

**ECC.MO TAR LAZIO - ROMA**

**Sezione I<sup>^</sup> Quater - RGN 8185/2020**

**Atto di motivi aggiunti**

**e contestuale Istanza di accesso in corso di causa ex art. 116, c. 2, CPA**

*Nell'interesse di NEXUS MADE s.r.l. (C.F.-P.IVA 13638631005), con sede in Roma, viale Capitan Consalvo, 2, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso, giusta procura su foglio in calce al ricorso introduttivo, dagli avv.ti Tommaso Pallavicini (c.f. PLLTMS79H20H501J – pec: tommasopallavicini@pec.tedeschinilex.it – fax 063225931) e Giorgio Leccisi (c.f. LCCGRG82R11H501D – pec: giorgio.leccisi@pec.it – fax 0656561862) ed elettivamente domiciliato presso la pec dei medesimi, i quali dichiarano di voler ricevere le comunicazioni, ai sensi dell'art. 136 c.p.a., ai predetti indirizzi pec e fax*

***contro***

- Commissario Straordinario per l'attuazione e il coordinamento delle misure di contenimento e contrasto dell'emergenza epidemiologica Covid-19, in persona del Commissario p.t.;
- Presidenza del Consiglio dei Ministri, in persona del Presidente p.t.;
- Ministero dell'Istruzione, in persona del Ministro p.t. (Avv. Stato)

***per l'annullamento, previa concessione di idonee misure cautelari,***

**con il ricorso:** (i) della nota prot. 1345 del 9.9.2020 con la quale il Commissario Straordinario per l'attuazione e il coordinamento delle misure di contenimento e contrasto dell'emergenza epidemiologica Covid-19 ha comunicato la revoca dell'affidamento alla Nexus Made s.r.l. della fornitura relativamente al Lotto A della procedura finalizzata all'acquisizione e distribuzione agli istituti scolastici di banchi monoposto e relative sedute tradizionali e il recesso da ogni trattativa finalizzata alla sottoscrizione del contratto di appalto; (ii) della nota prot. 1319 del 4.9.2020 del Commissario Straordinario; (iii) delle verifiche poste in essere dal RUP sui requisiti della Nexus Made s.r.l.; (iv) dell'Avviso pubblico del 21 luglio 2020 (Lotto "A" CIG 877980FCB - Lotto "B" CIG 8377988668), in particolare agli artt. 5 , 9, 10 e 12 e relative rettifiche; (v) delle risposte alle richieste di chiarimento; (vi) di ogni altro atto presupposto, connesso e conseguente, quali in particolare l'avviso del 26.9.2020 di affidamento della fornitura di banchi scolastici e sedute attrezzate (di cui alla procedura indetta con l'Avviso del 21/7/2020), inclusi gli esiti

dell'interlocuzione negoziale con gli operatori relativamente al Lotto A; **(vii)** ove occorrer possa e nella misura in cui dovessero risultare lesivi della posizione giuridica soggettiva della ricorrente, di tutti gli atti relativi alla procedura negoziata indetta dal Commissario straordinario il 12/8/2020 (Lotto "A" CIG 840178082F - Lotto "B" CIG 8401792218) comprensivi degli atti indittivi, istruttori/valutativi e conclusivi, inclusi quelli relativi agli affidamenti diretti disposti dal Commissario; nonché per il risarcimento e/o l'indennizzo di tutti i danni subiti dalla ricorrente e ove occorra, per la dichiarazione di inefficacia e il subentro nel contratto, ove nel frattempo stipulato da parte di un terzo;

**con il presente atto:**

- della Relazione RUP prot. n. 113 del 12/8/2020 di proposta di affidamento, ai sensi del paragrafo 12 dell'Avviso di gara, della fornitura di banchi e sedute attrezzate nella parte in cui prevede *"di procedere nei confronti degli affidatari alla verifica circa l'effettivo possesso dei requisiti soggettivi previsti dall'Avviso, nonché di quanto rilevato dalla stessa Commissione"* di gara;

- del Decreto del Commissario Straordinario per l'attuazione e il coordinamento delle misure di contenimento e contrasto dell'emergenza epidemiologica Covid-19 del 13/8/2020 di affidamento, secondo procedura negoziata ristretta ai sensi del paragrafo 12 dell'Avviso di Gara, a seguito delle interlocuzioni con i proponenti, della fornitura di banchi scolastici e sedute attrezzate, nella parte in cui stabilisce di *"dare avvio alle verifiche del possesso dei requisiti richieste dal RUP"* e di *"procedere alla stipula dei relativi contratti, apponendo la clausola di risoluzione automatica dello stesso qualora delle suddette verifiche dovessero emergere cause ostative alla prosecuzione del rapporto contrattuale"*;

- per quanto occorrer possa, di tutti i verbali di gara n. 1 del 5/8/2020, n. 2 del 6/8/2020, n. 3 del 7/8/2020 e n. 4 del 10/8/2020 della Commissione di gara;

- di ogni altro atto presupposto, connesso e conseguente, ancorché non conosciuto;

***nonché per il risarcimento e/o l'indennizzo***

di tutti i danni subiti dalla ricorrente e ove occorra, per la dichiarazione di inefficacia e il subentro nel contratto, ove nel frattempo stipulato da parte di un terzo,

***e comunque per l'accertamento***

ai sensi dell'art. 116, co. 2, c.p.a., degli artt. 10, 22 e ss. della L. n. 241/1990 e dell'art. 5 d.lgs. n.

33/2013, dell'illegittimità del silenzio/diniego serbato dal Commissario Straordinario per l'attuazione e il coordinamento delle misure di contenimento e contrasto dell'emergenza epidemiologica Covid-19 sull'istanza di accesso della Nexus Made S.r.l. datata 18/9/2020,

***nonché per la declaratoria***

del diritto dell'odierna ricorrente a prendere visione ed acquisire copia di tutta la documentazione richiesta con la predetta istanza del 18/9/2020 e per la conseguente condanna delle amministrazioni intimare ad esibire la relativa documentazione.

**Fatto**

1. Con il ricorso in epigrafe la Nexus Made S.r.l. è insorta contro gli atti, adottati dal Commissario Straordinario per l'attuazione e il coordinamento delle misure di contenimento e contrasto dell'emergenza epidemiologica Covid-19 (d'ora innanzi, il "Commissario"), con i quali è stata decretata la sua estromissione dall'affidamento della fornitura di circa centottantamila arredi scolastici da distribuire agli istituti scolastici statali dislocati in tutto il territorio nazionale.

2. Il Commissario ha disposto "*la revoca dell'affidamento precedentemente disposto*" ed il recesso "*da ogni trattativa finalizzata alla sottoscrizione del contratto di appalto*", assumendo che la Nexus Made non avrebbe comprovato il possesso dei requisiti di capacità necessari per partecipare alla procedura che il medesimo Commissario aveva bandito con Avviso del 21.7.2020 e non avrebbe sanato "*le criticità segnalate già nella precedente comunicazione ... circa la comprova del rispetto dei Cam e normativa Uni En del prodotto offerto*".

3. Con i motivi articolati nel ricorso introduttivo, l'odierna deducente ha rilevato *i)* che le modalità di conduzione della trattativa tra Commissario e Nexus Made denotassero il completo e definitivo abbandono dell'originario modello di affidamento tramite Avviso pubblico del 20.7.2020, in favore di un approvvigionamento della fornitura secondo lo schema di una vera e propria trattativa privata; *ii)* che il Commissario ha svolto, erroneamente, una verifica formale sui requisiti di capacità tecnico-economica della società, senza interpellare quest'ultima, e senza valutare l'effettiva capacità dell'impresa di portare a compimento la commessa; *iii)* che comunque la Nexus Made possiede tutti i requisiti in questione primo fra tutti l'*expertise* necessaria per l'esecuzione della fornitura; *iv)* che in ogni caso la società aveva dato ampia e soddisfacente spiegazione alle "*criticità*" segnalate strumentalmente dal Commissario e che

invece quest'ultimo aveva posto in essere un comportamento osrtuzionistico al solo fine di preconstituire un motivo di interruzione del rapporto con Nexus Made.

4. Con la costituzione in giudizio del Commissario straordinario, della Presidenza del Consiglio dei Ministri e del Ministero dell'Istruzione, per mezzo dell'Avvocatura di Stato, l'odierna deducente è venuta a conoscenza di atti e documenti che non le erano stati comunicati in precedenza (ma che erano stati richiamati nelle comunicazioni informali tra l'impresa e la struttura commissariale con le quali quest'ultima aveva notiziato l'impresa dell'affidamento della fornitura nei suoi confronti, nonché nelle due bozze di contratto che il Commissario aveva fatto pervenire alla Società).

In particolare, la Società ha preso conoscenza della relazione del RUP del 12/8/2020 e del Decreto del Commissario del 13/8/2020, **depositati solo in giudizio e mai comunicati prima alla Nexus Made**, nei quali la struttura commissariale risulta aver inteso disporre l'affidamento della fornitura di banchi scolastici nei confronti di Nexus Made (oltre che di altri operatori) *“ai sensi del paragrafo 12 dell'Avviso di gara”* e *“procedere nei confronti degli affidatari alla verifica circa l'effettivo possesso dei requisiti soggettivi previsti dall'Avviso, nonché di quanto rilevato dalla [...] Commissione”* di gara, apponendo altresì ai contratti *“la clausola di risoluzione automatica ... qualora dalle suddette verifiche dovessero emergere cause ostative alla prosecuzione del rapporto contrattuale”* e, dunque, di aver esteso all'optata trattativa privata quei requisiti che erano stati richiesti solo con l'Avviso pubblico del 20/7/2020.

Tali provvedimenti si pongono in aperta contraddizione con la decisione del RUP e del Commissario di procedere mediante trattativa diretta con la Nexus Made, nonché con il contegno tenuto sempre da entrambi durante l'intera fase prenegoziale intrattenuta con la ricorrente sia prima che dopo la data di assunzione degli atti in questione.

Difatti, restando fermo che tali provvedimenti non sono mai stati comunicati formalmente alla ricorrente (e non risultano nemmeno pubblicati nelle forme previste dalla legge, che pure gli stessi affermano di rispettare), la struttura commissariale è sempre rimasta completamente silente in ordine alla qui contestata esigenza di subordinare la fornitura alla verifica dei requisiti previsti dall'Avviso pubblico; ciò ha quindi indotto la Nexus Made a ritenere che si fosse perfezionato l'affidamento diretto al di là di vincoli previsti dall'Avviso e a dare avvio a tutte le attività propedeutiche per giungere, in tempi assolutamente eccezionali, alla consegna della fornitura;

ciò che conferma la correttezza dell'impostazione assunta nel ricorso introduttivo nel quale s'è contestata la legittimità della disposta revoca dell'affidamento in quanto fondata sulla applicazione di criteri di ammissione contenuti in un Avviso pubblico ormai superato dalla nuova trattativa.

5. Stando così le cose, e nel rinviare alla descrizione dei fatti già ampiamente esposta nel ricorso introduttivo (che qui deve intendersi integralmente richiamata e trascritta), i nuovi provvedimenti impugnati – che denotano ancora più chiaramente il comportamento gravemente reticente, strumentale e colpevole della stazione appaltante – meritano di essere annullati per i seguenti motivi di

### ***Diritto***

#### **I**

**I.1.** La relazione RUP del 12/8/2020 e il Decreto del Commissario straordinario del 13/8/2020 poggiano sull'illegittimo presupposto che le trattative tra le Nexus Made e struttura commissariale e l'affidamento della fornitura dei banchi alla Nexus Made siano avvenuti “*ai sensi del paragrafo 12 dell'Avviso di gara*” e fossero quindi “*subordinati*” alla verifica del possesso dei requisiti delineati nell'Avviso del 21 luglio 2020.

Entrambi i suddetti presupposti sono illegittimi.

**I.2.** È anzitutto errato, illogico ed illegittimo che il RUP abbia trattato e il Commissario affidato (o che i medesimi potessero trattare e affidare) la fornitura “*ai sensi del paragrafo 12 dell'Avviso di gara*”.

Il par. 12, rubricato “*Ulteriori fabbisogni*”, prevede che “*Nel caso si verifichi l'urgente necessità di ulteriori forniture dello stesso genere, si potrà provvedere, nell'ambito delle risorse economiche messe a disposizione per le esigenze scolastiche, con una procedura a negoziazione ristretta cui avranno diritto a partecipare gli operatori economici inseriti nella graduatoria di cui al punto 9 del presente bando*”.

Si tratta di una clausola – che richiama la *ratio* sottesa alla procedura di cui all'art. 63, comma 5, del d.lgs. 50/16 – posta chiaramente e inequivocabilmente a disciplina delle forniture supplementari rispetto a quelle già realizzate in esecuzione della procedura di gara di cui all'Avviso.

Come avviene nelle ipotesi di ripetizioni di lavori o servizi analoghi (già affidati all'operatore

aggiudicatario dell'appalto iniziale dalla medesima amministrazione) oppure nelle ipotesi di c.d. *lock-in* (nelle quali l'amministrazione non può cambiare in modo efficiente il fornitore alla scadenza del contratto in ragione dei costi/opportunità di sceglierne uno nuovo), l'Avviso aveva previsto una procedura semplificata per l'ipotesi in cui vi fosse la necessità di "ulteriori" forniture dello stesso genere rispetto a quelle oggetto di precedente affidamento.

Si tratta di uno strumento di contrattazione flessibile utilizzabile in condizioni eccezionali per soddisfare bisogni peculiari delle Amministrazioni che non possono essere adeguatamente soddisfatti con le procedure ordinarie e che, nella specie, è stato previsto dall'Avviso per l'acquisto di forniture accessorie a quelle principali nei casi di necessità.

È per tale motivo che l'art. 12 dell'Avviso prevede che a tale eventuale "*procedura a negoziazione ristretta*" partecipino "*gli operatori economici inseriti nella graduatoria di cui all'art. 9 del presente bando*", **ossia quelli che già hanno eseguito parte della fornitura essendosi aggiudicati la procedura di cui al bando.**

Ma non è questo il caso.

Nella specie, la struttura commissariale aveva dovuto prendere atto degli esiti infruttuosi della procedura condotta ai sensi dell'Avviso e quindi aveva trattato direttamente con gli operatori proprio al fine di superare gli ostacoli che l'assetto delineato dall'Avviso stesso aveva frapposto alla riuscita della procedura e quindi all'integrale soddisfazione del fabbisogno del Ministero.

Che vi sia stato un affidamento a trattativa diretta fuori dagli schemi dell'Avviso (e del suo par. 12) è confermato:

- sia dalla circostanza che l'intenzione espressa nella Relazione del RUP e nella Determina del Commissario è successiva alle trattative poste in essere dalla Struttura Commissariale (l'offerta della Nexus Made è dell'11 agosto 2020);
- sia dalla circostanza che, nei confronti della Nexus Made, così come degli altri operatori che avevano partecipato alla procedura di cui all'Avviso del 21.7.2020, non è stata mai manifestata l'intenzione di procedere secondo tale modalità (quindi anche tenendo fermi i requisiti menzionati dall'Avviso);
- sia dalla circostanza che la Struttura ha parallelamente avviato due procedure di affidamento (anche diretto) della fornitura di banchi anche con altri operatori che non avevano partecipato alla procedura di cui all'Avviso del 21.7.2020 e addirittura con alcuni offerenti spontanei (quindi

del tutto svincolati da ogni preconditione di partecipazione alla trattativa o di volontà di apporre condizioni risolutive rispetto all'acquisto).

Le suesposte considerazioni dimostrano l'illegittimità della Relazione del RUP anche nella parte in cui afferma che *“questo RUP ha avviato, nel rispetto delle previsioni di cui al par. 12 dell'Avviso di gara, un'interlocuzione negoziale, a partire dai primi posizionatisi per ciascun Lotto, con gli operatori inserire in graduatoria”*.

Il RUP non ha mai chiarito di procedere ai sensi del predetto par. 12 né comunque dell'Avviso (circostanza che avrebbe potuto indurre la Nexus Made anche a compiere scelte diverse) né che comunque l'aver proceduto ai sensi del par. 12 comportasse la subordinazione della fornitura al rispetto delle condizioni la cui esistenza aveva comportato la necessità di superare lo schema delineato dall'Avviso stesso.

Appare comunque assurdo, illogico, irragionevole, discriminatorio che, mentre nei confronti degli operatori che hanno partecipato alla procedura dell'Avviso del 21.7.2020, la struttura abbia potuto (senza dichiararlo) ritenere di applicare i requisiti ivi previsti, invece nei confronti di terzi la stessa struttura abbia superato la necessità di imporre requisiti di partecipazione peraltro sproporzionati ed illegittimi.

Infatti proprio nell'Avviso di post informazione del 26/9/2020 dell'avvenuta aggiudicazione di contratti tramite affidamento diretto nei confronti di terzi nell'ambito di parallela procedura condotta dal Commissario, quest'ultimo ha chiaramente fatto riferimento al *“superiore interesse dell'Amministrazione di dotare, nei tempi più rapidi possibili, gli istituti scolastici dei banchi ... quali strumento atto a contenere la diffusione epidemiologica da Covid-19”* (anche al di là di ogni rigido e prefissato schema di predeterminazione di requisiti selettivi) e, quindi, consentito sia l'affidamento nei confronti di operatori che avevano partecipato ad altra procedura, i quali avevano manifestato interesse ad eseguire la fornitura *“seppur tardivamente rispetto alla summenzionata procedura”* alla quale ha partecipato la Nexus Made, sia l'affidamento diretto nei confronti di operatori che hanno effettuato *“offerte spontanee, pervenute nelle more dell'espletamento della procedura negoziata di cui innanzi”*, della fornitura di banchi scolastici concludendo contratti *“ai fini della integrale copertura dei richiamati fabbisogni”*.

Nei confronti degli operatori beneficiari di tali affidamenti non è mai stata opposta la schematica predeterminazione di requisiti funzionali al rispetto di esigenze competitive recessive rispetto

alle finalità urgentissime di soddisfacimento dei fabbisogni.

Appare assurdo, discriminatorio, contrario alle finalità realmente perseguite, dunque, che invece nei soli confronti di Nexus Made (o dei partecipanti alla procedura cui ha aderito Nexus Made) tale predeterminazione e tali requisiti abbiano assunto un rilievo insuperabile.

In tale prospettiva, dunque, si conferma l'illegittimità dei provvedimenti impugnati col ricorso e col presente atto, oltre che dell'Avviso del 21.7.2020 se interpretato nel senso di aver imposto che alla procedura di negoziazione avviata all'esito della constatazione dell'esito negativo di quella disciplinata dal bando, potessero partecipare soltanto gli operatori in possesso dei requisiti di capacità previsti dal bando medesimo (circostanza peraltro ovviamente non prevista).

Se così fosse l'Avviso sarebbe illegittimo sia perché la menzionata circostanza non è stata pedissequamente e chiaramente disciplinata e comunicata, sia comunque perché sarebbe illogico e sproporzionato, oltre che in contrasto con la disciplina normativa (anche emergenziale) che prevede – in casi peculiari, come quello *de quo* – il superamento della predeterminazione dei requisiti fissata nel bando proprio al fine di soddisfare l'interesse pubblico primario alla realizzazione della commessa (che il bando aveva impedito).

Sarebbe comunque illegittimo perché condizionerebbe un affidamento (a determinate condizioni quantitative e qualitative, delineate sulla base di presupposti definiti all'esito di una trattativa diretta) alla verifica di un requisito stabilito per la partecipazione ad una gara per un affidamento diverso, con la conseguenza che due offerte anche radicalmente diverse sarebbero legate alle stesse verifiche pur avendo origini completamente differenti.

**Condizionerebbe inoltre due affidamenti diretti di forniture analoghe (quello ai sensi del par. 12 dell'Avviso del 21.7.20 e quello assegnato agli offerenti spontanei all'esito delle trattative parallele condotte dal Commissario con terzi) a presupposti ed elementi diversi, così sottoponendo le imprese che svolgono prestazioni simili a vincoli e controlli diversi a seconda del caso.**

Con l'ulteriore – insuperabile – irrazionalità che, in una situazione di urgenza volta a soddisfare un fabbisogno nazionale strategico, si condizionerebbe un affidamento frutto di una negoziazione diretta al rispetto degli stessi requisiti previsti da un Avviso i cui contenuti hanno portato al fallimento della procedura d'acquisto dal quale è poi sortita l'esigenza della negoziazione medesima.



E infatti il Commissario risulta aver contratto anche in via diretta approvvigionandosi da terzi senza pretendere il rispetto di requisiti di capacità. Non si comprende allora perché lo stesso trattamento non debba essere riservato alla ricorrente.

**I.3.** Del resto, si ribadisce che l'affidamento alla ricorrente non è disciplinato dall'Avviso del 21 luglio 2020 (e tantomeno dal suo par. 12), ma è scaturito dagli accordi intervenuti tra il Commissario e la Nexus Made proprio una volta che la procedura condotta dal Commissario in attuazione dell'Avviso sia era conclusa con un nulla di fatto.

La menzionata procedura è stata in effetti superata a seguito della constatazione da parte del Commissario che, tramite la medesima, non sarebbe stato possibile soddisfare integralmente le esigenze rappresentate dal Ministero dell'Istruzione, sia relativamente alle quantità richieste, sia, soprattutto relativamente ai tempi di consegna.

**All'esito di tale constatazione, il Commissario ha infatti richiesto alla Nexus Made - al di fuori da ogni formalità procedurale e quindi da ogni vincolo o autovincolo – di proporre condizioni di fornitura e ha accettato queste ultime senza mai formalmente o informalmente comunicare all'impresa la volontà della struttura di subordinare l'affidamento a clausole predeterminate.**

**I.4.a.** La Società aveva ampiamente rappresentato al Commissario la situazione relativa alla fornitura, comprensiva ovviamente della capacità di produzione, allestimento e consegna della merce.

Con la comunicazione dell'11 agosto 2020 la Nexus Made aveva chiaramente e incontrovertibilmente reso edotto il Commissario della *“fattibilità reale produttiva”* dell'impegno da assumere, chiarendo che per l'approvvigionamento dei materiali non esisteva *“in commercio un prodotto pronto magazzino”* e che a tal fine (anche per ottenere i certificati ignifughi) fosse necessario *“assemblare”* il prodotto coinvolgendo *“alla fonte diverse realtà di fabbricazione”*.

Quindi la Società rappresentava le criticità connesse e stimava i tempi di consegna, indicando il prezzo offerto.

L'affidamento del 12 agosto 2020 è intervenuto su tali presupposti, del tutto diversi da quelli delineati nell'Avviso, frutto di una trattativa diretta precedente alla relazione del RUP rispetto alla quale non possono ritenersi vincolanti le prescrizioni apposte all'insaputa della Nexus Made.

**I.4.b.** Alla luce di tali considerazioni è assurdo che il RUP e il Commissario – senza informare l'affidatario – abbiano subordinato l'affidamento alle stesse condizioni che avevano portato al fallimento della procedura e all'attivazione della trattativa diretta.

Che comunque il RUP e il Commissario non potessero ritenersi vincolati ai requisiti indicati dall'Avviso – e che quindi non potessero subordinare gli affidamenti al rispetto dei requisiti ivi menzionati – deriva anche dalla circostanza che la struttura commissariale aveva ormai deciso di abbandonare la griglia dei requisiti speciali di partecipazione originariamente fissati e quindi di soprassedere dalla fase di verifica precedente all'aggiudicazione che si era autovincolata a rispettare con l'Avviso.

L'Avviso assegnava infatti alla Commissione di gara il compito di esaminare la documentazione amministrativa dei possibili aggiudicatari dopo l'esame delle offerte tecniche ed economiche e quindi successivamente alla definizione della graduatoria provvisoria ma prima dell'aggiudicazione (*cf.* § 9 dell'Avviso). Invece, nella specie, il Commissario ha affidato direttamente la fornitura alla Nexus Made dopo che quest'ultima aveva declinato le sue condizioni, invitandola a stipulare il contratto prescindendo da ogni valutazione sui requisiti di capacità che quindi non poteva ribaltare in danno dell'impresa con le modalità illegittime di cui s'è detto nel ricorso.

**I.5.** La menzionata modalità di contrattazione è peculiare, ma è riconosciuta al Commissario dall'art. 2, comma 3, del D.L. 16 luglio 2020 n. 76, che lo abilita a condurre la procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara di cui all'art. 63 del D.Lgs. n. 50/2016 (in particolare, al comma 2, lett. a), proprio qualora “*non sia stata presentata alcuna offerta o alcuna offerta appropriata, né alcuna domanda di partecipazione o alcuna domanda di partecipazione appropriata, in esito all'esperimento di una procedura aperta o ristretta*”, laddove “*una domanda di partecipazione non è ritenuta appropriata se l'operatore economico interessato deve o può essere escluso ai sensi dell'articolo 80 o non soddisfa i criteri di selezione stabiliti dall'amministrazione aggiudicatrice ai sensi dell'articolo 83*”.

La *ratio* della procedura in questione è dunque proprio quella di superare le difficoltà prodotte dalla precedente fissazione, nel bando di gara, di requisiti di partecipazione di cui all'art. 83 (fra cui le capacità economica e finanziaria e le capacità tecniche e professionali), il cui rispetto è ostativo al perseguimento dell'interesse della Stazione appaltante alla rapida conduzione

dell'appalto.

È quindi illegittimo, anche in tale prospettiva, interpretare l'art. 12 dell'Avviso nel senso di aver reintrodotta la valenza dei requisiti che proprio tale procedura intende superare.

**I.6.** La determinazione del Commissario di *“dare avvio alle verifiche del possesso dei requisiti richieste dal RUP”* e quindi di subordinare le forniture al possesso dei requisiti di cui all'Avviso, inclusa quindi anche quella relativa ai requisiti di capacità tecnica ed economica degli offerenti, è **altresì il frutto dell'illogicità e della contraddizione intrinseca della Relazione del RUP.**

Nella sua Relazione il RUP dà atto che *“la Commissione di gara, nell'espletamento della propria attività valutativa, ha rilevato alcune carenze in capo gli operatori ammessi a valutazione circa la comprova del rispetto delle normative UNI EN vigenti per le rispettive tipologie e categorie di prodotti, nonché di ulteriori requisiti minimi di sicurezza previsti dall'Avviso di gara, rimettendo al RUP ogni più opportuna valutazione”* e che *“gran parte degli operatori inseriti nella graduatoria per ciascun Lotto non è in grado di rispettare le tempistiche vincolanti indicate nell'Avviso”*.

L'accertamento delle delineate circostanze avrebbe dovuto condurre il RUP e poi il Commissario ad interrompere la procedura di cui all'Avviso e procedere diversamente (come infatti riteniamo che sia avvenuto).

Invece il RUP ha ritenuto – *“proprio in considerazione del rischio di non poter assicurare l'integrale soddisfacimento dei fabbisogni comunicati dal Ministero”* – di proseguire la procedura di cui all'Avviso e attivare (*rectius*, ratificare), su presupposti sbagliati per quanto detto innanzi, un'interlocazione negoziale con gli operatori inseriti nella graduatoria.

Ma tale interlocazione non poteva rimanere ancorata agli schemi dell'Avviso a meno di incorrere in palese contraddizione e soprattutto non poteva subordinare la fornitura alle previsioni che avevano condotto alla constatazione del RUP sia della carenza di requisiti in capo agli operatori sia dell'impossibilità di rispettare i termini previsti dall'Avviso.

## II

**II.** Per le suesposte considerazioni e per tutte quelle articolate nel ricorso introduttivo, da intendersi qui interamente trascritto, si conferma l'illegittimità della motivazione assunta dal Commissario a sostegno della revoca della fornitura alla Nexus Made (per la presunta e inesistente carenza dei predetti requisiti di partecipazione e per le modalità del relativo

accertamento).

## **II.1. L'esame della documentazione depositata dal Commissario dimostra la dedotta illegittimità per un altro motivo.**

Nel ricorso s'è censurata l'illegittimità della revoca della fornitura per l'accertata, ma illegittima, ritenuta carenza dei requisiti in capo alla Nexus Made, per violazione del principio del soccorso istruttorio.

**II.2.** Oltre che per le ragioni dedotte nel ricorso, il soccorso era doveroso anche per quanto affermato dalla Commissione di gara, che il RUP ha disatteso pur avendo ancorato la determinazione di revoca agli accertamenti svolti dalla stessa Commissione.

Infatti la Commissione aveva segnalato che, per Nexus Made, *“pur avendo dichiarato la conformità dei requisiti a quelli richiesti nell'Avviso, non si rinviene documentazione comprovante la conformità ai CAM, nonché le certificazioni comprovanti il rispetto delle norme Uni En vigenti per la tipologia del prodotto ... la Commissione segnala dette circostanze al RUP della Stazione appaltante al fine di richiedere, all'esito della fase valutativa, la comprova dei requisiti tecnici essenziali a chiarimento dell'offerta”*.

Quindi persino la Commissione di gara aveva sottolineato l'esigenza di interloquire con l'operatore al fine di consentirgli di dimostrare la sua capacità di effettuare la commessa.

Anche alla luce di tale circostanza è illegittima la scelta del Commissario, una volta ritenuta insufficiente l'elencazione fornita dall'impresa in sede di partecipazione all'Avviso del 21.7.2020 o carente l'illustrazione contenuta nella domanda, di non chiedere chiarimenti o di non assegnare un termine, anche breve, per integrare le dichiarazioni o chiarire i dubbi in ordine ai requisiti della Società.

Né del resto la Relazione o la determina di affidamento hanno previsto nulla in contrario.

## **III**

**III.1.** La subordinazione della fornitura al possesso dei requisiti delineati nell'Avviso – contenuta nella Relazione e nella determina di affidamento non comunicata all'affidataria – è illegittima anche **per violazione degli artt. 1175, 1337, 1338 e dei principi di buona fede precontrattuale** che impongono che le parti, già nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, si comportino secondo buona fede e che comportano che la violazione dell'obbligo di chiarezza e informazione determini una responsabilità precontrattuale.

Una volta terminata la procedura con un nulla di fatto, il Commissario ha richiesto alla società di formulare una nuova proposta e ha affidato la fornitura alla Nexus Made sulla scorta dell'offerta (che la società ha iniziato ad eseguire come noto alla Struttura).

In tale situazione, subordinare – riservatamente – l'affidamento a requisiti non espressamente richiamati nelle interlocuzioni tra le parti viola i principi di buona fede menzionati innanzi ed è comunque illogico e contraddittorio rispetto alla valutazione svolta in ordine al superamento dell'offerta dei concorrenti in gara (quella sì ancorata agli schemi dell'Avviso) e alla trattativa diretta con gli stessi al di là degli schemi predeterminati.

La circostanza che la ricorrente apprenda solo *ex post* tali informazioni dimostra la scorrettezza della conduzione della procedura e avvalorata la fondatezza della censura articolata nel ricorso sull'illegittimità del sistema di qualificazione congegnato nell'Avviso e ripreso dagli atti impugnati, che – tenuto conto anche delle relevantissime implicazioni che comporta sugli offerenti, sull'interesse pubblico e sulle correlate esigenze del sistema scolastico di dotarsi quanto prima dei banchi per garantire il distanziamento sociale all'interno delle proprie istituzioni – devia senza dubbio dalle norme e dai principi che informano il sistema dell'evidenza pubblica e dalla fondamentale esigenza di certezza che si deve agli operatori economici che si impegnano (sotto diversi profili) nei confronti dell'amministrazione.

Per questa ragione è scorretta l'interpretazione, complessivamente assunta dal Commissario, relativa ai requisiti di capacità tecnica ed economica.

La subordinazione successiva alla trattativa e all'affidamento al possesso di un *mix* di requisiti predeterminati dal Commissario – assieme alla posticipazione della loro valutazione persino all'avvio dell'esecuzione, con la rimessione di un giudizio sostanzialmente in bianco alla stazione appaltante – è infatti gravemente carente di oggettività, oltre che foriera di strumentalizzazioni e distorsioni e, pertanto, è illegittimo, soprattutto alla luce della concreta applicazione che il Commissario ne ha dato in occasione della verifica sulla ricorrente.

Tanto urta frontalmente anche con il principio, di matrice eurolunitaria, del legittimo affidamento posto che la radicale mancata pubblicità (o per meglio dire, la mancata "evidenza" al mercato circa le decisioni assunte dal RUP e Commissario e qui contestate) ha indotto la Nexus Made a ritenere che si fosse perfezionato l'affidamento della fornitura e che, di conseguenza, occorresse far fronte a tutte le ordinazioni propedeutiche all'avvio immediato della fornitura così da

garantire, nei ristrettissimi termini previsti, la consegna degli arredi scolastici.

#### IV

##### **Istanza risarcitoria e/o di indennizzo ex art. 21 *quinquies* l. 241/90**

Quanto evidenziato con il presente atto di motivi aggiunti rende ancor più evidente la responsabilità colpevole del Commissario straordinario e delle altre amministrazioni intimare per i danni subiti e subendi dalla Nexus Made in ragione della disposta revoca e della conseguente interruzione delle trattative per la fornitura di arredi scolastici.

Nel rinviare all'istanza risarcitoria e/o di indennizzo che accompagna il ricorso introduttivo (che qui deve intendersi integralmente richiamata e trascritta), l'odierna deducente insiste per il riconoscimento del diritto:

- al **risarcimento in forma specifica**, con condanna del Commissario a concludere il contratto di appalto con la Nexus Made, anche – ove occorra – previa declaratoria di inefficacia del contratto *medio tempore* stipulato con altro operatore economico e conseguente subentro dell'odierna deducente anche eventualmente nella parte residua di prestazioni;

- in subordine alla domanda di reintegrazione in forma specifica, al **risarcimento per equivalente monetario di cui ai motivi e alle quantificazioni indicate ai §§ VII.2, VII.3 e VII.4 del ricorso introduttivo ovvero all'indennizzo di cui al motivo e relativa quantificazione indicato al § VII.5 del ricorso introduttivo**, da valersi anche in caso di impossibilità di esecuzione del contratto, sussistendo sia la colpa dell'Amministrazione, sia il nesso di causalità tra il comportamento colposo e l'evento danno.

#### V

##### **Istanza ex art. 116 comma 2 c.p.a**

**V.1.** Come anticipato nel ricorso introduttivo, con nota del 18/9/2020, la Nexus Made ha presentato istanza di accesso a tutta la documentazione della procedura d'acquisto dei banchi: sia di quella relativa all'Avviso del 21 luglio 2020, sia di quella relativa alla trattativa diretta condotta dal RUP e dal Commissario.

Tuttavia, la struttura commissariale non ha fornito alcun riscontro, salvo depositare in giudizio – per quanto di interesse ai fini dell'accesso – i verbali di gara nn. 1, 2, 3 e 4, la relazione RUP del 12/8/2020 e il Decreto del commissario straordinario di affidamento della fornitura del 13/8/2020.

Pertanto l'istanza di accesso del 18/9/2020 risulta ad oggi inevasa con riferimento ai seguenti documenti: **1.** l'integrale contenuto della documentazione (sia amministrativa, sia tecnica, sia economica) presentata dalle (14) ditte offerenti, anche successivamente all'offerta formale in gara e in fase di trattativa riservata; **2.** la nota (e gli atti ad essa presupposti e connessi) di presa d'atto – menzionata al punto I) delle premesse della bozza di contratto trasmessa alla Nexus Made S.r.l. – che non sarebbe stato possibile soddisfare integralmente le esigenze rappresentate dal Ministero dell'Istruzione, sia relativamente alle quantità richieste, sia, soprattutto, relativamente ai tempi di consegna, per cui è stata attivata la procedura di cui al punto 12 dell'Avviso di indizione della gara; **3.** La determina, se esistente, relativa all'attivazione della procedura di cui al punto 12 dell'avviso di indizione di gara (ulteriori fabbisogni) menzionata al punto I) delle premesse della bozza di contratto; **4.** tutti gli atti – nessuno escluso – di cui alla procedura ristretta menzionata ai precedenti paragrafi, curata dal RUP, indicata al punto n) delle premesse della bozza di contratto; **6.** La nota del Commissario al Ministro dell'Istruzione, recante l'indicazione sull'andamento della gara e la nota del 12 agosto 2020 del Ministro dell'Istruzione, indicata al punto p) delle premesse della bozza di contratto; **7.** tutte le note relative alle interlocuzioni tra gli operatori economici affidatari della fornitura e il RUP, menzionate al punto q) delle premesse della bozza di contratto; **8.** tutte le note di comunicazione ai partecipanti degli esiti della procedura, menzionate al punto r) delle premesse della bozza di contratto; **9.** Piani delle Consegne allegati a tutti i contratti stipulati e in corso di stipula, menzionati al punto s) delle premesse della bozza di contratto; **10.** la documentazione relativa alla verifica del possesso dei requisiti prescritti e dichiarati da ciascun concorrente affidatario della procedura; **11.** le note recanti “indicazioni del Ministero dell'Istruzione circa i due componenti da questo designati” per la valutazione delle offerte; **12.** gli atti relativi alla designazione del Comitato Tecnico Scientifico istituito presso il Dipartimento della Protezione civile, dei due componenti della Commissione di gara; **13.** i curricula di tutti i componenti la Commissione di gara; **14.** ogni altro atto e provvedimento presupposto, connesso e/o collegato alla procedura in oggetto, nonché ogni ulteriore determinazione nelle more eventualmente adottata dalla Stazione appaltante.

**V.2.** Tanto chiarito, sussistono tutti i requisiti di legge per concedere l'ostensione alla documentazione richiesta dalla Nexus Made atteso che:

- l'odierna ricorrente è titolare di un interesse attuale, concreto e diretto, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata ai documenti dei quali è stato richiesto l'accesso, così come richiesto dalla normativa e dalla giurisprudenza amministrativa di riferimento. Vi è infatti che la Nexus Made S.r.l. ha partecipato non solo alla procedura indetta con avviso del 21/7/2020 dal Commissario Straordinario, ma anche (e soprattutto) alla successiva trattativa diretta; opzione seguita dal Commissario dopo aver constatato che non sarebbe stato possibile soddisfare integralmente le esigenze del Ministero. Pertanto la Nexus Made S.r.l. è sicuramente titolare di una posizione giuridica tutelata e collegata ai documenti dei quali è stato richiesto l'accesso, vieppiù considerando che la struttura commissariale aveva proceduto ad inviare all'odierna ricorrente, per ben due volte, la bozza del contratto definitivo e che questo è stato poi sottoscritto con altre imprese senza alcuna evidenza delle trattative ivi compiute;

- la documentazione richiesta è quindi funzionale a verificare l'effettivo andamento del complesso sistema di approvvigionamento improntato dalla struttura commissariale e delle interlocuzioni con il Ministero dell'Istruzione (beneficiario della fornitura), delle modalità di affidamento e di verifica dei requisiti eventualmente eseguite con riferimento alle altre imprese destinatarie dei contratti di fornitura e, quindi, più specificatamente, per tutelare e difendere gli interessi giuridici della ricorrente anche alla luce dei motivi proposti in questa Sede giurisdizionale;

- la documentazione richiesta non rientra nemmeno tra gli atti per i quali la normativa vigente prevede ipotesi di differimento ovvero limitazione all'accesso.

Di qui, dunque, la palese illegittimità del comportamento tenuto dalla struttura commissariale che ha negato l'accesso alla ricorrente in completa violazione delle disposizioni di cui agli artt. 22 e ss. 241/1990, 5 e ss. d.lgs. n. 33/2013 e 53 del d.lgs. n. 50/2016, soprattutto in considerazione delle evidenziate esigenze difensive, poi confermate dalla proposizione dell'odierno giudizio.

**V.3.** Per quanto riguarda l'esigenza di garantire una corretta instaurazione del contraddittorio nei confronti di tutti i soggetti controinteressati alla presente istanza *ex art. 116 c.p.a.* [come rilevato anche da codesto Ill.mo TAR con l'Ordinanza n. 11695/2020, sebbene si tratti di profilo che assume rilevanza limitatamente alla documentazione afferente le altre imprese partecipanti], si deve osservare che sulla base degli atti a disposizione di Nexus Made S.r.l. (dai quali emergono



solo nominativi, nemmeno completi, di controinteressati, privi di dati funzionali alla esatta individuazione dell'identità dei medesimi: es. c.f., p.iva, sede legale, ecc.) e dinanzi all'immotivato rifiuto della struttura commissariale di concedere l'accesso richiesto, la ricorrente ha potuto individuare solo alcune delle imprese controinteressate all'accesso, alle quali – peraltro – è stato pure notificato il ricorso introduttivo.

A fronte di tale **oggettiva impossibilità**, analogamente a quanto avvenuto con il ricorso introduttivo, si procederà alla notifica del presente atto alle imprese che è stato possibile identificare con certezza. Per l'integrale instaurazione del contraddittorio nei confronti di altre ditte controinteressati, si rivolge dunque fin da ora istanza *ex art. 41, co. 4, c.p.a.* affinché codesto Ecc.mo TAR autorizzi la notificazione per pubblici proclami dell'istanza di accesso in corso di causa nonché ove necessario del ricorso e dei motivi aggiunti, anche mediante pubblicazione sulla pagina dell'amministrazione trasparente del Commissario o sui siti istituzionali delle Amministrazioni resistenti o con tutte le altre modalità che l'Ill.mo TAR vorrà prescrivere.

## VI

### Istanza cautelare

Si insiste altresì nella domanda cautelare articolata nel ricorso, rappresentandosi che il *periculum* si aggrava con il trascorrere del tempo, cui corrisponde la riduzione delle *chance* di aggiudicarsi la commessa cui la Nexus Made ha diritto.

#### ***P.Q.M.***

con riserva di ulteriormente precisare, argomentare ed eccepire, nonché di ogni ulteriore azione, anche di natura risarcitoria,

#### ***SI CONCLUDE***

- in via cautelare, per la concessione di idonea misura cautelare ed in particolare, per la sospensione dei provvedimenti impugnati;
- nel merito, per l'accoglimento del ricorso introduttivo e dei presenti motivi aggiunti e di ogni correlata istanza, inclusa quella quella risarcitoria e di indennizzo, con ogni conseguenza di legge;
- nel merito ai sensi dell'art. 116, co. 2, c.p.a., per la declaratoria di illegittimità del silenzio serbato dal Commissario straordinario sull'istanza di accesso della Nexus Made S.r.l. del

18/9/2020 e per il conseguente accertamento del diritto della ricorrente a prendere visione e ad acquisire copia di tutta la documentazione meglio indicata in narrativa, con condanna ai danni del Commissario straordinario e delle altre amministrazioni intimare di esibire la documentazione richiesta, anche previa autorizzazione alla notificazione del presente atto contenente l'istanza ex art. 116 co. 2, c.p.a. per pubblici proclami.

Con vittoria di spese, diritti e onorari, con ogni salvezza.

Ai sensi del DPR 115/02 si dichiara che il contributo è dovuto nella misura di euro 6.000 trattandosi di controversia di valore di oltre euro € 44 mln.

Roma, 17 novembre 2020

Avv. Tommaso Pallavicini

Avv. Giorgio Leccisi