



COMUNICATO DEL PRESIDENTE

del 13 settembre 2023

Indicazioni per la corretta impostazione delle procedure per l'affidamento di forniture di dispositivi di chirurgia robotica

Nell'esercizio delle proprie funzioni istituzionali l'Autorità ha rilevato la necessità di fornire alcune indicazioni per la corretta impostazione delle procedure per l'acquisizione di dispositivi di chirurgia robotica da parte delle Amministrazioni, delle Aziende e degli Enti del Servizio Sanitario Nazionale, al fine di garantire la massima apertura del mercato.

Il mercato italiano della chirurgia robotica si è infatti a lungo distinto per la presenza di un unico sistema robotico, a cui si sono affiancati, in tempi molto recenti, altri due dispositivi.

L'apertura del mercato a questi due nuovi prodotti sembrerebbe essere stata resa difficoltosa dal modus operandi che, in alcuni casi, le amministrazioni hanno seguito nella verifica dell'infungibilità del sistema originario.

Si richiamano qui di seguito, i precedenti atti ANAC, sia di carattere generale, sia emanati per casi specifici, dai quali gli stakeholder potranno trarre indicazioni per la migliore impostazione delle procedure in oggetto.

Preliminarmente si rende noto che alcune specifiche indicazioni sono state formulate in sede precontenziosa, (delibere n. 83/2021, n. 537/2022, e anche n. 50/2023¹), volte a supportare le Amministrazioni, le Aziende e gli Enti del Servizio Sanitario Nazionale affinché, nell'acquisizione dei dispositivi di chirurgia robotica, rispettino i principi che presidono la valutazione dell'infungibilità del prodotto e l'espletamento delle consultazioni preliminari di mercato. Nei pareri richiamati l'Autorità non ha ritenuto conforme alla normativa di settore la consultazione preliminare di mercato 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. Nei casi esaminati, 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.

Inoltre, 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

¹ Consultabili ai seguenti link: <https://www.anticorruzione.it/-/parere-di-precontenzioso-n.-83-del-27/01/2021-rif.-prec.-265/2020/f>; <https://www.anticorruzione.it/-/parere-di-precontenzioso-numero-537-del-16-novembre-2022>; <https://www.anticorruzione.it/-/parere-di-precontenzioso-n.-50-del-8-febbraio-2023>.



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.

Il primo passo in questo senso è rappresentato da 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.

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.

Lo strumento messo a disposizione dal legislatore per consentire all'amministrazione, specie in caso di appalti che presentino carattere di novità, di superare asimmetrie informative, è rappresentato dalle consultazioni preliminari di mercato (articoli 77 e 78 del d.lgs. n. 36/2023).

Ed ancora, con le Linee guida n. 14/2019, anch'esse redatte in vigore del precedente Codice, è stato chiarito che le consultazioni preliminari di mercato non costituiscono una procedura di affidamento né, a differenza delle indagini di mercato, un procedimento finalizzato a selezionare gli operatori economici da invitare al procedimento di gara, ma uno strumento attraverso cui la stazione appaltante 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. I soggetti partecipanti alla consultazione, che non sono tenuti a comprovare il possesso di requisiti, generali o speciali, forniscono contributi idonei a prestare il migliore apporto conoscitivo e informativo alla stazione appaltante, relativamente all'individuazione delle soluzioni tecniche e/o organizzative idonee a soddisfare le esigenze funzionali indicate dalle stazioni appaltanti.

In questa sede, infatti, 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 manifestate dalla



stazione appaltante. Con grave documento, in primis, per la stessa amministrazione che si è preclusa la possibilità di vagliare la percorribilità di nuove soluzioni che potrebbero rivelarsi più efficienti di quelle già praticate.

I principi sin qui richiamati trovano applicazione, in generale, nella fase di predisposizione di tutte le procedure di affidamento di servizi e forniture, e, in particolare, in tutti i casi di beni e servizi aventi il carattere della novità in mercati caratterizzati dalla presenza di un unico fornitore che agisce come monopolista.

Il Presidente

Giuseppe Busia

Depositato presso la Segreteria del Consiglio il 31 ottobre 2023

Il Segretario verbalizzante Laura Mascali

Atto firmato digitalmente