

## **Il principio di equivalenza trova applicazione anche negli affidamenti diretti di forniture.**

*di Giuseppe Misserini*

*Data di pubblicazione: 29-10-2024*

*Il principio di equivalenza, quale canone immanente nelle procedure di gara o comunque di evidenza pubblica, trova applicazione anche nelle forme negoziate o similari della c.d. piccola evidenza, specie allorché l'amministrazione intenda affidare la fornitura di materiale di consumo, con la conseguenza che la richiesta di materiale originale deve intendersi anche inclusiva del materiale assimilabile all'originale. Pertanto, è illegittimo il provvedimento di esclusione dal procedimento di gara negoziato, mediante invito alla presentazione di preventivi, per l'affidamento diretto della fornitura di materiale esclusivamente nella forma di c.d. materiale "originale".*

Publicato il 02/10/2024

N. 01032/2024 REG.PROV.COLL.

N. 01062/2024 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 1062 del 2024, proposto da Elimed s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Rosamaria Berloco, Giampaolo Austa e Pietro Falcicchio, con domiciliazioni digitali come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Azienda Sanitaria Locale di Bari, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Edvige Trotta, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia

- del provvedimento dell'ASL di Bari – area ospedaliera bari nord – presidio ospedaliero “San Paolo” – direzione amministrativa prot. n. 89531 del 9.7.2024 di esclusione e/o non ammissione alla procedura di gara, perché *“è stato specificato su indicazione della UOC di Ingegneria clinica Asl Ba, la necessità di materiale di consumo dedicato e originale, ovvero “tubo giornaliero xd8151” da utilizzare su iniettore Ulrich Motion CT XD800”*;

ove occorrer possa: - della successiva nota della ASL di Bari – area ospedaliera bari nord – presidio ospedaliero “San Paolo” – direzione amministrativa prot. n. 100167/2024 del 1.08.2024; - della nota della ASL di Bari - area ospedaliera Bari nord – presidio ospedaliero “San Paolo” – direzione amministrativa prot. n. 73214 del 5.06.2024 recante la *“richiesta di preventivo finalizzato ad affidamento diretto ex art. 50 comma 1 lett. b) del D.Lgs. 36/2023 per la fornitura di “TUBO GIORNALIERO XD8151” materiale di consumo dedicato e originale, da utilizzare su iniettore Ulrich Motion CT XD800 in dotazione alla TAC GE ubicata presso al UOC di Radiologia del PO Sa Paolo”* nella parte in cui limita la possibilità di formulare un'offerta esclusivamente per dispositivi “originali”, unitamente a tutti gli allegati;

- nonché di ogni altro atto connesso, presupposto e/o consequenziale.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Azienda Sanitaria Locale di Bari;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 25 settembre 2024 il dott. Lorenzo leva e uditi per le parti i difensori avv. Pietro Falcicchio, per la parte ricorrente; nessuno è comparso per l'A.S.L. resistente;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO e DIRITTO**

1.- Con ricorso depositato come previsto in rito, la società istante ha impugnato il provvedimento di esclusione dal procedimento di gara negoziato, mediante invito alla presentazione di preventivi, tramite piattaforma elettronica "Empulia", per l'affidamento diretto della fornitura del "TUBO GIORNALIERO XD8151", materiale di consumo dedicato, da utilizzare su iniettore Ulrich Motion CT XD800, in dotazione alla TAC GE ubicata presso al UOC di Radiologia del presidio ospedaliero "San Paolo" di Bari, esclusivamente nella forma di c.d. materiale "originale". Hanno partecipato alla gara due società: *i)* Elimed; *ii)* Euromed.

In diritto, parte ricorrente censura: I) la violazione e falsa applicazione degli artt. 1, 3, 79 e All. II.5 del d.lgs. n. 36 del 2023, nonché l'eccesso di potere per travisamento dei fatti e difetto di istruttoria e di motivazione e la violazione del principio di equivalenza; II) la violazione e falsa applicazione della *lex specialis* di gara nella parte in cui demanda la valutazione sulla conformità del dispositivo ad un organismo tecnico e il difetto di istruttoria.

2.- Si costituiva l'amministrazione sanitaria intimata, senza contestare specificamente, ma chiedendo comunque il respingimento del ricorso per infondatezza.

3.- Alla fissata camera di consiglio per l'adozione di eventuali misure cautelari, la causa, previa breve discussione, veniva introitata per la immediata decisione con sentenza in forma semplificata.

4.- Il ricorso è fondato.

Punto dirimente è costituito dalla violazione del principio di equivalenza, quale canone immanente nelle procedure di gara o comunque di evidenza pubblica, anche nelle forme negoziate o similari della c.d. piccola evidenza, specie allorché l'amministrazione intenda affidare la fornitura di materiale di consumo. La richiesta di materiale originale deve intendersi anche inclusiva del materiale assimilabile all'originale.

Non emerge dagli atti depositati nel processo una particolare motivazione, delibabile dal Collegio, in ordine alla sua ragionevolezza, per la quale la stazione appaltante abbia richiesto materiale originale, né nel provvedimento di esclusione è stato dato conto di carenze particolari, circa il prodotto offerto dall'operatore economico escluso, se non ché è stato offerto materiale non "originale".

Un simile provvedimento è tuttavia in frontale contrasto con il *principio di equivalenza* (o di equipollenza), che trova applicazione indipendentemente da espressi richiami negli atti di gara o da parte dei concorrenti, in tutte le fasi della procedura di evidenza pubblica e la commissione di gara può effettuare la valutazione di equivalenza anche in forma implicita, ove dalla documentazione tecnica sia desumibile la rispondenza del prodotto al requisito previsto dalla *lex specialis* (*ex multis*: T.A.R. Sicilia, sez. I, 27 giugno 2024, n. 2083; Cons. St., sez. V, 15 febbraio 2024, n. 1545; T.A.R., Marche, sez. II, 4 marzo 2024, n. 207).

La Stazione appaltante avrebbe dovuto valutare la conformità dell'offerta non tanto in senso formale, quanto piuttosto in senso sostanziale, dovendo verificare, sulla base di quanto contenuto negli atti di gara, se il prodotto offerto dalla società ricorrente fosse funzionalmente

rispondente alle esigenze dell'Amministrazione, secondo il principio di equivalenza, vigente negli appalti pubblici, che sottende una valutazione di omogeneità funzionale tra soluzioni, prodotti o dispositivi tecnici, ravvisabile ogni qual volta questi siano in grado di assolvere, in modo sostanzialmente analogo, alla finalità di impiego loro assegnata, come nella fattispecie (*ex multis*, T.A.R. Liguria, sez. I, 11 ottobre 2023, n. 853; T.A.R. Sicilia, sez. I, 27 luglio 2023, n. 2506; T.A.R. Lazio, sez. III, 20 giugno 2023, n. 10468 e 6 giugno 2023, n. 9488; T.A.R. Campania, sez. V, 3 febbraio 2023, n. 792).

In sede di gara pubblica, il principio di equivalenza trova il proprio limite nella difformità del bene o del servizio, rispetto a quello descritto dalla *lex specialis*, ovvero quando venga a configurarsi una ipotesi di *aliud pro alio* non rimediabile (*ex pluris*: Cons. St., sez. IV, 4 dicembre 2023, n. 10471).

L'impugnativa proposta – sulla base di quanto è stato documentato dalle parti nell'odierno giudizio – è dunque fondata, dovendo l'amministrazione ammettere e valutare il pregio del prodotto offerto dalla ricorrente, al fine di poter apprezzare la sussistenza della equivalenza funzionale, rispetto al prodotto originale. Restano impregiudicate le ulteriori valutazioni circa l'economicità.

5.- In conclusione, il ricorso proposto, per le sopra esposte motivazioni, va accolto, con conseguente annullamento degli atti impugnati nel limite dell'interesse della società ricorrente.

6.- Le spese del giudizio seguono il principio della soccombenza e sono liquidate come in dispositivo. Il contributo unificato va rifiuto, in applicazione dell'art. 13, comma 6-*bis*.1, del d.P.R. 30 maggio 2002 n. 115.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia (sezione terza), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla gli atti gravati nei sensi in motivazione.

Condanna l'A.S.L. di Bari al pagamento delle spese del giudizio in favore della società ricorrente che si liquidano in €. 2.000,00, oltre accessori di legge; C.U. rifiuto.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 25 settembre 2024 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Dibello, Presidente FF

Lorenzo Ieva, Primo Referendario, Estensore

Lorenzo Mennoia, Referendario

## Guida alla lettura

Il TAR Bari viene chiamato a pronunciarsi sulla **legittimità, o meno, del provvedimento di esclusione, da una procedura di affidamento diretto di un appalto di forniture**, di un operatore economico che non aveva proposto il materiale nella forma “originale” richiesta dalla stazione appaltante.

Questa la fattispecie concreta oggetto della sentenza in rassegna.

L'ASL di Bari, in vista dell'acquisizione di materiale sanitario, inoltra ad alcuni operatori economici del settore una richiesta di preventivo finalizzata all'affidamento diretto ex art. 50, co. 1, lett. b) del d.lgs. n. 36/2023, specificando che la fornitura del materiale richiesto deve avvenire esclusivamente nella forma del c.d. materiale “originale”.

Alla richiesta di preventivi danno riscontro due operatori economici, uno dei quali viene escluso dal confronto competitivo per aver presentato un preventivo avente ad oggetto del materiale equivalente e, dunque, non “originale”.

Tale esclusione viene impugnata innanzi al TAR Bari che, in accoglimento del proposto ricorso, annulla il provvedimento di esclusione per violazione del principio di equivalenza.

In particolare, secondo la decisione in commento, il **principio di equivalenza è un canone immanente a tutte le procedure di evidenza pubblica** e, dunque, **anche a quelle che si svolgono nelle forme negoziate o della c.d. piccola evidenza**, specie nei casi, come quello oggetto di decisione, in cui la procedura riguarda la fornitura di materiale di consumo ove la richiesta di materiale originale deve intendersi anche inclusiva del materiale assimilabile all'originale.

Inoltre, sempre stando a quanto si legge nella sentenza esaminata, l'effetto conformativo discendente dalla riammissione alla procedura di affidamento diretto del concorrente illegittimamente escluso, si sostanzia nell'obbligo dell'amministrazione di “... *ammettere e valutare il pregio del prodotto offerto dal ricorrente, al fine di poter apprezzare la sussistenza della equivalenza funzionale, rispetto al prodotto originale ...*”, restando “...*impregiudicate le ulteriori valutazioni circa l'economicità*”.

La soluzione seguita dalla pronuncia scrutinata appare corretta nella parte in cui dichiara l'invalidità dell'esclusione dal confronto competitivo: è evidente, infatti, che la decisione dell'amministrazione aggiudicatrice di “allontanare” dalla procedura di scelta del contraente l'operatore economico per il sol fatto di non aver proposto del materiale originale si pone in insanabile contrasto col principio di equivalenza.

Infatti, tale principio, al di là della sua indubbia natura immanente, trova **diretta applicazione anche negli affidamenti sottosoglia in applicazione dell'ultimo comma dell'art. 48 del d.lgs. n. 36/2023**, a tenore del quale: “*Ai contratti di importo inferiore alle soglie di rilevanza*

europea si applicano, se non derogate dalla presente Parte, le disposizioni del codice”: pertanto, anche l’art. 79 e l’ivi richiamato Allegato II.5 – nella cui Parte II–A-Specifiche tecniche, commi 5, 6 e 8, il principio di equivalenza trova espressa menzione – andranno applicati nelle procedure di affidamento dei contratti di importo inferiore alle soglie europee.

La **decisione** analizzata, tuttavia, **non convince** nella parte in cui, nel tratteggiare la propria efficacia conformativa, si spinge ad affermare che la stazione appaltante, una volta riammesso al confronto competitivo l’operatore economico originariamente escluso, dovrà valutare il pregio del prodotto da quest’ultimo offerto, così da poter apprezzare la sussistenza della equivalenza funzionale rispetto al prodotto originale.

In tale modo, ad avviso di chi scrive, **la pronuncia finisce per attribuire all’affidamento diretto i “connotati” di una vera e propria procedura di gara.**

Senonché, come visto, la fattispecie concreta decisa dai Giudici pugliesi riguarda una **procedura di affidamento diretto**, procedura questa che, **sia pur sussumibile nell’ampia categoria della c.d evidenza pubblica, non dà vita ad un procedimento di gara in senso stretto.**

In tal senso milita la stessa definizione di affidamento diretto declinata dall’**art. 3, lett. d), dell’Allegato I.3 del Codice dei contratti pubblici** che così recita: “L’affidamento del contratto **senza una procedura di gara**, nel quale, anche nel caso di previo interpello di più operatori economici, la scelta è operata discrezionalmente dalla stazione appaltante o dall’ente concedente, nel rispetto dei criteri qualitativi e quantitativi di cui all’articolo 50, comma 1 lettere a) e b), del codice e dei requisiti generali o speciali previsti dal medesimo codice”.

Il tenore letterale della previsione appena riportata è sufficientemente chiaro per escludere che l’affidamento diretto costituisca una procedura di gara.

Peraltro, la definizione codicistica di affidamento diretto rappresenta il portato della giurisprudenza amministrativa formata durante la vigenza dell’art.1, comma 2, lett. a) del d.l. n. 76 del 2020, convertito con legge n. 120 del 2020, che, in deroga all’art. 36, comma 2, dell’allora vigente Codice dei contratti pubblici, consentiva alle amministrazioni aggiudicatrici di procedere tramite affidamento diretto per lavori di importo inferiore a 150.000 euro e per servizi e forniture di importo inferiore ad euro 139.000.

In particolare, il Giudice della nomofilachia del diritto amministrativo, chiamato ad applicare la previsione di legge da ultimo citata, ha affermato che, in considerazione delle caratteristiche dell’affidamento diretto, **“la sua mera procedimentalizzazione, mediante l’acquisizione di una pluralità di preventivi e l’indicazione dei criteri per la selezione degli operatori ... non lo trasforma in una procedura di gara, né abilita i soggetti che non siano stati selezionati a contestare le valutazioni effettuate dall’Amministrazione circa la rispondenza dei prodotti offerti alle proprie esigenze”** (così Cons. Stato, Sez. IV, 23 aprile 2021, n. 3287; nello stesso senso *Id.*, 15 gennaio 2024, n. 503).

Sulla scorta della attuale definizione normativa di affidamento diretto nonché della giurisprudenza appena richiamata, alle **stese conclusioni perviene l'ANAC**.

Nel “*Vademecum informativo per gli affidamenti diretti di lavori di importo inferiore a 150.000,00 euro, e di forniture e servizi di importo inferiore a 140.000 euro*”, approvato dal Consiglio dell’Autorità Nazionale Anticorruzione nell’adunanza del 30 luglio 2024, si puntualizza che la disciplina dettata dall’art. 50, comma 1, lett. a) e b), del Codice dei contratti pubblici conferma:

- la mera facoltatività del ricorso all’effettuazione di preventive indagini di mercato;
- la non necessaria acquisizione di una pluralità di preventivi;
- la centralità della decisione a contrarre (o atto equivalente): infatti, stando a quanto disposto dall’art. 17, comma 2, del d.lgs. n. 36/2023, l’affidamento diretto avviene con un unico atto dopo l’individuazione dell’affidatario;
- la discrezionalità della stazione appaltante nell’individuazione delle modalità con cui devono essere documentate le “esperienze idonee”, ossia le precedenti attività espletate dall’operatore economico in ambiti anche non strettamente analoghi all’oggetto della gara, ma tuttavia idonei a garantire la buona riuscita dell’affidamento.

Con specifico riferimento al tema oggetto di analisi, l’ANAC, dando seguito alla giurisprudenza sopra richiamata, non manca di ribadire che “*la mera procedimentalizzazione dell’affidamento diretto, mediante l’acquisizione di una pluralità di preventivi e l’indicazione dei criteri per la selezione degli operatori non trasforma l’affidamento diretto in una procedura di gara, né abilita i soggetti che non siano stati selezionati a contestare le valutazioni effettuate dall’amministrazione circa la rispondenza dei prodotti offerti alle proprie esigenze*”.

Ed allora:

- se la **semplice richiesta (facoltativa) di preventivi**, con contestuale indicazione dei criteri di selezione del contraente, **non** determina alcuna “metamorfose” dell’affidamento di diretto in una **procedura di gara**;
- se le amministrazioni aggiudicatrici godono di **ampia discrezionalità** nello stabilire le modalità di documentazione delle idonee esperienze pregresse che, stando almeno a quanto espressamente disposto dall’art. 50, co. 1, lett. a) e b), del Codice dei contratti pubblici, rappresentano l’unico criterio di selezione dell’operatore economico a cui affidare “direttamente” una pubblica commessa;
- se, soprattutto, la stazione appaltante deve **motivare la scelta dell’aggiudicatario** non già in un’ottica comparativa bensì **solo in termini di economicità e di rispondenze alle proprie esigenze** (in tal senso TAR Lombardia, Milano, Sez. IV, 17 aprile 2023, n. 949), con conseguente impossibilità per l’operatore invitato a presentare preventivo non selezionato a contestare le valutazioni effettuate dall’amministrazione in ordine alla rispondenza alle proprie esigenze dei prodotti offerti dall’operatore economico scelto;

davvero **non si comprende** perché mai la decisione qui brevemente analizzata, dopo aver disposto la riammissione al confronto competitivo dell’impresa dallo stesso esclusa, finisca

per **imporre all'Amministrazione un onere motivazionale sulla scelta del contraente a cui assegnare un affidamento diretto** che non trova riscontro né nella disciplina codicistica dell'istituto né nella giurisprudenza sul punto formatasi.

Peraltro, a ben vedere, quanto da ultimo osservato avrebbe potuto condurre ad un diverso esito della controversia decisa con la sentenza in rassegna, qualora la Stazione appaltante, anziché escludere e/o non ammettere l'operatore economico che aveva presentato un prodotto equivalente, si fosse solo limitata a motivare la propria preferenza del prodotto "originale" in quanto maggiormente rispondente alle proprie esigenze.

In tale ipotesi, infatti, l'ipotetica impugnazione dell'operatore economico non già escluso, bensì solo "non scelto", sarebbe risultata, con ogni probabilità, non meritevole di accoglimento considerato che, come visto, in occasione di un affidamento diretto la stazione appaltante ha il dovere di motivare la scelta dell'aggiudicatario non in maniera comparativa ma solo tenendo conto dell'economicità e della rispondenza del preventivo alle proprie esigenze.