

ECC.MO TAR LAZIO - ROMA

Ricorso

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 presente atto, 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.;

per l'annullamento, previa concessione di idonee misure cautelari

- 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;
- della nota prot. 1319 del 4.9.2020 del Commissario Straordinario;
- delle verifiche poste in essere dal RUP sui requisiti della Nexus Made s.r.l.;
- 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;
- delle risposte alle richieste di chiarimento;
- 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;

- 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.

Fatto

1. Con Avviso pubblicato in GUUE in data 21.7.2020 (d'ora innanzi, anche, "l'Avviso") il Commissario straordinario per l'attuazione e il coordinamento delle misure occorrenti per il contenimento e contrasto dell'emergenza epidemiologica Covid-19, nominato con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 18.3.2020 ai sensi dell'art. 122 del D.L. 18/2020, conv. in L. 27/2020 (d'ora innanzi, anche, "il Commissario"), ha indetto la procedura di gara aperta semplificata e di massima urgenza per l'acquisizione e distribuzione agli istituti scolastici statali dislocati in tutto il territorio nazionale di oltre tre milioni di arredi scolastici distinti in due lotti: Lotto A) fino a 1.500.000 di banchi scolastici monoposto nella tipologia tradizionale e fino a 700.000 sedute tradizionali per detti banchi e Lotto B) fino a 1.500.000 sedute scolastiche attrezzate di tipo innovativo (**doc.1**).

2. L'Avviso prevedeva che le offerte indicassero il lotto prescelto, nonché le quantità della fornitura e l'ambito territoriale d'interesse, non inferiore alla Regione o Provincia autonoma.

Secondo la prima versione dell'Avviso, il termine per l'imballaggio, il trasporto, la consegna e il montaggio dei prodotti offerti era previsto al 31 agosto 2020.

In data 24 e 28 luglio 2020 sono state apportate rettifiche al predetto Avviso (**doc.2**).

Con la rettifica del 24 luglio 2020 è stato modificato il punto 5 relativo ai requisiti di partecipazione.

Con la rettifica del 28 luglio 2020 il Commissario ha specificato che il termine per l'imballaggio,

il trasporto, la consegna e il montaggio dei prodotti offerti era stato posticipato all'8 settembre 2020 e che *“il ritardo massimo consentito per l'adempimento delle condizioni contrattuali e, in particolare, per la consegna dei prodotti, di cui al punto 13 dell'Avviso di indizione di gara, “Clausola di risoluzione immediata”, e al punto II punto 5, “Penali”, dell'Allegato 5 – Condizioni Specifiche di Contratto è ridotto da “sette” a quattro giorni, decorrenti dal nuovo termine previsto per l'adempimento delle prestazioni (8 settembre 2020), con conseguente proroga, di fatto, del termine ultimo di ritardo tollerato per la consegna dei prodotti dal 7 settembre 2020 al 12 settembre 2020”*.

Nel frattempo il Commissario pubblicava anche i chiarimenti in risposta alle FAQ presentate dagli interessati (**doc.3**).

3. Con nota n. 1393 del 4 agosto 2020 il Ministero dell'Istruzione ha comunicato l'esito della rilevazione dei fabbisogni delle scuole, successivamente dettagliati con il prospetto analitico del 10 agosto 2020 contenente l'indicazione per ciascuna istituzione scolastica ed educativa di: *i*) tipologie e quantità dei beni richiesti; *ii*) elenco dei plessi scolastici interessati con i relativi indirizzi di consegna; *iii*) referente di ciascuna istituzione scolastica per la procedura di consegna.

4. Entro il termine del 5 agosto 2020 risultano pervenute n. 14 offerte in gara, tra cui quella della Nexus Made s.r.l. (d'ora innanzi, anche, “Nexus Made”, la “Società” o la “ricorrente”).

In particolare, la Società ha presentato offerta in data 29 luglio 2020 per il solo lotto A) e per il seguente ambito territoriale: Regione Abruzzo, Regione Lazio, Regione Umbria, proponendo la fornitura, al prezzo unitario di euro 330,00, di 200.000 banchi ad altezza variabile con possibilità di applicazione di ruote per facilitare gli spostamenti, con il prezzo unitario di euro 1,72 per il servizio aggiuntivo di ritiro dei banchi e sedie complementari usati e relativo conferimento ad impianti di recupero o di smaltimento nel medesimo ambito territoriale della fornitura (**doc.4**).

5. La Commissione di gara all'uopo nominata si è riunita in data 5, 6, 7 e 10 agosto 2020 e risulta aver ammesso alla valutazione tecnica ed economica n. 10 operatori, di cui 5 per il lotto A) e 5 per il lotto B) (**doc.5**).

6. Terminata la procedura di gara di cui all'Avviso, il Commissario ha fatto sapere di aver constatato che non sarebbe stato possibile soddisfare integralmente le esigenze del Ministero sia relativamente alle quantità richieste sia soprattutto relativamente ai tempi di consegna.

7. Conseguentemente la menzionata procedura è stata abbandonata (con tutti gli atti e le valutazioni posti in essere) ed il Commissario (dott. Domenico Arcuri) e il RUP (dott. Antonio Fabbrocini) hanno condotto trattative dirette con le imprese interessate.

A tal fine hanno contattato la Nexus Made per le vie brevi richiedendole di presentare una nuova proposta, diversa rispetto all'offerta presentata in gara per contenuti e caratteristiche principali.

In particolare, la Nexus Made è stata sollecitata a cambiare sia l'ambito territoriale della fornitura, sia le misure dei banchi, sia il prezzo offerto: a modificare, dunque, radicalmente gli elementi essenziali dell'impegno che aveva ipotizzato in sede di partecipazione alla procedura indetta con l'Avviso del 21.7.2020.

A tal fine la Società veniva richiesta di meditare in ordine alla fattibilità della produzione che scaturiva dalle nuove esigenze del Commissario.

8. Con nota dell'11 agosto 2020, che si riporta nei suoi contenuti essenziali, la Nexus Made rappresentava che, all'esito di riflessioni interne e *“di confronti con alcune società terziste a supporto della nostra produzione”*, la Società era giunta alla *“conclusione della fattibilità reale produttiva intesa come cadenza settimanale, in imballo franco stabilimento pari a numero oscillante tra i 20.000/22.000 pezzi”*, sottolineando che *“discorso più complesso è rappresentato dall'approvvigionamento dei materiali in special modo quelli lignei, non esistendo in commercio un prodotto pronto magazzino se non in quantità veramente limitatissima e di chissà quale colorazione”* e che *“al fine di ottemperare alle caratteristiche richieste e ottenere il certificato ignifugo in classe 1, lo stesso necessita d'essere “assemblato””*.

Comunicava inoltre che, *“di conseguenza bisogna coinvolgere alla fonte diverse realtà di fabbricazione (legno, laminato, collante)”*. Rappresentava altresì che *“un'altra complessità è dovuta alla capacità produttiva di quest'ultime per coprire il notevole fabbisogno ... laddove purtroppo incide sia il periodo attuale di chiusura estiva che il piano programmatico di produzione dalle fabbriche già determinato alla loro riapertura”*, e che, *“ci costa ammetterlo, ma purtroppo questo processo non è sotto nostro controllo diretto e comunque dopo diversi scambi comunicativi siamo arrivati a determinare che le prime consegne dei materiali necessari a soddisfare il minimo fabbisogno produttivo settimanale come sopra indicato, non avverrà prima della 39° settimana e seguirà con cadenza settimanale sino a fornitura completa”* (intendendosi per 39° settimana quella dal 21 settembre al 27 settembre).

In tale situazione, rappresentava di aver rivisto il “*prezzo finito del manufatto comprensivo della certificazione ignifuga classe 1 e correlato di garanzia contro i difetti di fabbricazione come previsto dalla normativa vigente, compresa un’ulteriore estensione di altri 2 anni*” e proponeva “*il prezzo finale franco nostro stabilimento comprensivo di sconto a Voi accordato di € 217,30 (duecentodiciassette/30) cadauno*” chiarendo che “*per quanto riguarda la logistica, essa comprende il trasporto, il montaggio eseguito da nostri tecnici qualificati svolto in regime d’orario diurno, comprensivo del ritiro del materiale sostituito giacente in loco re relativo smaltimento tracciabile è pari a € 30,50 (trenta/50) cadauno*” **(doc.6)**.

9. Così definiti i presupposti della fornitura da parte della Nexus Made, la struttura Commissariale faceva sapere di accettare le condizioni proposte sulla dimensione dei banchi, sul numero di pezzi e sul prezzo unitario per banco, oltre che sull’ambito regionale di consegna.

L’accordo si è concretizzato nel provvedimento di affidamento della commessa da parte del Commissario del 12 agosto 2020, col quale veniva altresì approvata la relazione del RUP di proposta di aggiudicazione all’esito della procedura ristretta curata dallo stesso RUP e il superamento della precedente valutazione discrezionale delle offerte.

10. In data 13 agosto 2020 è pervenuta alla Nexus Made una comunicazione, di trasmissione di un contratto, che invitava la Società a “*compilare e verificare i dati anagrafici dei firmatari della società nonché [a] restituire il documento firmato digitalmente dal legale rappresentante*” **(doc.7)**.

Nel documento contrattuale veniva specificato che “*con il presente contratto, il Commissario intende, pertanto, stipulare con la Società indicata in epigrafe l’appalto per la fornitura di banchi di tipologia ad altezza variabile, particolarmente funzionali ad un utilizzo flessibile, in quanto dotati di requisiti prestazionali in grado di soddisfare più agevolmente i fabbisogni segnalati dal Ministero dell’Istruzione, destinati agli istituti scolastici presenti nel territorio nazionale compatibilmente con i limiti quantitativi dell’offerta, con le tempistiche ed i quantitativi di cui all’articolo 3, paragrafo 3.2*” (punto t) delle premesse al contratto).

L’art. 3.2. del Contratto prevedeva in particolare la fornitura di complessivi 180.000 banchi nella tipologia ad altezza variabile, da consegnarsi entro il 12 settembre 2020 per 20.000 banchi ed entro il 31 ottobre 2020 per 160.000 banchi, delle seguenti dimensioni 50x60 cm (P,L) n. 80.128 e 50x70 cm (P,L) n. 99.872.

Il prezzo unitario convenuto, riportato all'art. 4 del contratto, era di euro 247,80 per ciascun banco monoposto, mentre l'ambito regionale di consegna era specificato nel Piano di consegna allegato al contratto.

11. In data 17 agosto 2020 il RUP ha trasmesso via mail alla Nexus Made il “*Piano di Distribuzione ed il Riepilogo Quantità Misure Tempi relativi alla vostra fornitura, che sarà parte integrante del contratto*” (che contemplava le Regioni Abruzzo, Lazio, Liguria e Sicilia con la specificazione di una certa quantità di banchi per ciascuna Regione, provincia, città ed istituto scolastico) specificando che “*il piano potrebbe subire delle modifiche entro il 24 agosto, interne alle distribuzioni regionali*” e che “*potrebbe presentare alcune variazioni in termini di quantità per dimensione del banco e delle sedie rispetto alla tabella allegata al contratto*” **(doc.8)**.

12. In data 26 agosto 2020, in ragione delle predette variazioni, la Segreteria del Commissario ha trasmesso ulteriore versione del contratto firmata dal Commissario (doc.9).

In quest'ultima versione del documento contrattuale il Commissario aveva introdotto, all'art. 3.2, dopo l'indicazione del numero e delle caratteristiche dei banchi, la specificazione che “*in ogni caso, secondo successive indicazioni saranno stabilite le specifiche dimensioni dei banchi e delle sedute sopra indicati*”.

13. Pur non essendo a ciò richiesta dal Commissario né da nessuna disposizione legge o di contratto, in data 28 agosto 2020 la Nexus Made ha trasmesso al Commissario e al RUP copia per immagini del prototipo destinato alla produzione e distribuzione **(doc.10)**.

Nel contempo, in ragione dei contatti intervenuti, della fase avanzatissima della procedura negoziale, della tempistica della riapertura delle scuole, dell'importanza della commessa, nonché dei termini indicati dal contratto per l'esecuzione della fornitura, anche a pena di risoluzione, la Società ha avviato le complesse operazioni necessarie all'adempimento delle prestazioni richieste dal Commissario incluse le subforniture necessarie per consegnare i prodotti nei tempi concordati con la struttura Commissariale (con l'assunzione dei relativi rilevanti impegni economici correlati).

14. In data 1° settembre 2020 la Società ha ricevuto una comunicazione del “Team Riapertura Scuole” della struttura commissariale, con la quale veniva trasmesso il “*piano di distribuzione aggiornato*” con la previsione di una fornitura complessiva di banchi pari a 173.916 da

consegnare negli istituti scolastici, secondo le diverse tipologie indicate, e l'introduzione di un criterio di priorità nelle consegne (scuole primarie, scuole secondarie di I grado e istituti comprensivi, istituti omnicomprensivi, scuole secondarie II grado) (**doc.11**).

Con tale comunicazione si richiedeva di restituire il file allegato con l'indicazione delle date di consegna previste per ciascun istituto e, comunque, l'indicazione, entro il mercoledì 2 settembre, delle date per le consegne previste entro il 15 settembre.

15. In data 2 settembre 2020 la Nexus Made ha trasmesso al RUP copia della polizza fideiussoria richiedendo, considerata l'importanza dell'impegno, il nulla osta della Stazione appaltante prima della relativa stipula (**doc.12**).

In pari data il RUP ha riscontrato la Nexus Made assicurando che il testo della polizza da quest'ultima proposto era corretto ed anzi richiedendo di integrare la documentazione a corredo della polizza (**doc.13**).

16. Inoltre, sempre in pari data, il RUP ha informato la Nexus Made dell'avvio delle verifiche antimafia nei suoi confronti, richiedendo l'invio della relativa documentazione (**doc.14**).

La Società ha ottemperato a tale richiesta il giorno successivo (**doc.15**).

17. In data 3 settembre 2020, facendo seguito ai contatti telefonici intercorsi, la Nexus Made ha inviato al team del Commissario il Piano Consegne della fornitura dei mesi di settembre e ottobre 2020 (**doc.16**).

18. In data 4 settembre 2020, la Nexus Made ha aggiornato il Piano Consegne e ha richiesto informazioni su alcune modalità di consegna e sull'emissione dei documenti di trasporto, anche in relazione agli istituti sede dei seggi elettorali (**doc.17**).

19. Del tutto inaspettatamente, con nota prot. 1319 del 4.9.2020, il Commissario ha fatto pervenire una comunicazione nella quale affermava che *“il prototipo per la produzione”*, inviatogli una settimana prima, *“non corrisponde al bene oggetto dell'offerta tecnica”* (relativamente al *“banco di altezza variabile: da cm 74 a cm 85”*) e che *“pertanto il contratto inviatovi in data 26 agosto è da considerarsi come mai inviato e da noi formalmente disconosciuto”*. Contemporaneamente (e contraddittoriamente rispetto all'affermazione di non corrispondenza del prototipo con l'offerta tecnica), il Commissario richiedeva, sul presupposto di dover *“procedere ad ulteriori approfondimenti”*, la consegna *“con la massima urgenza, entro e non oltre 5 giorni naturali e consecutivi”* del *“prototipo del banco con la necessaria*

documentazione tecnica, la documentazione comprovante la conformità ai CAM, nonché le certificazioni comprovanti il rispetto delle norme Uni En vigenti per la tipologia di prodotto”, avvertendo che “il mancato rispetto del suddetto termine determinerà l’interruzione automatica della trattativa” (doc.18).

20. Con comunicazione di pari data, la Nexus Made forniva tempestivo riscontro alla nota prot. n. 1319, per ribadire la disponibilità (già manifestata nelle comunicazioni del 28 agosto 2020) a consegnare i prototipi dei banchi all’indirizzo e secondo le modalità che il Commissario le avrebbe indicato (**doc.19**). Faceva inoltre presente che *i) l’altezza variabile dei banchi con l’escursione citata dal Commissario si riferiva all’offerta di gara e non a quella successivamente elaborata e alle richieste della struttura commissariale; ii) il modulo comunque consentiva “un’ulteriore escursione dell’altezza rispetto alle diverse tipologie, come da Vostra richiesta”; iii) un altro prototipo era in corso di certificazione da parte di un’azienda di certificazione che stava regolando l’intero processo produttivo “per facilitare e accelerare l’ottenimento del necessario certificato”; iv) la Società era “già in possesso delle idonee certificazioni ignifughe e di basso impatto ambientale”, mentre le “dichiarazioni di conformità” saranno “rilasciate dai produttori delle materie prime unitamente all’emissione delle fatture”; v) la Società era “totalmente impegnata nella fase produttiva (allegato B) e di pianificazione della logistica, pur non avendo ancora sottoscritto nessun documento formale tra le parti”.*

21. In data 5 settembre 2020 la Nexus Made chiedeva sollecito riscontro alla comunicazione del giorno precedente *“al fine di comprendere se mantenere o sospendere provvisoriamente i cicli produttivi già intrapresi” (doc.20).*

22. In data 6 settembre 2020, il RUP – senza rispondere a tale richiesta – si limitava a ribadire di essere *“in attesa del prototipo e della documentazione tecnica” (doc.21).*

23. In data 7 settembre 2020, la Nexus Made dava ulteriore riscontro al RUP affermando che, come già indicato in precedenza, *“il prototipo è da tempo disponibile”* assieme *“alle certificazioni disponibili”* e richiedeva nuovamente di conoscere *“il luogo, il giorno e l’orario di consegna ed eventuale referente” (doc.22).*

24. In data 8 settembre 2020, cioè il giorno prima della scadenza del termine dei 5 giorni, assegnato dal Commissario, per la consegna del prototipo, la Nexus Made sottolineava che, pur avendo dato ampia e tempestiva disponibilità, non aveva ancora ricevuto indicazione del luogo e

delle modalità della relativa consegna e che pertanto non avrebbe potuto rispettare – non per sua colpa – l’invito del Commissario (**doc.23**).

Nel contempo, la Nexus Made invitava il Commissario a definire il procedimento contrattuale secondo correttezza e buona fede.

25. Noncurante della posizione della Società, con nota prot. 1345 del 9 settembre 2020 il Commissario comunicava “*la revoca dell’affidamento precedentemente disposto*” e 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 espletare la fornitura 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*” (**doc.24**).

26. In data 18 settembre 2020, anche nella prospettiva della relativa contestazione in giudizio, la Nexus Made ha richiesto al Commissario tutta la documentazione relativa alla procedura, inclusa la documentazione amministrativa e le offerte (tecniche ed economiche) degli altri partecipanti (sia quelle presentate in gara sia quelle oggetto di successiva trattativa informale), nonché tutte le operazioni di valutazione, negoziazione, aggiudicazione, affidamento e/o verifica delle offerte dei concorrenti da parte della Stazione appaltante (**doc.25**).

27. La predetta istanza è allo stato rimasta senza esito.

28. Nel frattempo si è appreso che con avviso del 26 settembre 2020 (**doc.26**), pubblicato sul sito internet del Commissario, quest’ultimo informava di aver indetto e concluso un’ulteriore procedura negoziata per inviti per l’acquisizione e distribuzione di banchi scolastici monoposto e sedute attrezzate sull’intero territorio nazionale (Lotto “A” CIG 840178082F e Lotto “B” CIG 8401792218) e di aver affidato, all’esito di tale procedura, detta fornitura concludendo tre contratti con tre operatori stranieri, nonché di aver affidato direttamente ulteriori forniture concludendo due contratti con altrettante imprese idonee a soddisfare i quantitativi indicati dal ministero nei tempi dal medesimo stabiliti.

29. Le determinazioni e i comportamenti del Commissario sono palesemente illegittimi e produttivi di gravissimi danni per la Società ricorrente.

30. Per la tutela delle proprie situazioni giuridiche soggettive, la Nexus Made s.r.l., come in epigrafe rappresentata e difesa, si rivolge a codesto Ecc.mo TAR per i seguenti motivi di

Diritto

I

I.1.a) Il provvedimento di revoca dell'affidamento e di recesso da ogni trattativa finalizzata alla conclusione del contratto con la ricorrente poggia anzitutto sull'erroneo presupposto che l'affidamento della fornitura dei banchi alla Nexus Made – così come delineato all'esito delle trattative intercorse tra la Società e la struttura Commissariale – fosse “*subordinato*” alla verifica del possesso dei requisiti delineati nell'Avviso del 21 luglio 2020.

Non è così. L'affidamento alla ricorrente non è, infatti, disciplinato dall'Avviso del 21 luglio 2020 per la fornitura di cui al Lotto A (CIG 8337980FCB) ivi menzionata, 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*” (cfr. la lett. l) delle premesse alla bozza di Contratto).

All'esito di tale constatazione, **il Commissario ha infatti avviato una trattativa diretta con la Nexus Made al di fuori da ogni formalità procedurale e quindi da ogni autovincolo.**

Tale procedura è stata curata dal RUP e dal Commissario in persona e, come si evince anche dalla bozza di Contratto trasmessa alla Società (cfr. la lett. n) delle premesse), è stata caratterizzata dalla “*eliminazione di ogni valutazione discrezionale delle offerte*”, inclusa quindi anche quella relativa ai requisiti di capacità tecnica ed economica degli offerenti (la cui mancata comprova non può essere legittimamente opposta alla ricorrente).

I.1.b) Del resto, **che una verifica dei requisiti in capo alla Nexus Made fosse ultronea (tanto più rispetto a quelli delineati nell'Avviso) emerge non solo dal constatato fallimento della procedura delineata dall'Avviso, ma soprattutto dalla circostanza che l'affidamento del 12 agosto 2020 scaturisce dalla proposta della Nexus Made dell'11 agosto 2020 con la quale la Società aveva ampiamente rappresentato al Commissario la situazione relativa alla fornitura, comprensiva ovviamente della capacità di produzione, allestimento e consegna della merce.**

Con tale comunicazione la Società 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 rispetto alla quale non possono ritenersi vincolanti le prescrizioni che hanno determinato l’esito infruttuoso della precedente procedura (a meno di non incorrere in palese illogicità) e quindi rispetto alla quale il Commissario avrebbe dovuto prescindere da ogni valutazione sui requisiti di capacità (tanto più se riferiti alla procedura ormai conclusa e fallita).

I.1.c) In tale prospettiva si sottolinea la sostanziale diversità tra le condizioni riportate nell’offerta presentata dalla Nexus Made il 29 luglio 2020 nella procedura di cui all’Avviso e quelle contenute nel testo contrattuale delineate all’esito delle trattative direttamente intervenute tra la Società e il Commissario. Trattasi di prestazioni diverse non solo dal punto di vista delle caratteristiche e delle dimensioni del prodotto, dell’ambito territoriale della fornitura e della logistica, e poi del prezzo, ma soprattutto nei presupposti da cui muove la richiesta del Commissario, rispetto ai quali sarebbe incongruo continuare a ritenere vincolanti le prescrizioni dell’Avviso delineate per una procedura invece fallita.

È proprio l’esito della procedura in questione e la diversa situazione conseguentemente creatasi, ad aver condotto la Nexus Made a proporre nuove condizioni di fornitura e il Commissario ad accettarle.

I.1.d) L’assetto delineato è svincolato dall’Avviso tenuto conto altresì 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, solo all'ultimo, ha voluto ribaltare in danno dell'impresa con le modalità illegittime di cui si dirà appresso.

I.1.2.a) 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.

I.1.2.b) Persino l'Avviso prevedeva la possibilità per il Commissario di avvalersi di una procedura ristretta in caso di necessità.

Tuttavia – anche al fine di prevenire possibili eccezioni – si contesta sin d'ora che nella specie l'Amministrazione abbia effettivamente (e illegittimamente) proceduto ai sensi dell'art. 12 dell'Avviso.

Anzitutto il Commissario non ha mai invocato, a monte, l'uso della clausola in questione (salvo averne fatto cenno nelle premesse alla bozza di Contratto e nell'avviso del 26.9.2020, sebbene erroneamente).

In tale prospettiva è inammissibile la motivazione postuma.

Comunque, la clausola di cui all'art. 12 dell'Avviso è inconferente rispetto al caso di specie, in quanto disciplina la diversa ipotesi *“in cui si verifichi l'urgente necessità di ulteriori forniture*

dello stesso genere”, ossia di forniture supplementari rispetto a quelle già realizzate in esecuzione della procedura di gara di cui all’Avviso. Proprio l’art. 12 dell’Avviso prevede infatti 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 non v’è stata una procedura “ristretta” (aperta quindi anche ad altri operatori), bensì una negoziazione “*diretta*” tra il Commissario e la Nexus Made.

In tale prospettiva, dunque, oltre a dedursi l’illegittimità del provvedimento di revoca per contrasto con la richiamata normativa, s’impugna anche l’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.

Se così fosse l’Avviso sarebbe illegittimo sia perché la menzionata circostanza non è stata pedissequamente e chiaramente disciplinata, sia comunque perché sarebbe illogico e sproporzionato, oltre che in contrasto con la disciplina legislativa 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 geni completamente differenti.

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 praticando anche in via diretta approvvigionandosi da terzi senza pretendere il rispetto di requisiti di capacità.

*

I.2. Restando ferme le delineate assorbenti considerazioni, sono comunque palesemente illegittime sia la motivazione assunta dal Commissario a sostegno della revoca in ordine alla presunta carenza da parte della Nexus Made dei predetti requisiti di partecipazione sia le modalità del relativo accertamento (oltre che, in ogni caso, le pertinenti previsioni dell'Avviso).

I.2.1.a) Il Commissario assume che l'impresa avrebbe indicato di svolgere attività coerenti con quelle dell'appalto, *“mentre, nella parte della domanda di partecipazione – requisiti di capacità tecnica ed economica – non vengono indicate le principali forniture analoghe ed utili alla comprova di possedere i suindicati requisiti per la quantità di banche oggetto dell'offerta”*.

I.2.1.b) Restando ferma l'illogicità del riferimento alla documentazione contenuta nella domanda di partecipazione alla procedura di cui all'Avviso, palesemente superata dalla proposta dell'11 agosto 2020, (anche a voler per ipotesi ritenere in qualche modo conferente la cennata procedura) la menzionata motivazione non può comunque giustificare la revoca dell'affidamento.

Pur facendo riferimento all'indicazione delle principali forniture analoghe, l'art. 5 § 3 dell'Avviso chiaramente richiedeva l'attestazione da parte del concorrente del possesso dei requisiti in questione, la cui eventuale carenza avrebbe pacificamente potuto essere sanata attraverso la procedura di soccorso istruttorio.

Il soccorso era doveroso sia nella prospettiva dell'applicazione delle regole del codice appalti (e quindi dell'art. 83, co. 9,) sia tenendo conto che la procedura *de qua* è svolta in deroga alle disposizioni del Codice. Sotto tale ultimo profilo, è noto che *“per le procedure di gara non regolamentate dal predetto codice opera, nell'ambito della disciplina generale del procedimento amministrativo, la norma sancita dall'art. 6, co. 1, lett. b), l. n. 241 del 1990, in base alla quale “...il responsabile del procedimento ... può chiedere il rilascio di dichiarazioni e la rettifica di dichiarazioni o istanze erranee o incomplete...e ordinare esibizioni documentali”*. E' evidente che il *“potere di soccorso”* costituisce un istituto di carattere generale del procedimento amministrativo, che, nel particolare settore delle selezioni pubbliche diverse da quelle disciplinate dal codice dei contratti pubblici, soddisfa la comune esigenza di consentire la massima partecipazione alla gara, orientando l'azione amministrativa sulla concreta verifica dei requisiti di partecipazione e della capacità tecnica ed economica, attenuando la rigidità delle forme” (Ad. Plen. 9/14).

In tale ottica, non si comprende il motivo per il quale il Commissario, una volta ritenuta insufficiente l'elencazione fornita dall'impresa o carente l'illustrazione contenuta nella domanda, non abbia chiesto chiarimenti o assegnato un termine, anche breve, per integrare le dichiarazioni o chiarire i dubbi in ordine ai requisiti della Società.

Il soccorso era doveroso soprattutto alla luce dello stato dei rapporti tra le parti e del procedimento contrattuale.

Al di là del già più volte richiamato superamento della procedura di gara, correttezza avrebbe imposto alla struttura commissariale di richiedere elementi sui requisiti in questione.

Al momento della revoca (9.9.2020), infatti, era trascorso un mese dall'affidamento, durante il quale tra il Commissario e la Società era intervenuta ampia corrispondenza, tutta riferita alle condizioni (soprattutto quantitative) della commessa che il Commissario sapeva essere in corso.

Addirittura nella nota immediatamente precedente alla revoca (del 4.9.2020) il Commissario aveva richiesto alla Società di inviargli il prototipo in produzione.

Appare francamente paradossale che il Commissario, in tale periodo, non potesse chiedere chiarimenti sulla capacità del contraente di sostenere l'affidamento ormai in corso.

I.2.2. Né potrebbe eccepirsi che l'Avviso non prevede la facoltà di soccorso. Se così fosse, l'Avviso – che si impugna anche in tale prospettiva – sarebbe illegittimo proprio per contrasto con i principi affermati dall'Ad. Plen. 9/14 secondo la quale *“nelle procedure di gara non disciplinate dal codice dei contratti pubblici, il “potere di soccorso” sancito dall’art. 6, co. 1, lett. b), l. 7 agosto 1990, n. 241, costituisce parametro per lo scrutinio della legittimità della legge di gara che, in assenza di una corrispondente previsione normativa, stabilisca la sanzione della esclusione; conseguentemente, è illegittima - per violazione dell’art. 6, co. 1, lett. b), l. 7 agosto 1990, n. 241, nonché sotto il profilo della manifesta sproporzione - la clausola della legge di gara che disciplina una procedura diversa da quelle di massa, nella parte in cui commina la sanzione della esclusione per l’inosservanza di una prescrizione meramente formale”* (§ 7.5.b).

Peraltro il soccorso sarebbe stato doveroso anche in attuazione di alcuni tra i più importanti principi nazionali e sovranazionali, tra i quali il buon andamento e l'imparzialità nell'azione amministrativa di cui all'art. 97 Cost, il principio del giusto procedimento e di leale collaborazione tra pubblica amministrazione e privati di cui all'art. 6 della CEDU, il principio

del *favor participationis* e di massima partecipazione di derivazione eurounitaria che impongono di limitare l'esclusione degli operatori economici dalle procedure contrattuali ai soli casi in cui la domanda presenti gravi carenze.

Inoltre proprio la peculiarità della procedura e l'interesse pubblico ad essa sotteso avrebbero imposto una maggior attenzione ai menzionati profili, tenuto conto peraltro che i requisiti - così come delineati *ab initio* - erano stati modificati (proprio al fine di ampliare la platea dei concorrenti inizialmente rivelatasi insufficiente) e che persino la rettifica posta in essere non aveva consentito di acquisire offerte idonee a soddisfare il fabbisogno del Ministero dell'Istruzione. In tale situazione, ragioni di coerenza e di ragionevolezza, oltre che di proporzionalità e adeguatezza della valutazione di tutti gli interessi coinvolti, nonché di completezza istruttoria, ma soprattutto di correttezza e buona fede, avrebbero imposto una più approfondita verifica dei requisiti dell'impresa in contraddittorio con quest'ultima, nella prospettiva primaria della valutazione – nella specie mancata – della capacità dell'impresa di eseguire la commessa.

I.3.1.a) Assume altresì il Commissario che dalle “*verifiche effettuate*” a) non vi sarebbe evidenza utile a comprovare che la Nexus Made abbia espletato forniture analoghe, né dai bilanci sarebbe possibile rinvenire se i fatturati provengano da forniture simili; b) gli importi relativi ai fatturati 2017, 2018 e 2019 sarebbero “*assolutamente inidonei a comprovare la capacità economico-finanziaria necessaria a far fronte all'impegno economico-finanziario relativo alla fornitura come evincibile dall'offerta tecnica ed economica presentata dalla Società*”.

L'assunto è illegittimo anzitutto perché il Commissario si riferisce all'offerta tecnico-economica presentata in gara, che è diversa da quella successivamente proposta dall'impresa oggetto di affidamento e perché l'esito della procedura di cui all'Avviso aveva determinato l'eliminazione di ogni valutazione discrezionale inclusa quella sui requisiti di capacità.

L'assunto è comunque illogico poiché il Commissario aveva affidato la fornitura alla Nexus Made sul presupposto, rappresentato nell'offerta dell'11 agosto 2020 della Società, che la fornitura fosse caratterizzata dalla complessità dell'approvvigionamento dei materiali e soprattutto dalla necessità di “*assemblare*” gli stessi “*coinvolge[ndo] alla fonte diverse realtà di fabbricazione*”, “*non esistendo in commercio un prodotto pronto magazzino*”.

In altri termini il Commissario ben sapeva che, per quanto a conoscenza dalla Nexus Made, non

esisteva sul mercato un prodotto analogo a quello richiesto in fornitura, con la conseguenza che la verifica sui requisiti, così come delineati dall'Avviso, era del tutto inconferente.

L'assunto del Commissario è comunque illogico e contraddittorio rispetto alla valutazione precedentemente svolta in ordine alla mancanza di indicazioni utili alla comprova.

Ed invero, la legge di gara – per come definita a seguito della rettifica del 24.7.2020 – non prevedeva né un valore minimo di fatturato di settore, né tantomeno un parametro di riferimento quantitativo cui sottoporre a valutazione l'elenco delle principali forniture. L'Avviso correlava il requisito di capacità non già – come ha ritenuto il Commissario – all'elenco delle forniture o al fatturato di settore – bensì più propriamente “all'offerta presentata in relazione ai quantitativi offerti”.

Per l'Avviso, dunque, la valutazione del requisito di capacità era anzitutto funzione dell'offerta concretamente prodotta dall'impresa e quindi svincolata dal rigido riferimento al fatturato, la cui considerazione poteva invece venire in rilievo solo alla stregua di un parametro per la formulazione del relativo giudizio.

Lo schema dell'Avviso è questo: a) l'impresa presenta un'offerta, b) la Commissione la valuta sotto il profilo tecnico ed economico, c) prima dell'aggiudicazione, la Commissione verifica la capacità dell'impresa di sostenerla e, a tal fine, può fare riferimento all'elenco delle forniture di prodotti analoghi e ai fatturati di settore.

Si è trattato, nella prospettiva commissariale, di una modalità per ampliare la platea dei concorrenti: modalità che ha caratterizzato (sebbene inutilmente, visti i risultati) tutta la procedura di cui all'Avviso. Ed in tal senso sono emblematiche le due rettifiche dell'avviso che hanno dilatato i tempi di presentazione delle offerte e poi esteso l'ambito di partecipazione eliminando l'inciso “per almeno il doppio dei quantitativi offerti”.

Tale modifica, necessaria – si legge nelle premesse alla rettifica – per favorire la massima partecipazione alla procedura in oggetto e, per l'effetto, per garantire un alto grado di concorrenzialità e parità di trattamento tra gli operatori economici, non è stata correttamente valorizzata al momento della 'verifica' dei requisiti in capo alla ricorrente dal Commissario che del resto non ha neanche voluto prendere atto del fallimento complessivo della procedura di gara.

I.3.1.b) La motivazione fornita dal Commissario è comunque palesemente illogica – oltre che affetta da macroscopico difetto di istruttoria – in quanto **(la verifica) avrebbe dovuto fare**

riferimento all'impegno della Società come concretizzato nella sua offerta dell'11 agosto 2020 recepita nella bozza di Contratto, proprio in ragione del superamento della procedura di gara e delle relative offerte (oltre che delle correlate valutazioni discrezionali).

Invece nel provvedimento (e anche nella sua illogica valutazione) il Commissario ha fatto riferimento “*alla fornitura come evincibile dall'offerta tecnica ed economica presentata dalla Società*”, cioè dall'offerta inizialmente presentata in gara ma ormai superata.

Tale operazione è non solo illogica, ma è anche apodittica: **manca in effetti la minima spiegazione delle ragioni concrete per le quali la Società non sarebbe stata in grado di sostenere l'impegno contrattuale.**

Tale motivazione era necessaria anzitutto alla luce della rappresentazione della situazione fornita nelle conversazioni per le vie brevi con il RUP e il Commissario e poi formalizzate nell'offerta dell'11 agosto accettata dal Commissario.

Ma sarebbe stata necessaria anche alla luce della formulazione dell'Avviso che altrimenti introduce un vero e proprio “requisito in bianco”, inammissibile per la verifica dell'affidabilità di un concorrente, a meno di non voler consentire – come effettivamente avvenuto – valutazioni immotivate e arbitrarie.

I.3.2.a) È poi comunque illegittimo che il Commissario, preso atto della mancanza dell'elenco delle principali forniture della Nexus Made, invece di attivare doverosamente la procedura di soccorso istruttorio e il contraddittorio con il concorrente, abbia dedotto la carenza della capacità della Società dall'analisi del requisito di capacità economica.

In altri termini, quando il Commissario afferma che, per valutare forniture analoghe, “*né dai bilanci è possibile rinvenire se i fatturati ivi presentati provengano da simili forniture*”, di fatto pone in essere un'illegittima commistione tra criteri con finalità diverse. Come noto, l'esibizione dell'elenco dei principali servizi o forniture ha la funzione di valutare la capacità tecnica dell'offerente ad effettuare a regola d'arte e con buon esito quella data attività che si vuole porre ad oggetto dell'appalto pubblico; l'elenco e i certificati di regolare esecuzione degli appalti precedentemente eseguiti costituiscono quindi una sorta di “prova” dell'effettiva capacità richiesta ai fini di gara.

Ma i bilanci – non solo da un punto di vista materiale (attesa la presenza dei soli dati aggregati nei bilanci pubblicati nel registro imprese) – **non sono lo strumento per verificare le**

caratteristiche di merito (in termini di regolare esecuzione e “consistenza” delle commesse **doc.27**) che solo l’elenco delle principali forniture analoghe avrebbe potuto attestare.

In altri termini il Commissario non poteva verificare i dati di bilancio per valutare la capacità tecnica della Società risultante semmai dalle forniture pregresse.

Analoghe considerazioni devono spendersi con riferimento alla contestata “*assoluta inidoneità*” dei fatturati di settore dichiarati dalla Nexus Made per gli anni 2017-2018-2019 a comprovare la capacità economica e finanziaria.

Anche in questo caso, nell’Avviso manca un parametro di riferimento per fondare il giudizio di idoneità del fatturato ad esprimere la capacità economica, con la conseguenza che la verifica condotta non può che essere (stata) del tutto arbitraria ed illegittima.

L’Avviso non indicava una misura di fatturato da possedere, ma rinvia al giudizio di idoneità successivo (rimesso all’arbitrio della Stazione appaltante), consentendo in definitiva al Commissario di pervenire ad un giudizio di non affidabilità sulla base di requisiti sostanzialmente in bianco.

Tale situazione, di per sé illegittima, avrebbe comunque imposto quantomeno una motivazione specifica e decisamente rinforzata, nonché un’istruttoria approfondita con il coinvolgimento del concorrente al quale si sarebbe dovuta consentire la possibilità di offrire in valutazione anche ulteriori elementi di prova idonei ad esprimere la propria capacità di portare a termine la fornitura.

Così non è stato. Il Commissario ha invece frettolosamente interrotto la procedura contrattuale senza alcun coinvolgimento e contraddittorio con la parte, in violazione sia della legge sia dei principi di corretto e leale comportamento tra le parti nell’ambito del procedimento negoziale.

Eppure persino l’art. 83 comma 6 prevede che “*Nelle procedure d’appalto per forniture che necessitano di lavori di posa in opera o di installazione, servizi o lavori, la capacità professionale degli operatori economici di fornire tali servizi o di eseguire l’installazione o i lavori è valutata con riferimento alla loro competenza, efficienza, esperienza e affidabilità*” e quindi anche tramite una valutazione più ampia rispetto a quella cartolare che risulta dall’esame delle dichiarazioni in gara sul fatturato o i servizi analoghi.

Una simile valutazione era imposta anche dalle menzionate peculiarità che hanno caratterizzato l’affidamento (scaturite dalla rappresentata organizzazione d’impresa da parte della Nexus Mae)

e comunque dallo stato di avanzamento dell'esecuzione della commessa e persino dell'interesse pubblico sottostante.

I.3.2.b) In ogni caso se il Commissario avesse consentito alla Società di meglio illustrare la propria esperienza, certamente si sarebbe avveduto della capacità tecnico/economica in capo alla Nexus Made. Difatti, le caratteristiche della fornitura – con la necessità di assemblare il prodotto – corrispondono esattamente all'ambito delle competenze della ricorrente, la quale si occupa di produzione di arredi mobili e di allestimenti speciali, soprattutto in concomitanza di eventi specifici ed eccezionali, con una particolare esperienza nel coordinamento di produzioni complesse (anche provenienti da terzi) (**doc.28**).

I.3.3.a) Restando fermo quanto sopra, un sistema di qualificazione così congegnato – tenuto conto anche delle rilevantissime 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 si impugna anche la parte dell'Avviso, per come integrato/modificato ed interpretato dal Commissario, relativa ai requisiti di capacità tecnica ed economica.

Il *mix* dei requisiti predeterminati dal Commissario – assieme alla posticipazione della loro valutazione al momento dell'aggiudicazione, con la rimessione di un giudizio sostanzialmente in bianco alla stazione appaltante – è infatti gravemente carente di oggettività, oltre che foriero 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.

I.3.2.b) Nessuno dei due requisiti, infatti, **risulta oggettivamente determinato**, né indica soglie minime cui poter ragionevolmente attenersi per valutare la comprova del requisito senza incorrere in arbitrio.

Tale carenza, invece di essere interpretata in sede applicativa in ossequio ai principi di massima partecipazione e concorrenzialità, è stata brutalmente posta a fondamento dell'impugnata revoca ed ha rappresentato la base per l'esclusione arbitraria della ricorrente.

Del resto, come noto, nel sistema dei contratti pubblici l'individuazione dei contraenti deve

avvenire nel rispetto dei principi generali di libera concorrenza, parità di trattamento, proporzionalità e ragionevolezza; pertanto, è necessario che le stazioni appaltanti, nell'esercizio della discrezionalità, in relazione al caso concreto, bilancino adeguatamente l'esigenza di selezionare soggetti dotati di adeguata esperienza nello specifico settore di interesse con quella di garantire il più ampio confronto concorrenziale. Diretto precipitato della richiamata regola generale è che ogni requisito sia predeterminato e non possa prestarsi ad arbitrarie o irragionevoli applicazioni.

I.3.3.c) Le delineate considerazioni acquistano maggior rilievo nel caso di specie atteso che il Commissario ha addirittura posticipato la verifica sui requisiti dell'impresa (non solo alla valutazione dell'offerta tecnico/economica e quindi alla compilazione della graduatoria, come aveva indicato nell'Avviso, ma addirittura) all'affidamento della commessa e praticamente al momento della sottoscrizione del contratto, quando ragioni di urgenza e di superiore interesse generale avevano di fatto già determinato l'avvio dell'esecuzione della commessa.

II

II.1. La revoca dell'affidamento e la mancata stipula del contratto poggiano inoltre sull'assunto – anch'esso illegittimo – che la Nexus Made non avrebbe sanato “*le criticità segnalate*” in altra precedente comunicazione del Commissario “*entro il termine concesso circa la comprova del rispetto dei CAM e normativa UNI En del prodotto offerto*”.

Il riferimento è alla nota prot. 1319 del 4.9.2020 con la quale, traendo spunto dalla comunicazione del 28 agosto 2020 della Società, di trasmissione del disegno del prototipo, il Commissario aveva ritenuto che “*il prototipo per la produzione non corrisponde al bene oggetto dell'offerta tecnica*” e, nel contempo, al fine di procedere ad ulteriori accertamenti, aveva richiesto con la massima urgenza “*entro e non oltre 5 giorni*”, di consegnare “*il prototipo del banco con la necessaria documentazione tecnica, la documentazione comprovante la conformità ai CAM, nonché le certificazioni comprovanti il rispetto delle norme UNI EN vigenti per la tipologia del prodotto*”, affermando che “*il mancato rispetto del suddetto termine determinerà l'interruzione automatica della trattativa*”.

II.2. Gli argomenti del Commissario sono illegittimi e, se letti alla luce del *modus procedendi* tenuto da quest'ultimo, dimostrano la scorrettezza del comportamento assunto nei confronti della ricorrente.

II.2.1. Anzitutto si sottolinea che nel provvedimento del 9 settembre 2020 il Commissario ha abbandonato la contestazione relativa alla presunta non conformità del prototipo all’offerta inizialmente contenuta nella nota commissariale del 4 settembre 2020. Infatti, con nota sempre del 4 settembre 2020, la Nexus Made aveva immediatamente opposto al Commissario che le misure del banco menzionate nell’offerta tecnica presentata in gara erano state superate da quelle successivamente definite in sede di trattativa e poi specificamente indicate proprio dalla struttura commissariale nel piano dei fabbisogni inviato all’impresa il 17 agosto 2020.

La contestazione era quindi palesemente erronea e la circostanza che il Commissario l’abbia abbandonata conferma la fondatezza delle censure articolate nel precedente motivo con le quali si è dedotto che l’affidamento alla Nexus Made non è quello scaturito dalla procedura di cui all’Avviso del 21 luglio 2020 bensì quello, ad essa successivo, definito a seguito delle trattative direttamente intercorse con il Commissario (che aveva voluto superare proprio i limiti stabiliti dall’Avviso).

II.2.2. È comunque palesemente illegittimo che il Commissario abbia opposto alla Società il mancato rispetto del termine perentorio di cinque giorni cui aveva subordinato la prosecuzione delle trattative.

Anzitutto, l’aver condizionato l’interruzione della trattativa al mancato rispetto del termine è illegittimo perché **le trattative, in quel momento, erano già concluse.**

In effetti, il Commissario aveva già disposto l’affidamento e trasmesso il Contratto per la firma della Nexus Made e, a tal fine, mancava soltanto l’ottenimento della fideiussione, come ben noto al Commissario al quale era stato richiesto di approvare il documento che nel frattempo la Nexus aveva negoziato col garante.

Comunque, non si comprende a che titolo il Commissario abbia apposto un termine perentorio per la consegna del prototipo e della documentazione tecnica allegata cui condizionare l’affidamento. È illegittimo, in tale prospettiva, condizionare l’affidamento all’adempimento di un onere non previsto dalla legge, tantomeno a pena di revoca dell’affidamento.

A tutto voler concedere, anche a voler ritenere applicabile la *lex specialis* di gara (ma lo si nega), l’allegato 5 all’Avviso prevedeva, per la “Verifica attestante la conformità della fornitura ai requisiti qualitativi minimi richiesti”, che “*Qualora lo ritenesse, prima dell’aggiudicazione della gara, il Commissario straordinario per l’emergenza Covid – 19 potrà richiedere per entrambi i*

Lotti un campione della fornitura, ai fini della successiva sottoposizione ad un organo tecnico, in possesso di adeguate competenze in relazione all'oggetto dell'appalto, appositamente individuato dal Commissario straordinario per la verifica della conformità dei prodotti proposti ai requisiti qualitativi minimi richiesti.

L'esito negativo della verifica attestato dall'organo tecnico causa l'esclusione dalla gara dell'operatore economico sottoposto a verifica”.

Quindi neanche la menzionata disposizione avrebbe giustificato la revoca dell'appalto sia in quanto è riferita ad una fase precedente all'aggiudicazione (e non successiva come nella specie) sia comunque in quanto subordina l'esclusione soltanto alla verifica di non conformità dei prodotti da parte di un organo tecnico che nella specie non è stato neanche individuato dal Commissario.

II.2.3. In ogni caso è proprio il comportamento del Commissario ad aver impedito l'adempimento della Nexus Made alle richieste – comunque strumentali – del medesimo.

La ricorrente si era ripetutamente resa disponibile a consegnare i prototipi dei banchi con le relative relazioni, come dimostrano le sue comunicazioni del 4, del 5, del 7 e dell'8 settembre 2020 con le quali aveva sempre richiesto al Commissario l'indicazione di luogo, orario e referente cui rivolgersi per la relativa consegna, anche al fine di consentire che fossero rispettate tutte le normative volte alla prevenzione dei contagi da covid-19.

Non avendo ottenuto riscontro alcuno, con nota dell'8 settembre 2020 la Nexus Made aveva addirittura formalmente intimato il Commissario – anche ai sensi degli artt. 1206 e ss. c.c. – a comunicare senza ulteriore indugio le modalità di esecuzione della sua richiesta del 4/9/2020, con l'espreso avvertimento che “*non avrebbe potuto in alcun modo essere ritenuta responsabile di eventuali ritardi o inadempimenti*”, anche relativi alla fornitura dei banchi in corso di produzione.

Era chiara dunque la disponibilità della Società.

Altrettanto palese, invece, l'inerzia del Commissario e la volontà di addivenire all'interruzione della trattativa.

È quest'ultimo a non avere fornito indicazioni e, in tale prospettiva, è assurdo che il Commissario addebiti alla Società l'inadempimento che il medesimo ha strumentalmente e artatamente provocato.

II.3. Restando fermo che la ricorrente non è stata messa in condizioni di adempiere alle richieste del Commissario per fatto, colpa e volontà di quest'ultimo, la presunta e insussistente non conformità al rispetto dei Cam e alla normativa Uni En non può comunque assurgere a presupposto della revoca dell'affidamento e all'interruzione del procedimento di stipula del contratto poiché riguarda **profili relativi alla fase esecutiva del rapporto che non attengono a quella dell'affidamento.**

Già nella fase di gara, infatti, proprio il Commissario, in sede di risposta ad una richiesta di chiarimenti proveniente da un operatore, riferita alle norme UNI EN e ai Cam, aveva chiarito che *“il riferimento alle norme UNI EN ... è stato espressamente richiamato con la precisazione “in quanto applicabili” e che l'assenza di siffatta attestazione non è motivo di esclusione dalla gara”*. Quindi il comportamento del Commissario sconfessa addirittura le dichiarazioni del medesimo in fase di gara.

Con particolare riguardo al caso di specie, peraltro, era evidente che, trattandosi di prodotti non esistenti in commercio, ma solo in fase di produzione e assemblaggio e, quindi, di elementi mai realizzati in precedenza, non era possibile pretendere l'esistenza di tutti i certificati e quindi sarebbe stato impossibile ottenere tutte le certificazioni in un così breve lasso di tempo.

Anche di tale ultima circostanza il Commissario era perfettamente edotto.

La pretesa del Commissario, quindi, non è solo irragionevole e sproporzionata per quanto detto innanzi, ma anche strumentale.

II.4. Peraltro, a ben vedere, la documentazione tecnica richiesta dal Commissario con la nota del 4 settembre 2020 era ancora una volta riferita al prodotto oggetto di offerta in gara (banco ad altezza variabile con escursione da cm 74 a cm 85), non anche al disegno del prototipo inviato il 19 agosto 2020 dalla Società.

Come rappresentato nella lettera del 4 settembre 2020 della Nexus Made, peraltro, subito dopo l'invio del disegno, *“un altro prototipo è stato sottoposto ad un'azienda di certificazione (Cosmob spa) che attualmente sta testando le caratteristiche tecniche con le opportune e necessarie prove”* e che *“siamo già in possesso delle idonee certificazioni ignifughe e di basso impatto ambientale”* mentre le *“dichiarazioni di conformità saranno rilasciate dai produttori della materia prima unitamente all'emissione delle fatture”*.

Alla luce di tali inequivoche dichiarazioni, e della consapevolezza della peculiarità della

fornitura di un prodotto mai realizzato in precedenza, è assurdo che il Commissario abbia revocato l'affidamento per la mancata consegna di certificazioni (neanche riferite al prodotto finale) che sapeva benissimo essere in corso di produzione, come peraltro attestato dalla Società che, sempre nella nota richiamata, ricordava al Commissario che *“la scrivente è allo stato attuale totalmente impegnata nella fase produttiva (allegato B) e di pianificazione della logistica”*.

III

Alla luce delle suesposte considerazioni il provvedimento di revoca viola l'art. 21 *quinquies* l. 241/90 e gli artt. 122 del D.L. 18/2020 e 8 del D.L. 76/2020, oltre ad essere affetto da eccesso di potere in tutte le sue figure sintomatiche, incluso lo sviamento.

Secondo il Commissario, infatti, la mancanza dei requisiti di qualificazione alla gara indetta con l'Avviso del 21 luglio 2020 nonché la mancata sanatoria delle criticità segnalate in ordine al rispetto dei Cam e alla normativa Uni En conducono *“alla revoca dell'affidamento precedentemente disposto” “nella prioritaria tutela dell'interesse pubblico sottesa alla presente fornitura”*.

La realtà della situazione e della normativa, assieme alle considerazioni svolte nei suesposti motivi, dimostrano invece che la prioritaria tutela dell'interesse pubblico sottesa alla fornitura (ossia la fornitura in tempi brevissimi di banchi monoposto per gli istituti scolastici di tutta Italia) avrebbe dovuto (o comunque potuto) tener conto della primaria necessità di conseguire il risultato desiderato (come peraltro il Commissario ha fatto, contraendo con terzi).

Pertanto, restando fermo che il superamento dell'Avviso aveva di fatto eliminato la necessità di valutare i requisiti di capacità dell'operatore, ove anche una tale valutazione fosse stata necessaria (e non lo era), la medesima avrebbe dovuto essere condotta alla stregua di profili sostanziali funzionali a valutare la capacità dell'impresa di eseguire la commessa (e non avrebbe di certo potuto attestarsi, come nella specie, su ragioni cartolari e formali, peraltro confezionate ad arte dal Commissario).

Del resto la legge ha conferito al Commissario poteri eccezionali per lo svolgimento di procedure d'acquisto in deroga a tutte le norme di evidenza pubblica.

La normativa emergenziale considera prioritario l'interesse alla esecuzione del contratto e all'ottenimento della commessa rispetto alle garanzie che presidiano il procedimento di individuazione del contraente (inclusa quella di verifica dei requisiti).

Ciò che conta, dunque, per la normativa pertinente (e persino nella procedura condotta dal Commissario) è il risultato (che nella specie si identifica nella fornitura dei banchi).

Quindi, con riguardo al caso di specie, ciò che effettivamente avrebbe dovuto contare – e che non è stato invece minimamente valutato dal Commissario – era che la Nexus Made fosse effettivamente in grado di adempiere alle prestazioni a regola d'arte nei tempi prestabiliti e che infatti la stessa avesse avviato le complesse operazioni necessarie per eseguire la commessa mettendo in piedi un'organizzazione articolata e idonea allo scopo.

Tale circostanza avrebbe dovuto far recedere il Commissario dall'adozione di un'impostazione formale e formalistica (come quella tenuta in concreto) e quindi imporre al medesimo una diversa e più attenta considerazione sia dell'impegno profuso dall'impresa nei ristrettissimi tempi estivi in cui le trattative sono state condotte al fine di conseguire un risultato nei primi mesi di settembre sia quindi della sua capacità di realizzare la fornitura, eventualmente anche a prescindere dalla formale considerazione del fatturato analogo e comunque tenendo conto che le attestazioni Cam e i certificati Uni En erano in corso di ottenimento trattandosi di beni in produzione per la prima volta e mai commercializzati in precedenza (docc. **29, 30, 31 e 32**).

La Nexus Made era perfettamente in condizioni di gestire la commessa a regola d'arte e senza ritardi (consegnando prodotti certificati nei tempi prestabiliti) ed il Commissario non lo ha voluto controllare (essendosi limitato a valutare gli importi di fatturato menzionati nei bilanci 2017-2019 dai quali non avrebbe potuto trarre alcuna indicazione di effettiva capacità).

Quindi in definitiva ciò che è accaduto è che il Commissario ha messo a repentaglio l'interesse pubblico primario (ossia quello alla fornitura dei banchi nelle scuole) svolgendo un controllo soltanto formale (peraltro insufficiente) su risultanze cartolari di dati inconferenti.

Le conseguenze sono sotto gli occhi di tutti: in tutto il territorio nazionale le scuole hanno riaperto senza i banchi che il Commissario aveva promesso.

IV

A fini tuzioristici e per non incorrere in eventuali decadenze o eccezioni, s'impugnano anche gli atti relativi all'ulteriore procedura di acquisto condotta dal Commissario contemporaneamente a quella alla quale ha preso parte la Nexus Made, di cui si è avuto notizia con l'Avviso del 26/9/2020 indicato in epigrafe.

I menzionati atti sono viziati per illegittimità derivata dai vizi che affliggono i provvedimenti relativi alla procedura a cui ha preso parte la Nexus Made, ove siano stati adottati per soddisfare il fabbisogno del Ministero in conseguenza alla revoca dell'affidamento alla ricorrente. Peraltro, gli atti in questione dimostrano la fondatezza delle suesposte censure.

Nella delineata prospettiva si deduce comunque l'illegittimità in particolare degli affidamenti diretti, menzionati nel predetto Avviso, disposti all'esito della richiamata procedura.

Gli affidamenti in questione sono illegittimi anche per vizi propri, essendo del resto privi di un valido presupposto. In tale ottica, non si comprendono – né sono state chiarite – le ragioni che hanno giustificato la trattativa diretta nei confronti degli operatori selezionati. Stando infatti all'Avviso del 26/9/2020, questi ultimi risultano aver prodotto “*offerte spontanee, pervenute nelle more dell'espletamento della procedura negoziata*” il cui esame non è stato subordinato da parte del Commissario al rispetto di nessun requisito di capacità tecnico/economica.

Ma non si comprende quale sia stato il titolo di selezione che ha consentito tali imprese di beneficiare dell'affidamento diretto, viziato anche per disparità di trattamento e violazione della *par condicio*, oltre che illogicità e irragionevolezza, soprattutto se si considera che in riferimento ad altri operatori (tra i quali l'odierna ricorrente), per la stessa fornitura, il Commissario ha imposto il rigido rispetto – peraltro sbagliando – di una serie di vincoli ingiustificati (proprio alla luce degli affidamenti diretti in questione).

Proprio in tale prospettiva non si comprende il motivo per il quale la Nexus Made non avrebbe potuto beneficiare di analogo trattamento e, comunque, della disponibilità del Commissario di appaltare forniture di banche in un'ottica di esclusiva necessità di sopperire all'urgenza del fabbisogno del Ministero.

V

Istanza istruttoria ex art. 116 c.p.a. e/o di accesso ai documenti ex artt. 22 e ss. 241/91 e 53 del d.lgs. 50/16

Con nota del 18 settembre 2020, la Nexus Made ha fatto istanza di accesso a tutta la documentazione della procedura d'acquisto dei banche: sia di quella relativa all'Avviso del 21 luglio 2020, sia di quella relativa alla trattativa diretta condotta dal RUP e dal Commissario.

L'istanza era motivata, anche ai sensi degli artt. 22 e ss. 241/90 e 53 del d.lgs. 50/16, dalla necessità di tutela giurisdizionale della propria posizione giuridica soggettiva.

La struttura commissariale non ha fornito alcun riscontro.

Si richiede pertanto, al anche fine di garantire la pienezza della tutela giurisdizionale della ricorrente, che codesto Ecc.mo TAR ordini l'esibizione e il deposito in giudizio di tutta la documentazione menzionata nella predetta nota cui si rinvia per esigenze di sinteticità.

VI

Istanza cautelare

Il *fumus boni iuris* discende dalle delineate considerazioni e sussiste anche il *periculum*.

La ricorrente subisce un danno gravissimo e irreparabile, avendo già posto in essere un massiccio impegno dei fattori produttivi al solo fine di onorare le richieste della struttura commissariale.

Come ben noto al Commissario, la Nexus Made ha stipulato contratti, assunto personale, acquistato mezzi, interloquuto con fornitori e clienti, avviando la produzione di una fornitura di ingente valore, al solo fine di adempiere alle richieste del Commissario che invece le ha revocato la commessa senza curarsi degli effetti devastanti di tale decisione sia sulla reputazione sia sulle finanze della Società e dei suoi soci e amministratori, personalmente esposti.

Se la revoca non venisse sospesa, la Società vanificherebbe tutto il lavoro svolto, subendo un danno patrimoniale e non patrimoniale irreversibile.

La concessione della misura cautelare s'impone anche al fine di mantenere la *res adhuc integra*.

Anche tenuto conto delle tempistiche di esecuzione, in assenza di una misura cautelare, la Nexus Made non potrebbe più aspirare all'ottenimento della commessa, cui ha invece diritto.

Ad avviso della ricorrente, inoltre, non sussiste nemmeno un interesse pubblico confliggente poiché il Commissario disporrebbe di una fornitura essenziale per il Ministero dell'istruzione e per le esigenze di moltissimi istituti scolastici, ancora sforniti dei banchi necessari a coprire l'intero fabbisogno. Nella comparazione dei contrapposti interessi, dunque, nulla osta alla concessione della misura cautelare fino alla decisione della controversia nel merito.

VII

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

Le suesposte considerazioni inducono la ricorrente ha formulare istanza per il risarcimento del danno subito per effetto dei provvedimenti e dei comportamenti illegittimi del Commissario, sia in forma specifica sia, nel caso non sia più possibile (anche parzialmente) conseguire il contratto, per equivalente monetario.

VII.1. Per quanto attiene il **risarcimento in forma specifica**, si chiede che in accoglimento dei motivi di ricorso, il Commissario sia condannato 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.

VII.2. In subordine alla domanda di reintegrazione in forma specifica si fa istanza per **risarcimento per equivalente monetario**, da valersi anche in caso di impossibilità di esecuzione del contratto, come nel prosieguo meglio quantificato, sussistendo sia la colpa dell'Amministrazione, sia il nesso di causalità tra il comportamento colposo e l'evento danno.

Com'è noto, il risarcimento del danno conseguente all'illegittima azione amministrativa richiede la positiva verifica di tutti i presupposti previsti dalla legge e in particolare quelli di cui all'art. 2043 c.c. e in tema di liquidazione del danno all'art. 2056 c.c. (Cons. Stato, IV, 11/2/2011 n. 924; VI, 24/9/2010 n. 7124).

a) La colpa. Il Commissario ha colposamente violato l'interesse/diritto della ricorrente ad eseguire la fornitura, adottando atti gravemente e definitivamente lesivi della sua posizione giuridica differenziata e qualificata. Sussistono concreti elementi – gravità delle violazioni di legge commesse, mancata diligenza usata nello svolgere l'istruttoria, mancata risposta alle richieste dell'impresa, mancata considerazione dello stato della procedura, ecc. – per ritenere l'azione dell'Amministrazione connotata da evidenti profili di colpa. Il Commissario ha applicato alla Società un criterio di verifica obsoleto; lo ha fatto facendo riferimento ad un'offerta superata dall'impresa (e non a quella che nel frattempo il Commissario le aveva richiesto di eseguire); limitandosi a svolgere un controllo formale senza tener conto della peculiarità della situazione contrattuale e delle ripetute richieste della Società.

Non si dica che la Nexus Made aveva assunto l'alea della verifica del possesso dei requisiti o che la stessa aveva erroneamente attestato il possesso dei requisiti in questione.

È l'Amministrazione, al contrario, che ha ingenerato in capo all'impresa sia l'affidamento in ordine al superamento della necessità di una verifica del possesso dei requisiti come delineati nell'Avviso sia comunque in ordine alla positiva verifica dei requisiti in questione.

Infatti, restando ferma l'inapplicabilità dell'Avviso, e restando fermo che l'affidamento alla Nexus Made consegue all'accettazione da parte del Commissario della proposta della Società,

ove anche si volesse far riferimento all'Avviso e quindi al fatto che il medesimo prevedeva l'esame dell'offerta tecnica ed economica prima della verifica della documentazione amministrativa, non potrebbe non considerarsi che – secondo l'Avviso stesso – la fase di stipula del contratto (cui sono sostanzialmente pervenute le Parti) presupponeva l'avvenuto superamento della fase di controllo sui requisiti in questione. L'art. 9 dell'Avviso è chiaro in tal senso, avendo previsto che la Commissione avrebbe *i)* aperto e valutato le offerte tecniche, *ii)* aperto le offerte economiche e attribuito il punteggio, *iii)* definito la graduatoria entro il 6 agosto; *iv)* esaminato la documentazione amministrativa del possibile aggiudicatario (o dei possibili aggiudicatari) e dei successivi due classificati, e che poi il Commissario avrebbe stipulato il contratto con ciascun aggiudicatario entro il 7 agosto 2020, all'esito dunque della verifica dei requisiti menzionati nella documentazione amministrativa.

Quindi quando, per ben due volte, il Commissario ha trasmesso la bozza del contratto per la stipula alla Nexus Made, il medesimo non poteva non aver controllato il rispetto dei requisiti di capacità in capo alla medesima.

Né il contratto avrebbe potuto essere subordinato ad una successiva fase di verifica dei requisiti, da controllarsi all'esito della stipula: non era previsto, tantomeno dall'art. 10 dell'Avviso, che infatti menzionava una sola clausola risolutiva, disciplinata all'art. 13, che aveva ad oggetto soltanto il ritardo nella consegna dei prodotti o la consegna di prodotti difettosi o non corrispondenti a quanto previsto (ma non anche la risoluzione per mancato accertamento dei requisiti).

b) Il nesso causale. Per quanto detto, è evidente l'esistenza di un nesso causale diretto tra l'adozione dei provvedimenti impugnati e i danni patrimoniali subiti dalla ricorrente.

La revoca dell'affidamento vanifica direttamente lo sforzo profuso per l'avvio della fornitura, mentre la mancata stipula del contratto preclude alla ricorrente ogni possibilità di guadagno, con riverbero di effetti negativi sui rapporti con clienti e fornitori, nonché curriculari.

Sotto tale profilo è evidente l'esistenza di un nesso causale diretto tra l'azione amministrativa e il danno ingiusto subito in termini di danno emergente (spese sopportate e obbligazioni assunte) e mancato guadagno (danno patrimoniale).

c) I danni subiti. Per quanto riguarda il danno, si osserva quanto segue, facendo presente che l'importo della fornitura – tenuto conto dell'offerta economica presentata dalla Nexus Made ed

accettata dal Commissario con l'affidamento del 12/8/2020 – è pari ad € 44.604.000,00 (IVA inclusa).

Qui di seguito si riporta una tabella riepilogativa del Piano industriale della commessa predisposto dalla Nexus Made (**doc.33**).

TOTALE COSTI commessa comprensivo di IVA22%						
FORNITORE	imponibile	IVA22%	totale			
ALFANO I°LOTTO (fornitura legno)	151.652,41	33.363,53	185.015,94			
ALFANO II°LOTTO /fornitura legno)	1.847.839,92	406.524,78	2.254.364,70			
BOTW (produzione lotto tavoli nr.50.000 pz)	6.500.000,00	1.430.000,00	7.930.000,00			
COSMOB SPA (certificazione ISO)	1.232,00	271,04	1.503,04			
FULL AGENCY (logistica trasporti distribuzione montaggio)	3.218.400,00	708.048,00	3.926.448,00			
GSDESIGN (assemblaggio in sede, imballaggio)	364.580,00	80.207,60	444.787,60			
MERA SRLS (lavorazione legno in sede)	483.650,00	106.403,00	590.053,00			
GIPLAST I°LOTTO (bordo perimetrale paraurti)	25.920,00	5.702,40	31.622,40			
GIPLAST II°LOTTO (bordo perimetrale paraurti)	243.000,00	53.460,00	296.460,00			
SP OFFICE I°LOTTO (produzione tavoli nr.19100 pz)	1.829.400,30	402.468,07	2.231.868,37			
SP OFFICE II°LOTTO (produzione tavoli nr.110.900 pz)	12.530.099,70	2.756.621,93	15.286.721,63			
COSTO FIDEIUSSIONE (a garanzia acconto incluso costo agenzia broker)	250.000,00		250.000,00			
COSTI GENERALI AZIENDA (emolumenti personale, costi fissi utenze, locazioni, materiale imballaggio, ecc.)	446.040,00		446.040,00			

27.740.161,92 5.949.706,82 33.874.884,68

	10-set	20-ott	30-ott	31-11	31-dic	
ACCONTO 20% sul totale fornitura	8.920.800,00					
SALDO I° LOTTO FORNITURA (nr.19.110 pz) somma intesa netta stornata rispetto alla percentuale 20% d'acconto già erogato		3.788.366,40				
SALDO TOTALE FORNITURA (nr.160.890 pz) somma intesa netta stornata rispetto alla percentuale 20% d'acconto già erogato					31.894.833,60	
RIPORTO EVENTUALE AVANZO DI CASSA		1.608.918,15				
DISPONIBILITA DI CASSA		5.397.284,55	931.241,25	4.253.326,01	10.334.377,33	44.604.000,00
SCADENZARIO FORNITORE AL LORDO IVA 22%	10-set	20-ott	30-ott	31-11	31-dic	TOTALE
ALFANO I°LOTTO	185.015,94					185.015,94
ALFANO II°LOTTO	450.872,94	450.872,94	450.872,94	450.872,94	450.872,94	2.254.364,70
BOTW	1.586.000,00	793.000,00		793.000,00	4.758.000,00	7.930.000,00
COSMOB		1.503,04				1.503,04
FIDEIUSSIONE - PROVVISORIO BROKER	250.000,00					250.000,00
FULL AGENCY	785.289,60		785.289,60	785.289,60	1.570.579,20	3.926.448,00
GSDESIGN	88.957,52		88.957,52	133.436,28	133.436,28	444.787,60

MERA SRLS	118.010,60		118.010,60	177.015,90	177.015,90	590.053,00
GIPLAST I°LOTTO	31.622,40					31.622,40
GIPLAST II°LOTTO		74.115,00	74.115,00	74.115,00	74.115,00	296.460,00
SP OFFICE I°LOTTO	669.560,53		520.769,28	520.769,28	520.769,28	2.231.868,37
SP OFFICE II°LOTTO	3.057.344,32	3.057.344,32	3.057.344,32	3.057.344,32	3.057.344,35	15.286.721,63
COSTI GENERALI AZIENDA (emolumenti personale, costi fissi utenze, locazioni, costo imballi, ecc.)	89.208,00	89.208,00	89.208,00	89.208,00	89.208,00	446.040,00

TOTALE SPESE SU PERIODO	7.311.881,85	4.466.043,30	5.184.567,26	6.081.051,32	10.831.340,95	33.874.884,68
UTILE	1.608.918,15	931.241,25	4.253.326,01	10.334.377,33	10.729.115,32	10.729.115,32

La ricorrente – che avrebbe dovuto eseguire l'appalto – ha quindi diritto al risarcimento dei danni subiti, costituiti dalla lesione del patrimonio per la perdita della possibilità di eseguire gli interventi e di conseguire il relativo utile pari ad € **10.729.115,32 (IVA compresa)**.

La prova dell'utile conseguibile c'è ed è attendibile, senza che si debba fare luogo ad alcuna detrazione equitativa: viene in rilievo il risarcimento corrispondente all'utile economico che sarebbe derivato dalla esecuzione della fornitura, dato che la ricorrente risultava affidataria della stessa.

La stima sul mancato guadagno è il frutto di una puntuale analisi dei costi/ricavi della commessa, adeguatamente comprovati dagli impegni contrattuali *medio tempore* sottoscritti dalla Nexus Made per garantire nei tempi richiesti dalla struttura commissariale sia l'esecuzione della fornitura della prima *tranche* dei 19.100 pz., sia l'avvio della seconda *tranche* dei rimanenti 110.900 pz.

In subordine si richiede il riconoscimento dell'importo pari al 10% sul valore della commessa, pari a € 4.460.400,00 (IVA inclusa).

VII.3. Inoltre, la ricorrente ha diritto:

A) sempre a titolo di risarcimento dei danni subiti per la **perdita di chances**, al ristoro del pregiudizio subito per il mancato accrescimento del proprio *curriculum* aziendale e delle proprie qualifiche correlate all'effettivo affidamento ed alla esecuzione dei servizi, da liquidarsi nella misura del 3% dell'importo contrattuale, come da costante giurisprudenza, pari dunque a € **1.338.120,00 (iva inclusa)**; solo in subordine, si richiede l'impiego di criteri equitativi per riconoscere anche questa voce di danno nella misura di una percentuale dell'utile economico, non potendo escludersi che l'impresa illegittimamente privata dell'esecuzione di un appalto possa rivendicare a titolo di lucro cessante anche la perdita della possibilità di arricchire il

proprio curriculum professionale (cfr. tra le altre Cons. Stato, VI, 15.9.2015, n. 4283). Al riguardo, poiché il danno curriculare si concretizza nel nocumento all'immagine sociale della impresa, con riferimento all'aspetto del radicamento nel territorio (cfr., sul punto, Cons. St., VI, n. 2751/08), risulta evidente la contiguità con il danno alla immagine "derivante dalla perdita di prestigio nell'ambito del mercato legata alla mancata esecuzione dei lavori";

B) al **rimborso delle spese** affrontate per la partecipazione al procedimento, per la predisposizione e la formalizzazione dell'offerta: ristoro che la giurisprudenza ha quantificato nella misura del 2% dell'importo dell'appalto, pari a **€ 892.080 (iva inclusa)**;

C) al risarcimento del **danno all'immagine**, direttamente correlato al comportamento tenuto dalla Stazione appaltante. Con riferimento a quest'ultima tipologia di danno è del tutto pacifica la possibilità di risarcire l'impresa illegittimamente privata dell'aggiudicazione dell'appalto;

D) la rivalutazione a decorrere dal giorno in cui l'esponente avrebbe dovuto stipulare il contratto o, in subordine, dal giorno della stipula del contratto o della consegna della fornitura con l'impresa illegittimamente aggiudicataria e fino alla data dell'effettiva liquidazione del danno o, in subordine, fino alla pubblicazione della sentenza, a decorrere dalla quale, in forza della liquidazione giudiziale, il debito di valore si trasforma in debito di valuta;

E) gli interessi legali sulle predette somme progressivamente e via via rivalutate, dalla data della stipula sino alla liquidazione del danno, in funzione compensativa della mancata disponibilità del denaro dovuto a titolo di risarcimento del danno;

Per quanto sopra, si chiede che codesto Ecc.mo TAR adito condanni l'Amministrazione al pagamento delle somme indicate e/o di quelle maggiori e/o minori che saranno riconosciute dovute, pure in via equitativa, da codesto Ecc.mo Collegio, oltre alla rivalutazione monetaria e agli interessi sino all'effettivo soddisfo.

VII.4. In via subordinata, si fa istanza di risarcimento del danno ai sensi art. 1337 c.c. per **responsabilità pre-contrattuale** della struttura commissariale.

La giurisprudenza ha affermato che anche nello svolgimento dell'attività autoritativa, la PA è tenuta a rispettare non soltanto le norme di diritto pubblico, ma anche le norme generali dell'ordinamento civile che impongono di agire con lealtà e correttezza, la violazione delle quali fa nascere una responsabilità da comportamento scorretto, che incide non sull'interesse legittimo, ma sul diritto soggettivo di autodeterminarsi liberamente nei rapporti negoziali, cioè sulla libertà

di compiere le proprie scelte negoziali senza subire ingerenze illegittime frutto dell'altrui scorrettezza (cfr., fra le altre, Cons. Stato, VI, 6.2.2013, n. 633; IV, 6.3.2015, n. 1142; Ad. plen., 5.9.2005, n. 6; Cass. Civ., Sez. Un. 12.5.2008, n. 11656; Cass. civ., sez. I, 12.5.2015, n. 9636; Cass. civ., sez. I, 3.7.2014, n. 15250), sicché la possibilità di configurare una responsabilità da comportamento scorretto sussiste nonostante la legittimità del provvedimento amministrativo.

Inoltre, per gli appalti pubblici, la Corte di Cassazione ha riconosciuto che il dovere di correttezza e buona fede (e l'eventuale responsabilità precontrattuale in caso di sua violazione) sussiste, prima e a prescindere dell'aggiudicazione, nell'ambito in tutte le fasi della procedura strumentale alla scelta del contraente, che si pone quale strumento di formazione progressiva del consenso contrattuale nell'ambito di un sistema di *"trattative (c.d. multiple o parallele) che determinano la costituzione di un rapporto giuridico sin dal momento della presentazione delle offerte, secondo un'impostazione che risulta rafforzata dalla irrevocabilità delle stesse"* (Cass. civ., I, 12.5.2015, n. 9636; Cass. civ., I, 3.7.2014, n. 15260; cfr. Cons. Stato, IV, 6.3.2015, n. 1142; Cons. Stato, V, 15.7.2013, n. 3831). E' stato poi precisato che *"la disciplina in materia di culpa in contrahendo non necessita, infatti, di un rapporto personalizzato tra p.a. e privato, che troverebbe la sua unica fonte nel provvedimento di aggiudicazione, ma è posta a tutela del legittimo affidamento nella correttezza della controparte, che sorge sin dall'inizio del procedimento. Diversamente argomentando, l'interprete sarebbe invece costretto a scindere un comportamento che si presenta unitario e che conseguentemente non può che essere valutato nella sua complessità"* (Cass. civ., sez. un. n. 15260/2014).

Ora, non v'è dubbio che da quanto ampiamente riportato nel presente ricorso, la struttura commissariale abbia ripetutamente violato i principi di correttezza e buona fede nelle trattative con la Nexus Made. Devono infatti sottolinearsi ancora una volta le modalità con le quali la struttura commissariale si è illegittimamente ritirata dalle trattative.

In un primo momento la struttura Commissariale, per mezzo del RUP, ha immotivatamente ommesso di indicare al ricorrente (nonostante ripetutamente richiesto) le modalità di consegna del prototipo all'indomani della nota del 4/9/2020 (e nonostante con tale nota avesse assegnato al ricorrente 5 giorni per adempiere, pena l'interruzione delle trattative); scaduto il termine di 5 giorni, ha quindi disposto una revoca dell'affidamento sulla base di una verifica di comprova che, tuttavia, non poteva essere eseguita (stante l'intervenuto abbandono del modello di gara per

come consegnato dall'Avviso), o che, a tutto voler concedere, doveva essere eseguita in corso di gara e non dopo l'invio del contratto firmato ed attraverso un contraddittorio procedimentale e con l'instaurazione del cd. soccorso istruttorio.

Quanto agli ulteriori elementi costitutivi di questo tipo di responsabilità, certamente ravvisabile è un affidamento incolpevole della Nexus Made, posto che la trattativa ha raggiunto un livello così avanzato da ingenerare la fondata aspettativa in ordine alla conclusione del contratto. Anzi, la sottoscrizione del primo contratto inviato il 13 agosto è stata postergata in ragione delle esigenze di revisione dei fabbisogni del Commissario, mentre il contratto inviato in data 26/8/2020 firmato dal Commissario non è stato formalmente sottoscritto dalla ricorrente solamente perché impegnata nella definizione dei contenuti della fideiussione a garanzia dell'acconto del 20% del valore del contratto, come ben noto al Commissario.

Vi è poi che l'affidamento incolpevole è pacificamente leso da una condotta che, valutata nel suo complesso (per come sopra evidenziata), e a prescindere dall'indagine sulla legittimità dei singoli provvedimenti, risulta oggettivamente contraria ai doveri di correttezza e di lealtà.

Inoltre l'oggettiva violazione dei doveri di correttezza è anche soggettivamente imputabile alla struttura Commissariale, in termini di colpa (e fors'anche in termini di dolo). Sul punto si richiama quanto già evidenziato innanzi.

Infine non v'è dubbio nemmeno che le perdite economiche subite e subende dalla Nexus Made sono, secondo la logica civilistica del "più probabile che non", la conseguenza della condotta scorretta della struttura commissariale.

Il pregiudizio subito dalla Nexus Made per essere stata coinvolta in trattative inutili, per aver avviato le prestazioni e per aver confidato nella conclusione di un contratto poi non stipulato è poi certamente riconducibile al cd. "danno emergente" ed è consistente nelle spese sostenute e negli impegni contrattuali, ormai definitivamente vincolanti, che la stessa è costretta a onorare verso i suoi fornitori. Infatti, la Nexus Made per poter adempiere alla consegna della I^a *tranche* di prodotti (pari a 19.100 banchi) entro il 12 settembre 2020 (data di consegna indicata da ultimo nel contratto inviato dal Commissario il 26/8/2020 e precedentemente indicata nei documenti di fabbisogno MIUR) è stata costretta ad avviare la fornitura sottoscrivendo impegni contrattuali con i seguenti fornitori: Giplast il 28/8/2020 per € 31.622,40; SP OFFICE il 31/8/2020 per € 2.390.956,00; ALFANO LEGNAMI il 2/9/2020 per € 185.015,93; COSMOB il 9/9/2020 per €

1.503,04 (**doc.34**).

Inoltre, in data 1/9/2020 Nexus Made ha assunto a tempo determinato (con scadenza al 28/2/2021) n. 4 lavoratori da dedicare in via esclusiva alla gestione della commessa (**doc.35**).

La tabella che segue evidenzia quindi un danno di € **2.458.552,95 (IVA compresa)** che Nexus Made subisce per impegni contrattuali verso fornitori e dipendenti a cui non potrà far fronte per esclusiva responsabilità della struttura commissariale.

ESPOSIZIONE PASSIVA SU COMMESSA PER LA PRODUZIONE I^ TRANCHE 19.100 pz CON CONSEGNA AL 12-09-2020						
TOTALE COSTI commessa comprensivo di IVA22%						
FORNITORE	imponibile	IVA22%	totale			
ALFANO I°LOTTO (fornitura legno)	151.652,41	33.363,53	185.015,94			
COSMOB SPA (certificazione ISO)	1.232,00	271,04	1.503,04			
GIPLAST I°LOTTO (bordo perimetrale paraurti)	25.920,00	5.702,40	31.622,40			
SP OFFICE I°LOTTO (produzione tavoli nr.19100 pz)	1.829.400,30	402.468,07	2.231.868,37			
COSTI GENERALI AZIENDA (emolumenti personale, contributi costi fissi utenze.)	8.543,20		8.543,20			
	1.865.095,50	408.441,51	2.458.552,95			

	10-set	20-ott	30-ott	31-11	31-dic	
RIPORTO EVENTUALE AVANZO DI CASSA		- 894.742,07				
DISPONIBILITA DI CASSA		- 894.742,07	- 896.245,11	- 1.417.014,39	- 1.937.783,67	-
SCADENZARIO FORNITORE AL LORDO IVA 22%	10-set	20-ott	30-ott	31-11	31-dic	TOTALE
ALFANO I°LOTTO	185.015,94					185.015,94
						-
						-
COSMOB		1.503,04				1.503,04
						-
						-
						-
GIPLAST I°LOTTO	31.622,40					31.622,40
						-
SP OFFICE I°LOTTO	669.560,53		520.769,28	520.769,28	520.769,28	2.231.868,37
						-
COSTI GENERALI AZIENDA (emolumenti personale, contributi costi fissi utenze)	8.543,20					8.543,20

TOTALE PAGAMENTI CASSA SU PERIODO	894.742,07	1.503,04	520.769,28	520.769,28	520.769,28	2.458.552,95
DISAVANZO ECONOMICO DI CASSA	- 894.742,07	- 896.245,11	- 1.417.014,39	- 1.937.783,67	- 2.458.552,95	- 2.458.552,95

Il Commissario dovrà essere in ogni caso condannato al pagamento di tale somma, avendo il suo comportamento provocato le menzionate spese in via oggettiva e inconfutabile.

VII.5. In via ulteriormente subordinata, qualora non dovessero trovare accoglimento le domande risarcitorie, le Amministrazioni resistenti dovranno essere condannate ad **indennizzare** la Nexus Made ai sensi degli artt. 1328 c.c. e 21-*quinquies* L. n. 241/1990. In tal caso il *quantum* dell'indennizzo è circoscritto alle spese e alle perdite riconducibili all'inizio di esecuzione ed è pari alla quantificazione già eseguita con riferimento alla domanda di risarcimento per responsabilità pre-contrattuale, alla quale si rinvia integralmente.

P.Q.M.

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

SI CONCLUDE

per l'accoglimento del ricorso e di ogni correlata istanza, inclusa quella istruttoria e quella cautelare di sospensione dei provvedimenti impugnati, nonché quella risarcitoria e di indennizzo, con ogni conseguenza di legge sui diritti, le spese, gli onorari e la restituzione del contributo unificato.

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, lì 8 ottobre 2020

Avv. Tommaso Pallavicini

Avv. Giorgio Leccisi