



DELIBERA N. 224

8 maggio 2024

Oggetto

Istanza SINGOLA presentata dalla Johnson & Johnson Medical S.p.A. - Acquisizione Robot chirurgia protesica di ginocchio a seguito di consultazione preliminare di mercato art. 77 e 78 del d.lgs. 36/23 - Identificativo della procedura: c4bcc463-a177-4a2c-9aba-db1b978f25a4 - Importo: euro: 1.500.000 - S.A.: ASL 10 Avezzano-Sulmona-L'Aquila.

UPREC-PRE-0092-2024-F

Riferimenti normativi

Articolo 76, co. 2 lett. b) – 2) del d.lgs. 36/2023

Articolo 77 del d.lgs. 36/2023

Parole chiave

Appalto pubblico – Fornitura – Scelta del contraente – Procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando – Consultazioni di mercato – infungibilità della fornitura

Massima

Non massimabile

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 8 maggio 2024



DELIBERA

VISTA l'istanza acquisita al prot. gen. ANAC n. 38032 del 21.3.2024 con la quale l'o.e. Johnson & Johnson Medical S.p.A. ha chiesto alla scrivente Autorità di voler esprimere un parere di precontenzioso relativamente ad alcuni profili di legittimità inerenti alla procedura negoziata ex art. 76 comma 2, lettera b) n. 2), del d.lgs. 36/2023 per la fornitura di un noleggio operativo di un Robot di chirurgia protesica di ginocchio a seguito di consultazione preliminare di mercato art. 77 e 78 del d.lgs. 36/23;

VISTO l'avvio dell'istruttoria comunicato con nota prot. n. 39333 del 25.3.2024;

VISTA la documentazione in atti e le memorie presentate dalla parte, dall'aggiudicatario controinteressato e dalla stazione appaltante;

RITENUTO, preliminarmente, di rigettare la richiesta dell'istante e del controinteressato di essere auditi in sede istruttoria, atteso che tutti gli aspetti della questione sono noti all'Autorità, in quanto desumibili da tutta la documentazione prodotta dalle parti medesime e che l'eventuale audizione non apporterebbe alcun particolare elemento conoscitivo in grado di sovvertire sostanzialmente l'esito del presente parere;

RILEVATO che le doglianze poste dall'o.e. vertono precipuamente sulla duplice censura inerente il mancato adempimento dell'istanza di accesso atti e la legittimità della scelta posta in essere dalla stazione appaltante di avere esperito *"una procedura negoziata senza bando con affidamento diretto ad un operatore economico determinato, nonostante l'accertata e dimostrata presenza sul mercato di soluzioni tecniche alternative e/o funzionalmente equivalenti all'esito dell'esperita Consultazione preliminare di mercato"*;

RILEVATO con riferimento al primo rilievo che trattasi di profilo sottratto alla valutazione della scrivente Autorità ex art. 4, co. 1 del vigente Regolamento di precontenzioso e pertanto la doglianza deve ritenersi inammissibile, anche se va parimenti evidenziato che, come attestato documentalmente dalla stazione appaltante, l'accesso agli atti è stato concesso ed a seguito dell'ostensione, peraltro, l'o.e. istante ha potuto depositare ulteriori memorie nell'odierno procedimento;

CONSIDERATO che la vicenda, per quanto di interesse, sorge con la pubblicazione dell'avviso pubblico n. 140624 del 19.10.2023, con cui la ASL 1 – Avezzano – Sulmona – L'Aquila avviava, ai sensi degli artt. 77 e 78 del D.Lgs. n. 36/2023, una consultazione preliminare di mercato, avendo la necessità di procedere al noleggio operativo di un Sistema Robotico di Chirurgia Ortopedica della durata di 5 anni e per un importo massimo prevedibile di € 1.500.000,00. Tale procedura era stata attivata a sua volta sulla base delle esigenze operative espresse dall'U.O.C. Ingegneria Clinica dell'ASL 1 (prot. ASL 1 138254 del 17.10.2023) di *"acquisizione di un sistema robotico per la chirurgia ortopedica"* da utilizzare negli impianti protesici sul ginocchio con la quale veniva richiesto l'avvio della consultazione di mercato. Più in dettaglio, nell'avviso *de quo* la procedura ex artt. 77 e 78 del d.lgs. 36/2023 veniva avviata per il noleggio operativo di un robot per chirurgia protesica di ginocchio, avente le seguenti caratteristiche: *"Il sistema deve consentire di effettuare un intervento chirurgico mediante l'assistenza di un braccio robotico che non preveda uso di maschere di taglio. Specifico per la protesica di ginocchio. Il sistema permetterà di realizzare una pianificazione avanzata del distretto da operare. Permetterà di personalizzare il posizionamento della protesi. Il robot controllerà con il suo braccio i tagli, proteggendo parti molli e*



strutture nobili'. Ai sensi del medesimo avviso, inoltre, le proposte pervenute sarebbero state sottoposte al vaglio di " *apposita Commissione che svolgerà la sua attività come espressamente previsto dalle prescrizioni di legge ... verificherà il rispetto delle specifiche tecniche e delle prestazioni funzionali dei prodotti proposti e valuterà le eventuali condizioni di infungibilità ovvero di possibile presenza delle condizioni di equivalenza tecniche e funzionali rispetto alle caratteristiche richieste al fine di definire la procedura di affidamento*". L'avviso, per quanto di interesse, chiariva infine che " *la Commissione preposta sceglierà la procedura da seguire per l'affidamento, indicando, se sarà necessario espletare una gara europea, ovvero svolgere una procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando, precisando in quest'ultimo caso se a uno o più operatori economici...In caso di procedura negoziata ad un solo fornitore senza previa pubblicazione del bando di provvederà alla pubblicazione dell'avviso ... di cui all'art. 86 del medesimo d.lgs. 36/23, trattandosi di unicità di fornitore per affidamento predeterminato*";

RILEVATO che con atto del D.G. n. 2403/23 dell'ASL 1, veniva evidenziato che al termine previsto nell'avviso erano state acquisite 5 proposte da parte di diversi oo.ee., ed affinché si potesse pervenire " *nel più breve tempo possibile all'espletamento delle consultazioni di mercato per poter innalzare la qualità dell'offerta sanitaria dell'ASL e migliorare le prestazioni di chirurgia protesica del ginocchio*", veniva contestualmente nominata la Commissione;

PRESO ATTO che la Commissione si riuniva in data 8.1.2024 (cfr. Verbale n. 1), che in tale sede acquisiva la corposa documentazione pervenuta dai 5 oo.ee. e contestualmente stabiliva le modalità di valutazione della pertinenza delle proposte ai fabbisogni della stazione appaltante, anche attraverso l'ausilio di uno schema riepilogativo delle caratteristiche (c.d. allegato A) all'uopo predisposto in cui " *vengono riportati i dati e le informazioni prescritte nell'avviso e nella delibera di cui sopra e che la Commissione è tenuta a verificare al fine di formalizzare il proprio giudizio in merito alla scelta della procedura da seguire per l'eventuale affidamento*" con riferimento a ciascuna istanza. Tale schema - all. A, inoltre, deve considerarsi " *rappresentativo delle operazioni svolte e delle motivazioni inerenti alla scelta della procedura*";

PRESO ATTO inoltre che nella seduta del 31.1.2024 (cfr. Verbale n. 2), la Commissione, dopo avere ribadito l'elencazione delle peculiarità che il robot per chirurgia protesica deve possedere per soddisfare le esigenze della ASL 1, nonché verificata per ogni proposta pervenuta " *la rispondenza del sistema esaminato alle aspettative della ASL*", formulava le proprie conclusioni ritenendo che " *la sola ditta Studio Pacinotti srl dispone di un sistema robotico che rispetta a pieno le specifiche tecniche e le prestazioni funzionali espressamente indicate nell'apposito avviso pubblico per la consultazione preliminare del mercato in atti al prot. ASL n. 140624 del 19.10.2023 come da specifiche tecniche predisposte dalla competente UOC di Ortopedia e Traumatologia del PO di L'Aquila. La Commissione indica quale procedura seguire, la procedura negoziata ad un solo fornitore senza previa pubblicazione di un bando europeo...*". Tale conclusione si evince dallo schema di riepilogo degli allegati A) contenuta nel verbale n. 2, per cui solo la ditta aggiudicataria è in possesso di tutte le specifiche connesse alle esigenze della stazione appaltante, mentre le altre 4 proposte, tra cui quella dell'istante, risultano " *non rispondenti alle caratteristiche tecniche e prestazioni funzionali*";

RILEVATO che nel caso in esame, la fattispecie di riferimento è quella dell'art. 76, co. 2 lett. b) n. 2) del d.lgs. 36/2023, ai sensi della quale " *Le stazioni appaltanti possono ricorrere a una procedura negoziata senza pubblicazione di un bando nei seguenti casi: ... b) quando i lavori, le forniture o i servizi possono essere forniti unicamente da un determinato operatore economico per una delle seguenti ragioni: ... 2) la concorrenza è assente per motivi tecnici*", per la cui applicazione il presupposto indispensabile è la verifica della c.d. infungibilità del bene oggetto della fornitura di esclusiva competenza della stazione appaltante;



CONSIDERATO che relativamente alla verifica della fungibilità/infungibilità si è espressa la scrivente Autorità con precipuo riferimento ai dispositivi di chirurgia robotica, attraverso una serie di pareri resi in sede precontenziosa (*ex multis* delibere n. 83/2021, n. 537/2022, e anche n. 50/2023) e soprattutto attraverso il "Comunicato del Presidente ANAC" del 13.9.2023, in cui si osserva che " ... *con le Linee guida n. 8/2017, realizzate in vigore del precedente Codice ma le cui indicazioni appaiono ancora valide, è stato chiarito che l'effettiva infungibilità di un prodotto o di un servizio deve essere accertata rigorosamente dalla stazione appaltante, con riferimento al caso concreto alla luce delle caratteristiche dei mercati potenzialmente interessati e delle dinamiche che li caratterizzano. La necessità di una valutazione rigorosa dell'infungibilità è dovuta al fatto che essa costituisce presupposto giustificativo della deroga all'obbligo di espletamento di procedure ad evidenza pubblica (articolo 76, comma 2, lettera b), d.lgs. n. 36/2023), deroga a cui consegue il rischio per la stazione appaltante di ottenere prezzi più elevati per assenza di confronto concorrenziale (l'operatore economico che offre prodotti infungibili, o ritenuti tali, può sfruttare i vantaggi derivanti da una domanda inelastica, ovvero una domanda che reagisce poco a variazioni di prezzo). Un bene è oggettivamente infungibile solo quando non esiste sul mercato un altro bene idoneo a soddisfare i bisogni dell'amministrazione. L'amministrazione deve pertanto verificare l'impossibilità a ricorrere a fornitori o soluzioni alternative".* Partendo da tale premessa, detto Comunicato fornisce pertanto delle indicazioni operative che suggeriscono alle stazioni appaltanti di procedere innanzitutto ad "un'attenta programmazione e progettazione dei propri fabbisogni. L'amministrazione che intende procedere all'acquisto deve quindi inizialmente porsi in termini di fabbisogni ed esigenze funzionali da soddisfare, conducendo un'analisi che prescindere dalle caratteristiche tecnologiche e prestazionali di un prodotto eventualmente già noto e utilizzato", con la conseguenza che "Una volta delineato il quadro esigenziale, l'amministrazione verifica se detti fabbisogni possono essere soddisfatti solamente mediante l'acquisto di un determinato prodotto. Per potere fare ciò è necessario che la stazione appaltante acquisisca tutte le informazioni disponibili" preferibilmente attraverso lo strumento delle consultazioni preliminari di mercato ex artt. 77 e 78 del d.lgs. 36/2023 che come tali "non costituiscono una procedura di affidamento ..., ma uno strumento attraverso cui la stazione appaltante può colmare il proprio gap conoscitivo e informativo ... in questa sede la stazione appaltante informa il mercato circa le proprie intenzioni di acquisto, invitando gli operatori economici a suggerire e a dimostrare la praticabilità di soluzioni alternative a quelle che porterebbero a concludere per l'esistenza di un unico fornitore. Il perimetro delle consultazioni non può pertanto essere aprioristicamente limitato attraverso l'indicazione di un unico parametro di riferimento (il prodotto già in uso), perché ciò conduce inevitabilmente a circoscrivere il campo di indagine a quei prodotti dotati delle medesime caratteristiche tecniche o equivalenti, con esclusione di quelli basati su tecnologie alternative, che finiscono per non essere messi nelle condizioni di provare l'idoneità a soddisfare le esigenze funzionali";

PRESO ATTO di quanto osservato, si deve innanzitutto precisare che il sindacato della scrivente Autorità non può riguardare, né i profili inerenti alla individuazione delle esigenze cliniche della ASL 1, né tantomeno le valutazioni tecniche e di merito effettuate dalla Commissione e mutate dalla stazione appaltante. Ciò premesso si osserva che, come peraltro si evince chiaramente dalla ricostruzione dello sviluppo procedimentale della vicenda sopra descritto, le attività realizzate dalla stazione appaltante ai fini della valutazione di infungibilità, presupposto del richiamato art. 76 co. 2 del Codice, risultano conformi alle indicazioni previamente riportate con il Comunicato del 13.9.2023. Invero, la ASL 1, previa individuazione delle proprie esigenze funzionali, esplicitate attraverso le richieste di acquisizione di un "robot per chirurgia protesica al ginocchio" dotato di certe caratteristiche funzionali ed operative, ha avviato una consultazione di mercato ex artt. 77 e 78 del d.lgs. 36/2023 per individuare le proposte che fossero "rispondenti" alle proprie esigenze tecnico – funzionali. L'attività di valutazione delle proposte



pervenute è stato demandato ad una apposita Commissione, la quale, all'esito di tale consultazione ha verificato *"il rispetto delle specifiche tecniche e delle prestazioni funzionali dei prodotti proposti e ... le eventuali condizioni di infungibilità ovvero di possibile presenza delle condizioni di equivalenza tecniche e funzionali rispetto alle caratteristiche richieste al fine di definire la procedura di affidamento"*, oltre alla scelta della *"procedura da seguire per l'affidamento, indicando se sarà necessario espletare una gara europea ovvero svolgere una procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando"*;

RILEVATO infine che tali valutazioni della Commissione sono state mutuate dalla stazione appaltante che all'uopo dichiara che *"l'appalto può essere eseguito solo da un particolare operatore economico a causa dell'assenza di concorrenza per motivi tecnici"*;

CONSIDERATO che, nei limiti del sindacato attribuito alla scrivente Autorità, la non censurabilità del procedimento posto in essere dalla stazione appaltante (partito dalle richieste di acquisto proveniente dalle unità operative dell'ASL 1 in cui vengono individuate le precipue esigenze tecnico – funzionali della stazione appaltante) appare già di per sé sufficiente a superare il rilievo dell'istante secondo cui la preventiva indicazione delle caratteristiche tecniche avrebbe di fatto rappresentato una predeterminazione del prodotto oggetto della fornitura, con esclusione di tutti gli altri. Invero, tale censura appare priva di pregio anche in funzione della attività di comparazione e di valutazione dell'equivalenza dei vari sistemi robotici pervenuti in sede di consultazioni effettuata dalla Commissione e calibrata sulle esigenze operative della stazione appaltante, piuttosto che ad es. sulla corrispondenza con le caratteristiche tecniche di un sistema robotico già noto (che in tal caso avrebbe determinato un *vulnus* nella concorrenza, come affermato nelle casistiche esaminate dalla scrivente Autorità sopra citate). In sostanza, la preventiva indicazione della stazione appaltante delle proprie esigenze operative, successivamente tradotte dalla Commissione in una serie di caratteristiche tecniche per meglio effettuare la verifica della rispondenza alle esigenze anzidette, determina, dal punto di vista della legittimità, la correttezza del procedimento posto in essere che risulta inattaccabile dalle censure formulate dall'istante, per la maggior parte peraltro attinenti al merito della vicenda;

RILEVATO da ultimo che anche la ulteriore censura formulata con la memoria integrativa, ed inerente una presunta integrazione postuma delle *"prescrizioni della lex di gara"* da parte della Commissione, che avrebbe interpretato estensivamente alcune caratteristiche del sistema robotico (laddove la Commissione precisa che *"la protesica del ginocchio è sempre riferita nel senso più completo del termine, ovvero all'utilizzo sia di protesi totale che di protesi parziale"*), deve ritenersi priva di pregio: ciò in quanto, da un lato, le precisazioni della Commissione afferiscono a profili inerenti il merito tecnico – amministrativo, e dall'altro, poiché quella in esame, come già osservato, non è una procedura di selezione, bensì uno strumento conoscitivo utile alla successiva scelta della – eventuale – procedura, oltre al fatto che le indicazioni contestate anche da un punto di vista logico non sembrano eccedere il perimetro esigenziale individuato a monte dalla stazione appaltante;

RITENUTO, pertanto, che nella vicenda in esame, premesso che tutte le valutazioni afferenti al merito della vicenda sono sottratte alla competenza ed al sindacato della scrivente Autorità, le attività poste in essere dalla stazione appaltante non appaiono censurabili neanche sotto il profilo dell'illogicità manifesta, con la conseguenza che tutte le doglianze sollevate dall'o.e. istante devono essere rigettate;



Il Consiglio

Ritiene, nei termini di cui in motivazione, che l'operato della stazione appaltante, con riferimento alle questioni dedotte, non presenti profili di contrasto con la disciplina di riferimento.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 14 maggio 2024

Il Segretario Laura Mascali

Firmato digitalmente