizzata già utilizzata presso il P.O. G. Rodolico"*, tale richiamo andrebbe inteso alla stregua di un rinvio esterno alle caratteristiche tecniche del robot Da Vinci in uso presso altro presidio dell'Azienda. La SA sostiene poi che *"il termine di paragone non poteva essere altro che il robot "Da Vinci", apparecchiatura già utilizzata presso il P.O. Rodolico di questa Azienda, di proprietà dell'Università di Catania e concessa in uso all'area chirurgica di questa AOU Policlinico"*. Tali affermazioni non fanno altro che confermare l'erronea impostazione dell'indagine preliminare, che si risolve nella



mera ricerca di un sistema robotico con requisiti tecnici identici al sistema Da Vinci e non nella verifica dell'impossibilità a ricorrere a fornitori o soluzioni alternative, rivolte anche ad analizzare il mercato di riferimento (come precisato nel par. 2.1 delle Linee guida n. 8, peraltro richiamate nell'avviso pubblico);

- la riprova dell'uso distorto dell'indagine di mercato è data dalla lettura della relazione contenente la valutazione tecnico-chirurgica sulle uniche due proposte pervenute (sistema Versius offerto da CMR Surgical S.r.l. e sistema Da Vinci XI IS4000 offerto da AB Medica S.p.A.), i cui contenuti sono riportati nella nota prot. n. 30499 del 7.06.2022 (contestata dall'istante). Il Gruppo di specialisti incaricati dell'istruttoria non ha esaminato il sistema Versius proposto dalla CMR Surgical, ma ha solo descritto le caratteristiche tecniche del sistema robotico Da Vinci già in uso presso l'Azienda e, per ciascuna, ha affermato che *"dalla documentazione presentata da CMR Surgical non emerge che il sistema Versius possiede le suddette caratteristiche"*. Senza entrare nel merito della discrezionalità tecnica esercitata da tale gruppo di specialisti, nei limiti del sindacato che può essere svolto dall'Autorità, si rileva che l'analisi tecnica condotta dal gruppo di specialisti si limita solo a dare conto delle difformità del sistema Versius rispetto a quello Da Vinci, assunto come unico parametro (circostanza confermata dalla SA in sede di memoria), mentre non viene effettuata alcuna valutazione di equivalenza funzionale tra i due sistemi, ai sensi dell'art. 68 del Codice (pure richiamato nell'avviso di indagine). Perlomeno, dalla relazione del gruppo di esperti non emerge che sia stata valutata la relazione di CMR Surgical sulle caratteristiche di equivalenza del sistema Versius, né la capacità di tale robot di soddisfare i bisogni che la stazione appaltante si proponeva di perseguire;

RITENUTO, alla luce di quanto argomentato, che l'indagine di mercato propedeutica alla procedura negoziata di cui all'art. 63, comma 2, lett. b), condotta dalla SA è viziata in radice, per eccesso di potere e per violazione degli artt. 30, 63 e 66 del Codice. L'Azienda Ospedaliera ha fatto un uso distorto di tale strumento, sviandolo rispetto alla sua finalità tipica di verificare l'impossibilità di ricorrere a fornitori o soluzioni alternative, mirando esclusivamente alla ricerca di un operatore da cui acquisire un sistema robotico con requisiti tecnici identici al sistema Da Vinci già in uso presso altro presidio ospedaliero (*id est* caratterizzato dalla *"medesima tecnologia di chirurgia robotizzata già utilizzata presso il P.O. G. Rodolico"*). In fase di predisposizione dell'avviso di indagine, è stato totalmente omesso di valutare le esigenze dell'Azienda, genericamente richiamando la tecnologia già utilizzata, conducendo un'istruttoria incompleta e carente, nella quale a priori è stato assunto un solo parametro di riferimento (cfr. TAR Lazio, Roma, sez. II, 3 marzo 2022, n. 2568), escludendo tutti i prodotti basati su soluzioni tecnologiche alternative rispetto al sistema in uso. In sede di valutazione della proposta tecnica di CMR Surgical è, di conseguenza, mancata una valutazione sull'equivalenza funzionale tra il sistema robotico Versius e il Da Vinci, svolgendo una comparazione limitata a riscontrare che il sistema offerto dall'istante non possedeva caratteristiche tecniche identici a quelle del sistema Da Vinci.

Il Consiglio

Ritiene che, nei limiti di cui in motivazione, la condotta della Stazione appaltante non è conforme alla normativa di settore.

Il Presidente
Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 21 novembre 2022
Il Segretario Valentina Angelucci