

Pubblicato il 11/06/2019

**N. 01140/2019 REG.PROV.COLL.  
N. 00461/2018 REG.RIC.**



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

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria**

**(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 461 del 2018, integrato da motivi aggiunti, proposto da Meridiana Italia S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Giuseppe Franco Ferrari, Luigi Cameriero, Ernesto Papponetti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

*contro*

Autorità di Gestione (Adg) – Dipartimento Programmazione Nazionale e Comunitaria della Regione Calabria, Autorità Regionale per Proced. e Vigil. in Materia dei Contratti Pubbl. di Lavori, Serv. e Fornit.-Sua Reg. Calabria, non costituiti in giudizio;

Regione Calabria, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Angela Marafioti, domiciliata ex lege in Catanzaro Germaneto, viale Europa;

*nei confronti*

Cogea S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Demetrio Verbaro, Alfredo Gualtieri, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Kpmg Advisory S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Gennaro Terracciano, Vincenzo Barrasso, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia.

*per l'annullamento*

Per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- a.) del Decreto dirigenziale n. 1394 del 6.3.2018 recante <<Oggetto: affidamento di servizi di consulenza specialistica all'Autorità di Gestione del POR Calabria FESR FSE 2014 2020 nello svolgimento delle attività previste dall'art. 125 comma 4 5 6 e 7 del REG UE n. 1303 del Piano di azione e coesione e del Fondo di sviluppo e coesione aggiudicazione ai sensi dell'art. 32 comma 5 del d.lgs. 50 2016>>;
- b.) del Decreto dirigenziale n. 11773 del 25.10.2017 e di tutti i verbali di gara e delle operazioni della Commissione giudicatrice nella parte in cui non dispongono l'esclusione dalla gara del (costituendo) RTI Cogea S.r.l./KPMG ADVISORY S.p.a. e della conseguente proposta di aggiudicazione al predetto RTI;
- c.) di ogni ulteriore atto, provvedimento e comportamento presupposto, connesso e/o consequenziale, di data e contenuto non noti alla ricorrente, con riserva di motivi aggiunti;
- d.) solo in subordine, ove necessario, del bando e degli atti costituenti la lex specialis di gara, ove interpretati nel senso di

considerare legittima la partecipazione alla gara del costituendo RTI Cogeia S.r.l./KPMG ADVISORY S.p.a.;

per la declaratoria dell'inefficacia del contratto eventualmente stipulato con il RTI controinteressato e del diritto della ricorrente all'aggiudicazione dell'appalto nonché per l'accertamento del diritto della ricorrente al risarcimento dei danni patiti e patienti e per la conseguente condanna della stazione appaltante al risarcimento dei predetti danni, in primis, in forma specifica mediante annullamento dei provvedimenti e degli atti impugnati e mediante il subentro di Meridiana Italia S.r.l. nel contratto eventualmente stipulato e solo in subordine per equivalente monetario.

Per l'annullamento

per quanto riguarda i motivi aggiunti depositati in data 12 ottobre 2018:

a) del provvedimento di conferma dell'aggiudicazione a favore del RTI Cogeia S.r.l / KPMG Advisory S.p.a. della predetta procedura aperta con modalità telematica indetta dell'Autorità Regionale-SUA della Regione Calabria per l'affidamento di servizi di consulenza specialistica all'Autorità di Gestione del Por Calabria FESR -FSE 2014/20120;

b) della comunicazione di tale provvedimento effettuata con nota dell'Autorità Regionale-SUA della Regione Calabria prot. gen. - SIAR n. 0299524 del 07.09.2018, recante <<OGGETTO: Procedura aperta, con modalità telematica, per l'affidamento di servizi di consulenza specialistica all'Autorità di Gestione del Por Calabria FESR -FSE 2014/20120 nello svolgimento delle attività previste dall'art. 125 comma 4, 56 e 7 del Reg. (UE) n. 1303/2013 del piano di azione e coesione e dl fondo di sviluppo e coesione. Conclusione

procedimento ex art. 2 della legge 7 agosto 1990 n. 241 e s.m.i.>> e della nota predetta;

c) della nota dell'Autorità Regionale-SUA della Regione Calabria prot. n. 0204592 dell'11.6.2018 la Stazione Unica Appaltante recante <<OGGETTO: Procedura aperta, con modalità telematica, per l'affidamento di servizi di consulenza specialistica all'Autorità di Gestione del Por Calabria FESR -FSE 2014/20120 nello svolgimento delle attività previste dall'art. 125 comma 4, 56 e 7 del Reg. (UE) n. 1303/2013 del piano di azione e coesione e dl fondo di sviluppo e coesione. Comunicazione avviso del Procedimento ex art. 7 della legge 7 agosto 1990 n. 241 e s.m.i.>>;

d) nonché degli atti e dei provvedimenti già impugnati con il ricorso introduttivo del giudizio;

e) ove occorrer possa, delle Linee guida ANAC n. 6, approvate dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 1293 del 16.11.2016 come aggiornate con deliberazione del Consiglio n. 1008 dell'11.10.2017, con particolare riferimento al loro paragrafo <<VII-Le misure self cleaning>>;

f) di ogni altro atto e provvedimento e comportamento presupposto, connesso e/o consequenziale, comunque lesivo per la società ricorrente, ancorché dalla medesima non conosciuto;

per l'accertamento e la declaratoria dell'inefficacia del contratto eventualmente sottoscritto dalla StazioneUnica Appaltante-SUA della Regione Calabria con il RTI controinteressato nonché per l'accertamento e la dichiarazione del diritto della Società ricorrente al risarcimento del danno ingiusto subito per effetto dei provvedimenti impugnati, da risarcirsi in via principale in forma specifica mediante affidamento dell'appalto a Meridiana Italia S.r.l. anche eventualmente

in via di subentro al RTI Cogea S.r.l – KPMG Advisory S.p.a. anche ai sensi e per gli effetti di cui agli artt. 121, 122 e 124 c.p.a. ovvero, solo in subordine per equivalente mediante il pagamento di una cifra a ristoro dei danni subiti e subendi dalla Società ricorrente da quantificarsi in corso di causa anche in via equitativa, unitamente ad interessi e rivalutazione monetaria e per la conseguente condanna della Stazione appaltante al risarcimento dei predetti danni, in via principale, in forma specifica mediante adozione degli atti necessari all'affidamento a Meridiana Italia S.r.l. dell'appalto de quo anche eventualmente in via di subentro al RTI Cogea S.r.l – KPMG Advisory S.p.a. nel contratto eventualmente stipulato e, solo in subordine, per equivalente monetario, mediante il pagamento di una cifra a ristoro dei danni subiti e subendi dalla Società ricorrente da quantificarsi in corso di causa anche in via equitativa, unitamente ad interessi e rivalutazione monetaria

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Regione Calabria e di Cogea S.r.l. e di Kpmg Advisory S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 aprile 2019 il dott. Pierangelo Sorrentino e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO e DIRITTO

1. Meridiana s.r.l. ha impugnato gli atti indicati in epigrafe lamentandone l'illegittimità sul presupposto della mancata esclusione dalla gara del costituendo RTI Cogea S.r.l./KPMG Advisory S.p.a.,

poi risultato aggiudicatario, colpevole di non aver rappresentato alla Stazione appaltante una circostanza potenzialmente escludente consistente nell'essere stata, la mandante KPMG, destinataria di una sanzione AGCM, esecutiva ma non definitiva, per intesa restrittiva della concorrenza (provvedimento n. 26815 del 18.10.2017).

2. Verrebbe in rilievo, sostiene la ricorrente, la violazione dell'art. 80, comma 5, lett. c), del d.lgs. n. 50/2016 che contempla tra le cause di esclusione la commissione da parte dell'operatore economico di *<gravi illeciti professionali tali da rendere dubbiosa sua integrità o affidabilità>*. Tra essi, infatti, rientrerebbe la sanzione antitrust a carico della KPMG, con la conseguenza che il costituendo RTI aggiudicatario, a seguito dell'adozione del provvedimento sanzionatorio, avrebbe dovuto senz'altro notificare la stazione appaltante di tale fatto sopravvenuto.

3. Costituitesi in giudizio, la regione Calabria e Cogea hanno chiesto la reiezione del ricorso.

4. Anche KPMG ha argomentato l'infondatezza del gravame e ha sollevato eccezione di inammissibilità del ricorso in quanto proposto dopo lo spirare del termine *ex art.* 120 comma 2 bis c.p.a.

5. Con ordinanza cautelare n. 190 del 14.5.2018 il Collegio, rilevato che è rimesso alla ponderata valutazione della stazione appaltante l'apprezzamento di situazioni, anche sopravvenute all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali, rilevanti ai fini della possibile esclusione dalla gara per *"gravi illeciti professionali"*, ha disposto che la S.A. riesaminasse i provvedimenti impugnati tenendo conto della censura dedotta con il ricorso.

6. Il Consiglio di Stato, nel rigettare gli appelli avverso l'ordinanza (Sez. V, ord. nn. 2821 e 2823 del 21.6.2018), ha statuito che nello specifico *<che [...] la questione di fondo relativa alla riconducibilità nel novero dei "gravi illeciti professionali" ex art. 80, comma 5, lett. e), d.lgs. n. 50-2016 delle sanzioni antitrust e la valutazione dell'incidenza della definitività delle medesime, è questione che deve essere approfondita nel merito>*.

7. La Stazione appaltante, ottemperando a quanto richiesto, con nota prot. n. 0299524 del 7 settembre 2018 ha definito il procedimento avviato nei confronti di KPMG ritenendo che la medesima Società offra adeguate garanzie di integrità ed affidabilità per l'esecuzione del servizio oggetto di gara e ha quindi confermato la disposta aggiudicazione della gara.

8. Di seguito alla nota della regione, con successive memorie, Cogea e KPMG hanno chiesto, sul presupposto del sopravvenuto difetto d'interesse della ricorrente ad ottenere una pronuncia sul merito dei provvedimenti all'epoca gravati, che fosse dichiarata l'improcedibilità del ricorso ai sensi dell'art. 35 comma 1 lett. c) del c.p.a.

9. Con motivi aggiunti e istanza cautelare del 12 ottobre 2018 Meridiana ha impugnato il provvedimento emesso dalla regione di seguito al *remand*, censurando il cattivo esercizio della discrezionalità amministrativa da parte della Stazione appaltante, la quale avrebbe anche omesso di dare corretta attuazione al contenuto precettivo della menzionata ordinanza cautelare, essendosi invero limitata a formulare scarse e vaghe motivazioni in ordine all'intervenuta adozione di generiche misure di *self cleaning* da parte della KPMG e a un'astratta diagnosi di idoneità delle misure adottate, derivando soltanto dalle stesse – e perciò apoditticamente – il convincimento in

ordine alla sussistenza di *<adeguate garanzie d'integrità ed affidabilità nell'eventuale esecuzione del servizio>*.

10. Il Collegio, con ordinanza di rigetto n. 461 del 26.10.2018, ha ritenuto che il provvedimento confermativo dell'aggiudicazione non risulti inficiato da vizi di irragionevolezza o illogicità, dando conto delle ragioni per le quali la Stazione appaltante, nell'esercizio del potere di apprezzamento discrezionale che le compete, ha ritenuto non compromessa l'affidabilità e l'integrità della società colpita dalla sanzione *antitrust*.

11. KPMG in data 29.11.2018 ha depositato la sentenza del T.A.R. Lazio-Roma, sez. I, n. 11000/2018, con la quale è stata annullata, per la parte che la coinvolge direttamente, la sanzione antitrust emessa dall'AGCM sopra citata.

12. In vista dell'udienza di merito le parti hanno depositato memorie insistendo nelle conclusioni già rassegnate.

13. All'udienza pubblica del 10 aprile 2019 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

14. Appare indubbio che la determinazione assunta dalla Stazione appaltante in esecuzione dell'ordinanza cautelare di questo T.A.R. costituisca ragione di obiettivo superamento delle doglianze formulate con il ricorso, incentrate proprio – e soltanto – sulla mancata segnalazione alla S.A., da parte di KPMG, di una circostanza potenzialmente in grado, *ex art. 80, comma 5, lett. c), d.lgs 50/2016*, di assumere rilevanza escludente.

14.1. Essendo stata, la S.A., messa al corrente della sanzione *antitrust* ed avendone valutato – escludendola – l'idoneità a compromettere l'integrità o l'affidabilità dell'operatore economico rimasto colpito, il ricorso si rivela improcedibile per sopravvenuto difetto di interesse,



risultando “*sanato*” ex post il denunciato, omesso esame del (possibile) “*grave illecito professionale*” da parte della S.A.

15. Tale valutazione si sostanzia in un potere di apprezzamento discrezionale (in ordine alla sussistenza dei requisiti di “integrità o affidabilità” dei concorrenti: *ex multis* Consiglio di Stato, Sez. V, 11 giugno 2018, n. 3592; TAR Lazio, Roma, Sez. I, 8 febbraio 2019, n. 1695).

15.1. La circostanza che l'operatore economico si sia reso “*colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità*” costituisce un tipico concetto giuridico indeterminato e la categoria dei concetti giuridici a contenuto indeterminato attiene ad una particolare tecnica legislativa nella quale, per individuare il fatto produttivo di effetti giuridici, la norma non descrive la fattispecie astratta in maniera tassativa ed esaustiva, ma rinvia, per la sussunzione del fatto concreto nell'ipotesi normativa, all'integrazione dell'interprete, mediante l'utilizzo di concetti che vanno completati e specificati con elementi o criteri extragiuridici (Consiglio di Stato, Sez. III, 23 novembre 2017, n. 5467).

15.2. La norma richiede, dunque, una valutazione discrezionale da parte della stazione appaltante della gravità delle inadempienze che, pur non immediatamente riconducibili a quelle tipizzate, siano tuttavia qualificabili come “*gravi illeciti professionali*” e siano perciò ostative alla partecipazione alla gara perché rendono dubbia l'integrità o l'affidabilità del concorrente (Sez. III, 29 agosto 2018, n. 5084).

In particolare, l'art. 80, comma 5, lett. c) mira a tutelare il vincolo fiduciario che deve sussistere tra amministrazione aggiudicatrice e operatore economico, consentendo di attribuire rilevanza ad ogni

tipologia di illecito che per la sua gravità, sia in grado di minare l'integrità morale e professionale di quest'ultimo.

15.3. Detta valutazione, di conseguenza, può essere posta in dubbio solo ove appaia affetta da manifesti profili di irragionevolezza, incongruità ed erroneità.

Orbene, dalla disamina del provvedimento con il quale è stata disposta la conferma dell'aggiudicazione a favore del RTI controinteressato si evince che l'Amministrazione ha svolto, in esecuzione dell'ordine giudiziale, una istruttoria congrua e adeguata, che non è inficiata da profili di macroscopica irragionevolezza risultando ancorata a circostanze specifiche e puntualmente indicate.

16. Non merita favorevole considerazione, infine, l'ulteriore argomento speso dalla ricorrente nei motivi aggiunti, teso a valorizzare il disposto dell'art. 80, comma 5, lett. f-bis) del c.c.p. per sostenere che il RTI aggiudicatario avrebbe dovuto essere escluso *de plano* dalla gara avendo presentato “*documentazione o dichiarazioni non veritiere*”.

16.1. Nel caso di specie, infatti, viene in rilievo una dichiarazione omessa e non una “*dichiarazione falsa*” ovvero la presentazione di “*falsa documentazione*”, ipotesi alle quali si ricollega la sanzione espulsiva prevista dalla lettera f-bis).

Ed invero “*solo alla condotta che integra una falsa dichiarazione consegue l'automatica esclusione dalla procedura di gara poiché depone in maniera inequivocabile nel senso dell'inaffidabilità e della non integrità dell'operatore economico, mentre, ogni altra condotta, omissiva o reticente che sia, comporta l'esclusione dalla procedura solo per via di un apprezzamento da parte della stazione appaltante che sia prognosi sfavorevole sull'affidabilità dello stesso*” (Consiglio di Stato, Sez. V, 12 aprile 2019, n. 2407).

16.2. Ma anche avendo riguardo, secondo altro orientamento, all'oggetto della dichiarazione (Cons. St., Sez. III, 27 dicembre 2018, n. 7231; Sez. III, 20 dicembre 2018, n. 7173; Sez. III, 23 agosto 2018, n. 5040), deve comunque escludersi che la sanzione *antitrust* irrogata a KPMG, all'epoca *sub iudice*, possa annoverarsi tra le “*circostanze specifiche, facilmente e oggettivamente individuabili e direttamente qualificabili come cause di esclusione*” in quanto tali destinate ad assumere rilievo ai sensi e per gli effetti di cui alla lettera f-bis.

17. Il provvedimento di conferma dell'aggiudicazione della gara a favore del costituendo RTI resiste, pertanto, alle censure mosse con i motivi aggiunti, i quali si rivelano infondati.

18. Le peculiarità del caso di specie e la persistente non univocità del quadro giurisprudenziale su talune questioni trattate sorreggono la decisione di disporre la compensazione delle spese e competenze di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso e sui motivi aggiunti, come in epigrafe proposto, così dispone:

- a) dichiara improcedibile il ricorso per sopravvenuta carenza di interesse;
- b) rigetta i motivi aggiunti depositati in data 12 ottobre 2018;
- c) compensa le spese di giudizio.

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

Così deciso in Catanzaro nella camera di consiglio del giorno 10 aprile 2019 con l'intervento dei magistrati:

Vincenzo Salamone, Presidente

Francesco Tallaro, Primo Referendario

Pierangelo Sorrentino, Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**  
**Pierangelo Sorrentino**

**IL PRESIDENTE**  
**Vincenzo Salamone**

**IL SEGRETARIO**