



DELIBERA N. 46

12 febbraio 2025

Oggetto

Istanza singola di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 220, comma 1, del decreto legislativo 31 marzo 2023 n. 36 presentata da Eurosets S.r.l. - Consultazione preliminare di mercato propedeutica all'espletamento di procedura negoziata, senza previa pubblicazione del bando di gara, per l'affidamento annuale della fornitura in modalità somministrazione di circuiti per assistenza cardiopolmonare a medio termine compatibili a n. 2 apparecchiature Maquet Cardiohelp in dotazione alla UOC Cardiocirurgia dell'AORN Sant'Anna e San Sebastiano di Caserta - CIG: B01FC8EDD2 - Importo a base di gara: euro 240.000 (IVA esclusa) - S.A.: Azienda Ospedaliera di Rilievo Nazionale e di Alta Specializzazione Sant'Anna e San Sebastiano di Caserta .

UPREC/PRE/017/2025/F/PREC

Riferimenti normativi

Art. 77 d.lgs. 36/2023

Art. 76, comma 2, lett. b) d.lgs. 36/2023

Parole chiave

Procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara – Infungibilità

Massima

Appalto pubblico – Forniture – Procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara - Infungibilità – Accertamento – Non imputabilità a decisioni della Stazione appaltante – Necessità

La procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara, avendo carattere eccezionale e derogatorio dei principi della concorrenza e dell'apertura al mercato, richiede un accertamento rigoroso da parte della Stazione appaltante dell'esistenza dei presupposti che ne giustifichino il ricorso. In particolare, l'assenza di concorrenza per motivi tecnici impone alla Stazione appaltante di valutare se la



situazione di esclusività non sia dipesa da talune scelte organizzative, effettuate in precedenza, e se esistano delle soluzioni alternative che garantiscono una maggiore apertura al mercato.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 12 febbraio 2025

DELIBERA

VISTA l'istanza acquisita al prot. n. 7924 del 17 gennaio 2025, con cui Eurosets S.r.l. ha contestato la sua esclusione dalla consultazione preliminare di mercato in oggetto, disposta dalla Stazione appaltante in ragione del fatto che il dispositivo offerto non presenta le caratteristiche minime della fornitura richieste nell'avviso;

VISTO quanto rappresentato, in punto di fatto, dall'istante. Con Avviso pubblico di Consultazione Preliminare di Mercato, pubblicato il 12.9.2024, l'AORN Caserta indiceva una "consultazione preliminare di mercato propedeutica all'espletamento di procedura negoziata, senza previa pubblicazione del bando di gara, per l'affidamento annuale della fornitura in modalità somministrazione di circuiti per assistenza cardiopolmonare a medio termine compatibili a n. 2 apparecchiature Maquet Cardiohelp in dotazione alla UOC Cardiocirurgia dell'AORN Sant'Anna e San Sebastiano di Caserta" di importo complessivo pari a 240.000 Euro. L'AORN Caserta, nel descrivere l'oggetto della fornitura, prevedeva, in particolare, che "i prodotti proposti devono rispettare le caratteristiche di compatibilità con le apparecchiature Maquet CardioHelp in dotazione alla UOC Cardiocirurgia nel rispetto del principio di equivalenza di cui all'art. 79 del d.lgs. n. 36/2023". Eurosets S.r.l., muovendo dal presupposto che ad ogni sistema ECMO corrispondono esclusivamente i relativi specifici dispositivi monouso e che quelli compatibili con l'apparecchiatura Cardiohelp sono commercializzati dalla sola impresa Getinge S.r.l., ha prodotto in gara apposita dichiarazione di equivalenza, ove ha illustrato di offrire circuiti monouso ECMO con destinazione d'uso ed indicazioni terapeutiche in tutto e per tutto corrispondenti a quelle richieste dalla Stazione appaltante nei requisiti tecnici e, rilevato come i dispositivi medici monouso oggetto di fornitura siano destinati ad essere utilizzati e gestiti esclusivamente in combinazione con il rispettivo dispositivo di perfusione, ha proposto alla Stazione appaltante la fornitura di quest'ultimo, denominato Ecmolife, in comodato d'uso gratuito. E tuttavia, la Stazione appaltante ha disposto l'esclusione di Eurosets dalla gara in quanto il prodotto offerto non è compatibile con le apparecchiature in uso presso l'AORN;

VISTE le contestazioni, in punto di diritto, articolate dall'istante. Eurosets contesta, in primis, la violazione dell'art. 77 del d.lgs. 36/2023, avendo la Stazione appaltante travisato il fine ultimo sotteso allo svolgimento di una consultazione preliminare di mercato. Invero, attraverso la suddetta consultazione, 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. Invece, nel caso di specie, la consultazione è stata strutturata per individuare un operatore dal quale acquisire un sistema con requisiti tecnici identici a quelli descritti nell'avviso. Ai fini di un corretto utilizzo dello strumento della consultazione preliminare, l'AORN Caserta, in conformità alla prescrizione contenuta nell'avviso di consultazione, secondo la quale



la valutazione tecnica delle offerte proposte sarebbe avvenuta "nel rispetto del principio di equivalenza di cui all'art. 79 del d.lgs. n. 36/2023", avrebbe dovuto valutare la capacità dei circuiti proposti da Eurosets di perseguire la finalità e la funzionalità indicate nell'avviso della consultazione preliminare. Peraltro, il principio di equivalenza avrebbe dovuto essere viepiù applicato nel caso di specie, caratterizzato da una evidente situazione di lock-in, determinata dalla stessa Stazione appaltante e superabile solo accettando la proposta di fornitura di un nuovo sistema ECMO, al fine di consentire la fornitura dei relativi dispositivi consumabili, a maggior ragione qualora la nuova apparecchiatura venga fornita senza alcun onere economico per l'Ente appaltante;

VISTO l'avvio del procedimento comunicato con nota prot. n. 11509 del 24 gennaio 2025;

VISTA la memoria della Stazione appaltante, acquisita al prot. n. 12975 del 28 gennaio 2025;

VISTA la memoria della Getinge S.r.l., acquisita al prot. n. 14348 del 29 gennaio 2025. L'impresa sostiene, in via preliminare, che l'istanza sarebbe tardiva in quanto Eurosets avrebbe dovuto impugnare l'avviso di consultazione preliminare di mercato, contenente clausole impeditive della partecipazione alla gara. Nel merito, ritiene che l'istanza sia comunque infondata, avendo l'istante offerto una soluzione alternativa e non "equivalente" a quanto richiesto dalla Stazione appaltante. Inoltre, i circuiti (monouso) offerti da Eurosets non risultano equivalenti con quanto richiesto nell'avviso di consultazione preliminare di mercato, non essendo rispettate le prescrizioni minime indicate nella *lex specialis* (pompa centrifuga ed ossigenatore integrati, monitoraggio integrato, rivestimento emocompatibile eparinico);

VISTI gli atti e la documentazione trasmessa dalle parti;

RITENUTO di dover esaminare, in via preliminare, l'eccezione di tardività dell'istanza di precontenzioso, sollevata da Gentinge S.r.l. La risposta alla questione prospettata richiede di svolgere un approfondimento sulla natura giuridica dell'avviso di consultazione preliminare di mercato; l'accoglimento dell'eccezione di tardività presuppone, infatti, che al suddetto avviso sia riconosciuta natura analoga al bando di gara e alla lettera d'invito, ovvero di primo atto di una procedura di gara e, parimenti, che alle clausole ivi contenute, sia attribuita natura di "clausole escludenti" soggette ad onere di immediata impugnazione;

VISTO l'art. 77 del d.lgs 36/2023, che, in continuità con le previsioni recate dal d.lgs. 50/2016, stabilisce 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"*;

VISTE le linee Guida n. 14 recanti "Indicazioni sulle consultazioni preliminari di mercato", approvate dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 161 del 6 marzo 2019 (non più in vigore ma contenenti indicazioni ancora valide), ove si legge che *"Le consultazioni preliminari di mercato possono essere svolte per la predisposizione di appalti di lavori, servizi e forniture, ai sensi dell'articolo 66, del Codice, indipendentemente dal valore della commessa...La consultazione preliminare di mercato non costituisce una procedura di affidamento di un contratto pubblico."* Nella relazione illustrativa alle Linee guida è ulteriormente precisato che "La consultazione è finalizzata a predisporre con maggiore competenza gli



atti di gara, nonché a informare gli operatori economici circa le proprie intenzioni di acquisto e i relativi requisiti, affinché gli affidamenti avvengano secondo i migliori criteri tecnici e concorrenziali. Essa persegue, altresì, lo scopo di calibrare obiettivi e fabbisogni della stazione appaltante e, in tal modo, consente economie di mezzi e risorse. In tal senso, l'istituto assume una duplice, non scindibile, finalità di sostegno alle amministrazioni e di informazione per il mercato, volta a far convergere gli sforzi della domanda e dell'offerta al fine di favorire l'acquisizione più adeguata di beni e servizi.... Il corretto esercizio della procedura di consultazione non dovrebbe comportare vincoli per la stazione appaltante, né alcuna pretesa da parte degli operatori di mercato allo svolgimento della prevista attività, neanche nelle forme della legittima aspettativa”;

CONSIDERATO che la giurisprudenza amministrativa, in un caso analogo a quello di specie (consultazione preliminare di mercato, cui aveva fatto seguito una procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara con un unico operatore dettata dalla natura “infungibile” del bene) ha osservato che *“Siccome le informazioni acquisite attraverso le consultazioni preliminari di mercato confluiscono nei successivi atti procedurali delle amministrazioni (che dette consultazioni hanno avviato), chi intenda contestarne gli esiti è ad essi (agli atti delle procedure) che deve rivolgere le proprie contestazioni, ivi invernandosi la scelta dell'amministrazione potenzialmente lesiva della concorrenza. Così, ove all'esito della consultazione di mercato sia tratto convincimento del carattere infungibile del bene tale da giustificare l'affidamento per procedura negoziata senza bando, l'operatore economico che tale conclusione voglia contestare è tenuto ad impugnare l'atto di avvio della procedura, che è diretta conseguenza dell'esito della consultazione e, d'altra parte, costituisce il primo atto lesivo della sua situazione soggettiva poiché, in ragione della presunta natura infungibile del bene, gli preclude di concorrere all'affidamento del contratto. Non v'è ragione per ritenere che l'onere di impugnazione vada represso fino all'avviso di avvio della consultazione preliminare di mercato, proprio per la natura di fase pre - gara finalizzata alla sola raccolta di informazioni, cui non è detto segua la scelta di una procedura limitativa della concorrenza, potendo l'amministrazione sempre determinarsi per la più ampia apertura al mercato nella scelta del contraente. Anche quando la consultazione di mercato sia avviata con richiesta di requisiti particolarmente stringenti per la fornitura, l'operatore che avverta di poter essere escluso per la mancanza di tali requisiti ha la facoltà, ma non l'onere a pena di decadenza, di impugnazione, potendo attendere gli sviluppi della successiva fase procedurale (id est. gli atti di indicazione della procedura di gara) contenenti le definitive scelte della stazione appaltante per l'affidamento del contratto pubblico (cfr. su tale questione Cons. Stato, sez. III, 23 settembre 2019, n. 6302).”* (Cons. Stato, sez. II, 20 novembre 2020 n. 7239);

RITENUTO, pertanto, che l'avviso di consultazione preliminare di mercato, non rivestendo natura di atto indittivo di una procedura di gara, non soggiace al regime di impugnazione proprio dei bandi di gara, neppure quando contenga dei requisiti particolarmente stringenti, potendo sempre l'Amministrazione effettuare scelte diverse in fase di avvio della procedura di gara, meno restrittive della concorrenza; di conseguenza, l'istanza di precontenzioso non può ritenersi tardivamente presentata, non sussistendo in capo alla Eurosets l'onere, a pena di decadenza, di impugnare l'avviso di consultazione preliminare di mercato. Il primo e vero atto lesivo per l'istante è, infatti, rappresentato dal provvedimento con cui l'Amministrazione, comunicandogli l'esclusione – o, meglio, il mancato invito alla successiva procedura – ha definitivamente cristallizzato le proprie decisioni, scegliendo di ricorrere alla procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara in ragione dell'infungibilità del bene, senza valutare la bontà della soluzione alternativa prospettata da Eurosets e di una diversa procedura più aperta alla concorrenza;



RITENUTO che tale conclusione appare viepiù vera nel caso di specie alla luce delle clausole dell'avviso pubblicato dalla Stazione appaltante; il riferimento è, in particolare, alla precisazione contenuta nelle premesse, con la quale la Stazione appaltante si è riservata, in qualsiasi momento, di interrompere, per ragioni di sua esclusiva competenza, l'indagine di mercato senza che i concorrenti potessero vantare alcuna pretesa e all'art. 2, ove si precisa che *"La partecipazione a detta consultazione non determina aspettative, né diritto alcuno e non rappresenta invito a presentare offerta, né impegna a nessun titolo l'AORN nei confronti degli operatori interessati"*. Alla luce di tali disposizioni, deve ritenersi che l'operatore economico Eurosets avesse inteso aperta la possibilità per la Stazione appaltante di valutare anche soluzioni alternative e diverse rispetto alla specifica modalità di fornitura (consumabili compatibili con il sistema Cardiohelp) descritte nell'avviso, conformemente, peraltro, alle finalità proprie dell'istituto delle consultazioni preliminari;

CONSIDERATO che la questione di merito, ovvero la legittimità della decisione della Stazione appaltante di escludere il concorrente siccome il bene offerto non è risultato conforme alle specifiche tecniche indicate nell'avviso, involge tematiche e principi fondamentali della contrattualistica pubblica, su cui l'Autorità si è più volte pronunciata, quali i presupposti per il ricorso alla procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara per asserita "infungibilità" del bene, i fenomeni del lock-in, e, più in generale, i principi della concorrenza, dell'accesso al mercato e del risultato;

PREMESSO che l'Autorità non dispone delle competenze e non ha i poteri per valutare se l'apparecchiatura elettromedicale offerta in comodato d'uso gratuito da Eurosets presenti le stesse caratteristiche tecniche, o almeno equivalenti, a quelle dell'apparecchiatura già in uso presso la Stazione appaltante (Cardiohelp) – o almeno rispondenti alle caratteristiche tecniche richieste nel Capitolato d'appalto della procedura bandita nell'anno 2020 per l'acquisto dell'apparecchiatura - e che, pertanto, il presente pronunciamento non è teso a stabilire se, nel merito, l'offerta della Eurosets possa ritenersi valida ed ammissibile o, meglio, rispondente appieno alle esigenze della AORN Sant'Anna;

RILEVATO, tuttavia, che, nei limiti del sindacato concesso all'Autorità, deve osservarsi che la scelta della Stazione appaltante di escludere l'offerta del concorrente per il semplice fatto che questa non rispetta i requisiti tecnici previsti nell'avviso, senza alcuna valutazione in ordine alla corrispondenza dell'offerta alle proprie esigenze funzionali e, soprattutto, senza il previo svolgimento di una adeguata istruttoria interna tesa ad accertare se la soluzione alternativa proposta sia praticabile e consenta di recuperare quel margine di concorrenzialità - viceversa escluso dai termini tecnici con cui è stato impostato l'avviso – risulta contraria ai principi sopra richiamati dell'apertura al mercato, del risultato e, più in generale, dell'efficienza, efficacia, economicità e buon andamento della pubblica amministrazione;

CONSIDERATO, infatti, che sia l'Autorità sia la giurisprudenza, nazionale ed eurounitaria, hanno più volte sottolineato il carattere eccezionale della procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara e l'importanza dell'accertamento rigoroso in ordine all'infungibilità del bene, che ne giustifica il ricorso. Nelle linee Guida n. 8 (non più vigenti ma che dettano principi ancora validi) l'Autorità ha ricordato come *"ciascuna stazione appaltante accerta i presupposti per ricorrere legittimamente alla deroga in esame, valutando il caso concreto alla luce delle caratteristiche dei mercati potenzialmente interessati e delle dinamiche che li caratterizzano, e motiva sul punto nella delibera o determina a contrarre o altro atto equivalente, nel pieno rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza, ovvero dei principi di concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza e proporzionalità.... spetta alla stazione appaltante verificare rigorosamente l'esistenza dei presupposti che giustificano l'infungibilità del prodotto o servizio che si intende acquistare...deve verificare l'impossibilità a ricorrere a fornitori o soluzioni alternative attraverso consultazioni di mercato, rivolte*



anche ad analizzare i mercati comunitari e/o, se del caso, extraeuropei. 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". L'Autorità, inoltre, consapevole che sovente la infungibilità del bene è determinata da situazioni di lock-in ha ulteriormente osservato che "Come ricordato la Direttiva 2014/24/UE ha chiarito che è possibile ricorrere a procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando in casi eccezionali, quando vi è un unico fornitore, «se la situazione di esclusività non è stata creata dalla stessa amministrazione aggiudicatrice in vista della futura gara di appalto». Questa circostanza negativa, però, si verifica spesso per numerosi affidamenti, talvolta anche in modo inconsapevole da parte della stessa stazione appaltante, la quale, nel predisporre il proprio capitolato speciale può non considerare con attenzione i rischi che a seguito del primo affidamento venga definito anche il nominativo del vincitore dei successivi affidamenti. Per quanto concerne il lock-in, la stazione appaltante può dover affrontare, nel tempo, due problemi distinti: a) produrre documentazione di gara che prevenga il rischio di rimanere legati ad un unico fornitore; b) verificare la possibilità e la praticabilità di uscire da situazioni di lock-in. In merito a quest'ultimo aspetto devono essere attentamente individuate le cause che impediscono o ostacolano il cambio di fornitore. Spesso le difficoltà e i costi di mutamento del fornitore possono essere sovrastimati, anche a causa dell'inerzia che caratterizza l'azione amministrativa. In generale, le difficoltà inerenti il cambio del fornitore devono essere confrontate con i risparmi di lungo periodo permessi da una maggiore concorrenza e dal poter accedere a soluzioni più efficienti";

RICHIAMATO, inoltre, il recente Comunicato del Presidente ANAC del 13.9.2023, in cui si osserva che "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 prescinde 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";

CONSIDERATO che anche la giurisprudenza ha ritenuto che *"se un'amministrazione si trova in una condizione di lock – in, il bene non è infungibile perché non vi sono altri operatori sul mercato in grado di fornire beni altrettanto idonei a soddisfare le sue esigenze, ma è infungibile perché tale appare all'amministrazione che avverte la gravità economica del cambio di operatore"* (Cons. Stato, sent. 7239/2020 cit.);

VISTA, anche, la recentissima sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea del 9 gennaio 2025 (C-578/23) che ha stabilito che l'art. 31, comma 1, lett. b) della direttiva 2004/18, laddove facoltizza le Stazioni appaltanti a ricorrere ad una procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara quando, per ragioni di natura tecnica o artistica ovvero attinenti alla tutela di diritti esclusivi, l'appalto possa essere affidato unicamente ad un operatore economico determinato, deve essere interpretato nel senso che *"per giustificare il ricorso alla procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara, ai sensi di tale disposizione, l'amministrazione aggiudicatrice non può invocare la tutela di diritti esclusivi qualora la ragione di una siffatta tutela sia ad essa imputabile. Una siffatta imputabilità è valutata sulla base non solo delle circostanze di fatto e di diritto che accompagnano la conclusione del contratto avente ad oggetto la prestazione originaria, ma anche di tutte quelle che caratterizzano il periodo che va dalla data di conclusione di tale contratto a quella in cui l'amministrazione aggiudicatrice sceglie la procedura da seguire per l'aggiudicazione di un appalto pubblico successivo."* Si tratta di una pronuncia che rimarca la necessità di un controllo efficace e stringente sui presupposti per la deroga alla concorrenza;

RILEVATO che, nel caso di specie, la Stazione appaltante ha riferito di aver acquistato nel 2020 l'apparecchiatura Maquet Cardiohelp e di avere necessità di acquistare consumabili compatibili con le stesse;

RILEVATO che l'indizione della consultazione preliminare di mercato e la manifestazione d'interesse trasmessa dal solo operatore economico Getinge S.r.l., oltre ad Eurosets s.r.l., induce a ritenere che dall'anno di acquisto dell'apparecchiatura elettromedicale, i relativi consumabili siano stati forniti sempre dallo stesso operatore economico (Getinge S.r.l.), l'unico in grado di fornire consumabili compatibili con l'apparecchiatura Cardiohelp;

CONSIDERATO che, in tale contesto, appare essersi inverte la situazione di lock-in sopra illustrata, rispetto alla quale, tramite la richiesta di fornitura di consumabili "compatibili con l'apparecchiatura Cardiohelp" la Stazione appaltante non ha tentato di uscire;

RITENUTO, alla luce di quanto argomentato, che la consultazione preliminare di mercato pubblicata dall'AORN Sant'Anna è viziata in radice, per eccesso di potere e per violazione degli artt. 76 e 77 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 a "confermare" l'esistenza di un solo operatore dal quale acquisire i consumabili. In fase di predisposizione dell'avviso di indagine, è stato totalmente omesso di valutare le esigenze finali dell'Azienda (poter effettuare esami e interventi del tipo garantito dalla Cardiohelp), conducendo un'istruttoria incompleta e carente, nella quale a priori è stato assunto un solo parametro di riferimento, escludendo tutti i prodotti basati su soluzioni alternative rispetto al sistema in uso. Pertanto, l'esclusione



dell'operatore economico Eurosets dalla consultazione preliminare di mercato per la sola ragione della non compatibilità dei consumabili offerti con l'apparecchiatura Cardiohelp appare insufficiente e non conforme alla finalità propria della consultazione preliminare di mercato, anche tenuto conto che la soluzione prospettata dall'istante, per un verso, non comporterebbe maggiori esborsi economici per l'Amministrazione (l'apparecchiatura Ecmolife è offerta in comodato d'uso gratuito) e che, dall'altro, consentirebbe di svolgere un confronto aperto sui soli costi della fornitura dei consumabili;

Il Consiglio

Ritiene, nei limiti delle argomentazioni e motivazioni che precedono, che l'operato della Stazione appaltante non è conforme alla normativa di settore. La Stazione appaltante è tenuta a valutare attentamente, anche mediante il corretto utilizzo a consultazioni preliminari di mercato di cui all'art. 77 del Codice, se vi siano e siano percorribili, nel rispetto dei principi di economicità, efficacia ed efficienza dell'attività amministrativa, soluzioni alternative, rispetto all'acquisito dei prodotti consumabili da un unico operatore economico, che consentano di soddisfare le proprie esigenze funzionali e garantiscano, al contempo, una reale apertura alla concorrenza.

Ai sensi dell'art. 220, comma 1, del d.lgs. 36/2023, la stazione appaltante che non intenda conformarsi al parere comunica, con provvedimento da adottare entro quindici giorni, le relative motivazioni alle parti interessate e all'Autorità, che può proporre il ricorso di cui al comma 3 del medesimo articolo.

Il Presidente
Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 17 febbraio 2025
Il Segretario Valentina Angelucci

Firmato digitalmente