



# DELIBERA N. 83

27 gennaio 2021

## Oggetto

Istanza presentata da Cmr Surgical S.r.l.– Consultazione preliminare di mercato per la fornitura di un sistema per la chirurgia robotica e relativo materiale di consumo, da installare presso l'ASUR Marche Area Vasta 4 – P.O. "Murri" di Fermo - Importo a base della procedura euro: 13.493.520 € - Criterio di aggiudicazione della successiva eventuale procedura di gara: offerta economicamente più vantaggiosa - S.A.: "ASUR" Marche-Area Vasta n. 4

### **PREC 265/2020/F**

## Riferimenti normativi

Articolo 63, comma 2, d.lgs. n. 50/2016

Articolo 66, d.lgs. n. 50/2016

## Parole chiave

Consultazioni preliminari di mercato - infungibilità della fornitura

## Massima

**Consultazioni preliminari di mercato – Richiesta di specifici requisiti – Restrizione del perimetro delle indagini – Istruttoria dell'accertamento dell'infungibilità - Incompletezza**

La restrizione a priori del perimetro delle indagini preliminari di mercato determina l'incompletezza dell'istruttoria finalizzata all'accertamento dell'infungibilità di un determinato prodotto

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 27 gennaio 2021

Vista l'istanza di parere acquisita al prot. n. 95040 del 14 dicembre 2020, con la quale Cmr Surgical S.r.l. ha contestato l'esito della consultazione preliminare di mercato condotta dalla "ASUR" Marche-Area Vasta n. 4 per la fornitura di un sistema per la chirurgia robotica e relativo materiale di consumo, in quanto inficiato da vizi procedurali, da cui sarebbero dipese la valutazione finale di "non conformità" del sistema di chirurgia robotica proposto dall'istante (sistema Versius) rispetto ai requisiti tecnici indicati nel Capitolato tecnico e la contestuale dichiarazione di infungibilità del sistema, denominato Da Vinci, proposto dall'unico altro operatore economico partecipante alla consultazione Studio Pacinotti S.r.l.. Con integrazione successiva



acquisita al prot. n. 96591 del 18 dicembre 2020, Cmr Surgical S.r.l. ha censurato altresì il diniego di accesso agli atti dello Studio Pacinotti, opposto dall'Amministrazione, con contestuale suo differimento in esito al provvedimento di aggiudicazione definitiva della gara, nonché la mancata trasparente e logica consecutività degli atti del procedimento, avendo l'Amministrazione invitato Studio Pacinotti ad un incontro finalizzato a svolgere una negoziazione preliminare per definire l'oggetto dell'appalto in data 10 novembre 2020, prima di avere comunicato all'istante l'esito della consultazione di mercato (20 novembre 2020):

Visto l'avvio dell'istruttoria comunicato in data 4 gennaio 2021 con nota prot. n.106;

Vista la documentazione e le memorie prodotte dall'istante unitamente agli atti introduttivi e con successiva nota acquisita al prot. n. 1959 dell'11 gennaio 2021, dalla stazione appaltante con nota acquisita al prot. n.1103 dell'8 gennaio 2021 e dall'operatore economico controinteressato Studio Pacinotti S.r.l. con nota acquisita al prot. n. 1320 dell'8 gennaio 2021;

Ritenuta l'istanza procedibile sotto il profilo della tempestiva integrazione del contraddittorio. L'art. 4, comma 2, del Regolamento in materia di pareri di precontenzioso del 9 gennaio 2019 prevede che qualora la comunicazione della presentazione dell'istanza a tutti i soggetti interessati alla soluzione della questione controversa, cui l'istante è tenuto ai sensi della medesima disposizione, risulti non completa, «l'Autorità invita la parte istante ad integrarla entro il termine perentorio di 5 giorni, scaduto il quale l'istanza diventa improcedibile». La possibilità di integrare il contraddittorio non dipende dall'imputabilità o meno all'istante delle ragioni della mancata comunicazione. Non ha pertanto rilievo quanto eccepito da Studio Pacinotti circa la supposta negligenza dell'istante nel ricercare e reperire l'esatta denominazione sociale e l'indirizzo di posta elettronica certificata dell'operatore economico controinteressato. Cmr Surgical S.r.l. ha effettuato la comunicazione a Studio Pacinotti entro il termine perentorio di cinque giorni concesso dall'Autorità, ai sensi della citata previsione regolamentare, con nota prot. n. 97105 del 21 dicembre 2021, e decorrente dalla data di ricezione della comunicazione dei dati sociali da parte della stazione appaltante;

Ritenuta l'istanza ammissibile sotto il profilo della sindacabilità dei vizi eccepiti dall'istante. Contrariamente a quanto rilevato da Studio Pacinotti, l'istante non ha chiesto all'Autorità di vagliare, sotto il profilo del merito tecnico, le valutazioni espresse dal gruppo di progettazione incaricato dell'esame delle proposte pervenute, ma ha contestato supposti vizi procedurali che, sotto diversi profili, avrebbero inficiato la consultazione preliminare di mercato;

Viste le censure dell'istante, che si appuntano (i) sul Capitolato tecnico alla base della consultazione, per non essere stato definito in termini di fabbisogni della stazione appaltante o standard prestazionali da conseguire ma basato su un dettagliato elenco di requisiti tecnici, di fatto rispondenti a quelli propri del sistema di chirurgia robotica da più tempo presente sul mercato (Da Vinci), circostanza che avrebbe condotto a cristallizzare il giudizio di infungibilità di quest'ultimo; (ii) sulla mancata visione sul campo del sistema Versius, dovuta alla limitazione del sopralluogo al solo territorio nazionale, sul quale Cmr Surgical dispone di un'unica installazione la cui équipe è ancora in fase di formazione; (iii) sulla mancata considerazione, da parte della Commissione, della conformità di Versius ai parametri che hanno consentito il rilascio della marcatura CE, garanzia di sicurezza e affidabilità, e più in generale, sulla valutazione della proposta di Cmr Surgical operata in mancanza di parametri e standard oggettivi e funzionali di servizio;

Visto quanto replicato dalla stazione appaltante circa la predisposizione del Capitolato tecnico che «*muove inevitabilmente dall'unico standard di riferimento attualmente presente sul mercato, così come emerso in fase di istruttoria antecedente alla consultazione medesima*»; circa la precipua finalità della consultazione in esame di «*accertare l'esistenza di una pluralità di competitori capaci di garantire lo standard richiesto, da intendersi come rispondenza alle specifiche tecniche indicate oppure come equivalenza tecnica alle stesse*»;



circa la mancata equivalenza tecnica del sistema proposto da Cmr Surgical e il suo grado di performance gravemente inferiore rispetto alle necessità, dimostrato dalla «*sostanziale vistosa assenza dello stesso nel panorama del Servizio Sanitario Nazionale (SSN)*»; circa l'inutilità della prova sul campo del sistema Versius «*avendo avuto modo il gruppo di progettazione di accertare l'assoluta inadeguatezza della proposta rispetto a requisiti, specifiche tecniche e funzionalità richieste*»;

Visto l'art. 66, comma 1, d.lgs. n. 50/2016, 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, d.lgs. n. 50/2016, 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", 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 l'art. 63, comma 2, lett. b), d.lgs. n. 50/2016, ai sensi del quale, la procedura negoziata senza previa pubblicazione 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 industriale, un bene o un servizio, è infungibile se è l'unico che può garantire il soddisfacimento di un certo bisogno perché, a causa di motivi tecnici, non esistono possibili sostituti (Linee guida n. 8, cit.). 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. Deliberazione 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 che, come emerge dalla documentazione prodotta dall'istante, il mercato della chirurgia robotica è caratterizzato da una condizione di quasi monopolio naturale che vede il sistema Da Vinci, la cui prima versione risale al 1998, presente in Italia nel 2016 con 76 installazioni (Documento in consultazione pubblica HTA Report Chirurgia robotica, Marzo 2017, pag. 18) e, in particolare nel 2018 in Lombardia, con 20 installazioni delle 21 presenti (Regione Lombardia, Programma regionale HTA-DGR X/5671 - 11.10.2016, pag. 7). La commercializzazione del sistema Versius, che ha ricevuto il marchio CE solo nel marzo 2019, è molto più recente e orientata in particolar modo all'Asia e al mercato anglosassone. In Italia, al momento della partecipazione alla consultazione preliminare di mercato, risultava una sola installazione in fase di completamento (Elenco principali forniture ed installazioni Sistema Versius);

Considerato che, dall'esame degli atti della procedura (Avviso di gara e consultazione di mercato, Capitolato tecnico per la consultazione preliminare di mercato, Esiti della consultazione preliminare di mercato), emergono le seguenti criticità:

- 1) l'avviso pubblicato sul profilo del committente lascia trasparire l'intenzione della stazione appaltante, non tanto di colmare la propria carenza conoscitiva e informativa sullo stato del mercato della chirurgia robotica (l'evoluzione tecnologica, eventuali nuovi prodotti, eventuali nuovi player), quanto piuttosto di selezionare operatori economici idonei, da invitare ad un'eventuale successiva procedura di gara. Contrariamente a quanto indicato dall'Autorità nelle Linee Guida n. 14 - dove è previsto che possono prendere parte alla consultazione tutti i soggetti in grado di fornire le informazioni richieste, che la stazione appaltante non richiede ai fini della partecipazione il possesso dei requisiti di cui all'art. 80 e 83 d.lgs. n. 50/2016 e che occorre evitare che gli apporti informativi forniti costituiscano offerte tecniche o economiche e che comunque anticipino specifiche quotazioni - l'avviso richiede l'autodichiarazione del possesso dei requisiti generali, l'estratto della CClAA e la produzione di una proposta tecnica preliminare e di una proposta economica preliminare comprensiva di prezzi unitari e quotazione complessiva presunta riferita ai volumi indicati nel Capitolato tecnico. L'Avviso prevede espressamente che la documentazione richiesta «*importerà manifestazione di interesse in caso di successiva procedura ad inviti*». Tale impostazione non è conforme alla funzione delle consultazioni preliminari di mercato di autonoma fase di pre-gara, la partecipazione alla quale non costituisce condizione di accesso alla successiva gara ma, anzi, in alcuni casi può risolversi nella successiva incapacità a contrarre con l'amministrazione ai sensi dell'art. 67 d.lgs. n. 50/2016 («*1. Qualora un candidato o un offerente (...) abbia fornito la documentazione di cui all'articolo 66, comma 2, o abbia altrimenti partecipato alla preparazione della procedura di aggiudicazione dell'appalto, l'amministrazione aggiudicatrice adotta misure adeguate per garantire che la concorrenza non sia falsata dalla partecipazione del candidato o dell'offerente stesso.(...).* 2. *Qualora non sia in alcun modo possibile garantire il rispetto del principio della parità di trattamento, il candidato o l'offerente interessato è escluso dalla procedura*»). Le Linee Guida n. 14 prevedono infatti che l'avviso specifichi gli effetti di incompatibilità determinati dalla partecipazione alla consultazione, ma di tale avvertenza non vi è traccia nell'avviso in esame;
- 2) il Capitolato tecnico non è impostato in termini di fabbisogni o esigenze funzionali, ma si risolve in un minuzioso elenco di requisiti tecnici che devono essere posseduti dal robot chirurgico, ritagliati, come chiarito dalla stazione appaltante, sul sistema Da Vinci. Con una simile impostazione anche la presentazione di proposte alternative, che l'Avviso ritiene ammissibile, rischia di essere fatta al buio, perché non sono resi noti i principali obiettivi clinici e funzionali che l'amministrazione intende perseguire e su cui dovrebbero essere tarate (e valutate) le proposte. La puntuale richiesta del possesso dei medesimi requisiti del sistema Da Vinci rischia di restringere a priori il perimetro dell'indagine, che dovrebbe essere ad ampio raggio, escludendo prodotti potenzialmente in grado di soddisfare i



- fabbisogni della stazione appaltante ma basati su soluzioni tecnologiche alternative dotate di caratteristiche tecniche differenti;
- 3) la relazione recante l'esito della valutazione delle due proposte pervenute, effettuata dal gruppo di progettazione, dà conto della rispondenza del sistema robotico Da Vinci alle specifiche tecniche richieste e della difformità del sistema Versius rispetto a molte di esse. La parte dedicata alla valutazione delle soluzioni alternative proposte da Cmr Surgical è molto stringata ma, soprattutto, l'analisi della consistenza e della validità di tali soluzioni non appare effettuata alla luce di parametri oggettivi, eventualmente mutuati dalla letteratura scientifica sull'argomento, o a standard di servizio minimi predefiniti, ma pare basata su valutazioni soggettive fondate esclusivamente sul raffronto con il sistema preso a modello di riferimento ("*più ingombrante*", "*più difficile da gestire*", "*maggiormente time consuming*", ...). Inoltre, la nuova tecnologia su cui è basato il sistema Versius, illustrata da Cmr Surgical nella Relazione tecnica, non è stata valutata (per lo meno da quanto emerge dalla relazione conclusiva) per la sua capacità di soddisfare i fabbisogni e perseguire gli obiettivi che la stazione appaltante si proponeva, che pure l'amministrazione, in risposta ad una richiesta di chiarimenti dell'istante, aveva illustrato nel corso della procedura, ma solo in rapporto alla conformità alle caratteristiche tecniche del sistema Da Vinci;

Ritenuto, alla luce di quanto sopra, che la stazione appaltante abbia fatto un uso distorto della consultazione preliminare di mercato, 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 (cfr. Linea Guida n. 8 (acquisizione di informazioni)). Da quanto rappresentato dall'amministrazione, questa attività sarebbe stata svolta in una "*fase di istruttoria antecedente alla consultazione medesima*", dalla quale sarebbe emerso un unico standard di riferimento presente sul mercato. Tale presupposto, "*accertato aliunde*" dalla stazione appaltante, ha condizionato la successiva consultazione preliminare di mercato, limitando preventivamente il campo di indagine a quei prodotti dotati delle medesime caratteristiche tecniche (o equivalenti), con pregiudizio di quelli, che pure si sono dimostrati esistenti, basati su nuove e diverse tecnologie. All'opposto, a fronte di un mercato, quale quello della chirurgia robotica, in espansione, strettamente connesso alla ricerca scientifica e all'evoluzione tecnologica, la stazione appaltante avrebbe beneficiato di una consultazione svolta a tutto campo, rivolta non solo agli operatori del mercato, ma anche ad altri soggetti qualificati;

Ritenuto che dalla erronea impostazione della consultazione preliminare di mercato discende 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. Ciò senza entrare nel merito dell'esercizio della discrezionalità tecnica esercitata dal gruppo di progettazione nella valutazione delle soluzioni proposte da Cmr Surgical, ma avuto riguardo unicamente alle carenze istruttorie indotte dai parametri della consultazione, che hanno aprioristicamente limitato il perimetro delle indagini;

Ritenute assorbite le ulteriori censure,

Il Consiglio

ritiene, sulla base delle motivazioni che precedono,

- non conforme alla normativa di settore l'operato della stazione appalto che ha fatto un uso distorto della consultazione preliminare di mercato;
- carente l'istruttoria che ha condotto all'accertamento dell'infungibilità del sistema Da Vinci e dell'assenza di concorrenza nel mercato della chirurgia robotica.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 4 febbraio 2021

Per il Segretario Maria Esposito

Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente