

**APPALTI - SELEZIONE DEL CONTRAENTE - PROCEDURA - PROCEDURA NEGOZIATA -  
MANCANZA DEI PRESUPPOSTI - ONERE DI IMMEDIATA IMPUGNAZIONE**

Sussiste un generale onere di immediata impugnativa della scelta di utilizzare la procedura negoziata, in ragione della potenziale lesività del basilare rispetto delle regole della trasparenza e dell'evidenza pubblica.

**Consiglio di Stato, sez. III sentenza n. 2135/2025**

Pubblicato il 14/03/2025

**N. 02135/2025REG.PROV.COLL.**

**N. 06403/2024 REG.RIC.**



**R E P U B B L I C A I T A L I A N A**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Terza)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 6403 del 2024, proposto da Johnson & [REDACTED] in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG A0389E522F, rappresentata e difesa dagli avvocati [REDACTED] [REDACTED] con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia,

***contro***

la [REDACTED], in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato [REDACTED], con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia,

***nei confronti***

di [REDACTED], non costituita in giudizio,

***per la riforma***

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania (Sezione Quinta) n. 3956/2024, resa tra le parti sul ricorso proposto dall'odierna appellante per l'annullamento, previa sospensione cautelare:

- della Determina Dirigenziale n. 1006 dell'11 marzo 2024 con la quale l'Azienda Sanitaria Locale [REDACTED] ha disposto a favore di [REDACTED] l'aggiudicazione definitiva della *“procedura negoziata ai sensi dell'art. 76, comma 2, lett. b), d. lgs. n. 36/2023, con aggiudicazione ai sensi dell'art. 108, comma 3, d. lgs. n. 36/2023, per la fornitura annuale di materiale di consumo dedicato ai Generatori GEN 11 a marchio [REDACTED] di proprietà della [REDACTED] Centro ed in dotazione alle Unità di Chirurgia dei PP.OO. Ospedale del Mare, Pellegrini, S. Paolo, S. Giovanni Bosco”* (CIG A0389E522F);
- di tutta la normativa di gara, e segnatamente della Lettera di invito alla procedura di gara *de qua*, nonché di tutti i relativi allegati compreso il Capitolato tecnico;
- della Deliberazione D.G. n. 1974 del 6 novembre 2023, con la quale l'Azienda Sanitaria Locale [REDACTED], recependo la proposta del Direttore dell'Unita Operativa Complessa Acquisizione Beni ed Economato, ha approvato l'indizione di una *“indagine di mercato / avviso esplorativo per la presentazione di manifestazione di interesse da parte di operatori economici potenzialmente interessati alla fornitura annuale di materiale di consumo dedicato ai Generatori GEN 11 a marchio Johnson & Johnson di proprietà della A.S.L. [REDACTED] ed in dotazione alle Unità di Chirurgia dei PP.OO.*

*Ospedale del Mare, Pellegrini, S. Paolo, S. Giovanni Bosco*”, nonché di tutti i relativi allegati;

- di tutti i verbali delle operazioni concorsuali, seppur non cognitivi;

- di ogni altro atto e provvedimento ad essi presupposti, conseguenti o connessi, anche non cognitivi;

e per la condanna della stazione appaltante al risarcimento del danno patito dalla società ricorrente.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della ASL [REDACTED];

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore, nell'udienza pubblica del giorno 23 gennaio 2025, il Cons. Angelo Roberto Cerroni e uditi per le parti gli avvocati come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO e DIRITTO

1. – La ASL [REDACTED] (di seguito, *breviter*, ASL [REDACTED]), con Deliberazione D.G. n. 1974 del 6 novembre 2023, ha avviato una “*indagine di mercato/avviso esplorativo per la presentazione di manifestazione di interesse da parte di operatori economici potenzialmente interessati alla fornitura annuale di materiale di consumo dedicato ai Generatori GEN 11 a marchio Johnson & Johnson di proprietà della A.S.L. [REDACTED] Centro ed in dotazione alle Unità di Chirurgia dei PP.OO. Ospedale del Mare, Pellegrini, S. Paolo, S. Giovanni Bosco*”. A tale indagine di mercato hanno manifestato interesse due concorrenti, [REDACTED] (di seguito: [REDACTED]) e [REDACTED] di tal che l'ASL [REDACTED] ha avviato una procedura negoziata ai sensi dell'art. 76, comma 2, lett. *b*), d. lgs. n. 36/2023, con aggiudicazione ai sensi dell'art. 108, comma 3, d. lgs. n. 36/2023 conclusasi in favore di [REDACTED]

2. – Insorta in primo grado innanzi al TAR per la ██████████ ██████ ha sostenuto l'illegittimità dell'operato della stazione appaltante poiché avrebbe aggiudicato la gara in questione dopo aver indetto una procedura negoziata senza bando, nonostante non ricorressero i requisiti legislativamente richiesti dall'art. 76, comma 2, lett. b), d. lgs. n. 36/2023 per poter procedere alla selezione del contraente secondo tale procedura. Difatti, avendo risposto alla preliminare indagine di mercato due concorrenti, l'ASL, avrebbe, per ciò solo, necessariamente dovuto indire una procedura ordinaria, previa pubblicazione del bando di gara, finalizzata al formale e legittimo confronto concorrenziale, nella consapevolezza degli operatori economici in ordine sia alla partecipazione di una pluralità di offerenti, sia dell'assetto competitivo della procedura di scelta del contraente. Con atto di motivi aggiunti, la ricorrente ha altresì impugnato la relazione istruttoria depositata dall'ASL in ordine al provvedimento di aggiudicazione oggetto del ricorso introduttivo, sostenendone da un lato l'invalidità derivata e, dall'altro, l'illegittimità in quanto volta a realizzare un'inammissibile motivazione postuma della determina gravata.

3. – Il primo giudice non ha aderito alla prospettazione di parte attorea svolgendo due ordini di considerazioni: in primo luogo, il ricorso alla peculiare procedura *de qua*, nella specie, apparirebbe ampiamente giustificato dalla peculiare tipologia dei beni oggetto della fornitura richiesta – materiale di consumo dedicato ai Generatori GEN 11 a marchio ██████████ S.p.a. - che, in quanto destinati al funzionamento di apparecchiature già in possesso della stazione appaltante, presentavano dei requisiti tecnici minimi obbligatori identificativi delle caratteristiche immodificabili ed indefettibili della fornitura, tali da non poter essere oggetto di una verifica di equivalenza. Da tanto sarebbe disceso il carattere infungibile della prestazione, atteso che il principio di equivalenza, con la conseguente apertura alla piena concorrenzialità del mercato, non può essere

invocato sino al punto di ammettere offerte che, sul piano oggettivo e funzionale, non rispettino le caratteristiche tecniche obbligatorie previste dalle regole medesime. In secondo luogo, non poteva essere predicata alcuna lesione dell'affidamento asseritamente riposto dalla ricorrente sul convincimento di essere l'unico operatore in grado di fornire i beni in questione. Invero, già l'avviso esplorativo del 6 novembre 2023, approvato unitamente alla delibera di indizione della procedura negoziata, aveva precisato che il riscontro positivo alla disposta indagine di mercato non avrebbe esentato dalla necessità di presentare l'offerta in adempimento degli oneri posti dalla successiva lettera d'invito e, più chiaramente, che era intenzione dell'ASL indire la gara fra le imprese che avessero manifestato interesse alla partecipazione, sul presupposto, evidentemente, che avrebbero potuto essere più di una, in perfetta aderenza al disposto dell'art. 76, co. 7, d.lgs. 36/2023.

4. – ■■■ insiste in appello con due motivi di censura tesi a denunciare rispettivamente:

a) *error in iudicando* della sentenza impugnata per falsa applicazione dell'art. 76, co. 2, lett. b), d.lgs. 36/2023.

L'intero *iter* argomentativo della pronuncia si baserebbe sul falso presupposto di diritto per cui l'infungibilità del bene oggetto di fornitura, e non l'unicità del fornitore, costituisce il presupposto stabilito dall'art. 76, comma 2, lett. b), d. lgs. n. 36/2023, per legittimare le stazioni appaltanti ad utilizzare una procedura negoziata senza bando in luogo delle ordinarie procedure di gara.

L'appellante adduce a sostegno della tesi censoria sia il dato letterale - che postulerebbe l'unicità del fornitore, quivi insussistente - sia le indicazioni operative fornite da ANAC con le Linee Guida n. 8 relativamente al precedente referente normativo rappresentato dall'art. 63 d.lgs. 50/2016.

Secondo l'incedere argomentativo di ■■■, l'utilizzo nella fattispecie di una procedura negoziata senza previa pubblicazione del Bando, oltre ad essere del tutto illegittimo, stante l'assenza dei presupposti normativi per poter essere espletata, avrebbe contestualmente alterato il regolare confronto concorrenziale tra gli operatori economici invitati, considerato come ■■■ ignorasse completamente di formulare offerta nell'ambito di una procedura competitiva;

b) erroneità della sentenza impugnata nella parte in cui ha ommesso di pronunciarsi sul secondo motivo aggiunto formulato da ■■■.

Con questo capo censorio, l'appellante denuncia l'omessa pronuncia del primo giudice sull'atto di motivi aggiunti nonché reitera la censura di illegittimità della motivazione postuma recata dalla Relazione di riscontro predisposta da ASL Na 1.

5. – Si è costituita in giudizio la ASL Na 1 che ha controdedito per l'infondatezza del gravame.

6. – All'udienza pubblica del 23 gennaio 2025 il Presidente del Collegio ha sottoposto al contraddittorio delle parti, ai sensi dell'art. 73, co. 3, c.p.a., la duplice questione processuale della possibile tardività della memoria depositata dalla ASL Napoli 1 Centro e della possibile tardività dell'impugnazione in primo grado.

La difesa aslina, nell'ammettere la tardività della propria memoria, ha svolto difese orali sui punti trattati. La difesa dell'appellante ha insistito sulla palese illegittimità dell'intera procedura.

All'esito della discussione pubblica, la causa è stata trattenuta in decisione.

7. – In via del tutto preliminare il Collegio dispone lo stralcio della memoria versata in atti dalla difesa aslina in data 17 gennaio 2025 stante la palese tardività rispetto ai termini di deposito, pur dimidiati in ragione della specialità del rito abbreviato *ex art. 120 c.p.a.*

8. – Costituisce profilo assorbente dell'intera *res controversa* la questione processuale sollevata *ex officio* in esordio dell'udienza pubblica circa la rituale tempestività dell'atto introduttivo del giudizio di primo grado.

A tal riguardo, giova puntualizzare le circostanze fattuali dirimenti per l'inquadramento della questione.

8.1. – In primo luogo, con la Deliberazione D.G. n. 1974 del 6 novembre 2023, l'ASL ■■■■ ha contestualmente avviato l'indagine di mercato mediante avviso esplorativo per la presentazione di manifestazione di interesse da parte di operatori economici potenzialmente interessati alla fornitura annuale di materiale di consumo dedicato ai Generatori GEN 11 a marchio Johnson & Johnson e indetto una procedura negoziata ai sensi dell'art. 76, comma 2, lett. *b*), d. lgs. n. 36/2023, con aggiudicazione ai sensi dell'art. 108, comma 3, d. lgs. n. 36/2023.

8.2. – In esito all'indagine di mercato, la ASL ha invitato a formulare un'offerta le due imprese che sono risultate interessate alla procedura: la conseguente lettera di invito è stata recapitata a ■■■■ con messaggio di posta elettronica in data 6 dicembre 2023 e la sua impostazione non lasciava adito a molti dubbi circa l'impostazione competitiva della procedura negoziata che veniva avviata, seppur dichiaratamente nel solco dell'art. 76, co. 2, lett. *b*), del d.lgs. n. 36/2023. Tra i plurimi argomenti che militano in favore della natura concorrenziale della procedura militano *in primis* inconfutabili indici testuali - l'invito fa costantemente riferimento all'appellativo di concorrenti autoqualificando la fattispecie come una gara – cui si sommano solidi elementi strutturali – uno fra tutti, l'aggiudicazione secondo il criterio del minor prezzo *ex art.* 108, co. 3, d.lgs. 36/2023 unitamente alla previsione della formazione di una graduatoria e all'espletamento del subprocedimento di verifica dell'anomalia.

Il tenore contraddittorio della lettera di invito non poteva corroborare l'affidamento di ■■■■ nell'esito favorevole della procedura sull'assunto di esserne

l'unico partecipante, affidamento da ritenersi più plausibilmente incauto che incolpevole: l'invito a formulare un'offerta secondo un regime tipicamente competitivo collideva, infatti, con l'esplicita menzione del referente normativo – l'art. 76, co. 2, lett. b), d.lgs. 36/2023 – che al contrario evoca la fattispecie in cui i lavori, le forniture o i servizi possono essere forniti unicamente da un determinato operatore economico precludendo alla percorribilità in via derogatoria dell'affidamento diretto. La piena e compiuta percezione del vizio di contraddittorietà interna degli atti era, dunque, agevolmente ritraibile sin dalla ricezione della lettera di invito che postulava il ridotto confronto competitivo fra più operatori invitati a formulare offerte da aggiudicarsi secondo il criterio del minor prezzo in aperto contrasto con il referente normativo richiamato, in guisa da disvelare la possibile illegittimità del *modus procedendi* seguito dall'Amministrazione: tale vizio, riconducibile in sostanza nella falsa applicazione dell'art. 76, co. 2, lett. b), d.lgs. n. 36/2023, consisteva *ictu oculi* nel malgoverno della procedura di affidamento diretto riarrangiata impropriamente come gara informale svolta ai sensi del successivo comma 7 – che postula “*ove possibile*” un confronto informale tra almeno tre operatori, “*se sussistono in tale numero soggetti idonei*” “*da consultare sulla base di informazioni riguardanti le caratteristiche di qualificazione economica e finanziaria e tecniche e professionali desunte dal mercato, nel rispetto dei principi di trasparenza e concorrenza*”.

8.3. – In definitiva, l'erronea individuazione della procedura di selezione dei contraenti era apprezzabile *ictu oculi* alla stregua del canone di diligenza qualificata esigibile dall'operatore di mercato sin dalla ricezione della lettera di invito in data 6 dicembre 2023 con l'inevitabile corollario del decorso del termine decadenziale dimezzato da quel momento secondo il concorde avviso della giurisprudenza amministrativa che ravvisa un generale onere di immediata impugnativa della scelta di utilizzare la procedura negoziata, in ragione della potenziale lesività del basilare

rispetto delle regole della trasparenza e dell'evidenza pubblica (*cf.* con cadenze analoghe, Cons. Stato, sez. V, 20 novembre 2020, n. 7239): nel caso di specie, poi, la doglianza si sarebbe dovuta rivolgere all'intrinseca contraddittorietà interna dell'atto di avvio della procedura – la ridetta lettera di invito - che assommava elementi formali riconducibili alla procedura di affidamento diretto (il richiamo esplicito del pertinente referente normativo) ad indici strutturali che suggerivano inequivocabilmente l'instaurazione di un confronto competitivo, seppur in forma semplificata. L'indubitabile peculiarità del caso di specie non è suscettibile di mutare i termini dirimenti della questione atteso che tale contraddittorietà era pienamente percepibile *ab initio* e avrebbe dovuto esser fatta valere immediatamente coi rimedi previsti dall'ordinamento.

Di contro, il gravame è stato proposto solo successivamente, in data 2 agosto 2024, e segnatamente avverso l'esito dell'aggiudicazione *secundum eventum competitionis*, ossia dopo aver appreso l'esito sfavorevole della procedura, il che varrebbe a configurare, a tutto concedere, sostanziale acquiescenza alla procedura o, a rigore, integra *sine dubio* gli estremi della tardività irrimediabile del gravame.

9. – In conclusione, il ricorso introduttivo del giudizio di primo grado deve essere dichiarato irricevibile per tardività della notifica e del susseguente deposito. Ne consegue che l'appello proposto deve essere respinto con diversa motivazione rispetto alla reiezione nel merito prospettata dal giudice di prime cure.

10. – Sussistono giustificati motivi per compensare le spese di lite.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 23 gennaio 2025 con l'intervento dei magistrati:

Raffaele Greco, Presidente

Giovanni Tulumello, Consigliere

Luca Di Raimondo, Consigliere

Angelo Roberto Cerroni, Consigliere, Estensore

Enzo Bernardini, Consigliere

**L'ESTENSORE**  
**Angelo Roberto Cerroni**

**IL PRESIDENTE**  
**Raffaele Greco**

**IL SEGRETARIO**