

ECC.MO CONSIGLIO DI STATO in S.G.

Appello

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

il 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.*, la Presidenza del Consiglio dei Ministri, in persona del Presidente *p.t.* e il Ministero dell'Istruzione, in persona del Ministro *p.t.*; tutti rappresentati e difesi nel giudizio di primo grado dall'Avvocatura Generale dello Stato,

per l'annullamento e/o la riforma

della sentenza TAR Lazio Roma, Sez. I^a Quater, n. 9122/2021 pubblicata il 2/8/2021 e non notificata con la quale è stato respinto il ricorso di primo grado proposto dalla Nexus Made S.r.l. (RGN 8185/2020) e quindi

per

l'accoglimento di tutte le domande articolate in primo grado, incluse quelle risarcitorie e di indennizzo, che pure si ripropongono in questa Sede.

Indice e sintesi dei motivi		
FATTO	Sintetica illustrazione dell'appalto e dello svolgimento del giudizio di primo grado, nonché delle questioni introdotte.	pag. 2-9
DIRITTO		
<i>I. Error in iudicando.</i>	Il primo motivo di appello riprende il primo motivo di ricorso proposto in primo grado integrato da motivi aggiunti, e disatteso dal T.A.R., in ordine alla carenza di presupposti della revoca e all'illegittimità della motivazione riferita alla verifica dei requisiti, dando conto degli atti del processo e delle modalità concrete con le quali è stata condotta l'intera procedura di acquisizione dei banchi da parte della struttura commissariale, nonché dell'erroneità dell'interpretazione della normativa di legge e di gara, oltre che dell'omessa valorizzazione dell'ampia istruttoria compiuta in prime cure.	pag. 10-19
<i>II. Error in iudicando.</i>	Il secondo motivo d'appello riprende il secondo motivo di	pag.

	ricorso proposto in primo grado, integrato da motivi aggiunti, e disatteso dal T.A.R., in ordine alle modalità e agli esiti dei “controlli” sui requisiti di partecipazione (in particolare tecnico-economici), nonché sull’omessa attivazione del doveroso soccorso istruttorio. Il motivo censura altresì la sentenza nella parte in cui confonde le caratteristiche tecniche della fornitura con i requisiti di qualificazione.	19-22
III. Error in iudicando	Il terzo motivo d’appello riprende e ripropone i motivi 1.2 e 1.3 del ricorso introduttivo sulla erroneità della ritenuta mancanza dei requisiti di partecipazione in capo alla Nexus Made, il cui esame è stato completamente omesso dal Tar. Il motivo descrive l’illegittimità sia della motivazione assunta dal Commissario a sostegno della revoca per la presunta e inesistente carenza da parte della Nexus Made dei predetti requisiti di partecipazione sia delle modalità del relativo accertamento (senza soccorso), oltre che, in ogni caso, delle pertinenti previsioni dell’Avviso pubblico, all’uopo specificamente censurate.	pag. 22-29
IV. Error in iudicando	Il quarto motivo d’appello censura il capo della sentenza nel quale il TAR assume, dando credito all’affermazione del Commissario, che la ricorrente non avrebbe trasmesso la documentazione a comprova, nonostante la richiesta della struttura. La censura evidenzia l’infondatezza in fatto dell’assunto (avendo la Nexus) e anzi il comportamento ostruzionistico e strumentale della struttura. Con il motivo in questione, inoltre, si censura la sentenza nella parte in cui afferma che la ricorrente avrebbe offerto un prodotto privo delle necessarie caratteristiche tecniche richieste, all’uopo dimostrando l’infondatezza e l’inesigibilità della pretesa del Commissario.	pag. 29-33
V. Error in iudicando.	Il quinto motivo d’appello censura la sentenza nella parte in cui ha ritenuto insussistente la violazione degli artt. 1175, 1337, 1338 c.c. e dei principi di buona fede da parte del Commissario. Con tale motivo l’appellante ripropone l’intera istanza risarcitoria e di indennizzo presentata in primo grado, illustrando le poste di danno e argomentandone la debenza in suo favore.	pag. 33-43
VI. Istanza di autorizzazione all’integrazione del contraddittorio.	Il sesto paragrafo è dedicato all’istanza di autorizzazione all’integrazione del contraddittorio mediante notificazione per pubblici proclami.	pag. 43-44

FATTO

I. L’appello ha ad oggetto la decisione del TAR Lazio Roma di rigetto del ricorso di primo grado della Nexus Made (RGN 8185/2020) proposto avverso gli atti, adottati dal Commissario Straordinario per l’attuazione e il coordinamento delle misure di contenimento e contrasto dell’emergenza epidemiologica Covid-19 (d’ora innanzi, il “Commissario”), con i quali è stata decretata la revoca dall’affidamento, a lei inizialmente concesso, della fornitura di circa centottantamila arredi scolastici da distribuire agli istituti scolastici statali dislocati in tutto il territorio nazionale (**la gara cd. Banchi scolastici – Lotto A CIG 877980FCB**).

II. In **FATTO** si premette sinteticamente che:

- con Avviso pubblicato in GUUE in data **21 luglio 2020** (d'ora innanzi, anche, "l'Avviso") 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 (*cfr.* doc.1 del fascicolo di primo grado Nexus Made);

- l'Avviso, che è stato anche oggetto di rettifica nella parte relativa ai requisiti di capacità tecnica ed economica onde garantire la massima partecipazione (*cfr.* doc.2 del fascicolo di primo grado Nexus Made), prevedeva che le offerte indicassero il lotto prescelto, nonché le quantità della fornitura e l'ambito territoriale d'interesse, sulla base di una stima di fabbisogno da parte del Ministero dell'Istruzione (stima che è intervenuta solo dopo la pubblicazione dell'Avviso e che è stata modificata in corso di gara);

- l'avviso prevedeva, inoltre, strettissimi termini di consegna delle forniture, collegati anch'essi alla predetta stima di fabbisogno ministeriale che, per il Lotto A di interesse in questa Sede, aveva previsto **una prima consegna entro il 31 agosto 2020**;

- alla gara per il Lotto A ha preso parte la Nexus Made s.r.l. (d'ora innanzi, anche, "Nexus Made", la "Società" o la "appellante") con offerta per l'ambito territoriale "Regione Abruzzo, Regione Lazio, Regione Umbria" al prezzo unitario di euro 330,00 per 200.000 banchi ad altezza variabile con possibilità di applicazione di ruote per facilitare gli spostamenti, oltre all'ulteriore 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 (*cfr.* doc.4 del fascicolo di primo grado Nexus Made);

- nominata Commissione di gara per la valutazione tecnica delle offerte (*cfr.* doc.5 del fascicolo di primo grado Nexus Made), la Nexus Made è risultata ammessa alla fornitura per il Lotto A;

- successivamente, terminata la procedura di gara, il Commissario ha fatto sapere informalmente di aver constatato che non sarebbe stato possibile soddisfare integralmente le esigenze del Ministero (la circostanza non è attestata da un provvedimento, ma è desumibile dai

contratti e dalla Relazione del RUP del 12 agosto 2020);

- la menzionata procedura è stata quindi abbandonata (con tutti gli atti e le valutazioni posti in essere) ed il Commissario e il RUP hanno condotto trattative dirette con le imprese interessate;

- all'uopo sollecitata dalla struttura commissariale, con nota dell'11 agosto 2020 la Nexus Made ha presentato una nuova proposta, diversa rispetto all'offerta presentata in gara per contenuti e caratteristiche principali (anche di prezzo) (*cfr.* doc.6 del fascicolo di primo grado Nexus Made);

- la nuova proposta della Nexus Made veniva accettata dal Commissario, che la recepiva nel provvedimento di affidamento della commessa del 12 agosto 2020, col quale veniva altresì approvata la relazione del RUP di pari data di proposta di aggiudicazione all'esito della procedura ristretta curata dallo stesso RUP e il superamento della precedente valutazione discrezionale delle offerte (*cfr.* doc. 17 del fascicolo di primo grado amministrazioni resistenti);

- in data 13 agosto 2020, la struttura commissariale trasmetteva alla Nexus Made il (primo) contratto (*cfr.* doc.7 del fascicolo di primo grado Nexus Made) per 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 era recepito all'art. 4 del contratto per euro 247,80 per ciascun banco monoposto, da consegnarsi secondo quanto previsto nel Piano di consegna;

- in data 17 agosto 2020 la Struttura commissariale comunicava alla Nexus Made il *“Piano di distribuzione ed il Riepilogo Quantità Misure e Tempi relativo alla vostra fornitura, che sarà parte integrante del contratto”* (*cfr.* doc.8 del fascicolo di primo grado Nexus Made);

- in data 26 agosto 2020 la struttura commissariale inviava alla Nexus Made una seconda versione di contratto (*cfr.* doc.9 del fascicolo di primo grado Nexus Made);

- in data 28 agosto 2020, pur non essendo a ciò richiesto dal Commissario né da nessuna disposizione legge o di contratto, la Nexus Made ha trasmesso al Commissario e al RUP copia per immagini del prototipo destinato alla produzione e distribuzione (*cfr.* doc.10 del fascicolo di primo grado Nexus Made);

- nel contempo, in ragione dei contatti intervenuti ma soprattutto 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 Nexus Made avviava 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);

- in data 1 settembre 2020, la Struttura Commissariale inviava il *“piano di distribuzione aggiornato che prevede una fornitura complessiva di banchi pari a 173.916 da consegnare, secondo le diverse tipologie indicate nel file allegato, negli istituti delle regioni Abruzzo, Lazio, Liguria e Sicilia”*; con la stessa nota il Team “Riapertura Scuole” del Commissario indicava che *“al momento il numero di banchi richiesto è leggermente inferiore alla dotazione contrattuale prevista pari a 180.000”* e di riservarsi *“pertanto di richiedere la dotazione restante in un secondo momento”*, e chiedeva di *“indicarci entro mercoledì 2 settembre, le date per le consegne previste entro il 15 settembre pv”* (ndr, l'enfasi è nell'originale - cfr. doc.11 del fascicolo di primo grado Nexus Made);

- a questo punto seguivano una serie di comunicazioni tra la struttura commissariale e la Nexus Made per la predisposizione dello schema di polizza fideiussoria per la garanzia definitiva (la Nexus Made inviava uno schema che il RUP espressamente riteneva corretto), per le verifiche antimafia (in ordine alle quali, diligentemente e tempestivamente, la Nexus inviava la pertinente documentazione) e alle tempistiche e alle modalità di consegna dei banchi (cfr. docc. 11, 12, 13, 14, 15 16 e 17 del fascicolo di primo grado Nexus Made);

- del tutto inaspettatamente, con nota prot. 1319 del 4 settembre 2020 (cfr. doc.18 del fascicolo di primo grado Nexus Made), il Commissario faceva pervenire alla Nexus Made una comunicazione nella quale affermava che *“il prototipo per la produzione”*, inviatogli una settimana prima, *“non corrisponde al bene oggetto dell'offerta tecnica (banco di altezza variabile da cm 74 a cm 85)”* depositata nella procedura di gara di cui all'Avviso (che pure il Commissario aveva ritenuto superata, avendo richiesto la formulazione di una nuova offerta, peraltro accettata) 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”*;

- lo stesso 4 settembre 2020, la Nexus Made riscontrava la nota prot. n. 1319 i) chiarendo che le dimensioni dei banchi indicate nell'offerta tecnica di gara non erano quelle successivamente convenute all'esito delle trattative condotte dopo la conclusione della gara sulla scorta delle indicazioni della struttura; ii) fornendo già in quella sede una serie di chiarimenti sulla conformità delle caratteristiche tecniche del prodotto indicato nella proposta dell'11/8/2020, poi accettata dal Commissario con affidamento del 12/8/2020; iii) rammentando che l'impresa era *“totalmente impegnata nella fase produttiva (allegato B) e di pianificazione della logistica”*; iv) ribadendo 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 e (cfr. doc.19 del fascicolo di primo grado Nexus Made);

- seguivano poi una serie di comunicazioni di Nexus Made di richiesta di indicazioni in ordine al mantenimento dei *“cicli produttivi già intrapresi”* e di sollecito sull'indicazione di luogo e modalità di consegna del prototipo alle quali tuttavia la struttura commissariale non dava alcun sostanziale riscontro, se non assumendo di *“restare in attesa del prototipo e della documentazione tecnica”* che però la Struttura non consentiva di consegnare (non indicandone le modalità), impedendo così all'impresa di compiere quanto *“tassativamente”* richiesto e quindi – di fatto – preconstituendola inadempiente (cfr. docc.20, 21, 22, 23 del fascicolo di primo grado Nexus Made);

- senza dare seguito alla dichiarata intenzione di svolgere approfondimenti, dopo aver commissionato in data 12 agosto 2020 la produzione e la fornitura di oltre 180.000 banchi (di cui 20.000 da consegnare entro il 12 settembre 2020), con nota prot. 1345 del 9 settembre 2020 (appena tre giorni prima della scadenza del primo termine di consegna) il Commissario comunicava *“la revoca dell'affidamento precedentemente disposto”* e, con evidente forzatura del

dato lessicale, il recesso “*da ogni trattativa finalizzata alla sottoscrizione del contratto di appalto*” (quando in effetti le trattative erano sostanzialmente perfezionate e concluse e anzi la commessa era stata abbondantemente avviata), assumendo di aver nel frattempo svolto le “*verifiche dei requisiti di idoneità professionale, nonché di quelli tecnici ed economici dei partecipanti alla gara*” e motivando il provvedimento sul presupposto – a quel punto nuovo – che la Nexus Made non possedesse i requisiti di capacità alla cui verifica era subordinata la fornitura richiesta con Avviso del 21 luglio 2020 e che, inoltre, l’impresa non avrebbe sanato le inesistenti, non circostanziate, infondate e persino recessive “*criticità segnalate già nella precedente comunicazione ... circa la comprova del rispetto dei Cam e normativa Uni En del prodotto offerto*” (cfr. doc.24 del fascicolo di primo grado Nexus Made);

- a questo punto Nexus Made presentava rituale istanza di accesso a tutti gli atti della procedura di gara (cfr. doc.25 del fascicolo di primo grado Nexus Made) che rimaneva del tutto inascoltata dalla struttura commissariale;

- nel frattempo Nexus Made apprendeva dall’avviso del 26 settembre 2020 (cfr. doc.26 del fascicolo di primo grado Nexus Made) che il Commissario **a)** aveva indetto e concluso un’ulteriore procedura negoziata senza pubblicazione di bando 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 il 9 settembre 2020 tre contratti con tre operatori stranieri, e **b)** aveva affidato direttamente ulteriori forniture concludendo sempre il 9 settembre 2020 due contratti con altrettante imprese idonee a soddisfare i quantitativi indicati dal ministero nei tempi dal medesimo stabiliti.

III. Rispetto a tali illegittime determinazioni, foriere di gravissimi danni per la Nexus Made e i suoi fornitori, la ricorrente ha presentato ricorso dinanzi al TAR Roma (RGN 8185/2020) con il quale ha contestato: **i)** che impropriamente il Commissario ha fatto riferimento alla procedura di cui all’Avviso pubblico del 21.7.2020, poiché le modalità di conduzione della trattativa tra Commissario e Nexus Made avevano comportato – per scelta e comportamento concludente della Struttura commissariale – il completo e definitivo abbandono dell’originario modello di affidamento tramite Avviso pubblico del 21.7.2020, in favore di un approvvigionamento della fornitura secondo lo schema di un affidamento diretto all’esito di una vera e propria trattativa

privata (attestata anche dallo scambio di mail tra le parti, condotta anche informalmente, persino con lo scambio di sms da tra il RUP e il legale rappresentante dell'impresa), che esulava dai rigidi schemi delle prescrizioni del predetto Avviso (dai quali la Struttura Commissariale aveva dovuto liberarsi in corso di procedura proprio in quanto le menzionate prescrizioni non consentivano di soddisfare le esigenze per le quali erano state delineate); **ii)** che, quindi, erroneamente il Commissario ha fatto riferimento ai requisiti di una procedura fallita e conclusa (rispetto alla quale l'addebito è anche strumentale e scorretto), ma ancor più erroneamente ha fatto riferimento all'interruzione delle 'trattative', poiché in quel momento *a)* l'affidamento era stato disposto, *b)* la Struttura aveva richiesto l'avvio della produzione [del resto necessitata in ragione della tempistica della consegna per l'apertura delle scuole], *c)* l'azienda aveva assunto obblighi e si era impegnata con fornitori e clienti, *d)* le attività esecutive erano state già approntate da parte dell'impresa, la quale in soli 20 giorni d'agosto ha dovuto completare una prima *tranche* di fornitura di 20.000 banchi; **iii)** che il Commissario ha comunque svolto, peraltro erroneamente, una verifica soltanto formale sui requisiti di capacità tecnico-economica della società, assumendone la carenza peraltro senza interpellare la diretta interessata, e senza valutare né l'interesse pubblico prioritario al buon esito della fornitura, né l'effettiva capacità dell'impresa di portare a compimento la commessa, né tantomeno considerare lo stato di avanzamento della produzione a qualche giorno dalla consegna; **iv)** che nondimeno la Nexus Made possedeva e possiede tutti i requisiti in questione primo fra tutti l'*expertise* necessaria per l'esecuzione della fornitura, che infatti aveva approntato; **v)** che in ogni caso la società aveva dato ampia e soddisfacente spiegazione alle inesistenti "*criticità*" segnalate strumentalmente dal Commissario, come poi del resto si è anche dimostrato in giudizio (producendo sia le forniture analoghe realizzate sia le certificazioni poi ottenute), e che invece quest'ultimo aveva posto in essere un comportamento ostruzionistico al solo fine di preconstituire un motivo di interruzione del rapporto con Nexus Made, in ciò violando gli obblighi di buona fede e correttezza (pre)contrattuale che presidiano il rapporto tra le parti, le quali (solo tenuto conto dei tempi di attesa del rilascio delle garanzie) non avevano ancora apposto la firma sul contratto (ndr, in realtà mancava solo la firma dell'impresa) rispetto ad un affidamento urgentissimo già avviato.

IV. Unitamente al ricorso di primo grado, l'odierna appellante ha presentato anche istanza cautelare di sospensione dei provvedimenti impugnati, di risarcimento in forma specifica di

condanna a concludere il contratto di appalto con la Nexus Made (anche previa declaratoria di inefficacia del contratto *medio tempore* stipulato con altro operatore economico e conseguente subentro) e, per l'ipotesi di sopravvenuta impossibilità di eseguire la fornitura, istanza di risarcimento danni per equivalente monetario e di indennizzo, allegando tutti gli elementi costitutivi del proprio diritto.

V. Nexus Made, in considerazione della produzione di alcuni documenti da parte delle amministrazioni resistenti in sede di costituzione di primo grado, proponeva anche ricorso per motivi aggiunti ed un'istanza di accesso in corso di causa *ex art. 116 c.2 CPA*, oltreché un'istanza di autorizzazione alla notifica per pubblici proclami [adempimento poi disposto dal TAR e ritualmente eseguito dalla ricorrente di primo grado].

VI. Il giudizio di primo grado si è caratterizzato anche per una intensa fase istruttoria, compulsata a più riprese dalla Nexus Made, atteso l'atteggiamento ingiustificatamente reticente delle amministrazioni tenuto fin dalla fase pre-processuale di rifiuto (per silenzio) dell'istanza di accesso procedimentale e poi definitivamente superato dall'Ordinanza n. 1744/2021 con la quale il TAR Lazio ha ordinato la produzione in giudizio degli atti/provvedimenti impugnati e della documentazione di gara relativa alle operazioni della struttura commissariale ed alle offerte degli altri concorrenti alla stessa gara e in quelle parallele aventi ad oggetto le medesime forniture.

VII. La trattazione cautelare veniva abbinata al merito (udienza pubblica del 13/7/2021), essendo nel frattempo sopraggiunta la nota con la quale il Commissario dichiarava il raggiungimento del fabbisogno e l'integrale esecuzione della fornitura da parte di altri operatori e, quindi, residuando l'interesse per la Nexus Made ad una pronuncia sulle istanze risarcitorie e di indennizzo.

VII. Con l'impugnata sentenza n. 9122/2021, il TAR Lazio Roma ha respinto il ricorso ed i motivi aggiunti.

VIII. La sentenza è gravemente illegittima e ingiusta e la Nexus Made S.r.l. – come in atti rappresentata e difesa – la impugna dinanzi a codesto Ecc.mo Consiglio di Stato chiedendo che venga annullata e/o riformata alla stregua dei seguenti motivi di

DIRITTO

In premessa non ci si può esimere dall'evidenziare che la sentenza impugnata – già solo esteriormente – si presenta inadeguata rispetto all'importanza della causa e della commessa, nonché al contenuto e al grado di dettaglio delle censure articolate in primo grado; basti pensare

che il TAR – su un totale di 23 pagine di sentenza – ne ha riservate solamente 5 alle peraltro erronee motivazioni del rigetto (mentre nelle precedenti 18 il primo Giudice si limita ad una semplice copiatura di alcune argomentazioni difensive delle parti). Ma non solo: in modo sconcertante il Tar si è acriticamente appiattito sulle difese erariali sebbene queste si fossero appuntate fin dall'inizio su inconferenti (per non dire fantasiosi) elementi fattuali ampiamente disattesi e sconfessati.

(I)

I.1 Col primo motivo di ricorso (integrato da motivi aggiunti) Nexus Made ha contestato l'illegittimità della revoca dell'affidamento assunta sull'erroneo presupposto che il Commissario avrebbe potuto opporre alla Nexus Made la carenza dei requisiti di partecipazione (i.e. di capacità tecnica ed economica) alla gara cui aveva partecipato, dal momento che l'affidamento non trovava più la sua causa nell'avviso del 21 luglio 2020 (che tali requisiti aveva previsto), ma in una vera e propria trattativa diretta attivata dal RUP una volta che la procedura condotta dal Commissario in attuazione del medesimo Avviso si era conclusa con un nulla di fatto: la Struttura non poteva subordinare l'affidamento di una fornitura al rispetto di prescrizioni previste per una diversa procedura attivata e conclusa (senza esito) per un diverso affidamento di una diversa fornitura.

Nexus Made aveva tratto le conseguenze del proprio ragionamento sul presupposto che:

- la procedura di gara era fallita e il fabbisogno non poteva essere soddisfatto;
- il Commissario aveva richiesto la formulazione di una nuova proposta all'impresa;
- Nexus aveva dovuto rimeditare e riconfigurare il proprio impegno e, illustrandone le ragioni, aveva formulato, su indicazione del Commissario, il 11/8/2020, una proposta diversa (per prezzi, quantità e caratteristiche) rispetto a quella depositata in gara del 5/8/2020;
- il Commissario ha approvato la nuova proposta dell'11/08/2020, all'esito di una trattativa diretta con l'impresa;
- l'esistenza di una trattativa diretta, derogatoria dell'Avviso (o che comunque prescindeva dai requisiti previsti per la partecipazione alla procedura delineata da quest'ultimo), non poteva essere smentita nemmeno richiamando l'art. 12 dell'Avviso che, seppur erroneamente assunto a presupposto dal RUP e dal Commissario per attivare l'interlocuzione negoziale (e per questo la disposizione è anche stata impugnata da Nexus Made), in realtà

atteneva esclusivamente alla disciplina delle cd. “forniture aggiuntive” rispetto a quelle già affidate in attuazione dell’Avviso (forniture che però non erano configurabili poiché dall’Avviso non era scaturito alcun affidamento);

- la motivazione assunta dal Commissario era anche pretestuosa e surrettizia, non corrispondendo a realtà che la Struttura avesse avviato le “*verifiche dei requisiti*” degli operatori che erano stati selezionati per eseguire una fornitura in esito alla partecipazione alla procedura di cui all’Avviso: a conferma di tale censura, infatti, sta la circostanza – mai smentita dalla struttura – che nessuna verifica dei requisiti di partecipazione (indicati nell’avviso del 21/7/2020 al § 5) è mai stata eseguita nei confronti di nessuno degli altri operatori che come la Nexus Made avevano partecipato all’originario Avviso del 21/7/2020; ad ulteriore dimostrazione della abusività del comportamento, addirittura è emerso che nessuna verifica è stata eseguita nemmeno nei confronti degli ulteriori operatori che avevano partecipato alla seconda procedura negoziata e alla terza procedura di affidamento diretto e che avevano stipulato i contratti il 9 settembre 2020.

Alla luce di tutti questi elementi non poteva che concludersi per la strumentalità della revoca, assunta *ad hoc* nei confronti di Nexus Made.

I.2 Il TAR, disattendendo completamente le censure mosse dalla Nexus Made, ha concluso per la legittimità della verifica del Commissario in merito alla insussistenza dei requisiti soggettivi richiesti dall’originario Avviso di gara, motivando che:

- l’interlocuzione negoziale, avviata ai sensi dell’art. 12 dell’Avviso in seguito all’accertamento circa l’impossibilità di assicurare l’integrale copertura del fabbisogno ministeriale, avrebbe consentito la deroga esclusivamente sulle tempistiche e sui quantitativi di consegna precedentemente indicati nell’Avviso (rimanendo quindi fermi i requisiti soggettivi di partecipazione e tecnici previsti dall’Avviso);

- la procedura svolta dal Commissario, quindi, si dovrebbe considerare unitaria, con la conseguenza che la trattativa privata svolta successivamente alla constatazione della impossibilità di soddisfare celermente ed in maniera completa le esigenze dell’Amministrazione, dovrebbe ritenersi quale *fase ulteriore della medesima procedura*; secondo il TAR, l’art. 12 dell’Avviso non può essere interpretato in maniera riduttiva (nel senso, cioè, che sia applicabile alle sole forniture aggiuntive), ma deve essere riguardato – nel più ampio quadro delle disposizioni normative che consentono al Commissario di operare, nelle procedure di

acquisizione, in deroga al Codice dei Contratti Pubblici (D.lgs. 50/2016) – quale generale possibilità, concessa alla stazione appaltante, di procedere alla stipula dei contratti secondo una modalità (predefinita) che, all'interno della stessa gara, consente la corretta e completa esecuzione dell'affidamento;

- l'ultravigenza dei requisiti soggettivi di cui all'Avviso troverebbe conferma anche nella circostanza che nei contratti successivamente stipulati sarebbero state previste specifiche clausole risolutive espresse per l'eventuale successivo accertamento di perdita dei requisiti soggettivi di partecipazione; il ch , ancora secondo il TAR, dimostrerebbe come il possesso dei medesimi requisiti soggettivi indicati nell'Avviso del 21/7/2020 sarebbe stato imposto (e quindi anche verificato) a tutti gli operatori economici contrattualizzati per la fornitura di beni della stessa tipologia e destinazione d'uso (sia a valle della procedura negoziata di Nexus, sia delle altre due parallele). Sicch , ancora, nessun comportamento discriminatorio si sarebbe verificato tra tutti gli operatori chiamati dal Commissario ad eseguire la fornitura dei beni in questione.

I.3. Tutte le illogiche, contraddittorie e infondate motivazioni del TAR trovano decisa smentita sia negli atti del processo sia nelle modalit  concrete con le quali   stata condotta l'intera procedura di acquisizione dei banchi da parte della struttura commissariale.

I.3.1.a In primo luogo, una volta riconosciuta l'esistenza di un'interlocuzione negoziale tra l'impresa e il Commissario, non pu  sostenersi che con quest'ultima le parti abbiano derogato solo sulle tempistiche e sui quantitativi di consegna.

L'interlocuzione intervenuta tra le parti segna senz'altro una cesura tra le due procedure (quella di gara e quella a trattativa diretta).

Del resto l'interlocuzione sugli elementi di un contratto pubblico affidato a gara pubblica   una modalit  sconosciuta all'ordinamento: ove configurata, sarebbe stata senz'altro illegittima per violazione sia della normativa nazionale e eurounitaria, sia dei principi di *par condicio*, sia della stessa *lex* di gara.

Che vi sia stato un affidamento a trattativa diretta fuori dagli schemi dell'Avviso   invece confermato: **(i)** dalla presentazione l'11/8/2020 di una nuova e completa offerta da parte della Nexus Made, sostitutiva di quella precedente del 5/08/2020, con la quale   stato proposto un prodotto differente sia per caratteristiche tecniche, per quantitativi e tempi di consegna, sia soprattutto per prezzo; **(ii)** dall'abbandono integrale (peraltro riportato anche nelle premesse ai

contratti inviati alla Nexus Made) della fase di valutazione discrezionale sulle offerte eseguita dalla commissione; **(iii)** dal correlato abbandono della fase di verifica della documentazione amministrativa e dei requisiti di partecipazione che il Commissario con l'Avviso si era autovincolato ad eseguire prima dell'aggiudicazione; **(iv)** dalla circostanza che la pretesa di subordinare la fornitura ai requisiti della precedente fase non è stata mai espressa durante le trattative, essendo semmai emersa *ex post* nella Relazione del RUP e nella Determina del Commissario successiva alle intese tra le parti (peraltro nemmeno trasmessa all'impresa nell'immediatezza, ma acquisita a seguito di istruttoria dinanzi al TAR) **(v)** dalla circostanza che, nei confronti della Nexus Made, così come degli altri operatori che avevano partecipato alla procedura di cui all'Avviso del 21.7.2020, non era mai stata manifestata l'intenzione di procedere secondo tale modalità (quindi anche tenendo fermi i requisiti menzionati dall'Avviso); **(vi)** dalla circostanza che la Struttura commissariale aveva parallelamente avviato due procedure di affidamento (anche diretto) della fornitura di banchi anche con altri operatori che non avevano partecipato alla procedura di cui all'Avviso del 21.7.2020 e addirittura con alcuni offerenti spontanei: due procedure del tutto svincolate da ogni preconditione di partecipazione alle trattative o da ogni condizione risolutiva rispetto all'acquisto (rispetto ai requisiti di capacità). Trattasi di chiare ed inequivoche circostanze di fatto che hanno caratterizzato l'andamento della commessa e che non potevano non essere considerate dal TAR.

I.3.1.b Ma la decisione impugnata scarta anche dal diritto dei contratti pubblici e dalla logica che anima il perfezionamento della domanda di contratto posta dalla PA sul mercato.

Il TAR, infatti, non si è avveduto che nell'interpretare – come effettivamente fatto – gli atti gara nel senso di aver imposto che alla procedura di negoziazione avviata dopo la constatazione dell'esito negativo di quella disciplinata dal bando, potessero partecipare soltanto gli operatori in possesso dei requisiti di capacità previsti dal bando ormai concluso (circostanza peraltro ovviamente non prevista), avrebbe dovuto concludere per l'illegittimità dell'intero impianto di gara; sia perché la menzionata circostanza non è stata pedissequamente e chiaramente disciplinata né comunicata, sia comunque perché sarebbe illogico e sproporzionato, oltre che in contrasto con la disciplina normativa (anche emergenziale) che prevede – in casi peculiari, come quello *de quo* – il superamento della predeterminazione dei requisiti fissata nel bando proprio al fine di soddisfare l'interesse pubblico primario alla realizzazione della commessa (che il bando

aveva impedito).

In questo modo, infatti, si producono conseguenze assurde poiché:

- si condiziona illegittimamente un determinato 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 (e comunque non chiaramente preordinate rispetto a quell'affidamento e in ogni caso non adeguatamente predeterminate e preinformate durante la negoziazione dell'affidamento), con la conseguenza che due offerte diverse (anche radicalmente diverse) sono legate alle stesse verifiche e alle stesse condizioni pur avendo genesi completamente differenti;

- si consentono – pur rigidamente reiterando la condizione prevista per una procedura ormai superata – due ulteriori affidamenti diretti di forniture analoghe (quello ai sensi del par. 12 dell'Avviso del 21.7.20 e quello assegnato agli offerenti spontanei all'esito delle trattative parallele condotte dal Commissario con terzi) a presupposti ed elementi diversi, così sottoponendo le imprese chiamate a soddisfare lo stesso fabbisogno pubblico a vincoli e controlli diversi a seconda del caso.

Con l'ulteriore – insuperabile – irrazionalità che, in una situazione di urgenza volta a soddisfare un fabbisogno nazionale strategico, si condiziona 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: ciò che appare contraddittorio, sproporzionato, se non arbitrario e aberrante.

I.3.2. Parimenti errata è poi la decisione impugnata nella parte in cui si sforza di dimostrare il carattere unitario della procedura, appuntando l'intero ragionamento unicamente sul meccanismo di variazione contrattuale definito all'art. 12 dell'Avviso (che peraltro esprime una regola di gara diversa da quella in concreto applicata).

I.3.2.a. In primo luogo, le appena rilevate circostanze dimostrano come l'affidamento del 12/8/2020 si reggesse unicamente sull'offerta rideterminata dalla Nexus Made l'11/8/2020, restando fermo che ogni ulteriore applicazione dell'art. 12 avrebbe dovuto condurre al travolgimento del segmento di gara e dei conseguenti provvedimenti (come dedotto con specifico motivo in primo grado che il TAR non ha esaminato e che deve intendersi riproposto).

I.3.2.b. In secondo luogo, il TAR non ha considerato che la 'conversione' della procedura (in

trattativa diretta) trovasse un preciso ed espresso riferimento nella normativa vigente in materia di pubbliche gare (diverso dall'art. 12 dell'Avviso).

Infatti, l'art. 2, comma 3, del D.L. 16 luglio 2020 n. 76, abilita a condurre una 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 nella situazione in cui si trovava il Commissario una volta che la selezione di cui all'Avviso non aveva consentito di soddisfare il fabbisogno del Ministero per cui era stata avviata, ossia 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 (che abilita alla trattativa diretta senza gara, dopo che una gara è stata svolta senza esiti) è 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 e che, quindi, deve ritenersi ormai superato, superfluo, non più rilevante, non opponibile al concorrente di quella procedura al quale l'Amministrazione intende comunque rivolgersi per soddisfare il proprio fabbisogno.

È quindi errato, anche in tale prospettiva, invocare l'art. 12 dell'Avviso nel senso che il medesimo reintrodurrebbe la valenza di requisiti che invece andavano superati.

I.3.2.c. Peraltro, ed infine, è proprio il dato letterale dell'art. 12 dell'Avviso, rubricato *“Ulteriori fabbisogni”*, a prevedere che *“Nel caso si verifichi l'urgente necessità di ulteriori forniture dello stesso genere, si potrà provvedere, nell'ambito delle risorse economiche messe a disposizione per le esigenze scolastiche, con una procedura a negoziazione ristretta cui avranno diritto a partecipare gli operatori economici inseriti nella graduatoria di cui al punto 9 del presente bando”*. Si tratta, con ogni evidenza, di una clausola – che richiama la *ratio* sottesa alla procedura di cui all'art. 63, comma 5, del d.lgs. 50/2016 – posta chiaramente e inequivocabilmente a disciplina delle **forniture supplementari rispetto a quelle già realizzate**

in esecuzione della procedura di gara di cui all'Avviso.

È per tale motivo che l'art. 12 dell'Avviso prevede che a tale eventuale “*procedura a negoziazione ristretta*” partecipino “*gli operatori economici inseriti nella graduatoria di cui all'art. 9 del presente bando*”, **ossia quelli che già hanno eseguito parte della fornitura essendosi aggiudicati la procedura di cui al bando e che quindi hanno titolo ad eseguire ulteriori forniture, supplementari rispetto a quelle già eseguite.**

Ma non è questo il caso, atteso che nessuna fornitura aveva avuto luogo in precedenza.

La struttura commissariale aveva dovuto prendere atto degli esiti infruttuosi della procedura condotta ai sensi dell'Avviso e quindi aveva trattato direttamente con gli operatori proprio al fine di superare gli ostacoli che l'assetto delineato dall'Avviso stesso aveva frapposto alla riuscita della procedura e quindi all'integrale soddisfazione del fabbisogno del Ministero. Non v'erano dunque i presupposti per attivare l'art. 12, come pure si è dedotto senza ottenere risposta dal Tar.

I.3.3.a. Peraltro, ammesso e non concesso che (come ritiene il TAR) il Commissario disponesse – *ex artt. 8 d.l. n. 76/2020 e 122 d.l. n. 18/2020* – di poteri straordinari per piegare alle mutate esigenze di approvvigionamento una regola di gara in deroga anche al codice dei contratti pubblici [il ché è comunque da escludere in quanto l'art. 122 c.2 d.l. n. 18/2020 si riferisce ai tipici poteri di ordinanza, tanto è vero che i provvedimenti così adottati, per espressa previsione normativa, devono essere tempestivamente comunicati alle Regioni e alla Conferenza Stato/Regioni], non vi è dubbio che il doveroso rispetto dei principi costituzionali, dell'ordinamento giuridico e delle norme dell'UE [che pure espressamente l'art. 122 c.2 d.l. n. 18/2020 impone al Commissario come limite a tali attribuzioni *extra ordinem*] giammai avrebbe potuto giustificare – come invece in concreto avvenuto e come erroneamente ritenuto legittimo dal Tar – l'obliterazione delle prerogative partecipative di operatori economici e dell'affidamento ingenerato proprio dallo stesso Commissario con l'interlocuzione negoziale (eseguita nei termini sopra evidenziati): circostanze che ulteriormente inducono a ritenere che la nuova procedura fosse slegata dai requisiti di cui all'Avviso originario.

I.3.3.b. In tale ottica, la sentenza incorre comunque nell'erronea applicazione dei principi che governano l'interpretazione delle normative emergenziali.

Secondo il TAR, l'art. 12 non andrebbe interpretato restrittivamente, ma nella più estesa prospettiva di consentire al Commissario di operare a proprio piacimento per portare ad

esecuzione l'affidamento.

È tutto il contrario!

È principio pacifico che sia i poteri commissariali (in quanto eccezionali ed *extra ordinem*) sia le disposizioni (anch'esse eccezionali) che come l'art. 12 consentono di operare in deroga alle regole di apertura al confronto concorrenziale, non ammettano analogie o interpretazioni estensive, ma debbano necessariamente interpretarsi in maniera restrittiva.

I.4.1. Infine, è davvero eclatante che il Tar non abbia valorizzato l'esito dell'istruttoria eseguita in primo grado (condotta proprio dallo stesso Tar); istruttoria che avrebbe dovuto far concludere per il mancato esperimento delle verifiche sui requisiti di capacità tecnica ed economica in capo a tutti gli altri operatori che hanno eseguito la fornitura (oltretutto per la mancata fissazione di analoghi requisiti di capacità tecnica ed economica nei confronti degli operatori affidatari delle procedure parallele a quella della Nexus): ciò che dimostra sia la perplessità della motivazione della revoca sia la discriminatorietà dell'interpretazione ad esso presupposta sia lo sviamento.

Ma andiamo con ordine: come noto il giudizio di primo grado è stato caratterizzato da un'attività istruttoria compulsata da Nexus Made anche mediante un'istanza in corso di causa ex art. 116 c.2 CPA, volta a verificare quali e quanti approfondimenti istruttori la Struttura Commissariale avesse posto in essere nei confronti degli altri soggetti affidatari di forniture di arredi scolastici, all'esito della quale è stato ordinato alle amministrazioni resistenti di depositare, tra gli altri, anche i documenti relativi alle operazioni di gara compiuti dalla struttura commissariale.

In dichiarata ottemperanza all'Ordinanza istruttoria di primo grado n. 1744/2021, con deposito eseguito il 20/4/2021, la difesa erariale ha depositato un CD-ROM, accompagnato da apposito "Indice - Nota esplicativa" predisposta dalla Struttura Commissariale.

Dall'esame della documentazione depositata, è stato possibile verificare sia come buona parte degli atti prodotti fossero già nella disponibilità di Nexus Made e da quest'ultima depositati in giudizio, sia che molti di questi atti si ripetessero identici in differenti cartelle di archiviazione, **sia soprattutto la mancanza di qualsivoglia documento predisposto e adottato dalla struttura commissariale in relazione all'avvenuta esecuzione di verifiche, e relativi esiti, circa il possesso di requisiti speciali soggettivi, tantomeno previsti dall'Avviso di gara, in capo alle imprese che avevano partecipato alla selezione e che poi sono state affidatarie di ordini di fornitura di arredi.**

Ed infatti nella nota esplicativa al deposito del 20/4/2021, la struttura commissariale rinvia a “*gli ulteriori dettagli disponibili nella cartella di cui al punto 1*”; ma i “dettagli” in questione, contenuti nella cartella di cui al punto 1, sono i documenti prodotti dai concorrenti nella procedura di gara (gli stessi di quelli prodotti da Nexus Made), i quali, tuttavia, non danno atto dell’avvenuta esecuzione di alcun controllo e/o verifica da parte della Stazione appaltante con riferimento ai requisiti soggettivi delle imprese affidatarie di commesse.

Allo stesso modo (e con riferimento al **PUNTO 13** dell’Ordinanza istruttoria, relativo ad “*ogni altro atto e provvedimento presupposto, connesso e/o collegato alla procedura in oggetto, nonché ogni ulteriore determinazione nelle more eventualmente adottata dalla Stazione appaltante*”) la struttura commissariale **NON** ha depositato alcun atto e/o provvedimento che dimostrasse l’avvenuta esecuzione di controlli sui requisiti di partecipazione che – secondo la ricostruzione della difesa erariale, recepita acriticamente dal TAR – avrebbero dovuto possedere sia i concorrenti alla prima procedura poi interrotta e proseguita con singole trattative dirette sia anche gli aggiudicatari delle forniture assegnate con la seconda procedura negoziata e con l’ulteriore affidamento diretto.

Quindi nessuna verifica sui requisiti di capacità tecnica ed economica (per come richiesti dall’Avviso del 21/7/2020 o da altri avvisi) è stata mai eseguita su nessuno degli operatori economici: né nei confronti di quelli che hanno partecipato alla procedura indetta con l’avviso cui ha partecipato anche la Nexus Made (poi interrotta e proseguita in via diretta), né tantomeno nei confronti di coloro che si sono aggiudicati una fornitura in virtù delle parallele (seconda) procedura negoziata e (terza) procedura di affidamento diretto.

I.4.2. Tale accertamento avrebbe dovuto assumere valore decisivo non tanto e non solo per dimostrare il diverso trattamento riservato a Nexus Made (che peraltro, più che un’illegittimità *ex se*, denota la violazione dei doveri di buona fede e di leale cooperazione in sede negoziale da parte del Commissario *p.t.*), ma altresì per corroborare la deduzione che l’assetto delineato con l’affidamento del 12/8/2020 in favore della Nexus Made è stato volutamente svincolato dagli schemi dell’Avviso, con conseguente abbandono della griglia dei requisiti speciali di partecipazione originariamente fissati (la cui carenza, quindi, non poteva essere contestata alla Nexus Made, così come non era stata verificata nei confronti degli altri fornitori).

Peraltro, nonostante fosse obbligata a depositare tutti gli atti impugnati dalla ricorrente di primo

grado [secondo quanto previsto dall'art. 46 c.2 CPA, visto che le procedure oggetto di avviso del Commissario del 26/9/2020 sono state espressamente impugnate con il ricorso introduttivo dalla Nexus Made], la difesa erariale non ha mai prodotto gli atti indittivi né della procedura negoziata né di quella di affidamento diretto; sicché non è stato possibile verificare quali fossero i requisiti speciali richiesti – se ne sono stati richiesti – alle imprese inviate a negoziare ovvero quelli richiesti alle imprese destinatarie di affidamento diretto, fermo restando che non v'è traccia di controlli eseguiti al riguardo mancando qualsiasi stralcio di verbale o documento equipollente che dimostri quale requisito sia stato verificato e i relativi esiti.

I.4.3. Invece di desumere da tali circostanze argomenti di prova a favore della ricorrente, come avrebbe dovuto in applicazione dell'art. 64 c.4 CPA, il TAR si è limitato a respingere la censura sul presupposto [completamente errato] che i contratti stipulati con gli operatori economici (come ad esempio quelli che hanno ottenuto la fornitura con le parallele procedure negoziata e di affidamento diretto) conterrebbero una clausola risolutiva espressa operativa per il caso in cui venisse accertata l'assenza dei requisiti essenziali per la fornitura, tra i quali la difesa erariale indica anche quelli di capacità tecnico-economica.

Anche su questo capo della decisione il TAR commette un clamoroso errore!

Restando fermo che non è corretto interpretare gli atti della procedura dal contenuto del contratto che la conclude, se si esamina ad esempio il contratto sottoscritto con Aurora Group S.r.l. (ArredaLAB), depositato in atti dall'Avvocatura dello Stato con memoria di primo grado del 21/1/2021, ci si accorge che la clausola risolutiva espressa (art. 6 del contratto) in realtà si occupa esclusivamente dei requisiti generali *ex art. 80* del codice, delle ipotesi di subappalto e cessione del contratto, nonché delle certificazioni tecniche per l'esecuzione della fornitura.

Nessun riferimento ai requisiti di carattere tecnico-economico viene, nemmeno implicitamente, richiamato nel contratto in questione.

(II)

II.1 La sentenza merita comunque riforma perché Nexus Made aveva contestato, seppur in via subordinata, **l'illegittimità delle modalità e degli esiti dei “controlli” (se di controlli può parlarsi) sui propri requisiti di partecipazione (in particolare tecnico-economici).**

Anzitutto era stata censurata la **mancata attivazione del doveroso soccorso istruttorio** o, comunque, di un contraddittorio e di un'interlocuzione con il concorrente sul possesso dei

requisiti: illegittimità aggravata sia dalla tipologia di procedura prescelta caratterizzata dal meccanismo di c.d. inversione procedimentale (che posticipa la verifica dei requisiti all'esito della fase di valutazione delle offerte) sia dalla deviazione dall'obiettivo di soddisfare le esigenze di fabbisogno sottese alla procedura d'acquisto (rispetto alle quali, anche tenuto conto del precedente fallimento della gara, ci si sarebbe dovuti aspettare un comportamento volto ad agevolare l'ammissione di un'ampia platea di imprese, anziché ad ostacolarne la partecipazione). Inoltre – anche tenuto conto dell'effettivo possesso dei requisiti in questione da parte di Nexus Made – era stata dedotta l'illegittima assunzione dei dati aggregati contenuti nei bilanci quali parametro per eseguire la verifica dei requisiti di capacità economica-finanziaria: tale verifica avrebbe dovuto più propriamente condursi sulla scorta dell'esame delle forniture analoghe eseguite dall'impresa o anche di altri strumenti per verificare la sua capacità di portare a compimento la commessa (come esposto e documentato in primo grado anche ai fini di una “comprova giurisdizionale”).

In subordine, peraltro, era stata anche impugnata la griglia dei requisiti confezionata dal Commissario con l'avviso del 21/7/2020 (in particolare il requisito di capacità tecnica ed economica) in quanto si prestava ad arbitrarie ed illegittime applicazioni.

II.2.1. Dinanzi ad uno scenario di così grave e diffusa illegittimità, il TAR si è sorprendentemente limitato a rilevare quanto segue: “[...] Quanto, poi, alla censura relativa al mancato soccorso istruttorio (contenuta nel ricorso e nei motivi aggiunti), la stessa appare infondata, atteso che la Struttura Commissariale, con la nota del 4 settembre, ha chiesto all'operatore di fornire ogni documentazione utile a comprovare il rispetto delle prescrizioni tecniche necessarie per procedere con la sottoscrizione del contratto, senza che la Nexus Made fornisse, tuttavia, alcun elemento utile a comprovare il possesso dei necessari requisiti per l'affidamento della fornitura. Come già rilevato, infatti, con nota prot. 1319 in data 4 settembre 2019, la Struttura Commissariale aveva riscontrato come il prototipo di banco offerto dalla ricorrente non fosse rispettoso delle dimensioni indicate nell'offerta tecnica rappresentando, pertanto, la necessità che la Nexus Made inviasse, stante l'estrema urgenza di avviare la distribuzione di banchi e sedute, tutta la documentazione tecnica della tipologia di banchi presentata, utile, altresì, a comprovare il rispetto dei CAM e delle norme UNI EN previsti dall'avviso. La Società ricorrente, tuttavia, benché regolarmente e formalmente invitata a farlo,

non ha trasmesso la documentazione richiesta [...]”.

II.2.2. La motivazione lascia davvero sconcertati.

II.2.2.a. Anzitutto il TAR confonde le caratteristiche tecniche della fornitura con i requisiti di partecipazione, commettendo anche un plateale errore di lettura degli atti processuali in quanto non si accorge (nonostante il punto sia stato ripreso e chiarito dalla stessa Nexus Made nelle memorie conclusive del giudizio di primo grado) che la censura relativa alla mancata attivazione del soccorso istruttorio non era riferita tanto al prototipo ed alla sussistenza dei requisiti tecnici (come invece ritiene il primo Giudice) rispetto ai quali comunque il Commissario ha omissso il dovuto approfondimento anche in contraddittorio con l’impresa, quanto piuttosto alla comprova dei requisiti di partecipazione di capacità tecnica ed economica, la cui contestazione da parte del Commissario è emersa per la prima volta con la nota di revoca dell’affidamento del 9/9/2021 (rispetto alla quale dunque Nexus Made non ha avuto possibilità di spiegazioni).

Infatti la nota del Commissario del 4/9/2020 – su cui è appuntato il menzionato capo della sentenza – non aveva ad oggetto i requisiti di partecipazione, **ma solamente quelli tecnici della fornitura ed in particolare quelli del prototipo di banco offerto da Nexus Made.**

E’ sufficiente esaminare la nota in questione (*cfr.* doc. 18 del fascicolo di primo grado Nexus Made) per accorgersi che la stessa si riferiva alla descrizione tecnica ricevuta da Nexus il 28/8/2020 e relativa alla rappresentazione del prototipo per la produzione che, secondo l’erroneo avviso della struttura commissariale, non trovava corrispondenza con l’offerta tecnica presentata in sede di gara.

Tanto è vero che addirittura il Commissario concludeva la nota del 4/9/2020 specificando che *“Dovendosi pertanto procedere ad ulteriori approfondimenti, si richiede con la massima urgenza, entro e non oltre 5 giorni naturali e consecutivi, di consegnarci 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”*; adempimenti peraltro in parte eseguiti dalla ricorrente (che ha consegnato la documentazione tecnica), in parte resi impossibili dalla Struttura commissariale (che non ha comunicato il luogo di consegna del prototipo), in parte inesigibili in quel momento (per le certificazioni UNI EN per il prodotto che – come la stessa Nexus Made aveva reso noto alla struttura commissariale prima di accettare la richiesta di fornitura – era in corso di

realizzazione e, quindi, poteva essere certificato solo in un secondo momento, come peraltro poi avvenuto), sull'insufficienza dei quali la Struttura non ha dato nemmeno alcuna motivazione.

Tanto dimostra, da un lato, il plateale errore compiuto nella sentenza impugnata; dall'altro, che in ogni caso nessun soccorso istruttorio sui requisiti di partecipazione è mai stato attivato dal Commissario, nemmeno su quelli tecnici!

II.2.2.b. Appare evidente l'imperdonabile abbaglio in cui è incorso il TAR, il quale per questa via perviene anche ad una decisione irragionevole.

In effetti, in una situazione come quella in cui si sono trovati, tra il 4 e il 9 settembre 2020, la Nexus e il Commissario, appare assurdo e sproporzionato far decadere un'impresa dall'affidamento assegnato il 12 agosto con la prima consegna prevista il 12 settembre per la asserita (ma inveritiera) mancata risposta alla richiesta di chiarimenti, peraltro attinente a elementi tecnici di un prodotto non corrispondente a quello oggetto di affidamento (quello cui si riferisce il Commissario è quello proposto nella precedente offerta presentata in gara, non quello oggetto della nuova offerta accettata dal Commissario), rispetto al quale proprio la Struttura commissariale invoca la possibilità di risoluzione contrattuale in caso di successiva mancata comprova. In tale prospettiva, proporzionalità, ragionevolezza, equità, rispetto e leale collaborazione, ma anche adeguata considerazione dell'urgenza e della necessità di soddisfare i fabbisogni, avrebbero imposto un trattamento meno drastico nei confronti dell'affidatario.

(III)

III.1 Con riferimento alla contestazione del Commissario circa la mancanza dei **requisiti di partecipazione** in capo alla Nexus Made, il TAR ha quindi completamente omesso l'esame di una serie di censure (segnatamente i motivi 1.2 e 1.3 del ricorso introduttivo) – di seguito integralmente riproposte e trascritte – che meritano di essere esaminate in questa Sede di appello.

III.2. Sono infatti 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).

III.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".

III.2.1.b) Restando ferma l'illogicità del riferimento alla documentazione contenuta nella domanda di partecipazione alla procedura di cui all'Avviso, ormai superata, anche a voler per ipotesi ritenere in qualche modo conferente la cennata procedura, la menzionata motivazione non può comunque giustificare la revoca dell'appalto.

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.

III.2.1.c) 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, a tre giorni dalla prima consegna, non potesse chiedere chiarimenti sulla capacità del contraente di sostenere l'affidamento ormai in corso.

III.2.2. Né potrebbe eccepirsi che l'Avviso non prevede la facoltà di soccorso. Se così fosse, l'Avviso – impugnato 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 giusto procedimento e la leale collaborazione tra PA e privati di cui all'art. 6 della CEDU, il *favor participationis* e la 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 in contraddittorio, nella prospettiva primaria della valutazione – nella specie mancata – della capacità dell’impresa di eseguire la commessa.

III.3.1. 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*”.

III.3.2.a. 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.

III.3.2.b. L’assunto è comunque illogico poiché il Commissario aveva affidato la fornitura alla Nexus Made sul presupposto, illustrato nell’offerta dell’11.8.2020, 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 (ed aveva accettato) che, per quanto a conoscenza dalla Nexus Made, non esisteva sul mercato un prodotto analogo a quello richiesto in fornitura (del resto ben può affermarsi che in nessuna scuola d’Italia vi fossero banchi monoposto regolabili in altezza), con la conseguenza che la verifica sui requisiti, così come delineati dall’Avviso, era del tutto inconferente.

III.3.2.c. 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 *lex* di gara – per come definita con la 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 detto 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 doveva trattare 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 e per garantire un alto grado di concorrenzialità e parità di trattamento tra gli operatori, 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.

III.3.1. 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’11/8/2020 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 illogica, ma è anche apodittica: **manca in effetti la minima spiegazione delle ragioni concrete - infatti inesistenti - 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 era 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 avvenuto – valutazioni immotivate e arbitrarie.

III.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; 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 – v. doc.27 del fascicolo di primo grado Nexus Made) – non sono lo strumento per verificare le caratteristiche di merito (in termini di regolare esecuzione e “consistenza” delle commesse) 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.

III.3.2.b. 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 sua 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 d.lgs. 50/16 prevede che *“Nelle procedure d'appalto per forniture ... 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 della Nexus Made) e comunque dallo stato di avanzamento della commessa e persino dell'interesse pubblico.

III.3.2.c. In ogni caso se il Commissario avesse consentito di 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) (cfr. doc.28 a) a d) del fascicolo di primo grado Nexus).

III.3.3.a. Restando fermo quanto sopra, un sistema di qualificazione congegnato nel senso voluto dal Commissario – tenuto conto anche delle relevantissime implicazioni che comporta sugli offerenti, sull'interesse pubblico e sulle correlate esigenze del sistema scolastico di dotarsi

quanto prima dei banchi per garantire il distanziamento sociale all'interno delle proprie istituzioni – devia senza dubbio dalle norme e dai principi che informano il sistema dell'evidenza pubblica e dalla fondamentale esigenza di certezza che si deve agli operatori economici che si impegnano (sotto diversi profili) nei confronti dell'amministrazione.

Per questa ragione si è impugnata 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 Nexus Made.

III.3.3.b) Nessuno dei due requisiti, infatti, **risulta oggettivamente determinato**, né indica soglie minime cui poter ragionevolmente attenersi per valutarne la comprova 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 di una revoca ed ha rappresentato la base per l'esclusione arbitraria della ricorrente di primo grado.

Ma, 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, nel 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.

III.3.3.c) Le delineate considerazioni acquistano maggior rilievo nella specie atteso che il Commissario ha addirittura posticipato la verifica sui requisiti (non solo alla valutazione dell'offerta tecnico/economica e quindi alla compilazione della graduatoria, come aveva indicato nell'Avviso, ma persino) all'affidamento della commessa e all'avvio dell'esecuzione delle prestazioni per ragioni di urgenza e di superiore interesse generale: ciò che avrebbe imposto maggiore prudenza e comunque più adeguata considerazione degli interessi dell'impresa.

(IV)

IV.1 Completamente errato è poi il capo della sentenza che rileva, ancora con riferimento al comportamento della Nexus Made all'indomani della nota del Commissario del 4/9/2020 (di richiesta del prototipo e di chiarimenti sui suoi aspetti tecnici), che *“La Società ricorrente, tuttavia, benché regolarmente e formalmente inviata a farlo, non ha trasmesso la documentazione richiesta”*.

IV.2. Anche in questo caso il TAR si è espresso frettolosamente, conferendo rilievo alle affermazioni della difesa erariale le quali, tuttavia, erano state contestate e smentite con idonea documentazione a supporto.

Come provato nel giudizio di primo grado, infatti, la Nexus Made ha fornito ampia dimostrazione di aver riscontrato immediatamente la nota del Commissario del 4/9/2020 (*cfr.* docc. 19, 20, 22, 23 del fascicolo di primo grado Nexus Made) senza tuttavia ottenere alcun riscontro da parte della struttura commissariale.

Del resto, essendo la struttura commissariale di nuova istituzione, peraltro incardinata nell'ambito della Presidenza del Consiglio dei Ministri (che dispone di numerosissime sedi istituzionali) e destinataria del supporto logistico ed amministrativo della Protezione Civile e, soprattutto, di Invitalia S.p.A. quale braccio operativo (con sedi diverse da quella di Palazzo Chigi e diversificate nel territorio), non era possibile né esigibile immaginare quale fosse l'ufficio competente a ricevere il materiale senza le doverose indicazioni da parte del RUP (che su questo si è sempre guardato bene di rispondere alle richieste della Nexus Made).

Sicché è stato proprio il comportamento del Commissario ad aver impedito l'adempimento della Nexus Made alle richieste – comunque strumentali – del medesimo.

Nexus Made si era infatti 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'8/9/2020 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'espresso 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 ed altrettanto palese, invece, l’inerzia del Commissario e la volontà di addivenire all’interruzione della trattativa (per inspiegate ragioni).

È quest’ultimo a non avere fornito indicazioni ed è assurdo che egli abbia addebitato alla Società l’inadempimento che il medesimo ha strumentalmente e artatamente provocato; ancor più incomprensibile è poi come il TAR non abbia minimamente tenuto conto della documentazione fornita dalla ricorrente di primo grado a dimostrazione della sua totale buona fede e del suo atteggiamento proattivo nel tentativo di adempiere a quanto richiesto.

IV.3.1. La sentenza è errata e priva di adeguata motivazione anche nella parte in cui ha rilevato che “[...] *D'altra parte, così come indicato nella nota prot. n. 1319 del 4 settembre 2020 e ribadito nel provvedimento impugnato, accanto alla assenza dei sopramenzionati requisiti tecnici ed economici, il Commissario Straordinario ha anche evidenziato la assenza, relativamente al prototipo di banco offerto dalla ricorrente, delle necessarie caratteristiche tecniche richieste. Né risulta, sotto tale profilo, che la struttura commissariale abbia abbandonato tale contestazione – come affermato dal ricorrente – posto che, nel provvedimento prot. 1345 del 9 settembre 2020, si afferma espressamente che ‘La mancanza di questi requisiti, essenziali per l’espletamento della presente commessa, oltre alle criticità segnalate già nella precedente comunicazione, non sanate da Codesto operatore entro il termine concesso circa la comprova del rispetto dei CAM e normativa UNI EN del prodotto offerto, non può che condurre, nella prioritaria tutela dell’interesse pubblico sottesa alla presente fornitura, alla revoca dell’affidamento precedentemente disposto e conseguentemente a recedere da ogni trattativa finalizzata alla sottoscrizione del contratto di appalto [...]*”.

IV.3.2. Innanzitutto è vero - al contrario di quanto concluso dal TAR - che il Commissario abbia abbandonato la contestazione sulla non conformità delle immagini del prototipo inviate con quello oggetto di offerta; del resto, dalla lettura della nota del 9/9/2020 risulta evidente come si faccia riferimento alla sola asserita non comprova del rispetto dei CAM e della normativa UNI EN ma non anche della difformità con l’offerta originariamente proposta.

In ogni caso, e fermo restando quanto appena evidenziato circa l’impossibilità della Nexus Made di adempiere alle richieste del Commissario per fatto, colpa e volontà di quest’ultimo, la presunta, insussistente e indimostrata non conformità al rispetto dei CAM e alla normativa Uni

En non poteva giustificare, come rilevato dal TAR, la revoca dell'affidamento e l'interruzione del procedimento di stipula del contratto.

In primo luogo perché la legge di gara prevedeva l'eventuale verifica della fornitura in un momento antecedente all'aggiudicazione (mentre il 4/9/2020 si verteva in una fase avanzata della procedura, con aggiudicazione disposta il 12/8/2020 e la prima fornitura prevista per il 12/9/2020).

In secondo luogo perché già nella fase di gara, 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 Commissario sconfessa addirittura le sue dichiarazioni in fase di gara e il capo della decisione di primo grado qui in commento.

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 circostanza il Commissario era edotto, sin dall'origine dell'affidamento.

Peraltro, Nexus Made nella lettera del 4/9/2020, subito dopo l'invio del disegno, informava il Commissario che *“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 ritenere legittima la revoca dell'affidamento per la mancata consegna di certificazioni (neanche riferite al prodotto finale) che il Commissario 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 (...) e di pianificazione della logistica”*.

Ma non solo: Nexus Made ha anche depositato in giudizio tutti i documenti relativi alle

certificazioni: sia quelle esistenti al momento della richiesta del 4/9/2020, sia quelle conseguite subito dopo (cfr. docc. 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35 e 36 del fascicolo di primo grado Nexus Made). Su questo il Tar nulla ha detto, incorrendo ancora in omessa pronuncia e carenza di motivazione.

(V)

V.1. La sentenza è gravemente ingiusta ed errata anche nella parte in cui ha rilevato che “[...] quanto alla censura in merito alla violazione degli artt. 1175, 1337, 1338 e dei principi di buona fede che impongono che le parti, già nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, si comportino secondo buona fede, è sufficiente rilevare come l’intera contrattazione – così come risulta dalla documentazione depositata in atti – è stata svolta secondo le regole della trasparenza e correttezza e, come già rilevato, non ha condotto alla conclusione del contratto non solo in considerazione della assenza di requisiti economico-finanziari prescritti dalla disciplina di gara, ma anche in considerazione della carenza di requisiti tecnici necessari per il corretto espletamento della fornitura [...]”.

V.2. Fermo restando che la dimostrazione della violazione dei suddetti principi (seppur evidente) non è affatto necessaria per la configurazione del diritto al risarcimento (atteso che la Struttura ha sottratto alla Nexus una commessa che aveva diritto di eseguire), in ogni caso, al contrario di quanto assume il Tar, Nexus Made ha chiaramente dimostrato sia l’erroneità dei presupposti dell’azione dell’Amministrazione, sia la totale assenza di trasparenza, sia comunque la scorrettezza del suo comportamento [e, in particolare, la mancata diligenza usata dalla Struttura commissariale nello svolgere l’istruttoria, la mancata risposta alle richieste dell’impresa, la mancata considerazione dello stato della procedura e dell’avanzamento della commessa, oltre alla spendita di argomenti pretestuosi e inconferenti al solo scopo di estromettere la Società].

Come è stato più volte sottolineato, il Commissario ha infatti applicato alla Società un criterio di verifica obsoleto; lo ha fatto facendo riferimento ad un’offerta superata (e non a quella che nel frattempo il Commissario aveva richiesto di formulare e persino di eseguire); limitandosi a dichiarare di svolgere un controllo (poi solo formale) senza tener conto della peculiarità della situazione contrattuale e delle ripetute richieste della Società.

Come pure completamente obliterate sono state le regole e i principi dettati dalla normativa vigente in materia di verifica dei requisiti di partecipazione e del soccorso istruttorio, oltre che di cooperazione e collaborazione, fondamentali in sede pre-negoziale.

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

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

La circostanza poi che la Nexus Made abbia appreso solo *ex post* tali informazioni dimostra ancora di più la scorrettezza della conduzione della procedura e avvalorla la fondatezza della censure articolate sull'illegittimità del sistema di qualificazione consegnato nell'Avviso e ripreso dagli atti impugnati (**di cui il TAR ha completamente omesso l'esame**), che – tenuto conto anche delle relevantissime implicazioni che comporta sugli offerenti, sull'interesse pubblico e sulle correlate esigenze del sistema scolastico – ha deviato 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 che si impegnano (sotto diversi profili) nei confronti della PA. Per questa ragione è errata la valutazione del TAR dell'operato della stazione appaltante, anche circa l'assenza dei requisiti economici-finanziari della Nexus Made, ed è ingiusto l'omesso esame di tutte le censure sul sistema di qualificazione consegnato dal Commissario.

Senza contare che il TAR non ha minimamente considerato il legittimo affidamento riposto dalla Nexus Made che, stante il contegno tenuto dalla struttura commissariale durante tutta la trattativa e fino al 4/9/2020 (dunque fino ad 8 giorni prima la data della consegna della fornitura!!), l'ha indotta a ritenere che si fosse perfezionato l'affidamento della fornitura e che, di conseguenza, occorresse far fronte a tutte le ordinazioni propedeutiche all'avvio immediato delle forniture così da garantire, nei ristrettissimi termini previsti, la consegna degli arredi scolastici.

Ma non solo: i primi giudici non si sono minimamente preoccupati di esaminare – **nonostante l'insistenza della Nexus Made** – come dai documenti in atti emergesse chiaramente il comportamento gravemente negligente della Struttura commissariale, **la quale ha volutamente e artatamente determinato la brusca interruzione del procedimento di stipula in corso, impedendo alla Nexus Made di consegnare il prototipo e la documentazione tecnica a**

supporto nei termini ristrettissimi assegnati (5 giorni).

Su questo, il TAR è incorso in un vero abbaglio, facendo riferimento alla censura relativa alla mancata attivazione del soccorso: censura che invece la Nexus aveva dedotto con riferimento alla fase di verifica dei requisiti di capacità tecnica ed economica che nulla avevano a che vedere con l'inadempimento, indotto dalla Struttura e poi strumentalmente ascripto all'impresa.

Senza considerare che, tenuto conto dell'urgenza che la struttura ha sempre manifestato rispetto alla necessità di ricevere in consegna i primi banchi già dai primi giorni del mese di settembre 2020, tale comportamento ha esposto la Nexus Made – nel momento in cui è intervenuta la revoca nell'imminenza delle consegne – a ritrovarsi vincolata ad ingentissimi ordini ed impegni contrattuali con i propri fornitori.

Anche sotto questo profilo, quindi, è inaccettabile che si certifichi come “trasparente” e “corretta” l'intera contrattazione condotta dalla struttura commissariale.

V.3 Alla luce dell'illegittimità della sentenza su questo aspetto (anche nella parte in cui rileva che “*l'infondatezza del ricorso e dei motivi aggiunti determina il rigetto della richiesta domanda risarcitoria*”) e in ossequio all'effetto devolutivo dell'appello, si ripropone l'intera istanza risarcitoria e di indennizzo presentata dalla Nexus Made in primo grado.

V.4 In subordine alla domanda di reintegrazione in forma specifica, Nexus Made aveva infatti proposto istanza per **risarcimento per equivalente monetario**, da valersi anche in caso di impossibilità di esecuzione del contratto, sussistendo sia la colpa dell'Amministrazione, sia il nesso di causalità tra il comportamento colposo e l'evento danno.

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, anche per quanto dedotto

nei precedenti motivi.

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 erano 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.

Quindi quando, per ben due volte, il Commissario ha trasmesso il contratto per la firme della Nexus Made, ben si poteva ritenere che avesse controllato il rispetto dei requisiti.

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 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 il nesso causale diretto tra il comportamento e i provvedimenti del Commissario e i danni patrimoniali subiti ingiustamente in termini di danno emergente (spese sopportate e obbligazioni assunte) e mancato guadagno (danno patrimoniale).

La revoca dell'affidamento vanifica direttamente lo sforzo profuso per l'avvio della fornitura,

mentre la mancata stipula del contratto preclude ogni possibilità di guadagno, con riverbero di effetti negativi sui rapporti con clienti e fornitori, nonché curriculari.

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 della Nexus Made 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 (*cfr.* doc.33 del fascicolo di primo grado Nexus Made).

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			
GSDSIGN (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 - PROVVIGIONE 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

Nexus Made – 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.

La stima sul mancato guadagno è il frutto di una puntuale analisi dei costi/ricavi della commessa, adeguatamente comprovati dagli impegni contrattuali 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).

Inoltre, la Nexus Made 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. 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. 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, tenuto conto peraltro del fatto che la revoca ha provocato l'interruzione dei rapporti con i propri precedenti fornitori agli occhi dei quali la Nexus Made ha perso di credibilità e affidabilità;

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 Consiglio di Stato condanni l'Amministrazione al pagamento delle somme indicate e/o di quelle maggiori e/o minori che saranno riconosciute dovute, pure in via equitativa, oltre alla rivalutazione e agli interessi sino all'effettivo soddisfo.

In via subordinata, si fa istanza di risarcimento del danno ai sensi dell'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 ricorso di primo grado, 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, per mezzo del RUP, ha immotivatamente omissso di indicare (nonostante ripetutamente richiesto) le modalità di consegna del prototipo all'indomani della nota del 4/9/2020 (e nonostante con tale nota avesse assegnato 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 2020 è stata postergata solo 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 Nexus Made 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 – maturato sia dal tenore delle interlocuzioni sia scritte che orali, sia dalla richiesta di avviare le prestazioni – è lesa da una condotta che, valutata nel suo complesso, e persino 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 ed è stata 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 (cfr. doc.34 del fascicolo di primo grado Nexus Made).

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 (cfr. doc.35 del fascicolo di primo grado Nexus Made).

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.

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.

(VI)

Istanza di autorizzazione all'integrazione del contraddittorio mediante notificazione per pubblici proclami

Il ricorso introduttivo ed i motivi aggiunti di primo grado (contenente istanza ex art. 116 c.2 CPA) sono stati notificati alle amministrazioni resistenti ed al Ministero dell'Istruzione (ente beneficiario delle forniture oggetto di gara), nonché ad almeno un controinteressato (ammesso che nella vicenda in questione fossero identificabili veri e propri controinteressati in senso sostanziale), e segnatamente alle imprese Quadrifoglio Sistemi D'Arredo S.p.A., G.A.M. Gonzagarredi Montessori S.r.l. e Aurora Group S.r.l.: uniche imprese che, peraltro con una certa difficoltà, è stato possibile individuare dagli atti conosciuti dall'odierna deducete.

Con Ordinanza n. 13790/2020 e su istanza di Nexus Made, il Tar ha autorizzato e disposto la notifica per pubblici proclami di tutti gli atti processuali di parte ricorrente fino ad allora prodotti. L'Ordinanza è stata ritualmente e tempestivamente adempiuta dalla Nexus Made, ma nessuna delle imprese direttamente evocate in giudizio dalla ricorrente, né gli altri soggetti destinatari della notifica per pubblici proclami, si sono mai costituiti nel giudizio di primo grado. Ora, fermo restando che il presente appello verrà notificato a tutte le parti già notificate in primo grado, con la conseguenza che il gravame risulterà notificato *“ad almeno una delle parti*

interessate a contraddire” (secondo quanto previsto dall’art. 95 c.2 CPA), nell’ipotesi in cui codesto Ecc.mo Consiglio di Stato dovesse comunque ritenere necessaria l’integrale instaurazione del contraddittorio anche in questa fase di appello – analogamente a quanto disposto dal Tar – si rivolge fin da ora istanza *ex artt.* 41 c.4 e 95 c.3 CPA affinché venga autorizzata l’integrazione del contraddittorio mediante notificazione per pubblici proclami del presente atto di appello, anche mediante pubblicazione sulla pagina dell’amministrazione trasparente del Commissario e/o sui siti istituzionali delle Amministrazioni resistenti, ovvero con tutte le altre modalità che l’Ecc.mo Consiglio di Stato vorrà prescrivere.

P.Q.M.

Voglia codesto Ecc.mo Consiglio di Stato, in accoglimento del presente ricorso in appello e delle istanze che lo accompagnano, annullare e/o riformare la Sentenza TAR Lazio Roma, Sez. I^a Quater, n. 9122/2021 e per l’effetto accogliere il ricorso Nexus Made S.r.l. di primo grado RGN 8185/2020 e ogni correlata domanda e/o istanza, ivi comprese quelle risarcitorie e di indennizzo, con ogni ulteriore conseguenza di legge.

Con il favore delle spese e degli onorari e restituzione dei contributi unificati versati da Nexus Made S.r.l., per entrambi i gradi di giudizio.

Ai sensi del DPR 115/02 si dichiara che il contributo è dovuto nella misura di euro 9.000,00 trattandosi di controversia di valore di oltre euro € 44 mln.

Roma, lì 26 novembre 2021

Avv. Tommaso Pallavicini

Avv. Giorgio Leccisi