

ATTO DI AVVISO PER PUBBLICI PROCLAMI

IN OTTEMPERANZA ALL'ORDINANZA DEL 21 DICEMBRE 2020, n. 13790 RESA DAL TAR LAZIO ROMA, SEZ. PRIMA QUATER, NEL GIUDIZIO R.G.N. 8185/2020

I sottoscritti Avv.ti Tommaso Pallavicini (C.F. PLLTMS79H20H501J – tommasopallavicini@pec.tedeschinilex.it; tel. 063226758) e Giorgio Leccisi (C.F. LCCGRG82R11H501D – giorgio.leccisi@pec.it; tel. 063210641), in qualità di difensori della NEXUS MADE S.r.l. (C.F. e P.IVA 13638631005), con sede in Roma, Viale Capitan Consalvo n. 2, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in base all'Ordinanza del 21 dicembre 2020, n. 13790, resa dal Tar Lazio Roma, Sez. Prima Quater, nel giudizio r.g. n. 8185/2020, in forza della quale è stata autorizzata l'integrazione del contraddittorio per pubblici proclami sul sito web dell'Amministrazione,

AVVISANO CHE

- 1) l'Autorità adita nel giudizio è il Tar Lazio – Roma, Sez. Prima Quater;
- 2) il ricorso è stato iscritto al r.g. n. 8185/2020;
- 3) il ricorso è stato proposto dalla NEXUS MADE S.r.l. contro la Presidenza del Consiglio dei Ministri, il Ministero dell'Istruzione, il Commissario Straordinario per l'Attuazione e il Coordinamento delle misure di contenimento e contrasto dell'emergenza epidemiologica, in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*;
- 4) il ricorso ha ad oggetto gli esiti delle procedure di acquisto condotte dal Commissario Straordinario per l'Attuazione e il Coordinamento delle misure di contenimento e contrasto dell'emergenza epidemiologica relative agli Avvisi del 21 luglio 2020 (Lotto "A" CIG 877980FCB - Lotto "B" CIG 8377988668) e del 12/8/2020 (Lotto "A" CIG 840178082F - Lotto "B" CIG 8401792218), entrambe finalizzate all'acquisizione e distribuzione agli istituti scolastici di banchi monoposto e relative sedute tradizionali;
- 5) i controinteressati (indicati solo nominativamente ed in modo non completo negli unici atti resi ostensibili dal Commissario) sono i soggetti affidatari delle procedure e/o ricoprenti le posizioni utili nelle graduatorie definitive predisposte dal Commissario Straordinario per l'Attuazione e il Coordinamento delle misure di contenimento e contrasto dell'emergenza epidemiologica, in relazione alle procedure sopra indicate, ovvero: Beton S.r.l., RTI Mobilferro [*mandataria Mobilferro S.r.l.; mandanti Vastarredo S.r.l., Camillo Sirianni di Sirianni Angelo Francesco S.a.s., Sud Arredi S.r.l., PACI S.r.l., Arredalascuola S.r.l., BIGA S.r.l. Industria Arredi Scolastici*], Quadrifoglio Sistemi D'Arredo S.p.A. e Nautilus S.A.; HMY Financiere, Kinnarps AB,

VS Vereinigte Spezialmobelfabriken GmbH & Co. KG, RTI Gonzagarredi [mandataria G.A.M. Gonzagarredi Montessori S.r.l.] ed Aurora Group S.r.l.;

6) con il ricorso e i motivi aggiunti sono stati impugnati i seguenti atti:

- con il ricorso introduttivo: **(i)** la nota prot. 1345 del 9.9.2020 con la quale il Commissario Straordinario per l'attuazione e il coordinamento delle misure di contenimento e contrasto dell'emergenza epidemiologica Covid-19 ha comunicato la revoca dell'affidamento alla Nexus Made s.r.l. della fornitura relativamente al Lotto A della procedura finalizzata all'acquisizione e distribuzione agli istituti scolastici di banchi monoposto e relative sedute tradizionali e il recesso da ogni trattativa finalizzata alla sottoscrizione del contratto di appalto; **(ii)** la nota prot. 1319 del 4.9.2020 del Commissario Straordinario; **(iii)** le verifiche poste in essere dal RUP sui requisiti della Nexus Made s.r.l.; **(iv)** l'Avviso pubblico del 21 luglio 2020 (Lotto "A" CIG 877980FCB - Lotto "B" CIG 8377988668), in particolare agli artt. 5 , 9, 10 e 12 e relative rettifiche; **(v)** le risposte alle richieste di chiarimento; **(vi)** ogni altro atto presupposto, connesso e conseguente, quali in particolare l'avviso del 26.9.2020 di affidamento della fornitura di banchi scolastici e sedute attrezzate (di cui alla procedura indetta con l'Avviso del 21/7/2020), inclusi gli esiti dell'interlocuzione negoziale con gli operatori relativamente al Lotto A; **(vii)** ove occorrer possa e nella misura in cui dovessero risultare lesivi della posizione giuridica soggettiva della ricorrente, tutti gli atti relativi alla procedura negoziata indetta dal Commissario straordinario il 12/8/2020 (Lotto "A" CIG 840178082F - Lotto "B" CIG 8401792218) comprensivi degli atti indittivi, istruttori/valutativi e conclusivi, inclusi quelli relativi agli affidamenti diretti disposti dal Commissario; si è altresì fatta domanda di risarcimento e/o indennizzo di tutti i danni subiti dalla ricorrente e ove occorra, di dichiarazione di inefficacia e di subentro nel contratto, ove nel frattempo stipulato da parte di un terzo;

- con l'atto di motivi aggiunti: **(viii)** la Relazione RUP prot. n. 113 del 12/8/2020 di proposta di affidamento, ai sensi del paragrafo 12 dell'Avviso di gara, della fornitura di banchi e sedute attrezzate nella parte in cui prevede "di procedere nei confronti degli affidatari alla verifica circa l'effettivo possesso dei requisiti soggettivi previsti dall'Avviso, nonché di quanto rilevato dalla stessa Commissione" di gara; **(ix)** il Decreto del Commissario Straordinario per l'attuazione e il coordinamento delle misure di contenimento e contrasto dell'emergenza epidemiologica Covid-19 del 13/8/2020 di affidamento, secondo procedura negoziata ristretta ai sensi del paragrafo 12 dell'Avviso di Gara, a seguito delle interlocuzioni con i proponenti, della fornitura di banchi scolastici e sedute attrezzate, nella parte in cui stabilisce di "dare avvio alle verifiche del possesso dei requisiti richieste dal RUP" e di "procedere alla stipula dei relativi contratti, apponendo la clausola di risoluzione automatica dello stesso qualora delle suddette verifiche dovessero emergere cause ostative alla prosecuzione del rapporto contrattuale"; **(x)** per quanto occorrer possa, tutti i verbali di gara n. 1 del

5/8/2020, n. 2 del 6/8/2020, n. 3 del 7/8/2020 e n. 4 del 10/8/2020 della Commissione di gara; *(xi)* ogni altro atto presupposto, connesso e conseguente, ancorché non conosciuto; *(xii)* il risarcimento e/o l'indennizzo di tutti i danni subiti dalla ricorrente e ove occorra, per la dichiarazione di inefficacia e il subentro nel contratto, ove nel frattempo stipulato da parte di un terzo; *(xiii)* si è comunque richiesto l'accertamento ai sensi dell'art. 116, co. 2, c.p.a., degli artt. 10, 22 e ss. della L. n. 241/1990 e dell'art. 5 d.lgs. n. 33/2013, dell'illegittimità del silenzio/diniego serbato dal Commissario Straordinario per l'attuazione e il coordinamento delle misure di contenimento e contrasto dell'emergenza epidemiologica Covid-19 sull'istanza di accesso della Nexus Made S.r.l. datata 18/9/2020, nonché la declaratoria del diritto della ricorrente a prendere visione ed acquisire copia di tutta la documentazione richiesta con la predetta istanza del 18/9/2020 e per la conseguente condanna delle amministrazioni intimete ad esibire la relativa documentazione;

7) l'istanza ex art. 116 c.2 CPA ha ad oggetto i seguenti atti/provvedimenti: *(i)* l'integrale contenuto della documentazione (sia amministrativa, sia tecnica, sia economica) presentata dalle (14) ditte offerenti, anche successivamente all'offerta formale in gara e in fase di trattativa riservata; *(ii)* la nota (e gli atti ad essa presupposti e connessi) di presa d'atto – menzionata al punto I) delle premesse della bozza di contratto trasmessa alla Nexus Made S.r.l. – che non sarebbe stato possibile soddisfare integralmente le esigenze rappresentate dal Ministero dell'Istruzione, sia relativamente alle quantità richieste, sia, soprattutto, relativamente ai tempi di consegna, per cui è stata attivata la procedura di cui al punto 12 dell'Avviso di indizione della gara; *(iii)* la determina, se esistente, relativa all'attivazione della procedura di cui al punto 12 dell'avviso di indizione di gara (ulteriori fabbisogni) menzionata al punto I) delle premesse della bozza di contratto; *(iv)* tutti gli atti – nessuno escluso – di cui alla procedura ristretta menzionata ai precedenti paragrafi, curata dal RUP, indicata al punto n) delle premesse della bozza di contratto; *(v)* la nota del Commissario al Ministro dell'Istruzione, recante l'indicazione sull'andamento della gara e la nota del 12 agosto 2020 del Ministro dell'Istruzione, indicata al punto p) delle premesse della bozza di contratto; *(vi)* tutte le note relative alle interlocuzioni tra gli operatori economici affidatari della fornitura e il RUP, menzionate al punto q) delle premesse della bozza di contratto; *(vii)* tutte le note di comunicazione ai partecipanti degli esiti della procedura, menzionate al punto r) delle premesse della bozza di contratto; *(viii)* i Piani delle Consegne allegati a tutti i contratti stipulati e in corso di stipula, menzionati al punto s) delle premesse della bozza di contratto; *(ix)* la documentazione relativa alla verifica del possesso dei requisiti prescritti e dichiarati da ciascun concorrente affidatario della procedura; *(x)* le note recanti “indicazioni del Ministero dell'Istruzione circa i due componenti da questo designati” per la valutazione delle offerte; *(xi)* gli atti relativi alla designazione del Comitato Tecnico Scientifico istituito presso il Dipartimento della Protezione civile, dei due componenti della Commissione di gara;

(*xii*) i curricula di tutti i componenti la Commissione di gara; (*xiii*) 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;

8) l'udienza di discussione dell'istanza cautelare si celebrerà il 26/1/2021, mentre la discussione dell'istanza di accesso ex art. 116 c.2 CPA si celebrerà il 9/2/2021;

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

I motivi su cui si fonda il **ricorso introduttivo** sono di seguito sintetizzati:

I. Il provvedimento di revoca dell'affidamento e di recesso da ogni trattativa finalizzata alla conclusione del contratto con la ricorrente poggia anzitutto sull'erroneo presupposto che l'affidamento della fornitura dei banchi alla Nexus Made – così come delineato all'esito delle trattative intercorse tra la Società e la struttura Commissariale – fosse "subordinato" alla verifica del possesso dei requisiti delineati nell'Avviso del 21 luglio 2020. Al contrario l'affidamento alla ricorrente non è disciplinato dall'Avviso del 21 luglio 2020 per la fornitura di cui al Lotto A (CIG 8337980FCB) ivi menzionata, ma è scaturito dagli accordi intervenuti tra il Commissario e la Nexus Made proprio una volta che la procedura condotta dal Commissario in attuazione dell'Avviso sia era conclusa con un nulla di fatto.

Comunque, ogni eventuale carenza avrebbe pacificamente potuto essere sanata attraverso la procedura di soccorso istruttorio, doveroso soprattutto alla luce dello stato dei rapporti tra le parti e del procedimento contrattuale. 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.

In ogni caso la motivazione assunta dal Commissario si riferisce all'offerta tecnico-economica presentata in gara, che è diversa da quella successivamente proposta dall'impresa oggetto di affidamento e il Commissario non ha tenuto conto che aveva affidato la fornitura alla Nexus Made sul presupposto, rappresentato nell'offerta dell'11 agosto 2020 della Società, che la fornitura fosse caratterizzata dalla complessità dell'approvvigionamento dei materiali e soprattutto dalla necessità di "assemblare" gli

stessi “coinvolge[ndo] alla fonte diverse realtà di fabbricazione”, “non esistendo in commercio un prodotto pronto magazzino”.

In tale ottica la verifica avrebbe semmai dovuto fare riferimento all’impegno della Società come concretizzato nella sua offerta dell’11 agosto 2020 recepita nella bozza di Contratto, proprio in ragione del superamento della procedura di gara e delle relative offerte (oltre che delle correlate valutazioni discrezionali).

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

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

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

Anzitutto, l’aver condizionato l’interruzione della trattativa al mancato rispetto del termine è illegittimo perché le trattative, in quel momento, erano già concluse. In effetti, il Commissario aveva già disposto l’affidamento e trasmesso il Contratto per la firma della Nexus Made.

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

Ma è proprio il comportamento del Commissario ad aver impedito l’adempimento della Nexus Made alle richieste – comunque strumentali – del medesimo. Infatti la ricorrente si era ripetutamente resa disponibile a consegnare i prototipi dei banchi con le relative relazioni, come dimostrano le sue comunicazioni del 4, del 5, del 7 e dell’8 settembre 2020 con le quali aveva sempre richiesto al Commissario l’indicazione di luogo, orario e referente cui rivolgersi per la relativa consegna, anche al fine di consentire che fossero rispettate tutte le normative volte alla prevenzione dei contagi da covid-19.

Inoltre, la presunta e insussistente non conformità al rispetto dei Cam e alla normativa Uni En non può comunque assurgere a presupposto della revoca dell'affidamento e all'interruzione del procedimento di stipula del contratto poiché riguarda profili relativi alla fase esecutiva del rapporto che non attengono a quella dell'affidamento.

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

La prioritaria tutela dell'interesse pubblico sottesa alla fornitura (ossia la fornitura in tempi brevissimi di banchi monoposto per gli istituti scolastici di tutta Italia) avrebbe dovuto (o comunque potuto) tener conto della primaria necessità di conseguire il risultato desiderato (come peraltro il Commissario ha fatto, contraendo con terzi).

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

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

I menzionati atti risultano infatti viziati per illegittimità derivata dai vizi che affliggono i provvedimenti relativi alla procedura a cui ha preso parte la Nexus Made e sono illegittimi anche per vizi propri, essendo privi di un valido presupposto.

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

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

I motivi su cui si fonda il **ricorso per motivi aggiunti** sono di seguito sintetizzati:

I. La ricorrente ha contestato la relazione RUP del 12/8/2020 e il Decreto del Commissario straordinario del 13/8/2020 in quanto fondate sull'illegittimo presupposto che le trattative tra le Nexus Made e struttura commissariale e

l'affidamento della fornitura dei banchi alla Nexus Made siano avvenuti *“ai sensi del paragrafo 12 dell’Avviso di gara”* e fossero quindi *“subordinati”* alla verifica del possesso dei requisiti delineati nell’Avviso del 21 luglio 2020.

Il par. 12, rubricato *“Ulteriori fabbisogni”*, è una clausola – che richiama la ratio sottesa alla procedura di cui all’art. 63, comma 5, del d.lgs. 50/16 – posta chiaramente e inequivocabilmente a disciplina delle forniture supplementari rispetto a quelle già realizzate in esecuzione della procedura di gara di cui all’Avviso.

Ma nel caso di specie la clausola è stata illegittimamente attivata per una fattispecie diversa da quella prevista nell’Avviso.

Comunque il RUP non ha mai chiarito di procedere ai sensi del predetto par. 12 né comunque dell’Avviso né che comunque l’aver proceduto ai sensi del par. 12 comportasse la subordinazione della fornitura al rispetto delle condizioni la cui esistenza aveva comportato la necessità di superare lo schema delineato dall’Avviso stesso.

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

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

II. Con riferimento alle ragioni della disposta revoca, l’esame della documentazione depositata dal Commissario ha dimostrato che il soccorso era doveroso anche per quanto affermato dalla Commissione di gara, che il RUP ha disatteso pur avendo ancorato la determinazione di revoca agli accertamenti svolti dalla stessa Commissione. Persino la Commissione di gara aveva sottolineato l’esigenza di interloquire con l’operatore al fine di consentirgli di dimostrare la sua capacità di effettuare la commessa.

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

IV. La ricorrente, in sede di ricorso per motivi aggiunti, ha reiterato le istanze risarcitorie e cautelari già inserite nel ricorso introduttivo.

V. Infine, Nexus Made ha proposto anche istanza di accesso ex art. 116 c.2 CPA in relazione al silenzio serbato dal Commissario sulla propria istanza di accesso del 18/9/2020 con la quale era stata richiesta l'ostensione – al netto di quanto depositato in giudizio dalla difesa erariale – della documentazione menzionata innanzi funzionale a verificare l'effettivo andamento del complesso sistema di approvvigionamento improntato dalla struttura commissariale e delle interlocuzioni con il Ministero dell'Istruzione (beneficiario della fornitura), delle modalità di affidamento e di verifica dei requisiti eventualmente eseguite con riferimento alle altre imprese destinatarie dei contratti di fornitura e, quindi, per tutelare e difendere gli interessi giuridici della ricorrente anche alla luce dei motivi proposti in giudizio.

AVVISANO INOLTRE CHE

Lo svolgimento del processo può essere seguito consultando il sito www.giustizia-amministrativa.it attraverso l'inserimento del numero di registro generale del ricorso (R.G. n. 8185/2020) nella sottosezione "Ricerca ricorsi", rintracciabile all'interno della sottosezione "TAR Lazio - Roma" della sezione "TAR",

AVVISANO INFINE CHE

al presente avviso è allegato il testo integrale del ricorso introduttivo, del ricorso per motivi aggiunti e l'Ordinanza del 21 dicembre 2020, n. 13790 resa dal Tar Lazio - Roma, Sez. Prima Quater.

Roma, 29 dicembre 2020

Avv. Tommaso Pallavicini

Avv. Giorgio Leccisi