

Sulla natura della valutazione della congruità dell'offerta e l'ambito del sindacato del giudice amministrativo

di Gianluca Angelini

Data di pubblicazione: 30-5-2022

La valutazione di congruità dell'offerta ha natura sintetica e globale e non può concentrarsi su singole voci di costo, mirando piuttosto a vagliare se l'offerta nel suo complesso sia affidabile e che giudizio espresso al riguardo dalla stazione appaltante è sottratto al sindacato giurisdizionale, salvo che nell'ipotesi in cui la parte ricorrente deduca l'irragionevolezza dello stesso.

Peraltro, laddove, come nella specie, la parte ricorrente contesti voci di costo rilevanti nel contesto dell'offerta e tale da far ritenere, nella sua prospettazione, la stessa inaffidabile, il sindacato del giudice amministrativo non può arrestarsi con il mero richiamo a tali principi, ma deve procedere alla verifica puntuale delle doglianze esposte, salvo disattendere le stesse nel merito ovvero, una volta disattese alcune di esse, dichiarare inammissibile le altre per difetto di interesse, laddove le stesse non siano di per sé sufficienti ad evidenziare la non remuneratività dell'offerta e pertanto la sua insostenibilità in termini globali.

la verifica di congruità di un'offerta non può essere effettuata attraverso un giudizio comparativo che coinvolga altre offerte, perché va condotta con esclusivo riguardo agli elementi costitutivi dell'offerta analizzata ed alla capacità dell'impresa – tenuto conto della propria organizzazione aziendale e, se del caso, della comprovata esistenza di particolari condizioni favorevoli esterne – di eseguire le prestazioni contrattuali al prezzo proposto, essendo ben possibile che un ribasso sostenibile per un concorrente non lo sia per un altro, per cui il raffronto fra offerte differenti non è indicativo al fine di dimostrare la congruità di una di esse.

Deve ritenersi consentita la modifica delle giustificazioni delle singole voci di costo, rispetto alle giustificazioni già fornite, come pure l'aggiustamento delle singole voci di costo” anche in relazione a “sopravvenienze di fatto o normative”, potendosi sempre valorizzare “economie sopravvenienti, in grado di refluire sull'affidamento del contratto

La disamina della pronunzia in esame è utilissima agli interpreti ed utenti del diritto, con particolare riguardo alla sfera dei contratti pubblici, in quanto il Collegio trae spunto dalla delibazione della specifica controversia per rimarcare e precisare diversi orientamenti giurisprudenziali alla stregua di veri e propri (ineccepibili) insegnamenti.

In primis, l'ambito operativo del procedimento di verifica dell'anomalia.

Puntuale è il richiamo giurisprudenziale del Collegio al principio per cui il procedimento di verifica dell'anomalia non ha per oggetto la ricerca di specifiche e singole inesattezze

dell'offerta economica, mirando piuttosto ad accertare se in concreto l'offerta, nel suo complesso, sia attendibile e affidabile in relazione alla corretta esecuzione dell'appalto; pertanto la valutazione di congruità deve essere globale e sintetica, senza concentrarsi esclusivamente e in modo parcellizzato sulle singole voci di prezzo (tra le tante, Cons. di Stato, V, 2 maggio 2019, n. 2879; III, 29 gennaio 2019, n.726; V, 23 gennaio 2018, n. 430; 30 ottobre 2017, n. 4978).

Conseguentemente ed anche ai fini dell'interesse a ricorrente, la procedura di gara e il suo esito potrebbe essere travolto solo quando il giudizio negativo sul piano dell'attendibilità riguardi voci che, per la loro rilevanza ed incidenza complessiva, rendano l'intera operazione economicamente non giustificabile e viziata *da indici strutturali di carente affidabilità a garantire la regolare esecuzione del contratto volta al perseguimento dell'interesse pubblico*.

D'altro canto, la formulazione di un'offerta economica e la conseguente verifica di anomalia si fondano su stime previsionali e dunque su apprezzamenti e valutazioni implicanti un ineliminabile margine di opinabilità ed elasticità, essendo quindi impossibile pretendere una rigorosa quantificazione preventiva delle grandezze delle voci di costo rivenienti dall'esecuzione futura di un contratto, essendo per contro sufficiente che questa si mostri ex ante ragionevole ed attendibile.

Al concorrente è consentito dimostrare che determinate voci di prezzo erano eccessivamente basse, mentre altre, per converso, erano sopravvalutate, pervenendo così ad un rimaneggiamento delle stesse volto a documentare, per alcune di esse, un risparmio idoneo a compensare il maggior costo di voci differenti, incidendo peraltro anche sull'utile esposto, al fine di giungere ad una compensazione tra sottostime e sovrastime, che lasci l'offerta affidabile e seria (Consiglio di Stato, sez. V, 10 ottobre 2017, n. 4680 e 6 agosto 2015, n. 3859).

Come già chiarito da Adunanza Plenaria, 29 novembre 2012, n. la valutazione di congruità dell'offerta, quando sia stata effettuata con particolare accuratezza, può essere sindacata solo in caso di macroscopica irragionevolezza (cfr., anche, ex multis, C.d.S., sez. III, 9 dicembre 2015, n. 5597; id. sez. IV, 4 giugno 2013, n. 3059; id., sez. V, 6 maggio 2015, n. 2274), nella specie non ravvisabile.

Tale indirizzo, in particolare, si fonda sull'assunto che la verifica in questione costituisce un momento fondamentale delle procedure di affidamento di contratti pubblici, poiché attraverso il contraddittorio con l'impresa interessata l'Amministrazione è in grado di acquisire tutti gli elementi in grado di ritenere se l'offerta presentata in sede di gara sia effettivamente sostenibile e, quindi, se la medesima offerta consenta di realizzare l'interesse pubblico inerente al contratto da aggiudicare (cfr., ex multis, anche C.d.S., sez. V, 20 luglio 2016, n. 3271).

Deve aggiungersi che, come è noto, il giudizio che conclude il sub procedimento di verifica delle offerte anomale, costituisce espressione di un potere tecnico discrezionale

dell'Amministrazione, di per sé insindacabile, salva l'ipotesi in cui le valutazioni ad esso sottese non siano abnormi o manifestamente illogiche o affette da errori di fatto (cfr., ex multis, Cons. Stato, sez. IV, 26 febbraio 2015, n. 963); il giudizio conclusivo ha natura globale e sintetica sulla serietà o meno dell'offerta nel suo insieme; conseguentemente la relativa motivazione deve essere rigorosa in caso di esito negativo; invece la positiva valutazione di congruità della presunta offerta anomala è sufficientemente espressa anche con motivazione per relationem alle giustificazioni rese dall'impresa offerente (cfr. ex plurimis, Cons. St., sez. V, n. 12 febbraio 2010 n. 741); nella specie, al contrario la motivazione di non congruità è stata particolarmente attenta ed analitica, ad ulteriore garanzia della serietà del procedimento di valutazione dell'anomalia esplicitata dalla stazione appaltante nel caso in esame (così espressamente Cons. di Stato, V, 2018, 3480).

Dunque, può concludersi in ordine all'assunto che la valutazione di congruità costituisce espressione di un tipico potere tecnico-discrezionale insindacabile in sede giurisdizionale, salvo che la manifesta e macroscopica erroneità o irragionevolezza dell'operato renda palese l'inattendibilità complessiva dell'offerta (ex multis, Cons. Stato, V, 17 maggio 2018 n. 2953; 24 agosto 2018 n. 5047; III, 18 settembre 2018 n. 5444; V, 23 gennaio 2018, n.230).

Di rilievo è anche l'ulteriore richiamo giurisprudenziale da parte del Collegio delibante secondo cui la verifica di congruità di un'offerta non può essere effettuata attraverso un giudizio comparativo che coinvolga altre offerte, perché va condotta con esclusivo riguardo agli elementi costitutivi dell'offerta analizzata ed alla capacità dell'impresa – tenuto conto della propria organizzazione aziendale e, se del caso, della comprovata esistenza di particolari condizioni favorevoli esterne – di eseguire le prestazioni contrattuali al prezzo proposto, essendo ben possibile che un ribasso sostenibile per un concorrente non lo sia per un altro, per cui il raffronto fra offerte differenti non è indicativo al fine di dimostrare la congruità di una di esse (Cons. St., sez. III, 9 ottobre 2018, n. 5798).

Inoltre, la motivazione del giudizio di non anomalia non deve essere specifica ed estesa, potendo essere effettuata anche mediante rinvio *per relationem* alle risultanze procedurali e alle giustificazioni fornite dall'impresa.

La stazione appaltante non è poi tenuta a chiedere chiarimenti su tutti gli elementi dell'offerta e su tutti i costi, anche marginali, ma può legittimamente limitarsi alla richiesta di giustificativi con riferimento alle voci di costo più rilevanti, in grado di incidere sulla complessiva attendibilità dell'offerta sì da renderla non remunerativa e inidonea ad assicurare il corretto svolgimento del servizio (Cons. Stato, Sez. III, 14.11.2018, n. 6430).

Inoltre in sede di procedimento di verifica dell'anomalia è pacificamente ammessa la progressiva ripermimetrazione, nella dialettica della fase giustificativa, dei parametri di costo, con compensazione delle precedenti sottostime e sovrastime, sia per porre rimedio a originari errori di calcolo, sia, più in generale, in tutti i casi in cui l'entità dell'offerta economica rimanga immutata, (C.d.S., V, sent. n. 1874/2020; C.d.S., V, n. 4400/2019; C.d.S., V, 4680/2017).

Resta la riserva, nel caso della contrapposizione giudiziale, che l'aggiudicataria può difendersi in giudizio provvedendo a giustificare le voci contestate in sede processuale, quando il

concorrente ricorrente ne abbia dedotto l'inattendibilità dell'offerta per aspetti non specificatamente presi in considerazione dalla stazione appaltante (Cons. Stato, Sez. III, 14.11.2018, n. 6430; Consiglio di Stato, sez. III, 15.02.2021 n. 1361).

È infatti pur vero che, come innanzi esposto, la valutazione di congruità dell'offerta ha natura sintetica e globale e non può concentrarsi su singole voci di costo, mirando piuttosto a vagliare se l'offerta nel suo complesso sia affidabile e che giudizio espresso al riguardo dalla stazione appaltante è sottratto al sindacato giurisdizionale, salvo che nell'ipotesi in cui la parte ricorrente deduca l'irragionevolezza dello stesso.

Peraltro, ove oggetto del contendere sia la contestazione di voci di costo rilevanti nel contesto dell'offerta e tale da far ritenere, nella sua prospettazione, la stessa inaffidabile, il sindacato del giudice amministrativo deve procedere alla verifica puntuale delle doglianze esposte, salvo disattendere le stesse nel merito ovvero, una volta disattese alcune di esse, dichiarare inammissibile le altre per difetto di interesse, laddove le stesse non siano di per sé sufficienti ad evidenziare la non remuneratività dell'offerta e pertanto la sua insostenibilità in termini globali.

Infatti secondo la giurisprudenza condivisa dalla Sezione in sede di verifica dell'anomalia dell'offerta, salvo il caso in cui il margine positivo risulti pari a zero, non è dato stabilire una soglia di utile al di sotto della quale l'offerta va considerata anomala - potendo anche un utile modesto comportare un vantaggio significativo (Cons. Stato Sez. V, 22/03/2021, n. 2437; Cons. Stato Sez. III, Sent., 13-07-2021, n. 5283).

Riguardo il *modus operandi* imputabile alla stazione appaltante, prosegue il Collegio, è pacifico che non sia tenuta a chiedere chiarimenti su tutti gli elementi dell'offerta e su tutti i costi, anche marginali, ma può legittimamente limitarsi alla richiesta di giustificativi con riferimento alle voci di costo più rilevanti, in grado di incidere sulla complessiva attendibilità dell'offerta sì da renderla non remunerativa e inidonea ad assicurare il corretto svolgimento del servizio (Cons. Stato, Sez. III, 14.11.2018, n. 6430) *per cui è ben possibile, che, nella dialettica processuale, l'aggiudicataria possa dovere giustificare ulteriori costi (marginali) in ordine ai quali la stazione appaltante non aveva richiesto espliciti chiarimenti, considerando l'offerta nel complesso attendibile.*

...Ed invero secondo la condivisibile giurisprudenza le giustificazioni addotte dal concorrente per la comprova della congruità e serietà della propria offerta ben possono fare riferimento a situazioni esistenti al momento in cui si svolge la verifica di anomalia, per cui può certamente tenersi conto di sopravvenienze sia fattuali che normative che dimostrino la concreta affidabilità dell'offerta.

Questo perché deve ritenersi consentita la modifica delle giustificazioni delle singole voci di costo, rispetto alle giustificazioni già fornite, come pure l'aggiustamento delle singole voci di costo" anche in relazione a "sopravvenienze di fatto o normative", (C.d.S., V, n. 4400/2019), potendosi sempre valorizzare "economie sopravvenienti, in grado di refluire sull'affidamento del contratto" (C.d.S., V, 1874/2020; V, 3502/2019; *in senso analogo* V, 4272/2020 secondo cui è "ammissibile non solo la modifica delle giustificazioni delle singole voci di costo, rispetto

alle giustificazioni già fornite, come pure l'aggiustamento delle singole voci di costo, sia in correlazione a sopravvenienze di fatto o normative, sia per porre rimedio a originari e comprovati errori di calcolo, sempre che resti ferma l'entità originaria dell'offerta economica, nel rispetto del principio dell'immodificabilità, che presiede la logica della par condicio tra i competitori (Cons. Stato, sez. V, 26 giugno 2019, n. 4400);

ma anche la rimodulazione degli elementi economici dell'offerta in sede di giustificazioni sull'anomalia, con il solo limite di non alterarne il quantum iniziale o l'equilibrio economico e purché si accerti in concreto, sulla base di un apprezzamento globale e sintetico, che la proposta economica risulti nel suo complesso affidabile e attendibile in relazione alla corretta esecuzione dell'appalto (Cons. Stato, sez. V, 12 febbraio 2020, n. 1071)".

Su tali valutazioni la Sezione delibante si era già assestata quando con proprio precedente giurisprudenziale aveva rimarcato che *lo scopo essenziale cui si conforma il giudizio sull'anomalia dell'offerta va individuato nella verifica della complessiva affidabilità dell'offerta sotto il profilo economico, in vista della esecuzione delle prestazioni contrattuali da parte dell'aggiudicatario, appare del tutto logico che detta verifica si svolga avendo come parametri di valutazione il livello dei costi al tempo in cui è effettuata la verifica. In altri termini, se la finalità (indiscussa) del procedimento in questione è la verifica della attuale attendibilità economica dell'offerta è del tutto coerente con tale finalità la scelta di fare riferimento a parametri economici attualizzati"* (Cons. Stato Sez. V, Sent., 20 gennaio 2021, n. 593).

LEGGI LA SENTENZA

Pubblicato il 25/05/2022

N. 04191/2022REG.PROV.COLL.

N. 08140/2021 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 8140 del 2021, proposto da Al maviva - The Italian Innovation Company S.p.A. – “Al maviva S.p.A.” in Pr. e quale Mandataria Rti, Rtp - Dedagroup Public Services S.r.l., Ecubit S.r.l. e Geosystems S.r.l. (Mandanti), in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentati e difesi dagli avvocati Luisa Torchia, Nicolle Purificati, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Luisa Torchia in Roma, viale Bruno Buozzi n 47;

contro

Ntt Data Italia S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Alessandro Botto, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via di San Nicola Da Tolentino 67;

nei confronti

Consip S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Giovanni Pesce, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Bocca di Leone 78;
Sogei S.p.A., Pc Cube S.r.l., Agic Technology S.r.l., non costituiti in giudizio;

per la riforma

per quanto riguarda l'appello principale:

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda) n. 08600/2021, resa tra le parti, concernente l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione definitiva, comunicato da Consip S.p.a. in data 18 febbraio 2021, prot. n. 7192/2021;

e di tutti gli atti presupposti, connessi e consequenziali, ancorché non conosciuti, ivi incluso il Bando, il Disciplinare di gara, il Capitolato Tecnico, nonché tutti i verbali di gara della Commissione giudicatrice con particolare riferimento ai Verbali nn. 35, 36, 37, 38, 39 e 40;

nonché per il risarcimento dei danni subiti e subendi a causa dell'illegittima aggiudicazione dell'appalto, in forma specifica, previa declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato nelle more, mediante affidamento del contratto per l'intera durata del servizio, anche attraverso subentro, rispetto al quale viene proposta sin d'ora espressa domanda, ovvero per equivalente per gli importi che verranno quantificati in corso di causa.

Per quanto riguarda l'appello incidentale presentato da Ntt Data Italia S.P.A il 25/10/2021:

PER L'ANNULLAMENTO E/O LA RIFORMA

della sentenza resa dal Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio - Roma n. 8600/2021, pubblicata in data 19 luglio 2021, nell'ambito del giudizio iscritto al numero di R.G. 3285/2021, limitatamente ai capi con cui sono stati parzialmente respinti i motivi di ricorso proposti da NTT

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Ntt Data Italia S.p.A. e di Consip S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 27 gennaio 2022 il Cons. Diana Caminiti e preso atto della richiesta di passaggio in decisione, senza preventiva discussione, depositata in atti da parte dell'Avv. Torchia, con la dichiarata adesione delle altre parti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con bando pubblicato nella GURI del 22 aprile 2020, Consip S.p.a. ha indetto, per conto e nell'interesse di Sogei S.p.a., una procedura aperta ai sensi dell'art. 60 del d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50, avente ad oggetto l'acquisizione di servizi relativi alla produzione e manutenzione software in ambiente Microsoft e PHP, suddivisa in due lotti, per un massimale complessivo pari a Euro 17.688.898,80, da aggiudicare secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. La durata dell'appalto per entrambi i lotti è di 60 mesi, decorrente dalla "data di attivazione dei servizi", di cui 48 mesi per l'erogazione dei servizi e ulteriori 12 mesi per la manutenzione in garanzia del software sviluppato/modificato nell'ultimo anno di erogazione.

Oggetto dell'odierno contenzioso è il lotto n. 1 consistente nella fornitura dei servizi di: a) sviluppo, manutenzione evolutiva, adeguativa e migliorativa di software ad hoc; b) supporto specialistico; c) manutenzione correttiva.

Destinatario dei servizi oggetto dell'appalto è Sogei S.p.A., partner tecnologico unico del MEF, che ha progettato e realizzato il Sistema informativo della fiscalità, del quale segue conduzione ed evoluzione e sviluppo dei sistemi, applicazioni e servizi per le esigenze di automazione e informatizzazione dei processi operativi e gestionali del MEF, della Corte dei conti, delle Agenzie fiscali e di altre Pubbliche Amministrazioni.

1.1. I servizi si articolano in "affidamenti" costituiti da uno o più obiettivi in relazione alle esigenze della committente; ciascun affidamento sarà assegnato al fornitore che dovrà seguire le linee guida, gli eventuali standard di sviluppo e di codifica dell'applicazione, nonché gli standard di documentazione indicati dalla committente. Al termine del singolo affidamento e nei tempi previsti dal verbale di affidamento, il fornitore dovrà consegnare, secondo le modalità stabilite, i prodotti previsti dall'affidamento. Il disciplinare indica cinque figure professionali rappresentate da "Project Manager", "Business Analyst", "Systems Analyst", "Developer",

“Technical Specialist”, per ognuna delle quali stabilisce il “prezzo unitario a base d’asta”, senza tuttavia quantificare le figure professionali richieste, in considerazione del fatto che le figure sono impiegate nell’ambito di specifici servizi. Nel Capitolato tecnico sono individuati il ruolo delle risorse umane richieste per l’esecuzione dei servizi, i profili professionali richiesti, le relative competenze ed esperienze (Appendice 1 al Capitolato, “Profili Professionali”). Inoltre il bando prevede che il fornitore è tenuto a comunicare a Sogei il nominativo del proprio rappresentante designato quale Responsabile della fornitura che è il soggetto responsabile del rispetto di tutti gli adempimenti contrattuali; tale referente, il cui profilo professionale minimo richiesto deve essere almeno equiparabile a quello di “Project Manager”, non dovrà comportare alcun onere aggiuntivo per Sogei.

A conclusione delle operazioni di valutazione delle offerte tecniche ed economiche, il RTI Almaviva (d’ora in poi per brevità anche Almaviva) si è collocato al primo posto della graduatoria con 72,775 punti, mentre al secondo posto si è posizionato il RTI NTT con 72,28.

1.2. Pur non ricorrendo i presupposti stabiliti per la verifica necessaria dell’anomalia, il RUP, con comunicazione del 3 dicembre 2020, ha sottoposto l’offerta del RTI Almaviva a detta verifica, nell’ambito della facoltà discrezionale, ai sensi dell’art. 97 comma 6 del d.lgs. 50/2016. Di conseguenza, ha chiesto al concorrente *“di fornire dettagliate giustificazioni in ordine a tutte le voci costitutive dell’offerta, nonché agli altri elementi di valutazione della medesima, allegando ogni documentazione che si ritenga utile ed idonea a supporto e di fornire un conto economico dove compaiano tutte le voci di costo e di ricavo considerate, con l’indicazione dei margini di commessa”*. Le giustificazioni sono pervenute con nota del 18 dicembre 2020 in cui si è indicato un utile di commessa pari ad Euro 88.914,25 (c.d. margine operativo netto).

1.2.1 Non ritenendo sufficienti le giustificazioni, il RUP, con nota del 28 dicembre 2020, ha richiesto “ulteriori giustificazioni” circa i “razionali” sulla base dei quali sono state rappresentate le “ore annue mediamente lavorate” rispetto a quelle indicate nei CCNL di riferimento e, in particolare, le voci sui “permessi annuali retribuiti” e sulle “malattie, infortuni, maternità” che risultavano significativamente inferiori rispetto ai valori delle tabelle ministeriali. Le seconde giustificazioni sono pervenute all’amministrazione aggiudicatrice con nota del 12 gennaio 2021.

A conclusione dell’esame delle giustificazioni sulla congruità dell’offerta, il RUP e la Commissione hanno ritenuta l’offerta *“complessivamente affidabile e attendibile, sotto il profilo economico, in relazione agli elementi di costo e agli oneri che l’esecuzione della prestazione comporta ed ai trattamenti minimi inderogabili stabiliti dalle disposizioni normative”* (cfr. verbale del 19 gennaio 2021). Conseguentemente, Consip ha adottato il provvedimento di aggiudicazione della gara in data 18 febbraio 2021.

2. NTT Data Italia s.p.a. (d’ora in poi per brevità NTT), seconda graduata, ha impugnato innanzi al T.A.R. Lazio – Roma il provvedimento di aggiudicazione ed i relativi atti presupposti, formulando un unico motivo, articolato in relazione alle singole componenti di costo dell’offerta, con il quale ha messo discussione l’affidabilità della proposta contrattuale, evidenziando come talune voci di costo sarebbero state “quantificate in maniera palesemente

errata”, mentre altre voci non sarebbero “mai state quantificate in sede di giustificativi”, dolendosi in particolare della asserita mancata considerazione, da parte dell’aggiudicataria, dei costi relativi alle seguenti voci:

- Mancata valutazione dei costi della formazione formale;
- Mancata valutazione dei costi della formazione informale;
- Mancata valutazione del costo del Learning Management Systems previsto per le attività di formazione;
- Mancata valutazione dei costi relativi alle ferie e permessi;
- Mancata valutazione dei costi relativi alla decontribuzione;
- Mancata valutazione dei costi mensa e/o buoni pasto;
- Mancata valutazione degli ulteriori costi;
- Mancata valutazione dei costi di trasferta.

3. Sia la difesa di Consip che del RTI Al maviva hanno eccepito l’inammissibilità del gravame sostenendo, sostanzialmente, che le censure della ricorrente non sarebbero tali da dimostrare, nei limiti del sindacato ammissibile, l’incongruità dell’offerta.

4. Il Tar Lazio, sez. II, con sentenza n. 8600/2021 ha rigettato l’eccezione di inammissibilità delle censure, evidenziando che la ricorrente avrebbe correttamente allegato una serie di elementi rilevanti da cui inferire che l’offerta della controinteressata non era sostanzialmente attendibile, avendo allegato che vari elementi di costo che componevano l’offerta non sarebbero stati correttamente giustificati e che, inoltre, vi sarebbero alcune voci di costo che non sarebbero state neppure valorizzate o giustificate.

Ha inoltre respinto le censure relative alla decontribuzione sud, all’asserita violazione dei limiti del subappalto, all’inquadramento al 4° livello del CCNL della figura professionale del Developer in luogo del 5° livello e all’incongruità dei costi per mensa e buoni pasto.

Con la stessa pronuncia, il Tar ha invece accolto i motivi di ricorso con i quali era stata lamentata l’inaffidabilità dell’offerta con riferimento ai costi per la formazione del personale (costi indiretti della mano d’opera), a quelli per ferie e permessi retribuiti e a quelli riconducibili alla voce “altri costi”.

Il T.A.R. ha quindi concluso per l’insostenibilità dell’offerta negoziale nel suo complesso e, correlativamente, per l’irragionevolezza del giudizio di anomalia svolto da Consip, disponendo l’esclusione del RTI Al maviva dalla gara.

5. Con il presente appello il RTI Al maviva ha formulato, in cinque motivi di appello, le seguenti

censure avverso la sentenza de qua:

1) Illegittimità della sentenza impugnata per aver respinto le eccezioni di rito formulate dal RTI Al maviva.

A dire dell'appellante la sentenza di prime cure avrebbe erroneamente disatteso l'eccezione da essa formulata di inammissibilità del ricorso in quanto volto a sollecitare un sindacato di merito sull'esercizio dell'attività discrezionale di valutazione dell'offerta anomala, come tale precluso al giudice amministrativo.

A dire dell'appellante proprio il tipo di motivazione utilizzato dal Tar per disattendere l'eccezione confermerebbe la fondatezza della stessa, avendo NTT sostituito indebitamente le proprie valutazioni di anomalia a quelle correttamente svolte dall'amministrazione, parcellizzando le singole voci di costo e senza peraltro assolvere l'onere della prova sulla ricorrenza di evidenti errori di valutazione ad opera della Commissione di gara.

In particolare, a dire di parte appellante, il Tar avrebbe errato inoltre, nel non considerare in alcun modo che nella fattispecie de qua non ricorreva, ai sensi dell'art. 97, comma, 3 del d. lgs. n. 50/2016, un'ipotesi di verifica obbligatoria di anomalia, ma solo facoltativa.

La sentenza inoltre, nella prospettazione della società appellante, sarebbe errata anche per aver dato per scontata l'erosione del margine di utile erroneamente ipotizzata e calcolata da NTT, trascurando completamente di considerare che non è possibile fissare aprioristicamente "una quota rigida di utile al di sotto della quale l'offerta deve considerarsi per definizione incongrua", dovendosi invece avere riguardo alla serietà della proposta contrattuale, atteso che anche un utile apparentemente modesto potrebbe comportare un vantaggio importante.

2) Illegittimità della sentenza impugnata nella parte in cui aveva riconosciuto l'incongruità dei costi di formazione formale.

La società appellante lamenta l'erroneità della sentenza nella parte in cui, accogliendo le censure di NTT, aveva ritenuto incongrui i costi per la formazione formale del personale.

Infatti, quanto al numero di giorni di formazione previsti per ciascuna figura professionale, il RTI Al maviva aveva previsto un impegno per la formazione nei termini di seguito indicati:

- (i) Project Manager: cinque giorni l'anno;
- (ii) Business Analyst: cinque giorni l'anno;
- (iii) System Analyst: dieci giorni l'anno;
- (iv) Developer: dieci giorni l'anno;
- (v) Technical Specialist: dieci giorni l'anno.

Dalle tabelle analitiche allegate ai giustificativi risultava inoltre che sei giorni l'anno pro-capite erano compresi nel costo del lavoro, restando assorbiti nella voce "ore non lavorate" di ogni azienda facente parte del RTI (cfr. primi giustificativi e relative tabelle).

Pertanto, come chiarito da essa aggiudicataria, il costo della formazione per le figure del Project Manager e del Business Analyst (per le quali sono previsti 5 giorni di formazione l'anno pro-capite), rientrava interamente nel costo del lavoro.

Quanto alle ulteriori figure professionali del System Analyst, Developer e Technical Specialist (per le quali è prevista una formazione pari a 10 giorni l'anno pro-capite), fermi restando i 6 giorni di formazione assorbiti nel costo del lavoro, gli ulteriori 4 giorni verrebbero fruiti nell'ambito di attività di training on the job, durante la quale le risorse sono operative e "lavorano" eventualmente su altra fornitura, senza generare ulteriori costi da imputare alla commessa.

Alla luce di queste considerazioni, a dire di parte appellante, emergerebbe l'illegittimità della sentenza impugnata, poiché il Tar aveva evidentemente frainteso il contenuto dei giustificativi, nell'ambito dei quali non era mai stato affermato che i costi per il training on the job sarebbero stati "da imputare a questa commessa".

Infatti a p. 11 dei giustificativi del 18.12.2020, il RTI Almagora aveva precisato che *"per quello che riguarda la formazione formale [...] gli ulteriori 4 giorni previsti per System Analyst, Developer e Technical Specialist saranno fruiti nell'ambito di attività di training on the job, il cui costo quindi non è da imputare a questa commessa"*.

La sentenza dovrebbe inoltre ritenersi viziata anche nella parte in cui aveva affermato che Almagora non avrebbe giustificato i costi per il training on the job, tenuto conto che tale modalità di formazione, *"ha sicuramente un costo per l'impresa, che, in quanto tale, avrebbe dovuto essere valorizzato in sede di chiarimenti"*, non avendo al riguardo la sentenza considerato che, quando svolge il training on the job, il personale continua a prestare la propria attività lavorativa, non dando vita, quindi, ad ulteriori costi da imputare alla commessa.

Erronea pertanto sarebbe inoltre, a dire dell'appellante, l'ulteriore statuizione con la quale il Tar aveva ritenuto – richiamando il capitolo 11.4 dell'offerta presentata dal RTI Almagora, in cui si afferma l'impegno del RTI *"ad aumentare la possibilità di sostituire le risorse anche in situazioni di temporanea necessità, quali ad esempio la partecipazione ai corsi di aggiornamento"* – che l'aggiudicataria non avrebbe *"indicato il costo che sostiene per la sostituzione delle risorse impegnate nella formazione con altre risorse equivalenti"*.

Il Tar inoltre avrebbe errato nel ritenere verosimile la quantificazione dei costi di formazione "formale" ipotizzata da NTT nell'importo di euro 91.725,10, affermando sul punto che *"le giornate lavorative da prendere in considerazione sono cinque (e non quattro come affermato dall'aggiudicataria) in quanto i costi relativi ad una delle giornate dedicate alla formazione non troverebbero copertura nei costi del lavoro relativi alla formazione prevista dal d.lgs. 81/2008 poiché tale disciplina si riferisce alla formazione relativa alle materie afferenti alla sicurezza e alla salute sul posto di lavoro "che, dunque, esulano dalla, e sono estranee alla, formazione"*

specialistica offerta dal RTI Almaviva in sede di partecipazione alla Gara”.

Andrebbe inoltre riformato, a dire dell'appellante in quanto illegittimo, anche il capo della pronuncia

in cui il Tar aveva affermato che l'asserita (ma inesistente) mancata valorizzazione dei costi della formazione avrebbe inciso negativamente sulla corretta valutazione del punteggio attribuito dalla Consip dell'offerta tecnica in relazione sub criterio c) *“modalità operative per ridurre l'impatto della formazione sull'erogazione dei servizi”*.

3) Sulla formazione “informale”. Illegittimità della sentenza impugnata per violazione del principio di necessaria corrispondenza tra chiesto e pronunciato e per conseguente lesione del diritto di difesa.

L'appellante lamenta che in relazione ai costi relativi alla formazione “informale”, il Tar, pur avendo chiaramente respinto il motivo di ricorso formulato da NTT, riconoscendo, del tutto correttamente, che *“in effetti per il lavoro straordinario la cui prestazione risulta essere inferiore a trenta minuti non è prevista alcuna remunerazione e pertanto alcun costo doveva essere sostenuto”* dal RTI Almaviva, avrebbe illegittimamente ritenuto sussistesse un ulteriore vizio del giudizio di anomalia, non avendo in sede di chiarimenti Almaviva indicato le ragioni poste dal datore di lavoro a fondamento del lavoro straordinario e la Commissione non richiesto alcun chiarimento sul punto.

Il Tar, nella prospettazione dell'appellante, non solamente avrebbe enucleato un motivo di ricorso nuovo, non formulato dal ricorrente in primo grado, ma si sarebbe perfino spinto ad accoglierlo, senza che l'amministrazione e il controinteressato RTI Almaviva avessero potuto contraddire e difendersi sul punto.

La sentenza *in parte qua* pertanto sarebbe illegittima per violazione del principio di necessaria corrispondenza tra chiesto e pronunciato e per conseguente lesione del diritto di difesa delle parti.

In ogni caso, al contrario di quanto affermato in sentenza, il raggruppamento aggiudicatario non avrebbe assolutamente inteso utilizzare il lavoro straordinario come fattore ordinario di programmazione del tempo di lavoro e di copertura dell'orario, in quanto la formazione informale sarebbe svolta tramite cd. “pillole formative” di durata brevissima e di fruizione saltuaria, che non rappresenterebbero in alcun modo un ricorso strutturato o continuativo all'istituto del lavoro straordinario.

In ogni caso la censura, a dire di parte appellante, doveva essere disattesa in quanto il costo per la formazione informale ipotizzato dalla ricorrente per indennità di lavoro straordinario (asseritamente non considerato da Almaviva) in quanto pari ad euro 76.167,27 non sarebbe in grado di erodere l'utile della commessa.

4) Illegittimità della sentenza impugnata nella parte in cui aveva ritenuto viziato il giudizio di congruità espresso dalla Commissione in riferimento ai costi relativi a ferie e permessi.

Nella prospettazione di parte appellante la sentenza sarebbe viziata anche nella parte in cui aveva ritenuto illegittimo il giudizio di congruità espresso dalla commissione in relazione al costo per ferie e permessi, in quanto in sede di secondi giustificativi aveva esposto per ognuna delle aziende componenti il RTI i razionali sulla cui scorta erano state individuate le ore annue mediamente lavorate, in relazione alle voci che differivano da quanto riportato nella tabella ministeriale del CCNL metalmeccanici, rispetto a quanto previsto dal contratto integrativo aziendale di Almagiva stessa.

Ciononostante, in accoglimento dei rilievi formulati sul punto da NTT, il Tar aveva erroneamente ritenuto che la Commissione sarebbe pervenuta ad un giudizio di ammissibilità del costo per permessi annui retribuiti (sia di Almagiva che di Dedagroup) senza operare "alcun riscontro documentale", avendo omesso di esaminare il contratto integrativo aziendale sulla cui base il RTI aggiudicatario aveva indicato 56 ore annue come permessi retribuiti, in luogo delle 104 ore assicurate dal CCNL di riferimento, laddove per contro la stazione appaltante aveva evidenziato in primo grado con riferimento ai permessi annui retribuiti, che: *"nel caso di RTI Almagiva la Commissione ha preso atto delle previsioni contenute nel contratto integrativo aziendale; tuttavia, ha pure ricalcolato i permessi annui retribuiti a 104 h in luogo delle 56 dichiarate. Lo stesso metodo ha operato con riguardo a Dedagroup.*

Come si evince dalla tabella, pur considerando il nuovo costo, la commessa sarebbe rimasta in utile....

Margine operativo 37.102,92 €

Nell'operazione di ricalcolo sopradetta, la Commissione ha, tra l'altro, notato che il RTI Almagiva aveva imputato per 2 volte il coefficiente di incremento salariale pari allo 0,50%, che era stato dichiarato nei primi giustificativi al paragrafo 5.2. Nel conteggio sopra detto, ha, pertanto, proceduto applicando un'unica volta il suddetto coefficiente. Come si vede, la commessa rimane in utile" con un margine operativo pari ad euro 37.102,92 "Nell'operazione di ricalcolo sopradetta, la Commissione ha, tra l'altro, notato che il RTI Almagiva aveva imputato per 2 volte il coefficiente di incremento salariale pari allo 0,50%, che era stato dichiarato nei primi giustificativi al paragrafo 5.2. Nel conteggio sopra detto, ha, pertanto, proceduto applicando un'unica volta il suddetto coefficiente. Come si vede, la commessa rimane in utile".

5) Illegittimità della sentenza impugnata per aver ritenuto priva di giustificazione la voce dell'offerta relativa a "ulteriori costi".

La sentenza gravata infine per parte appellante sarebbe viziata per erronea valutazione delle risultanze processuali, per aver ritenuto l'offerta del RTI Almagiva priva dell'indicazione dei costi in relazione ad una serie ulteriore di voci componenti l'offerta, quali: (a) manutenzione in garanzia per 12 mesi "del software sviluppato/modificato nell'ultimo anno di erogazione, come meglio specificato negli atti di gara"; b) Portale della fornitura offerto "senza oneri aggiuntivi"; c) Osservatorio Normativo e Tecnologico proposto per il Servizio di Manutenzione; d) Sistema di Knowledge Management; e) Aggiornamento Knowledge Base; f) Microsoft Team Foundation Server (TFS) e AlmaToolBox della Test Factory Almagiva; e) Strumenti di Collaboration (Microsoft Teams); f) Risorse Academy del Centro di formazione e le risorse dei Centri di

Competenza; g) attrezzature informatiche, risorse hardware e software e adeguamenti degli ambienti sviluppo; h) costi di trasferta.

Il Tar aveva infatti trascurato completamente di considerare che nei propri giustificativi Almagora aveva quantificato la voce relativa ad “altri costi” e che tali costi, ad ogni modo, non avrebbero mai potuto inficiare la complessiva sostenibilità e affidabilità dell’offerta risultata vincente, trattandosi di costi residuali da ricomprendersi nella voce “costi generali” (manutenzione software; attrezzature informatiche e risorse, costi di trasferta) ovvero di costi già ammortizzati (“strumenti di fornitura” proposti : Portale della fornitura sistema di Knowledge Mng; Microsoft Team Foundation Server (TFS) e AlmaToolBox; Strumenti di Collaboration quale Microsoft Teams) od esattamente quantificati nell’offerta tecnica (quanto alle risorse aggiuntive: Osservatorio Normativo e Tecnologico; Risorse del Centro di formazione; i Centri di Competenza).

6. Si è costituita la Consip, chiedendo l’accoglimento dell’appello, con conseguente annullamento della sentenza del Tar Lazio di Roma n. 8600/2021 e, per l’effetto, il rigetto del ricorso introduttivo del giudizio di primo grado.

7. Si è altresì costituito NTT Data Italia s.p.a. che, con atto depositato in data 25 ottobre 2021 e previamente notificato il 20 ottobre 2021, ha proposto appello incidentale ex art. 101 comma 2 c.p.a. avverso la sentenza gravata in via principale, nelle parti in cui non aveva accolto le censure formulate in primo grado.

7.1. Segnatamente l’appellante incidentale ha articolato, in quattro motivi, le seguenti censure avverso la sentenza *de qua*:

l) Con riferimento al capo di sentenza relativo al motivo di ricorso in primo grado avente ad oggetto i costi di formazione “formale”, limitatamente al profilo di censura relativo alla mancata indicazione nell’offerta della modalità di formazione c.d. Training on the job. Errore di diritto della sentenza. Violazione e falsa applicazione degli artt. 83 e 97 del d.lgs. 50/2016. Violazione dei principi di immodificabilità, di non ambiguità e di unicità dell’offerta.

Secondo l’appellante incidentale in sede di primi giustificativi era stato dichiarato che i costi relativi ad una delle giornate dedicate alla formazione troverebbero copertura nei costi del lavoro, in quanto rientrante nelle giornate per la formazione previste dal d.lgs. 626/1994 (oggi d.lgs. 81/2008): la norma

richiamata prevede, tuttavia, la possibilità di permessi formativi solo in relazione a materie afferenti alla sicurezza e alla salute sul posto di lavoro che, dunque, esulano dalla, e sono estranee alla, formazione specialistica offerta dal RTI Almagora in sede di partecipazione alla gara. Pertanto le giornate formative che non troverebbero copertura nel costo del lavoro per le figure di System Analyst, di Developer e di Technical Specialist, salirebbero da quattro a cinque (quattro per il training on the job e una per la formazione in materia di salute e sicurezza sul posto di lavoro).

Inoltre la modalità formativa del training on the job non era stata in alcun modo prevista in sede

di offerta dal RTI Al maviva, se non limitatamente alla fase di presa in carico del servizio ad inizio fornitura per la durata di un mese solare.

Pertanto, a dire di NTT, il RTI Al maviva avrebbe introdotto per la prima volta il servizio di formazione nella modalità "training on the job" in sede di verifica dell'anomalia per tentare di far quadrare i conti, senza avvedersi del fatto che in tal modo si esponeva ad un'ulteriore censura, ossia l'illegittima modifica ex post dell'offerta tecnica.

La sentenza di prime cure, pur avendo accolto il motivo di censura relativo al profilo attinente alla mancata quantificazione di tali costi, non si sarebbe erroneamente espressa in relazione all'ulteriore contestazione relativa alla mancata indicazione nella relazione tecnica della modalità di formazione c.d. training on the job e, dunque, all'illegittima modifica ex post dell'offerta stessa, avendo il RTI Al maviva introdotto l'attività di formazione nella modalità "training on the job" solo con i primi giustificativi; pertanto la successiva modifica dell'offerta da parte del RTI Al maviva avrebbe dovuto ex sé comportarne l'esclusione, stante l'inderogabile principio di immodificabilità dell'offerta ex art. 32 comma 4 del dlgs 50/2016.

II) Con riferimento al capo di sentenza relativo al motivo di ricorso in primo grado avente ad oggetto i costi di formazione "informale". Errore di diritto della sentenza. Violazione e falsa applicazione dell'art. 97 del d.lgs. 50/2016. Illogicità dell'iter motivazionale della decisione.

In relazione all'attività di formazione informale, NTT aveva censurato il giudizio di congruità sulla base di un duplice ordine di doglianze, contestando che (i) i relativi costi non erano mai stati valorizzati né giustificati nell'offerta economica e che (ii) il RTI Al maviva aveva illegittimamente impiegato le proprie risorse in regime di lavoro straordinario per l'espletamento di detta attività senza giustificarne, tuttavia, le ragioni, così finendo per utilizzare tale strumento - preordinato esclusivamente a fronteggiare situazioni eccezionali - come fattore ordinario di programmazione del tempo di lavoro. Il TAR aveva accolto il secondo profilo di censura, ritenendo illegittimo l'impiego delle risorse in regime di lavoro straordinario per l'espletamento della formazione informale, ritenendo invece, infondato il primo, sull'erroneo assunto che in " [...] relazione alla formazione c.d. informale poiché in effetti per il lavoro straordinario la cui prestazione risulta essere inferiore a trenta minuti non è previsto alcuna remunerazione e pertanto alcun costo doveva essere sostenuto dalla concorrente".

Secondo l'appellante incidentale per contro sarebbe evidente che, a prescindere dalla durata delle attività di formazione "informale", le stesse potrebbero comunque costituire un costo per l'operatore

economico, con la conseguenza che il RTI Al maviva le avrebbe dovute valorizzare e giustificare, se non altro per adempiere alle delucidazioni richieste da Consip con le note di chiarimenti del 27 novembre e del 3 dicembre 2020. Pertanto, ai fini del computo del relativo costo, doveva quanto meno tenersi conto della retribuzione relativa al lavoro ordinario, senza computo dell'indennità da lavoro straordinario, per le ventiquattro ore annue per ciascuna delle figure professionali; anche utilizzando quale parametro per la relativa determinazione il costo del lavoro previsto per la figura del Developer (essendo il più basso tra quelli previsti per le diverse figure professionali) lo stesso sarebbe quantificabile in euro 76.167,27.

A detti costi inoltre dovrebbero essere sommati i costi del materiale didattico, dei contenuti dei Corsi in autoistruzione (Moodle), degli ambienti, delle infrastrutture e delle tecnologie necessarie all'espletamento dei percorsi formativi proposti dal RTI Al maviva, anch'essi mai quantificati né giustificati.

La voce di costo relativa al sistema Learning Management Systems, basata su dati empirici raccolti nel corso dell'esperienza pluriennale della medesima appellante incidentale in relazione ai più comuni standard di mercato porterebbe a quantificare il relativo costo in Euro 17.550,99; pertanto il solo costo per la formazione informale, nella prospettiva dell'appellante incidentale, sarebbe quantificabile in euro 93.718,26 sufficiente non solo ad erodere per intero l'utile di commessa, pari a Euro 88.914,25 (come quantificato con i primi giustificativi), ma tale da determinare una perdita netta.

III) Con riferimento al capo di sentenza relativo al motivo di ricorso in primo grado avente ad oggetto la decontribuzione, il subappalto e l'impiego di risorse appartenenti ad inquadramenti professionali differenti rispetto a quanto dichiarato in sede di offerta. Errore di diritto della sentenza. Violazione e falsa applicazione dell'art. 97 del d.lgs. 50/2016. Illogicità dell'iter motivazionale della decisione.

In primo grado, NTT aveva lamentato l'illegittimità del provvedimento di aggiudicazione a favore di Al maviva anche (i) per non aver la Commissione valutato l'incongruità e l'insostenibilità dell'offerta in relazione alla impossibilità di giustificare talune voci di costo ricorrendo alla c.d. decontribuzione (ii) per aver il RTI Al maviva illegittimamente fatto ricorso al subappalto oltre i limiti consentiti (iii) per aver il RTI Al maviva impiegato risorse del subappaltatore appartenenti ad inquadramenti professionali differenti rispetto a quanto dichiarato in sede di offerta.

Il Tar, a dire di NTT, aveva erroneamente disatteso tali censure senza debitamente considerare, quanto alla decontribuzione Sud, che al momento della presentazione dell'offerta la commissione europea non l'avesse ancora autorizzata, laddove la stessa necessitava di detta autorizzazione ex art. 107 TFUE, essendo qualificabile quale aiuto di Stato. Né a dire dell'appellante incidentale detta misura era stata prevista in via definitiva al momento dello svolgimento del giudizio di anomalia, ciò in quanto la l. 178/2020, pubblicata in G.U. in data 30 dicembre 2020 era intervenuta a modificare la misura di tale beneficio, con la conseguenza che lo stesso era stato autorizzato definitivamente nella sua struttura attuale solo con la Decisione della Commissione C(2021) 1220 del 18 febbraio 2021 e, quindi, in un momento successivo alla chiusura del procedimento di verifica dell'anomalia.

L'aumento del costo del lavoro senza lo sgravio per decontribuzione sud pertanto sarebbe quantificabile in euro 58.174,17.

Inoltre a dire di NTT surrettiziamente il RTI Al maviva - sempre al fine di far quadrare i conti - aveva di fatto affidato un volume di attività alla impresa subappaltatrice (i.e. sviluppo, manutenzione evolutiva, adeguativa e migliorativa di software ad hoc supporto specialistico manutenzione correttiva) superiore al 40% del volume complessivo delle attività dedotte in contratto (rispetto al numero complessivo di giornate dichiarate del RTI Al maviva) per

l'impiego di figure professionali (come i Developer), il cui costo del lavoro è il più basso (anche grazie alle presunte decontribuzioni delle quali godrebbe l'impresa subappaltatrice), al fine di rispettare il limite del subappalto cui si era vincolato in sede di offerta.

Con riferimento a tale specifica censura, la sentenza di primo grado avrebbe erroneamente affermato che *“era pertinente l’osservazione del RTI Almagiva secondo cui “il limite massimo per il subappalto non va calcolato sulla quantità di risorse necessarie per le attività subappaltate”, ma sul “valore economico del contratto”. Nel caso di specie, il limite normativo è stato rispettato, come emerge dal DGUE dell’aggiudicatario, dal quale si ricava che il raggruppamento si è impegnato a fare ricorso al subappalto per una quota non superiore al 40% del valore della commessa”* senza considerare che essa ricorrente aveva evidenziato l'intrinseca non sostenibilità dell'offerta; circostanza avvalorata dal fatto che per giustificare la propria proposta economica il RTI Almagiva aveva dovuto fare appello, in extremis, ad una serie di espedienti ed escamotage che facessero quadrare i conti, dovendo la censura sul subappalto essere letta in combinato disposto con la censura relativa alla decontribuzione, in quanto sarebbe proprio dalla lettura congiunta di tali concorrenti profili di doglianza che si evincerebbe la costruzione artificiosa alla quale il RTI Almagiva aveva fatto ricorso per giustificare un'offerta solo apparentemente sostenibile.

Inoltre, a dire di NTT, il Tar aveva erroneamente rigettato la censura relativa all'impiego di risorse appartenenti ad inquadramenti professionali differenti rispetto a quanto dichiarato in sede di offerta, sulla base del rilievo che *“è invece del tutto generica la censura sull’inquadramento al 4° livello del CCNL della figura professionale del Developer, da parte del subappaltatore, in luogo del 5° livello”*, dovendo anche detta censura leggersi in combinato disposto con quella sulla decontribuzione, ciò senza considerare che l'azienda individuata per il subappalto, Almagiva Digitaltec, avrebbe calcolato il costo della figura professionale del Developer nella tabella a pag. 8 del primo giustificativo considerando soltanto il 4° livello di inquadramento del CCNL, mentre tutte le aziende componenti il RTI Almagiva avrebbero inquadrate il Developer per l'80% al 4° livello e per il 20% al 5° livello.

Pertanto, a dire di NTT, riparametrando il costo del Developer di Almagiva Digitaltec secondo il mix di livelli presentato dal RTI (e al quale lo stesso si era vincolato, pena l'illegittimità anche di tale modifica ex post dell'offerta) si assisterebbe ad un aggravio dei costi pari a Euro 26.687,28.

Inoltre qualora venissero ricostruiti i costi senza considerare le presunte decontribuzioni e applicando per i Developer il mix 4° e 5° livello (come dichiarato dal RTI in sede di Primi Giustificativi), risulterebbe di palmare evidenza che anche la quota di subappalto relativa al 40% del valore del contratto verrebbe superata.

IV) Con riferimento al capo di sentenza relativo al motivo del ricorso in primo grado avente ad oggetto i costi mensa e/o buoni pasto. Errore di diritto della sentenza. Violazione e falsa applicazione dell'art. 97 del d.lgs. 50/2016. Illogicità dell'iter motivazionale della decisione.

A dire di NTT la sentenza sarebbe erronea anche in relazione al capo con cui si era rigettata la censura relativa all'incongruità del costo per buoni pasto sulla base dei seguenti rilievi: *“il*

ricorrente ha preso come base dei propri calcoli il valore nominale del buono pasto Almaviva e non il costo unitario (inferiore) che tale buono pasto ha per l'azienda ed inoltre non viene considerato che Almaviva offre ai propri dipendenti un servizio di mensa nella sede di Roma Casal Boccone. Poiché i servizi fornitura saranno erogati dalla sede del fornitore, che per Almaviva è Casal Boccone, le predette circostanze giustificano una stima cautelativa di Euro 4,00 per buono pasto”.

Nella prospettazione dell'appellante incidentale infatti il TAR non si sarebbe reso conto del fatto che il costo sostenuto dall'azienda per l'acquisto dei buoni pasto, seppur inferiore ad Euro 8,26 sarebbe comunque superiore ad Euro 4,00, come dichiarato dal RTI Almaviva con i Primi Giustificativi.

Il costo ulteriore, mai quantificato dal RTI Almaviva, per l'acquisto dei buoni pasto sarebbe pari ad Euro 2,5 per singolo ticket (differenza tra il costo dichiarato dal RTI in sede di primi giustificativi e il reale costo di acquisto dichiarato in sede di memoria) per cui sarebbe sufficiente prendere in considerazione il 78,95% delle 25.120 giornate considerate nei costi per i ticket come indicato nei Primi Giustificativi dal RTI, ovverosia, 19.832,24 giornate moltiplicandolo per il valore di Euro 2,50 per ricavare un maggior costo pari ad Euro 49.580,6.

Né rileverebbe la circostanza che Almaviva disponga di una mensa, non essendo tale circostanza idonea a sterilizzare le critiche rivolte avverso un'istruttoria comunque sommaria e superficiale condotta dalla Commissione, non essendo stati inoltre esattamente quantificati i costi della mensa medesima.

8. All'udienza camerale del 4 novembre 2021, su concorde adesione delle parti, si è disposto il rinvio al merito dell'udienza pubblica del 27 gennaio 2022.

9. In vista della trattazione del merito del ricorso, le parti hanno prodotto memorie ex art. 73 comma 1 c.p.a., insistendo nei rispettivi assunti.

10. La causa è stata trattenuta in decisione all'esito dell'udienza pubblica del 27 gennaio 2022, celebrata sulla base dei soli scritti difensivi, stante la concorde richiesta delle parti.

11. Prima di procedere alla disamina delle censure articolate con l'appello principale, giova premettere che come più volte affermato dalla giurisprudenza, il procedimento di verifica dell'anomalia non ha per oggetto la ricerca di specifiche e singole inesattezze dell'offerta economica, mirando piuttosto ad accertare se in concreto l'offerta, nel suo complesso, sia attendibile e affidabile in relazione alla corretta esecuzione dell'appalto; pertanto la valutazione di congruità deve essere globale e sintetica, senza concentrarsi esclusivamente e in modo parcellizzato sulle singole voci di prezzo (tra le tante, Cons. di Stato, V, 2 maggio 2019, n. 2879; III, 29 gennaio 2019, n.726; V, 23 gennaio 2018, n. 430; 30 ottobre 2017, n. 4978). L'esito della gara può infatti essere travolto solo quando il giudizio negativo sul piano dell'attendibilità riguardi voci che, per la loro rilevanza ed incidenza complessiva, rendano l'intera operazione economicamente non plausibile e insidiata da indici strutturali di carente affidabilità a garantire la regolare esecuzione del contratto volta al perseguimento dell'interesse pubblico. D'altro canto va anche rammentato che la formulazione di un'offerta

economica e la conseguente verifica di anomalia si fondano su stime previsionali e dunque su apprezzamenti e valutazioni implicanti un ineliminabile margine di opinabilità ed elasticità, essendo quindi impossibile pretendere una rigorosa quantificazione preventiva delle grandezze delle voci di costo rivenienti dall'esecuzione futura di un contratto e per contro sufficiente che questa si mostri ex ante ragionevole ed attendibile (così espressamente Cons. di Stato, V, 2018, 3480). Pertanto la valutazione di congruità costituisce espressione di un tipico potere tecnico-discrezionale insindacabile in sede giurisdizionale, salvo che la manifesta e macroscopica erroneità o irragionevolezza dell'operato renda palese l'inattendibilità complessiva dell'offerta (ex multis, Cons. Stato, V, 17 maggio 2018 n. 2953; 24 agosto 2018 n. 5047; III, 18 settembre 2018 n. 5444; V, 23 gennaio 2018, n.230).

11.1 Giova poi anche richiamare il consolidato orientamento giurisprudenziale secondo cui la verifica di congruità di un'offerta non può essere effettuata attraverso un giudizio comparativo che coinvolga altre offerte, perché va condotta con esclusivo riguardo agli elementi costitutivi dell'offerta analizzata ed alla capacità dell'impresa – tenuto conto della propria organizzazione aziendale e, se del caso, della comprovata esistenza di particolari condizioni favorevoli esterne – di eseguire le prestazioni contrattuali al prezzo proposto, essendo ben possibile che un ribasso sostenibile per un concorrente non lo sia per un altro, per cui il raffronto fra offerte differenti non è indicativo al fine di dimostrare la congruità di una di esse (Cons. St., sez. III, 9 ottobre 2018, n. 5798).

11.2 Inoltre, la motivazione del giudizio di non anomalia non deve essere specifica ed estesa, potendo essere effettuata anche mediante rinvio *per relationem* alle risultanze procedurali e alle giustificazioni fornite dall'impresa. La stazione appaltante non è poi tenuta a chiedere chiarimenti su tutti gli elementi dell'offerta e su tutti i costi, anche marginali, ma può legittimamente limitarsi alla richiesta di giustificativi con riferimento alle voci di costo più rilevanti, in grado di incidere sulla complessiva attendibilità dell'offerta sì da renderla non remunerativa e inadatta ad assicurare il corretto svolgimento del servizio (Cons. Stato, Sez. III, 14.11.2018, n. 6430).

Inoltre in sede di procedimento di verifica dell'anomalia è pacificamente ammessa la progressiva ripermostrazione, nella dialettica della fase giustificativa, dei parametri di costo, con compensazione delle precedenti sottostime e sovrastime, sia per porre rimedio a originari errori di calcolo, sia, più in generale, in tutti i casi in cui l'entità dell'offerta economica rimanga immutata, (C.d.S., V, sent. n. 1874/2020; C.d.S., V, n. 4400/2019; C.d.S., V, 4680/2017).

11.3 Infine, in base ai consolidati principi della giurisprudenza, se in sede giurisdizionale il ricorrente deduce l'inattendibilità dell'offerta per aspetti non specificatamente presi in considerazione dalla stazione appaltante, legittimamente l'aggiudicataria può difendersi in giudizio provvedendo a giustificare tali voci in sede processuale (Cons. Stato, Sez. III, 14.11.2018, n. 6430; Consiglio di Stato, sez. III, 15.02.2021 n. 1361).

12. Ciò posto in termini generali e con salvezza del richiamo di tali principi nella disamina dei singoli motivi di appello, può passarsi alla disamina degli stessi, per poi eventualmente procedere, in caso di loro accoglimento, alla disamina dei motivi articolati da NTT con l'appello incidentale.

13. Da rigettare, ad avviso del collegio, è il primo motivo dell'appello principale con cui Almamviva censura il capo della sentenza che, nel disattendere l'eccezione da essa formulata e prospettata anche da Consip, aveva ritenuto il ricorso ammissibile.

13.1 È infatti pur vero che, come innanzi esposto, la valutazione di congruità dell'offerta ha natura sintetica e globale e non può concentrarsi su singole voci di costo, mirando piuttosto a vagliare se l'offerta nel suo complesso sia affidabile e che giudizio espresso al riguardo dalla stazione appaltante è sottratto al sindacato giurisdizionale, salvo che nell'ipotesi in cui la parte ricorrente deduca l'irragionevolezza dello stesso. Peraltro, laddove, come nella specie, la parte ricorrente contesti voci di costo rilevanti nel contesto dell'offerta e tale da far ritenere, nella sua prospettazione, la stessa inaffidabile, il sindacato del giudice amministrativo non può arrestarsi con il mero richiamo a tali principi, ma deve procedere alla verifica puntuale delle doglianze esposte, salvo disattendere le stesse nel merito ovvero, una volta disattese alcune di esse, dichiarare inammissibile le altre per difetto di interesse, laddove le stesse non siano di per sé sufficienti ad evidenziare la non remuneratività dell'offerta e pertanto la sua insostenibilità in termini globali.

13.2. Va inoltre rigettata anche la doglianza, del pari contenuta nel primo motivo di appello, con cui si lamenta che la sentenza sarebbe illegittima laddove aveva dato per scontata l'erosione del margine di utile erroneamente ipotizzata e calcolata da NTT, trascurando completamente di considerare che non è possibile fissare aprioristicamente "una quota rigida di utile al di sotto della quale l'offerta deve considerarsi per definizione incongrua", dovendosi invece avere riguardo alla serietà della proposta contrattuale, atteso che anche un utile apparentemente modesto potrebbe comportare un vantaggio importante, posto che le censure accolte dal Tar erano riferite a maggiori costi individuati dalla parte ricorrente che portavano a ritenere completamente eroso il margine di utile indicato dalla stessa aggiudicataria.

Ciò fermo restando che nell'ipotesi di accoglimento anche parziale dei motivi appello dovrà procedersi ad una nuova verifica della remuneratività dell'offerta, con conseguente vaglio della fondatezza del ricorso di primo grado, nel senso innanzi evidenziato.

14. Fondato, nel senso di seguito precisato, è per contro il secondo motivo di appello, con cui si lamenta l'illegittimità della sentenza di *prime cure* nella parte in cui aveva accolto le avverse doglianze relative alla mancata giustificazione dei costi relativi alla formazione formale.

14.1. Il RTI Almamviva ha in primo luogo chiarito in sede di offerta tecnica che il fabbisogno di formazione e aggiornamento sarebbe stato affrontato dal raggruppamento con una proposta unica e integrata: le aziende raggruppate avrebbero messo a fattor comune - attraverso la costituzione di una struttura virtuale centralizzata "Centro di formazione Sogei" coordinata dal Resource Manager (RM) - sia le risorse umane (docenti e tutor), che le specifiche strutture organizzative dedicate alla formazione e alla gestione del personale, le sedi territoriali, il know-how, le best practice, gli strumenti e i processi adottati per la formazione, sia, infine, le reti di relazioni attivate con i partner tecnologici e con gli Enti e gli Istituti di formazione.

Il Centro di formazione sarebbe stato organizzato in Academy, strutture destinate a presidiare le specifiche tematiche funzionali, tecnologiche e infrastrutturali del contesto di riferimento

della fornitura, destinate ad operare anche attraverso l'interazione con i Centri di Competenza, le partnership e il mondo accademico e della ricerca.

14.2. Ciò posto, deve al riguardo osservarsi, come del resto messo in luce nelle difese di Consip, che la quantificazione dei costi della formazione formale risulta dalle giustificazioni prodotte dal RTI aggiudicatario.

14.2.1. Come evincibile dalla documentazione prodotta in data 18 dicembre 2020, il RTI Almaviva ha al riguardo rappresentato i costi relativi alle 10 giornate di formazione, opportunamente separandole in 6+4 (ovvero 5 di formazione minima, in coerenza con le giornate minime garantite + 1 dedicato alle tematiche relative alla Legge 626/94 e s.m.i.); le restanti, quindi, da intendersi come meramente eventuali, svolte in modalità di training on the job e solo con riferimento alle figure System Analyst, Developer e Technical Specialist. Tale modalità di training on the job, come dedotto dall'appellante, si rileva tra l'altro idonea ad integrare la formazione senza incidere in maniera distinta sui costi della commessa, considerando le tematiche di questa tipologia di corsi, per lo più relative all'aggiornamento su prodotti e tecnologie in uso; pertanto gli eventuali relativi costi possono ben essere ricompresi tra quelli di erogazione dei servizi e non sono dunque distintamente imputabili alla commessa de qua, in quanto durante il *training on the job* le risorse lavorano, vertendo la formazione de qua, come innanzi precisato, sui prodotti e le tecnologie in uso.

14.2.2. Pertanto il capo della sentenza che ha ritenuto al riguardo non esaustive le giustificazioni prodotte dal RTI aggiudicatario, avendo anche il training on the job un costo, non sembra avere esattamente inteso la valenza del training on the job quale strumento ulteriore di formazione in grado peraltro di non generare un distinto costo in quanto (già compreso) nei costi di erogazione del servizio, prestando durante il training on the job le risorse la propria attività lavorativa, eventualmente anche su altre commesse nelle quali si utilizzano tecnologie di interesse per la fornitura Sogei, per cui non risulta generato alcun altro costo da imputare alla commessa e riferito alla non operatività di quelle giornate.

14.2.3. Del pari erronea, come dedotto dal RTI ricorrente, deve intendersi il capo della sentenza che ha ritenuto – richiamando il capitolo 11.4 dell'offerta presentata dal RTI Almaviva, in cui si afferma l'impegno del RTI "*ad aumentare la possibilità di sostituire le risorse anche in situazioni di temporanea necessità, quali ad esempio la partecipazione ai corsi di aggiornamento*" – che l'aggiudicataria non avrebbe "*indicato il costo che sostiene per la sostituzione delle risorse impegnate nella formazione con altre risorse equivalenti*".

A tal riguardo il giudice di *prime cure* ha ritenuto plausibile il costo ipotizzato da NTT e quantificato in euro 91.725,10, calcolo nel quale si è assunto che il costo delle risorse in sostituzione sarebbe stato uguale al costo delle risorse sostituite, senza debitamente considerare che in riferimento al training on the job non sarebbe necessaria alcuna sostituzione, posto che le risorse lavorano, e che comunque per l'eventuale sostituzione (da non confondere con l'affiancamento che necessita di risorse aggiuntive) il RTI aggiudicatario può attingere ad un bacino preesistente di risorse formate anche su commesse trasversali non direttamente imputabili alla commessa de qua, venendo in rilievo strutture aziendali di supporto alla fornitura (da imputarsi pertanto nei costi generali di struttura) (cfr. par. 3.1 della

Relazione Tecnica laddove si afferma che *“Le funzioni di Staff vengono offerte senza oneri aggiuntivi per Sogei e si avvalgono sia di risorse assegnate stabilmente sia della possibilità di attingere per periodi più o meno lunghi al bacino di risorse messo a disposizione dal RTI”* nonché pag. 45 della medesima relazione tecnica in cui si fa riferimento alla *“formazione trasversale”* precisando che *“il PMO e il Resource Management hanno il compito di gestire il bacino di risorse potenzialmente utilizzabili nella fornitura (insieme delle risorse presenti nella Skill factory e di quelle impegnate direttamente nei Servizi) ampliandone le competenze, attraverso specifici percorsi formativi, in modo da sviluppare uno “skill primario” sull’ambito/Servizio di assegnazione e uno o più “skill secondari” su uno o più ambiti/Servizi della fornitura (ampliamento delle competenze da “I-shaped” a “comb-shaped”). Per permettere una maggiore interscambiabilità delle risorse tra ambiti/Servizi, il RTI prevede inoltre un continuo passaggio di informazioni tra Servizi e un processo strutturato di knowledge sharing”*).

14.3. Stante l’accoglimento della precedente censura sul training on the job, irrilevante - avendo la sentenza di *prime cure* considerato compresa nella quantificazione complessiva di euro 91.725,10 (senza operare una distinta quantificazione) anche il maggiore costo per l’ulteriore giornata della formazione offerta dal RTI Al maviva da non intendersi compresa nel costo già considerato delle ore non lavorate, in quanto la formazione specialistica offerta dal RTI sarebbe estranea alla formazione in materia di sicurezza sui luoghi di lavoro indicata dall’aggiudicataria in sede di giustificativi - è la censura articolata *in parte qua* dall’appellante.

14.3.1. Ed invero nei giustificativi prodotti il RTI Al maviva aveva dedotto che le giornate della formazione da computarsi nel costo del lavoro erano sei con riferimento alle figure System Analyst, Developer e Technical Specialist, avendo indicato una giornata per la formazione ex D.lgs. 626/94 (ora d.lgs. 81/2008), un giorno di formazione ex art. 7 CCNL e quattro giorni per altra formazione.

NTT aveva dedotto in primo grado che la formazione specialistica indicata dall’aggiudicataria nella propria offerta tecnica non poteva essere ricompresa nella formazione prevista dal d.lgs. 81/2008.

Il Tar ha sposato per intero le censure articolate dalla ricorrente in merito alla formazione formale, ritenendo congruo il maggiore costo da essa indicato, complessivamente quantificato, come innanzi indicato, in euro 91.725,10.

Parte appellante, nel censurare in parte qua la sentenza, assume che nella formazione di cui al d.lgs. 81/2008 è da intendersi compresa la formazione sulla normativa in materia di Accessibilità (L n°4/2004 e smi, W3C WAI), Usabilità (Linee guida per il design dei servizi digitali della Pubblica Amministrazione di AgID) e CAD indicate nell’offerta tecnica, profilo questo non preso in considerazione dal giudice di prime cure.

Consip al riguardo deduce che la commissione, basandosi sulle giustificazioni fornite, aveva individuato i seguenti giorni per la formazione formale:

- gg 4 previsti da contratto nella voce “altra formazione”

- gg 1 previsto da contratto nella voce “formazione”
- gg 1 previsto da contratto nella voce “Formazione ex art. 7 CCNL”.

Il collegio evidenzia al riguardo che, a prescindere dal rilievo se possa intendersi ricompresa nella formazione ex d.gs. 81/2008 la formazione relativa alle distinte normative in materia di accessibilità, Usabilità e CAD, sarebbe stato onere della ricorrente in primo grado provvedere ad una distinta quantificazione del maggiore costo per tale ulteriore giornata lavorativa, laddove la stessa ha proceduto alla riquantificazione complessiva del maggiore costo delle cinque giornate lavorative a suo avviso non comprese nel costo già quantificato della formazione formale (quattro per il training on the job ed una per l’ulteriore giornata non riconducibile alla formazione in materia di sicurezza dei luoghi di lavoro).

Peraltro, anche dividendo il maggiore costo indicato per cinque, al fine di individuare il maggiore costo per una giornata lavorativa, lo stesso ammonterebbe ad euro 18.345,00 e non sarebbe pertanto in grado di erodere ex se l’utile della commessa.

14.4. Da accogliersi è inoltre la censura, del pari formulata nel secondo motivo di appello, avverso il capo della pronuncia in cui il Tar ha affermato che l’asserita (ma inesistente) mancata valorizzazione dei costi della formazione avrebbe inciso negativamente sulla corretta valutazione del punteggio attribuito dalla Consip dell’offerta tecnica in relazione sub criterio c) “*modalità operative per ridurre l’impatto della formazione sull’erogazione dei servizi*”, non avendo evidentemente il giudice di *prime cure* considerato le modalità di erogazione della formazione trasversale indicate nell’offerta tecnica, in grado di ridurre l’impatto della formazione sull’erogazione dei servizi, senza generare ulteriori costi da imputare in modo distinto alla commessa de qua e senza del pari considerare come il training on the job, per come organizzato e svolto dal RTI aggiudicatario, non avrebbe avuto alcuna incidenza ulteriore sui costi della commessa.

15. Parimenti da accogliere è il terzo motivo di appello, con cui si è censurato il capo della sentenza che, pur respingendo il motivo di ricorso fondato sulla mancata considerazione dei costi relativi alla formazione informale – sulla base del rilievo che “*in effetti per il lavoro straordinario la cui prestazione risulta essere inferiore a trenta minuti non è previsto alcuna remunerazione e pertanto alcun costo doveva essere sostenuto*” dal RTI Almaviva – ha tuttavia aggiunto che in sede di chiarimenti Almaviva non avrebbe indicato le ragioni poste dal datore di lavoro a fondamento del lavoro straordinario, rinvenendo un ulteriore profilo di vizio del giudizio di anomalia nella mancata richiesta di spiegazioni sul punto da parte della Commissione.

Ciò in considerazione dell’assorbente rilievo che, come *claris verbis* evincibile dalla lettura del ricorso di prime cure (pag. 13/15), alcuna censura in tal senso era stata mossa da NTT in *prime cure*, per cui l’affermazione della sentenza si traduce al riguardo, come censurato da parte appellante, in un’inammissibile statuizione *ultra petita*.

16. Parimenti da accogliere è il quarto motivo di appello, con cui si censura il capo della sentenza che aveva ritenuto non sufficientemente giustificato il costo del lavoro con riferimento

alla voce ferie e permessi.

16.1. Ed invero la sentenza appellata *in parte qua* si è limitata al mero recepimento della censura formulata dalla parte ricorrente affermando “*Come evidenziato dal ricorrente, la verifica dei giustificativi relativa a tale voce è stata condotta senza esaminare il contratto collettivo integrativo aziendale che giustificerebbe l’indicazione delle 56 ore annue come permessi retribuiti in luogo delle 104 ore annue assicurate dal CCNL applicabile. Al di là della possibilità che il contratto integrativo possa derogare in parte qua al contratto CCNL, il RUP e la Commissione, incaricati di verificare tale voce di costo in relazione ad Al maviva, sono pervenuti ad un giudizio di ammissibilità del costo senza aver di fatto riscontrato documentalmente e in concreto l’assenza della presunta anomalia da loro stessi evidenziata con la richiesta di chiarimenti. Un ragionamento analogo può svolgersi con riferimento alla posizione di Dedagroup poiché i dati riferiti nei giustificativi risultano essere privi di dimostrazione o quanto meno di idoneo supporto documentale*”.

16.2. Al riguardo alcun riscontro pertanto è stato condotto dal giudice di *prime cure* in merito a quanto dedotto dalla Consip, la quale con la memoria difensiva depositata in data 10 aprile 2021 aveva rappresentato quanto segue: “*la Commissione ha approfondito questo aspetto anche attraverso ulteriore richiesta di giustificazioni, pur constatando il rispetto dei livelli salariali minimi: (vedi verbale n. 38).*

Invece, la ricorrente stabilisce, di nuovo, un proprio personale percorso ed afferma che, secondo un CCNL da essa stessa reputato “applicabile”, il numero corretto sarebbe pari a 104 ore annue per la voce permessi. Ciò farebbe lievitare il costo di Al maviva di euro 58.659,18 e il costo di Dedagroup di euro 4.149,57. Premesso che la somma delle due (errate) voci di costo aggiuntivo, pari a euro 62.808,75, non scalfisce l’utile del RTI, il lamentato difetto di istruttoria non sussiste.

Alla voce “permessi retribuiti e malattie, infortuni e maternità”, il RTI Al maviva ha dichiarato quanto segue.

Voce “permessi annui retribuiti”:

Il contratto integrativo aziendale di Al maviva prevede 24 ore di permessi ROL che, uniti alle 32 ore di permessi annui retribuiti previsti dalla CCNL metalmeccanici, danno luogo a un totale di 56 ore annue.

Voce “assemblee, permessi sindacali, diritto allo studio”

Le statistiche relative a questa voce hanno evidenziato che per il 2020 la media è stata di 0,8 ore pro capite.

Per quanto concerne Dedagroup alla voce permessi retribuiti e malattie, infortuni e maternità ha dichiarato quanto segue: Voce “permessi annui retribuiti”. Le statistiche aziendali relative a questa voce hanno evidenziato che mediamente il personale fruisce annualmente di 54 ore/ permesso. I permessi non fruiti non vengono retribuiti ma confluiscono in un monte ore che

viene reso disponibile al dipendente al momento della fine rapporto. Il relativo costo - nel definire i costi della presente commessa - è stato convenzionalmente considerato come ricompreso nei costi generali dell'azienda.

Si sottolinea che se si riportasse il valore di tale voce a 104 ore annue, come da tabelle ministeriali, il costo del lavoro per la presente commessa aumenterebbe di circa 3.000,00€ complessivi con un'incidenza percentuale dello 0,06%.

Ora, con riferimento ai "permessi annui retribuiti", nel caso di RTI Al maviva la Commissione ha preso atto delle previsioni contenute nel contratto integrativo aziendale; tuttavia, ha pure ricalcolato i Par a 104 h in luogo dei 56 dichiarati. Lo stesso metodo ha operato con riguardo a Dedagroup.

Come si evince dalla tabella, pur considerando il nuovo costo, la commessa sarebbe rimasta in utile.

(Ricavi 5.237.573,00 €; Costo del lavoro 4.975.925,46 €; Oneri per la sicurezza 16.500,00 €; Altri costi 129.481,03 €; Margine Operativo Lordo 115.666,51 €; Costi generali e di struttura 78.563,60 €; Margine operativo 37.102,92 €).

Nell'operazione di ricalcolo sopradetta, la Commissione ha, tra l'altro, notato che il RTI Al maviva aveva imputato per 2 volte il coefficiente di incremento salariale pari allo 0,50%, che era stato dichiarato nei primi giustificativi al parag. 5.2.

Nel conteggio sopra detto, ha, pertanto, proceduto applicando un'unica volta il suddetto coefficiente. Come si vede, la commessa rimane in utile".

16.2.1. Peraltro, a prescindere dalla circostanza che dette operazioni non sono state specificate nel verbale finale di valutazione dell'anomalia del 19 gennaio 2021 che si è limitato a ritenere – dopo la lunga istruttoria condotta e le duplici giustificazioni prodotte - la congruità dell'offerta del RTI Al maviva, rinviando per *relationem* alle giustificazioni fornite in sede procedimentale e all'istruttoria al riguardo esperita (motivazione del tutto legittima alla luce della giurisprudenza innanzi indicata), la sentenza non ha tenuto in alcun conto quanto affermato in sede processuale da Consip in ordine all'istruttoria espletata ed alla circostanza che, anche calcolando le 104 ore di permesso retribuite per Al maviva e Dedragroup, in luogo dei 56 previsti del contratto integrativo aziendale, la commessa rimarrebbe comunque in utile, con un margine operativo di euro 37.102,92.

Pertanto la censura formulata da NTT al riguardo, tenuto conto della circostanza, che, come di seguito esposto, le altre censure formulate in primo grado dovevano considerarsi infondate, non era in grado *ex se* di erodere il margine di utile dell'affidamento e di rendere pertanto l'offerta presentata dal RTI Al maviva globalmente inaffidabile, anche volendo considerare il costo per l'ulteriore giornata della formazione da non ricondursi a quella in materia di sicurezza sui luoghi di lavoro.

Ed infatti secondo la giurisprudenza condivisa dalla Sezione in sede di verifica dell'anomalia

dell'offerta, salvo il caso in cui il margine positivo risulti pari a zero, non è dato stabilire una soglia di utile al di sotto della quale l'offerta va considerata anomala - potendo anche un utile modesto comportare un vantaggio significativo (Cons. Stato Sez. V, 22/03/2021, n. 2437; Cons. Stato Sez. III, Sent., 13-07-2021, n. 5283).

Il giudice *di prime cure* avrebbe pertanto dovuto considerare quanto dedotto da Consip nel corso del giudizio, in quanto in sede di sindacato del procedimento di verifica dell'anomalia deve valutarsi l'assoluta irragionevolezza del giudizio al riguardo espresso dalla stazione appaltante, verificando la sostenibilità globale dell'offerta, non potendo il relativo sindacato arrestarsi alla motivazione del provvedimento finale di conclusione del predetto giudizio - normalmente facente mero rinvio alle giustificazioni prodotte e all'istruttoria svolta - per cui non appare pertinente il mero richiamo operato da NTT al divieto di motivazione postuma.

Alcuna valenza assume poi la distinta quantificazione del maggior costo del lavoro per permessi retribuiti operata nelle memorie difensive da NTT, la quale, senza debitamente contestare la stima operata al riguardo da Consip, ha fatto riferimento ad una distinta valutazione, peraltro debitamente contestata da Almagiva.

17. Parimenti fondato è il quinto motivo di appello formulato avverso il capo della sentenza che ha ritenuto priva di giustificazione la voce dell'offerta relativa a "ulteriori costi", ovvero per aver ritenuto l'offerta del RTI Almagiva priva dell'indicazione dei costi in relazione ad una serie ulteriore di voci componenti l'offerta, quali: (a) manutenzione in garanzia per 12 mesi "del software sviluppato/modificato nell'ultimo anno di erogazione, come meglio specificato negli atti di gara"; b) Portale della fornitura offerto "senza oneri aggiuntivi"; c) Osservatorio Normativo e Tecnologico proposto per il Servizio di Manutenzione; d) Sistema di Knowledge Management; e) Aggiornamento Knowledge Base; f) Microsoft Team Foundation Server (TFS) e AlmaToolBox della Test Factory Almagiva; e) Strumenti di Collaboration (Microsoft Teams); f) Risorse Academy del Centro di formazione e le risorse dei Centri di Competenza; g) attrezzature informatiche, risorse hardware e software e adeguamenti degli ambienti sviluppo; h) costi di trasferta.

Ed invero deve in primo luogo evidenziarsi che il RTI Almagiva nei giustificativi del 18 dicembre 2020 ha stimato quali ulteriori costi diretti (ambienti di lavoro interni, materiale di consumo, spese per la pubblicazione) un costo omnicomprensivo pari a Euro 10.000,00 e ha quotato alla voce "costi generali di struttura" (ove vengono calcolati tutti i costi a livello aziendale convenzionalmente attribuibili al progetto e stimati pari al 1,5 % dei ricavi) un costo pari ad Euro 78.563,60.

Almagiva evidenzia al riguardo, quanto al costo per "manutenzione in garanzia", da riferirsi agli interventi da effettuare per rimuovere eventuali errori presenti nel software sviluppato dal RTI nel corso del contratto, di essere in grado, come rilevato in prime cure, di rispondere pienamente alle aspettative della stazione appaltante in merito alla qualità del software, come richieste dal Cap. 7 "Garanzia" del Capitolato Tecnico" secondo cui : *"Ogni prodotto sw realizzato/modificato deve essere pienamente rispondente ai requisiti funzionali espressi, alle normative vigenti (es. accessibilità), ai requisiti non funzionali (es. sicurezza, usabilità, livelli prestazionali, manutenibilità) nonché agli standard e linee guida Sogei e agli eventuali*

standard dell'Amministrazione che, se presenti, saranno consegnati al Fornitore all'avvio delle attività".

La difettosità residua del software rilasciato – nei rarissimi casi in cui dovesse verificarsi – rappresenterebbe quindi un fenomeno estremamente circoscritto, i cui costi molto ridotti sono da ricompandersi nei residui costi generali di struttura (pari, giova ricordarlo, ad euro 78.563,60).

17.1. Quanto dedotto da Al maviva al riguardo deve ritenersi comprovato avuto riguardo a quanto esposto nell'offerta tecnica circa la qualità del software, premiato dalla stazione appaltante in sede di valutazione della medesima offerta tecnica. Ed invero la mandataria Al maviva da anni applica al proprio interno le linee guida stabilite dal maggiore standard internazionale in materia di sviluppo e test del SW, la ISO 25000, per cui ha conseguito alcuni statement rilasciati da un organismo di certificazione accreditato ai sensi della norma UNI CEI EN ISO/IEC 17021-1 (cfr pag. 16 e ss. dell'offerta tecnica).

17.2. Parimenti verosimile è quanto prospettato dall'appellante in ordine alla circostanza che gli strumenti di fornitura" proposti (Portale della fornitura sistema di Knowledge Mng; Microsoft Team Foundation Server (TFS) e AlmaToolBox; Strumenti di Collaboration quale Microsoft Teams), rappresentino un asset della mandataria Al maviva, il cui costo è da considerarsi già ammortizzato. Il

costo di personalizzazione sulla fornitura a carico della commessa dovrebbe pertanto intendersi meramente marginale e sussumibile negli "ulteriori costi diretti" dichiarati nei giustificativi.

17.3. Il costo delle "attrezzature informatiche delle risorse", deve per contro intendersi ricompreso nei costi generali di struttura, come normalmente avviene nei conti economici di commessa, secondo quanto dedotto dall'appellante.

Trattasi invero, come evidenziato anche da Consip nelle proprie memorie, di dotazioni trasversali proprie di ciascuna azienda e da intendersi pertanto ricomprese nei costi generali di struttura e non invece di voci non quotate.

17.4. Parimenti viziata deve ritenersi la sentenza nella parte in cui ha ritenuto non giustificati i costi relativi alle risorse aggiuntive (Osservatorio Normativo e Tecnologico; Risorse del Centro di formazione; i Centri di Competenza) in quanto Al maviva al § 3.2 dell'offerta tecnica ha elencato nel dettaglio tutti i ruoli aggiuntivi previsti senza oneri per l'amministrazione, quantificandone in giorni/persona l'impegno previsto; i relativi costi risultano poi quantificati nei primi giustificativi (pag. 4) riferiti ai ruoli aggiuntivi, oppure sono riferiti a risorse impegnate direttamente nei servizi, come nel caso, ad esempio, dei Centri di Competenza.

17.5. Parimenti censurabile è la sentenza nella parte in cui ha ritenuto non giustificate le spese relative alla voce "trasferte", senza debitamente considerare che, come evidenziato sia dall'appellante che da Consip, il Capitolato prevede specifiche attività on site solo per il lotto 2 e solo per le attività di presidio (parag. 4.4.). Con riferimento alle attività riferibili ad entrambi i

lotti, il parag. 6.9.2. “Reperibilità e interventi on site” prevede tali interventi solo in caso di criticità e su richiesta della Committente (Sogei) che peraltro ha sede in Roma, al pari delle aziende componenti il RTI, per cui gli eventuali costi per gli spostamenti (da non intendersi come trasferte in senso tecnico) sono da ricondursi ai “costi generali di struttura” (ove vengono calcolati tutti i costi a livello aziendale convenzionalmente attribuibili al progetto) stimati in via prudenziale dal RTI Almamiva in euro 78.563,60, come innanzi evidenziato.

Peraltro l'appellante ha replicato anche a quanto dedotto da NTT in relazione al mancato computo dei costi relativi alla “componente assai significativa” di personale da impiegare nella commessa e facente capo all'azienda Almamiva Digitaltec (“ADT”), la quale ha sede a Napoli, evidenziando che al § 6.8 “Luogo di erogazione dei servizi” del capitolato è previsto che “i servizi dovranno essere erogati, presso le sedi dei Fornitori” e che le attività presso le sedi Sogei e/o dell'amministrazione saranno limitate a specifiche attività - quali quelle elencate al medesimo paragrafo - che sono per loro natura estremamente saltuarie e di breve durata, rimarcando in ogni caso come “il luogo di erogazione del servizio” è ubicato a Roma, ossia nella stessa città in cui hanno sede tutte le aziende facenti parte del RTI, con la conseguenza che le eventuali trasferte delle risorse saranno in numero estremamente limitato ed esclusivamente all'interno dello stesso comune, con un costo da ritenere agevolmente assorbito all'interno della voce costi generali. Il personale di ADT pertanto opererà regolarmente dalla propria sede di Napoli, secondo una scelta del tutto compatibile con le prescrizioni di gara ed a conoscenza della sede appaltante; ciò senza mancare di trascurare che le risorse che occupano ruoli di governance fanno tutte capo alle aziende del RTI Almamiva (con sede a Roma), mentre le attività che ADT è stata chiamata a svolgere nell'ambito dell'appalto sono di livello più operativo e non richiedono, in quanto tali, la necessità che il personale preposto si rechi a Roma.

17.6. Né può condividersi la prospettazione contenuta nella memoria difensiva di NTT secondo cui quanto dedotto (solo) in sede processuale non avrebbe alcuna valenza, dovendo assegnarsi rilievo alle sole giustificazioni prodotte nell'ambito del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta.

Ed invero, come innanzi evidenziato, secondo la giurisprudenza, se in sede giurisdizionale il ricorrente deduce l'inattendibilità dell'offerta per aspetti non specificatamente presi in considerazione dalla stazione appaltante, legittimamente l'aggiudicataria può difendersi in giudizio provvedendo a giustificare tali voci in sede processuale (Cons. Stato, Sez. III, 14.11.2018, n. 6430; Consiglio di Stato, sez. III, 15.02.2021 n. 1361).

Infatti, come innanzi evidenziato, la stazione appaltante non è tenuta a chiedere chiarimenti su tutti gli elementi dell'offerta e su tutti i costi, anche marginali, ma può legittimamente limitarsi alla richiesta di giustificativi con riferimento alle voci di costo più rilevanti, in grado di incidere sulla complessiva attendibilità dell'offerta sì da renderla non remunerativa e inidonea ad assicurare il corretto svolgimento del servizio (Cons. Stato, Sez. III, 14.11.2018, n. 6430) per cui è ben possibile, che, nella dialettica processuale, l'aggiudicataria possa dovere giustificare ulteriori costi (marginali) in ordine ai quali la stazione appaltante non aveva richiesto espliciti chiarimenti, considerando l'offerta nel complesso attendibile.

18. In considerazione di tali rilievi pertanto l'appello principale va accolto.

19. Stante l'accoglimento dell'appello principale, deve pertanto passarsi alla disamina dell'appello incidentale proposto da NTT.

20. Senza dubbio inammissibile è la parte del primo motivo di appello incidentale con cui si deduce che le giornate che non troverebbero copertura nel costo del lavoro per le figure di System Analyst, di Developer e di Technical Specialist, salirebbero da quattro a cinque (quattro per il training on the job e una per la formazione in materia di salute e sicurezza sul posto di lavoro) non essendo la giornata per la formazione in materia di salute e sicurezza sul posto di lavoro ricompresa nel costo del lavoro, in considerazione del rilievo che, secondo quanto indicato nel precedente paragrafo 14.3. la sentenza gravata aveva accolto la censura formulata sul punto dal RTI Almaviva con il capo peraltro gravato dall'appellante principale ed oggetto di disamina nell'indicato paragrafo.

20.1. Da rigettare è il primo motivo dell'appello incidentale nella parte in cui NTT deduce che il giudice di *prime cure* non avrebbe riscontrato quanto dedotto con il ricorso in relazione alla "contestazione relativa alla mancata indicazione", nell'offerta presentata dal RTI Almaviva, "della modalità di formazione c.d. training on the job", arbitrariamente introdotta dall'aggiudicataria solo in fase di verifica di anomalia, con i primi giustificativi, in violazione del principio di unicità e immodificabilità dell'offerta.

Ed invero al cap. 9 dell'offerta tecnica, dedicato alle modalità con cui operano all'interno della fornitura gli esperti presenti nei Centri di Competenza del RTI, è stata descritta l'interazione "diffusiva" (di fatto la formazione erogata dagli esperti dei CdC) che prevede appunto, tra le modalità di erogazione, proprio il training on the job (pp. 36 e 37).

Inoltre a pag. 43 dell'offerta il RTI Almaviva ha dato analiticamente atto dei temi che saranno oggetto di formazione e per alcuni di essi (quali Sviluppo di APP per dispositivi mobili; Prodotti per l'esecuzione dei test; tecnologie innovative come Blockchain, IoT, Intelligenza Artificiale, realtà aumentata, machine learning; etc.) la modalità di formazione in training on the job considerata al cap. 9 deve considerarsi come la più efficace.

Alla stregua di tali rilievi il motivo va disatteso dal momento che non è rinvenibile una presunta modifica postuma dell'offerta da parte del RTI Almaviva, in quanto la modalità di formazione del training on the job risulta chiaramente dall'offerta tecnica e l'aggiudicataria, in sede di giustificativi, non ha sostituito alcuna componente essenziale dell'offerta e non ha proposto un servizio differente rispetto oggetto della valutazione della Consip.

Ciò senza mancare di rilevare che per contro, come evidenziato in termini generali, in sede di procedimento di verifica dell'anomalia è pacificamente ammessa la progressiva ripermutazione, nella dialettica della fase giustificativa, dei parametri di costo, con compensazione delle precedenti sottostime e sovrastime, sia per porre rimedio a originari errori di calcolo, sia, più in generale, in tutti i casi in cui l'entità dell'offerta economica rimanga immutata, (C.d.S., V, sent. n. 1874/2020; C.d.S., V, n. 4400/2019; C.d.S., V, 4680/2017).

21. Del pari da rigettare è il secondo motivo di appello incidentale con cui NTT lamenta l'illegittimità della sentenza nella parte in cui il Tar avrebbe riconosciuto la congruità dell'offerta del RTI Almviva con riferimento ai costi di "formazione informale".

L'aggiudicataria ha chiarito infatti al riguardo, nel corso del giudizio di *prime cure*, come NTT avesse calcolato arbitrariamente i costi presuntivamente applicabili a questa voce, ignorando completamente i chiarimenti forniti con i primi giustificativi sottoposti all'attenzione di Consip, dai quali era emerso come la formazione informale fosse composta da brevi corsi di autoistruzione, le cosiddette "pillole formative", di durata inferiore alla mezz'ora e la cui fruizione sarebbe avvenuta, quindi, all'interno dei cosiddetti "tempi interstiziali" che non influiscono sui costi della commessa.

Nel condividere l'argomentazione svolta da Almviva, il Tar ha pertanto correttamente rigettato la censura, rilevandone l'infondatezza "*poiché in effetti per il lavoro straordinario la cui prestazione risulta essere inferiore a trenta minuti non è prevista alcuna remunerazione e pertanto alcun costo doveva essere sostenuto dalla concorrente*" (salvo poi affermare *ultra petita*, come evidenziato nella disamina dell'appello principale, che Consip non aveva indagato sulla sussistenza dei presupposti per il ricorso al lavoro straordinario).

21.1. Con l'appello incidentale viene contestata in parte qua la sentenza, riproponendo anche in questa sede il calcolo dei presunti costi da imputare alla "formazione formale", quantificati in complessivi euro 76.167,27, cui andrebbero poi aggiunti quelli del Learning Management System previsto per le attività di formazione, pari ad euro 17.550,99.

Ed invero, quanto a questi ultimi costi, è sufficiente evidenziare che *in prime cure* il RTI Almviva aveva replicato esaurientemente alla contestazione, giustificando i predetti costi attraverso la loro riconduzione nei costi generali di commessa, data la loro valenza del tutto marginale.

Almviva ha infatti al riguardo allegato che la soluzione proposta per tale sistema sarebbe stata Moodle, una piattaforma open source molto diffusa, che, come altri strumenti proposti per la fornitura, è da tempo un asset della medesima società, per cui non sarebbe ravvisabile alcun costo per l'attivazione delle utenze, mentre il costo per l'utilizzo e la manutenzione era stato stimato in un importo inferiore ai 2.000€ l'anno per 1.000 utenti (quelli della fornitura sono meno di 40).

Analogamente, sono risultati assolutamente irrilevanti anche i costi di predisposizione dei materiali didattici, in grandissima parte già nella disponibilità della mandataria (con un costo già quasi interamente ammortizzato).

Quanto, poi, ai costi per la "formazione informale", Almviva aveva precisato, nella propria relazione tecnica, che: "l'aggiornamento continuo riguarda il 100% del personale del RTI impiegato nella fornitura. Il RTI garantisce per ogni risorsa una "formazione formale" ossia pianificabile (minimo 5 giorni/anno), tra corsi erogati dalle strutture delle aziende del RTI e quelli affidati ad aziende specializzate o a fornitori di software, secondo il dettaglio riportato nella tabella. Alla formazione formale si aggiunge la "formazione informale" di corsi in

autoistruzione erogati dalla piattaforma utilizzata dalla mandataria (Moodle) e fruibili anche attraverso dispositivi mobili. Consente l'apprendimento "just in time", per un ammontare minimo per ciascuna risorsa di 24 ore annue, fruibili in orario extra lavorativo, come lavoro straordinario. Il RTI, grazie alla vasta rete di partnership tecnologiche e con Università ed Istituti di ricerca, è in grado di mettere a disposizione delle proprie risorse una vasta didattica, continuamente aggiornata, di corsi on line su una pluralità di tematiche afferenti alla fornitura (MOOC - Massive Open Online Course)".

L'aggiudicataria aveva inoltre chiarito, sul punto, nei primi giustificativi che *"Per quello che riguarda la cosiddetta formazione "informale" questa avverrà attraverso la fruizione di corsi in autoistruzione erogati dalla piattaforma utilizzata dalla mandataria (Moodle) e fruibili anche attraverso dispositivi mobili, per una durata complessiva di circa 24 ore l'anno.*

La durata di queste pillole formative è per definizione molto ridotta (max 20 minuti) e avverrà quindi all'interno dei cosiddetti "tempi interstiziali" che non vengono remunerati perché di durata inferiore alla mezz'ora".

Come correttamente riconosciuto dal Tar pertanto per dette "pillole", di durata inferiore ai 30 minuti, *"non è prevista alcuna remunerazione e pertanto alcun costo doveva essere sostenuto dalla concorrente"*, trattandosi di strumenti che consentono l'apprendimento "just in time" per un ammontare minimo di ore (24 ore annue per ciascuna risorsa), fruibili come lavoro straordinario e dunque non remunerabili perché di durata assai contenuta. Del tutto arbitraria pertanto è l'imputazione di ulteriori costi per lavoro ordinario effettuata dal RTI NTT.

22. Parimenti da rigettare è il terzo motivo dell'appello incidentale, con cui viene contestata la sentenza di primo grado nella parte in cui il giudice di *prime cure* ha respinto la censura sulla c.d. decontribuzione Sud, evidenziando correttamente che *"il giudizio sull'anomalia dell'offerta non è impermeabile alla valorizzazione di economie sopravvenienti, in grado di refluire sull'affidamento del contratto"* e accertando, quindi, che *"il RTI Al maviva non ha modificato il costo relativo alla manodopera con riferimento ai vantaggi economici derivanti dalla c.d. decontribuzione Sud, ma ha formulato l'offerta sulla base di questa leva economica"*.

La pronuncia in parte qua è immune delle contestate censure.

Ed invero nella giustificazione della commessa il RTI Al maviva ha legittimamente considerato gli sgravi fiscali previsti dal legislatore per il Sud Italia, di cui avrebbe usufruito Al maviva Digitaltec (ADT).

Si tratta, come noto, di una misura di decontribuzione introdotta dal d.l. n. 104/2020, regolarmente autorizzata, in quanto aiuto di Stato, dalla Commissione UE, ai sensi dell'art. 107 TFUE, che può riguardare il 100% dei dipendenti.

NTT ha lamentato al riguardo che Consip, in applicazione dell'art. 97 del Codice, non avrebbe potuto ritenere giustificabile il costo del lavoro attraverso l'applicazione della disciplina di favore recata dal citato decreto legge, in ragione del fatto che la norma sullo sgravio fiscale sarebbe stata approvata in

un momento successivo a quello di scadenza del termine di presentazione dell'offerta (1° luglio 2020), riproponendo le censure disattese *in prime cure* anche in questa sede.

Né, a dire dell'appellante incidentale, detta misura era stata prevista in via definitiva al momento dello svolgimento del giudizio di anomalia, ciò in quanto la l. 178/2020, pubblicata in G.U. in data 30 dicembre 2020 era intervenuta a modificare la misura di tale beneficio, con la conseguenza che lo stesso era stato autorizzato definitivamente nella sua struttura attuale solo con la Decisione della Commissione C(2021) 1220 del 18 febbraio 2021 e, quindi, in un momento successivo alla chiusura del procedimento di verifica dell'anomalia.

Soltanto con siffatta decisione, infatti, la Commissione europea avrebbe autorizzato lo Stato italiano a concedere, fino al 31 dicembre 2021, l'agevolazione contributiva per l'occupazione in aree svantaggiate prevista dal citato d.l. 104/2020 (prorogata dall'art. 1, co da 161 a 168, della legge n. 178/2020).

22.1. La censura è infondata.

Ed invero secondo la condivisibile giurisprudenza le giustificazioni addotte dal concorrente per la comprova della congruità e serietà della propria offerta ben possono fare riferimento a situazioni esistenti al momento in cui si svolge la verifica di anomalia, per cui può certamente tenersi conto di sopravvenienze sia fattuali che normative che dimostrino la concreta affidabilità dell'offerta.

Infatti deve ritenersi consentita la modifica delle giustificazioni delle singole voci di costo, rispetto alle giustificazioni già fornite, come pure l'aggiustamento delle singole voci di costo" anche in relazione a "sopravvenienze di fatto o normative", (C.d.S., V, n. 4400/2019), potendosi sempre valorizzare "economie sopravvenienti, in grado di refluire sull'affidamento del contratto" (C.d.S., V, 1874/2020; V, 3502/2019; in senso analogo V, 4272/2020 secondo cui è "*ammissibile non solo la modifica delle giustificazioni delle singole voci di costo, rispetto alle giustificazioni già fornite, come pure l'aggiustamento delle singole voci di costo, sia in correlazione a sopravvenienze di fatto o normative, sia per porre rimedio a originari e comprovati errori di calcolo, sempre che resti ferma l'entità originaria dell'offerta economica, nel rispetto del principio dell'immodificabilità, che presiede la logica della par condicio tra i competitori (Cons. Stato, sez. V, 26 giugno 2019, n. 4400); ma anche la rimodulazione degli elementi economici dell'offerta in sede di giustificazioni sull'anomalia, con il solo limite di non alterarne il quantum iniziale o l'equilibrio economico e purché si accerti in concreto, sulla base di un apprezzamento globale e sintetico, che la proposta economica risulti nel suo complesso affidabile e attendibile in relazione alla corretta esecuzione dell'appalto (Cons. Stato, sez. V, 12 febbraio 2020, n. 1071)*".

Ancora di recente questa Sezione ha al riguardo evidenziato, nel solco dell'indicato indirizzo giurisprudenziale: "*Premesso che lo scopo essenziale cui si conforma il giudizio sull'anomalia dell'offerta va individuato nella verifica della complessiva affidabilità dell'offerta sotto il profilo economico, in vista della esecuzione delle prestazioni contrattuali da parte dell'aggiudicatario, appare del tutto logico che detta verifica si svolga avendo come parametri di valutazione il livello dei costi al tempo in cui è effettuata la verifica. In altri termini, se la finalità (indiscussa)*

del procedimento in questione è la verifica della attuale attendibilità economica dell'offerta è del tutto coerente con tale finalità la scelta di fare riferimento a parametri economici attualizzati' (Cons. Stato Sez. V, Sent., 20 gennaio 2021, n. 593).

Come riscontrabile ex actis la verifica di anomalia è stata avviata nel mese di dicembre 2020 e si è conclusa il 19.1.2021

Deve pertanto evidenziarsi come alla data di chiusura del procedimento di verifica dell'anomalia la norma decontributiva era valida ed efficace, atteso che il citato d.l. n. 104 è entrato in vigore il 14.8.2020 e il relativo regime di aiuti è stato approvato con Decisione della Commissione UE C (2020) 6959 del 6 ottobre 2020.

La stessa misura, di nuovo giudicata positivamente e prorogata con Decisione della Commissione UE (2020) 9121 del 10.12.2020, è stata ulteriormente estesa fino al 2029 dalla legge di bilancio n. 178 del 2020 (art. 1, comma 161), pubblicata in GU il 30.12.2020 ed entrata in vigore il 1° gennaio 2021.

Al momento in cui il giudizio sull'anomalia dell'offerta è stato espresso, quindi, vi era la ragionevole e oggettiva certezza – normativamente fondata – in ordine al concreto conseguimento del beneficio contributivo.

Peraltro, la c.d. “decontribuzione Sud”, come evidenziato dal RTI Almagora, era già solidamente radicata, come si evince dal DEF 2020 e dalla relativa Relazione al Parlamento del mese di aprile dello stesso anno (All. I fasc. 1° Almagora) ed aveva formato oggetto di discussione parlamentare a partire da aprile 2020, inserendosi nell'ambito di un consolidato percorso di agevolazioni contributive destinate al Mezzogiorno, già operative per gli anni 2018 e 2019 ed era stata adottata in conformità alla Comunicazione della Commissione UE recante “Quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza Covid-19”, approvata il 19.3.2020, C 2020 - 1863 e ss.mm. .

Quanto alla successiva proroga per un lungo arco temporale, vi è da evidenziare come la stessa era già ampiamente attesa e pacifica alla data di approvazione del d.l. n. 104 e della prima autorizzazione da parte della Commissione, come allegato in prime cure dal RTI Almagora (All. E fasc. 1° Almagora).

Inoltre, la conferma a regime del sistema decontributivo per il Sud era individuata come pilastro nell'impiego delle risorse dei fondi per i piani nazionali di ripresa e resilienza, come emerge dalle linee guida della Commissione UE del 17.9.2020 (Commission staff working document guidance to

member States Recovery and Resilience Plan, Com 205, 2020) (All. H fasc. 1° Almagora).

Alcuna rilevanza può assegnarsi, in senso contrario, a quanto dedotto da NTT in ordine alla decisione della Commissione (C (2021) 1220 final del 18 febbraio 2021, sia perché la disciplina decontributiva era già stata approvata ed era entrata in vigore al momento di espressione del giudizio di congruità, sia perché la compatibilità dello sgravio fiscale con il

mercato era già stata verificata e accertata in plurime occasioni dalla stessa Commissione (Decisione C (2020) 6959 final del 6 ottobre 2020 e Decisione 9121 final del 10.12.2020 - rispettivamente All. F e G fasc. 1° Almaviva), alla luce delle condizioni sostanziali stabilite dal “Quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell’economia nell’attuale emergenza Covid-19”.

23. Parimenti da disattendere è la censura, del pari formulata nel terzo motivo di appello, avverso il capo della sentenza di primo grado che ha respinto la censura volta a far valere la presunta violazione della disciplina in materia di subappalto.

La decisione del Tar merita infatti *in parte qua* integrale conferma, per il semplice rilievo che il limite normativo delle attività subappaltabili, come risulta dal DGUE dell’aggiudicataria, è stato dalla stessa pienamente rispettato.

Ed invero, nel corso della gara, il RTI Almaviva si è impegnato a fare ricorso al subappalto per una quota non superiore al 40% del valore della commessa, nel rispetto delle norme vigenti in materia.

Alcuna valenza può assegnarsi in senso contrario a quanto osservato da NTT nel presente motivo di appello, nella parte in cui si afferma che l’aggiudicataria avrebbe posto in essere un escamotage per dissimulare la costruzione di un’offerta poco attendibile, affidando in subappalto ad un’impresa che può contare su costi del lavoro ridotti (grazie alla decontribuzione Sud) un volume di attività superiore al 40% in quanto, come correttamente osservato dal giudice di *prime cure*, “*il limite massimo per il subappalto non va calcolato sulla quantità di risorse necessarie per le attività subappaltate*” ma sul “*valore economico del contratto*”, come dispone in maniera chiarissima l’art. 105 del d. lgs. n. 50/2016”.

Né a risultati diversi può aggiungersi leggendo la censura de qua in correlato disposto con quella relativa alla decontribuzione sud, dovendo ritenersi, come innanzi osservato, del tutto legittimo il riferimento operato, nel corso del giudizio di anomalia, allo sgravio previsto per la decontribuzione sud.

24. Infondata è altresì la censura formulata del pari nel terzo motivo di appello incidentale, con cui NTT censura la sentenza di *prime cure* laddove avrebbe disatteso la contestazione articolata nel ricorso di primo grado relativa alla circostanza che il RTI Almaviva avrebbe impiegato nell’appalto risorse appartenenti ad inquadramenti professionali differenti rispetto a quanto dichiarato in sede di offerta.

Tale censura, formulata in maniera del tutto generica, è stata correttamente respinta dal Tar proprio perché “*è del tutto generica la censura sull’inquadramento al 4° livello del CCNL della figura professionale del Developer, da parte del subappaltatore, in luogo del 5° livello*”.

In questa sede NTT ripropone nuovamente la doglianza, reiterando l’argomentazione secondo cui il costo della figura professionale del Developer della subappaltatrice ADT sarebbe stato “stranamente” mantenuto al 4° livello di inquadramento del CCNL, “*mentre tutte le aziende componenti il RTI Almaviva inquadrano il Developer per l’80% al 4° livello e per il 20% al 5°*”.

livello".

In tal modo l'aggiudicataria, a dire di NTT, avrebbe arbitrariamente omesso di valorizzare i relativi costi e di prendere in considerazione un ulteriore aggravio pari ad euro 26.687,28.

Il motivo è del tutto destituito di fondamento, non essendo stato in alcun modo dedotto quali precetti di legge una simile scelta dell'aggiudicataria avrebbe violato e per quale ragione ADT avrebbe dovuto prevedere un inquadramento identico a quello delle altre aziende del Raggruppamento.

Trattasi invero di una scelta frutto evidentemente di una determinazione aziendale interna, non sindacabile e, ancor prima, del tutto conforme al dettato normativo, sia per quanto concerne il subappalto che la disciplina in materia di livelli minimi retributivi del CCNL di riferimento, come era stato evidenziato innanzi al Tar anche dalla stazione appaltante.

Alcun rilievo può assegnarsi pertanto alla riconduzione delle figure professionali ad un "mix" asseritamente diverso rispetto a quello prospettato. Si tratta di determinazioni aziendali interne, non sindacabili e rispettose del dettato normativo, sia con riferimento alla disciplina del subappalto, sia in coerenza con i livelli retributivi minimi del CCNL di riferimento (la cui violazione peraltro non è stata mai dedotta da parte di NTT).

25. Infine da disattendere è il quarto motivo di appello incidentale con cui NTT censura il capo della sentenza che aveva rigettato il motivo del ricorso fondato sul rilievo della non congruità dei costi indicati da Almaviva per buoni pasto e mensa.

Il Tar ha al riguardo rilevato, con statuizione immune dalle contestate censure, che NTT aveva erroneamente calcolato il valore nominale del buono pasto Almaviva anziché il costo unitario – di importo inferiore – che il buono pasto avrebbe avuto per l'azienda. La ricorrente di primo grado, inoltre, non aveva affatto considerato che Almaviva offre ai propri dipendenti un servizio di mensa nella sede di Roma Casal Boccone e poiché i servizi fornitura saranno erogati dalla sede del fornitore (che per Almaviva è, appunto, Casal Boccone), la stima cautelativa di 4,00 euro per buono pasto fatta dall'aggiudicataria risultava del tutto ragionevole.

La sentenza merita di essere confermata in parte qua.

Ed invero, come evidenziato da Almaviva, il costo sostenuto per i dipendenti che usufruiscono del servizio di mensa aziendale è pari a 3,68 €/pasto (cfr. contratto con la società appaltatrice del servizio

mensa, All. C, fasc. 1° Almaviva).

Nei soli casi in cui al dipendente non sia possibile fruire del servizio mensa, Almaviva distribuisce un ticket restaurant il cui valore nominale è di 8,26€, ma il cui costo unitario di acquisto è pari a 6,50€ (cfr. contratto con la società emittente del servizio ticket, All. D fasc. 1° Almaviva).

Poiché i servizi fornitura, come indicato nel Capitolato, saranno erogati dalla sede del fornitore, l'aggiudicataria ha effettuato una stima ampiamente cautelativa di 10% di ticket e 90% di pasti a mensa, per una media di 3,9 € di costo a pasto, ritenuta del tutto congrua dalla stazione appaltante all'esito di un'istruttoria approfondita.

La stima fatta da Almviva, che tiene debitamente conto di una media tra i costi per servizio mensa e quelli per ticket restaurant, è infatti al riguardo del tutto congrua, senza che possa assumere alcun rilievo il fatto che il costo di acquisto dei buoni pasto sia di 6,50 euro anziché di 4 euro, come ripetutamente evidenziato da NTT.

Né risponde al vero, per le ragioni appena chiarite, che in sede di verifica di anomalia Almviva avrebbe quantificato i costi per buoni pasto in misura inferiore rispetto a quelli effettivamente sostenuti, avendo l'aggiudicataria stimato, in termini ampiamente prudenziali, un 10% di ticket e un 90% di pasti a mensa, per una media di circa 3,9 € di costo a pasto, quantificata in sede di giustificativi forniti alla stazione appaltante nel corso della procedura (cfr pagina 11 dei primi giustificativi).

26. In conclusione l'appello incidentale va rigettato, stante l'infondatezza di tutte le censure, mentre l'appello principale va accolto, avuto riguardo alla fondatezza del secondo, terzo, quarto e quinto motivo di ricorso, secondo quanto innanzi evidenziato. Ed invero, come innanzi rilevato, l'esito della gara può infatti essere travolto solo quando il giudizio negativo sul piano dell'attendibilità riguardi voci che, per la loro rilevanza ed incidenza complessiva, rendano l'intera operazione economicamente non plausibile e insidiata da indici strutturali di carente affidabilità a garantire la regolare esecuzione del contratto volta al perseguimento dell'interesse pubblico, laddove nell'ipotesi di specie, anche a volere considerare gli ulteriori costi per permessi retribuiti, quali quantificati da Consip e i costi per l'ulteriore giornata della formazione formale, la commessa rimarrebbe in utile.

26.1. Per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, va rigettato il ricorso di prime cure.

27. Sussistono peraltro eccezionali e gravi ragioni per la compensazione delle spese di lite del doppio grado di giudizio, avuto riguardo alla complessità delle questioni sottese alle censure formulate, ferma restando la debenza per entrambi i gradi di giudizio del contributo unificato a carico di Ntt Data Italia S.p.A, alla luce del principio della soccombenza.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sugli appelli, come in epigrafe proposti, accoglie l'appello principale e rigetta l'appello incidentale e per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, rigetta il ricorso di primo grado.

Compensa le spese di lite del doppio grado di giudizio, ferma restando la debenza del contributo unificato a carico di Ntt Data Italia S.p.A. per entrambi i gradi di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 27 gennaio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Angela Rotondano, Consigliere

Giovanni Grasso, Consigliere

Anna Bottiglieri, Consigliere

Diana Caminiti, Consigliere, Estensore