

Pubblicato il 24/01/2023

N. 00783/2023REG.PROV.COLL.  
N. 04449/2022 REG.RIC.



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

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 4449 del 2022, proposto da Ntt Data Italia S.p.A., Business Integration Partners S.p.A. - Rti, Consorzio Reply Public Sector - Rti, Artaud S.r.l. - Rti, Hermes Bay S.r.l. - Rti, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentati e difesi 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 n. 67;

*contro*

Consip Spa, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12;

*nei confronti*

Deloitte Risk Advisory S.r.l. Società Benefit, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco Paolo Bello, Piergiuseppe Otranto, Joseph Brigandi', con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Ey Advisory S.p.A., Teleco S.r.l., Intellera Consulting S.r.l., Capgemini Italia S.p.A., Hspi S.p.A., Teleconsys S.p.A., non costituiti in giudizio;

*per la riforma*

della sentenza breve del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda) n. 04840/2022, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Consip Spa e di Deloitte Risk Advisory S.r.l. Società Benefit;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 1 dicembre 2022 il Cons. Massimo Santini e uditi per le parti gli avvocati Botto e Bello;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Si controverte su un appalto quadro indetto da CONSIP per i servizi di sicurezza informatica (in particolare: sicurezza da remoto, *compliance* e controllo) delle pubbliche amministrazioni. Obiettivo: proteggere le stesse pubbliche amministrazioni da “attacchi informatici di particolare gravità” (cfr. pag. 10 capitolato generale di appalto). Il lotto 2 [attività di *compliance* (ossia “conformità alle procedure”) e controllo] era da aggiudicare a due operatori: oltre 70 milioni di contratti esecutivi al primo classificato; oltre 46 milioni di contratti esecutivi al secondo classificato.

2. La terza classificata NTT contestava dinanzi al TAR Lazio il primo posto di Deloitte (la quale era stata anche previamente sottoposta a giudizio di congruità dell’offerta) a causa del cospicuo numero di lavoratori autonomi che quest’ultima avrebbe impiegato nella commessa (44% della complessiva forza lavoro). Cospicuo numero che peraltro, nella prospettiva della stessa NTT, non avrebbe consentito a Deloitte un sufficiente margine di utile. Il TAR Lazio rigettava tuttavia il ricorso affermando che:

a) Il disciplinare di gara non era stato concepito in modo di ammettere soltanto lavoratori subordinati in seno alle società appaltatrici. Le formule adesso previste dal diritto del lavoro nonché il tipo di mansioni e di organizzazione aziendale richiesti dalla legge di gara (“lavoro in team”) consentono di dare ingresso anche a tipologie contrattuali diverse rispetto a quella del lavoro subordinato in senso stretto (es. co.co.co, lavoro etero direzionato, etc.). Il tutto non senza trascurare la libertà imprenditoriale e la discrezionalità organizzativa di cui godono i soggetti appaltatori nella scelta del proprio “modello di organizzazione del lavoro”;

b) La società ricorrente ha inoltre fornito una propria personale ricostruzione dei costi del lavoro senza tenere conto delle peculiari differenze (es. regime contributivo) tra il regime di lavoro autonomo e quello di tipo subordinato;

c) Altre voci di costo sono state infine correttamente computate, a differenza di quanto sostenuto dalla ricorrente NTT, e tra queste anche quelle legate alle “trasferte” del personale.

3. La sentenza di primo grado formava oggetto di appello per *error in iudicando* nella parte in cui non sarebbe stato considerato che:

3.1. Le regole di gara presupporrebbero (unicamente) la sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato tra l'appaltatore e le risorse impiegate nella commessa;

3.2. A ben vedere, le medesime risorse impiegate nella commessa da parte di Deloitte – o per lo meno quel 44% di cui si controverte in questa sede – sarebbero solo formalmente lavoratori autonomi ma, nella sostanza, lavoratori subordinati a tutti gli effetti;

3.3. L'offerta economica sarebbe inconsistente con particolare riguardo al costo medio giornaliero;

3.4. La stazione appaltante non avrebbe compiuto alcuna istruttoria né avrebbe espresso una articolata motivazione con riferimento ai giustificativi presentati da DELOITTE in merito alla sostenibilità dei costi del lavoro;

3.5. Non si sarebbe tenuto conto della insostenibilità dell'offerta economica, sempre sul piano del costo del lavoro, sulla base delle stime elaborate dalla stessa NTT (odierna appellante);

3.6. Vi sarebbe stato un certo scostamento dalle tabelle ministeriali con particolare riguardo al TFR;

3.7. I costi di trasferta stimati da DELOITTE non avrebbero tenuto conto del fatto che le prestazioni del fornitore dovrebbero svolgersi primariamente *in situ*, ossia "in presenza" presso le singole amministrazioni;

3.8. Gli stessi costi di trasferta sarebbero in ogni caso fortemente inattendibili;

3.9. Non si sarebbe tenuto conto dei "buoni pasto" da corrispondere ai lavoratori autonomi;

3.10. La stazione appaltante non avrebbe compiuto una esauriente istruttoria, né avrebbe formulato una adeguata motivazione in merito alla durata dei contratti esecutivi ipotizzata da DELOITTE.

4. Si costituivano in giudizio CONSIP e DELOITTE per chiedere il rigetto del gravame mediante articolate controdeduzioni che, più avanti, formeranno oggetto di specifica trattazione.

5. Alla pubblica udienza del 1° dicembre 2022 le parti rassegnavano le proprie rispettive conclusioni ed il ricorso veniva infine trattenuto in decisione.

06. Tutto ciò premesso l'appello è infondato per le ragioni di seguito indicate.

6. Quanto al primo motivo di appello, si ripropongono nella sostanza le stesse argomentazioni del ricorso di primo grado senza tuttavia dimostrare che la legge di gara imponeva l'uso esclusivo di personale con rapporto di lavoro subordinato. Allo stesso modo non si dimostra in che modo una simile formula organizzativa non consentirebbe il raggiungimento degli obiettivi di commessa. Più in particolare:

6.1. Qui di seguito le principali disposizioni di gara che riguardano le modalità di lavoro del fornitore:

- Articolo 7.1.2 del Capitolato Tecnico Generale ("Risorse impiegate"): "Il Fornitore dovrà garantire un elevato grado di flessibilità nel rendere

- disponibili le risorse, nonché nel garantire l'aggiornamento tecnico delle necessarie competenze”;
- Articolo 7.2.1 del Capitolato Tecnico Generale (“Responsabile Unico delle Attività Contrattuali” RUAC): “Il RUAC dovrà riferire ... su tutte le tematiche contrattuali, quali ad esempio: ... -coordinamento fra i gruppi ed i referenti tecnici per garantirne il massimo grado di sinergia e omogeneità d'azione”;
  - Articolo 7.2.2 del Capitolato Tecnico Generale (“Referenti tecnici per l'erogazione dei servizi”): “I Referenti tecnici ... dovranno: - svolgere il coordinamento delle attività e delle risorse impiegate negli specifici servizi”;
  - Articolo 3 del Capitolato Tecnico Speciale (“Descrizione dei servizi”): “il Fornitore dovrà garantire la totale copertura dei fabbisogni dell'Amministrazione, anche in situazioni di particolare urgenza o complessità, prevedendo la totale flessibilità e puntualità nell'impiego delle risorse professionali per l'esecuzione dei servizi”;
  - Articolo 4.3 del Capitolato Tecnico Speciale (“Trasferimento know how”): “Il Fornitore dovrà mettere a disposizione un apposito gruppo di lavoro dedicato, con un numero adeguato di risorse professionali, strumenti organizzativi e tecnologici”;
  - Articolo 5.6 del Capitolato Tecnico Speciale (“Team di Lavoro”): “Il Fornitore per erogare i servizi contrattuali dovrà disporre delle competenze, esperienze e capacità richieste ai profili professionali indicati di seguito, che devono tutte obbligatoriamente fare parte dei Team di Lavoro (o Team Ottimale) di ciascun servizio. I Team di Lavoro sono sotto la responsabilità e l'organizzazione del Fornitore che ha la responsabilità di strutturare i migliori gruppo di lavoro in funzione dell'operatività e dei deliverable richiesti, garantendo la disponibilità dei profili professionali e delle competenze previste”. “Il Fornitore sarà libero di organizzare le suddette figure nell'ambito del proprio Team Ottimale in autonomia per soddisfare le richieste progettuali dell'Amministrazione ... il Fornitore sarà libero di

organizzare le suddette figure nell'ambito del proprio "team ottimale" per singolo servizio";

6.2. Emerge, dalle disposizioni appena descritte, come il capitolato tecnico operi costante riferimento a "responsabilità" (di risultati e non di mezzi) e "organizzazione" del team di lavoro, attribuendo per tale via ampio risalto al "lavoro di gruppo" che dal canto suo implica, gioco forza, coordinamento e flessibilità (modello organizzativo, questo, compatibile anche con collaboratori esterni e dunque autonomi, come si avrà modo di osservare) e non piuttosto direzione strettamente gerarchica (propria dei soli lavoratori subordinati).

In estrema sintesi, gli elementi principali del modello organizzativo descritto dalla legge di gara si basa su alcuni capisaldi tra cui: a) modalità di lavoro basate su team e dunque "gruppi di lavoro"; b) stile direzionale improntato di conseguenza sul coordinamento, piuttosto che sulla direzione verticistica in senso stretto; c) ampia flessibilità se non proprio libertà di organizzazione, da parte del fornitore, nel costruire i suddetti gruppi di lavoro; d) inserimento di lavoratori ad elevata qualificazione professionale (caratteristica questa propria dei lavoratori autonomi); e) libertà più in generale del fornitore, infine, nella scelta del modello organizzativo più efficace per il raggiungimento degli obiettivi che la legge di gara gli impone di realizzare.

Il modello proposto dalla SA, in altre parole, non ponendo in essere alcun vincolo organizzativo nell'impiego delle risorse (le disposizioni di capitolato operano espresso riferimento a concetti come libertà di organizzazione e flessibilità nell'impiego delle risorse) non è allora necessariamente di tipo "divisionale" (il quale tollera solo lavoratori subordinati in quanto fortemente direzionale e gerarchico) ma ben può rivelarsi altresì "a matrice" in quanto basato non solo su funzioni ma anche su progetti. Tale modello implica in particolare ampia flessibilità di intervento, decisioni collegiali e dunque risulta compatibile con la presenza di lavoratori sia subordinati, sia autonomi/consulenti. Ciò anche in linea con la libertà di organizzazione

imprenditoriale che la legge di gara stessa garantisce al fornitore (cfr. art. 5.6. del CTS cit.) e che trova peraltro un certo riconoscimento nella giurisprudenza di questa stessa sezione (cfr. Cons. Stato, sez. V, 31 maggio 2021, n. 4150) laddove si afferma che vige in materia il *“principio di autonomia dell'imprenditore (che discende dal principio costituzionale della libera iniziativa privata di cui all'art. 41 Cost.), il quale organizza e predispone autonomamente le risorse e i mezzi idonei e necessari ad adempiere alle obbligazioni contrattuali oggetto dell'appalto”*);

6.3. Si veda altresì, sul tema specifico, la giurisprudenza della Corte di cassazione secondo cui: *“in tema di distinzione tra rapporto di lavoro subordinato ed autonomo, l'organizzazione del lavoro attraverso disposizioni o direttive - ove le stesse non siano assolutamente pregnanti ed assidue, traducendosi in un'attività di direzione costante e cogente atta a privare il lavoratore di qualsiasi autonomia - costituisce una modalità di coordinamento e di eterodirezione propria di qualsiasi organizzazione aziendale e si configura quale semplice potere di sovraordinazione e di coordinamento, di per sé compatibile con altri tipi di rapporto, e non già quale potere direttivo e disciplinare, dovendosi ritenere che quest'ultimo debba manifestarsi con ordini specifici, reiterati ed intrinsecamente inerenti alla prestazione lavorativa e non in mere direttive di carattere generale, mentre, a sua volta, la potestà organizzativa deve concretizzarsi in un effettivo inserimento del lavoratore nell'organizzazione aziendale e non in un mero coordinamento della sua attività. Cass. lav. n. 1717 del 23/01/2009”* (così: Cass. Civile, sez. lav., 24 luglio 2020, n. 15922). Ed ancora: *“quanto allo schema normativo di cui all'art. 2094 c.c., si è precisato che costituisce elemento essenziale, come tale indefettibile, del rapporto di lavoro subordinato, e criterio discrezionale, nel contempo, rispetto a quello di lavoro autonomo, la soggezione personale del prestatore al potere direttivo, disciplinare e di controllo del datore di lavoro, che inerisce alle intrinseche modalità di svolgimento della prestazione lavorativa e non già soltanto al suo risultato (v. Cass., 27.2.2007 n. 4500)”* (Cass. Civile, sez. VI, 26 maggio 2021, n. 14530). Infine: *“l'elemento essenziale di differenziazione tra lavoro autonomo e lavoro subordinato consiste nel vincolo di soggezione del lavoratore al potere direttivo, organizzativo e disciplinare del datore di lavoro, da ricercare in base ad un accertamento esclusivamente compiuto sulle concrete modalità di*

*svolgimento della prestazione lavorativa. In particolare, mentre la subordinazione implica l'inserimento del lavoratore nella organizzazione imprenditoriale del datore di lavoro mediante la messa a disposizione, in suo favore, delle proprie energie lavorative (operae) ed il contestuale assoggettamento al potere direttivo di costui, nel lavoro autonomo l'oggetto della prestazione è costituito dal risultato dell'attività (opus)” (Cass. Civile, sez. lav., 26 giugno 2020, n. 12871);*

6.4. Sintetizzando il punto che precede: mentre il lavoro subordinato si caratterizza per la soggezione del dipendente alla “direzione costante e cogente” del datore di lavoro, il quale si esprime a sua volta attraverso “ordini” (oggetto della prestazione sono dunque le “energie lavorative” del dipendente), nel lavoro autonomo lo stile direzionale è quello più flessibile del “coordinamento” che si esprime attraverso “direttive” di carattere generale (in siffatto contesto, oggetto della prestazione è dato più propriamente dal “risultato” che scaturisce dalla prestazione lavorativa stessa).

6.5. Trasponendo tali coordinate al modello organizzativo descritto nella legge di gara di cui in questa sede si controverte (si vedano le considerazioni di cui al punto 6.2.), deve allora concludersi che è agevole assistere, nel caso di specie, ad un modello organizzativo per lo più basato su coordinamento e dunque su “direttive” impartite ai propri collaboratori (che dunque possono essere sia dipendenti, sia lavoratori autonomi) e non soltanto su direzione costante e cogente espressa mediante “ordini” (non traspare giammai, in altre parole, quel “vincolo di soggezione” che è tipico del lavoro subordinato). Il modello delineato dalla legge di gara, in altri termini, è compatibile con la assegnazione di specifici obiettivi – piuttosto che rigide mansioni – ai singoli componenti del gruppo di lavoro. Obiettivi che i medesimi potranno raggiungere con un certo grado di autonomia funzionale data anche l’elevata qualificazione professionale da loro posseduta. Di qui la compatibilità, altresì, con la figura di lavoratori non solo subordinati ma anche autonomi.

6.6. Unico passaggio della legge di gara evidenziato dalla difesa di parte appellante – e in base al quale vi sarebbe una certa indicazione di impiegare

soltanto lavoratori subordinati – sarebbe quello in cui si afferma che: “Il Team di Lavoro è sotto la responsabilità e l’organizzazione del fornitore” (cfr. punto 3.2.2. del Capitolato tecnico speciale). Trattasi tuttavia, ad avviso del collegio, di affermazione inidonea a suffragare una simile restrittiva lettura (solo lavoratori subordinati e non anche autonomi), e tanto sulla base della già accennata considerazione secondo cui: allorché si parli di “responsabilità” ci si deve riferire non tanto ad una responsabilità “di mezzi” quanto, piuttosto, “di risultato” (dunque occorre avere presenti gli “esiti concreti” dell’attività svolta e non le singole “energie lavorative” per conseguirli); allorché si tratti di “organizzazione” il riferimento può essere a diverse opzioni che, secondo la scienza aziendalistica, possono variare come visto da modelli “funzionali” e “divisionali” (i quali presuppongono stili direzionali di natura gerarchica e verticistica) a modelli “a matrice” oppure “a rete” che privilegiano stili direzionali e decisionali più collegiali e dunque di natura orizzontale. Modelli questi ultimi improntati sulla tecnica direzionale del (più flessibile) coordinamento organizzativo che, per le ragioni sopra esposte al punto 6.2., risulta senz’altro più aderente alle condizioni ed alle modalità lavorative impresse dalla legge di gara. In altre termini: “responsabilità” e “organizzazione” richiesti per la conduzione del gruppo di lavoro non implicano necessariamente “direzione costante e cogente” ma, piuttosto, un più flessibile ed ampio potere di “coordinamento” (seguendo la ridetta impostazione della Corte di cassazione) che pertanto ben può esprimersi attraverso “direttive” e non necessariamente mediante “ordini” (che implicano vincoli di soggezione e dunque solo lavoro subordinato). Del resto, la stessa invocata disposizione del capitolato (art. 5.6.) prevede altresì che da responsabilità e organizzazione del fornitore discenda altresì la piena facoltà, in capo a quest’ultimo, di scegliere “i migliori gruppi di lavoro in funzione dell’operatività e dei deliverable (risultati) richiesti”;

6.7. Da quanto sinora detto consegue la piena possibilità, da parte delle imprese concorrenti, di prevedere nei propri *asset* organizzativi sia lavoratori

subordinati, sia lavoratori autonomi entro certi limiti qui comunque osservati, dal momento che queste ultime figure corrispondono a meno della metà della forza lavoro complessivamente impiegata;

6.8. Alla luce delle considerazioni appena esposte, il primo motivo di appello deve dunque essere rigettato con conseguente conferma, sul punto, delle condivisibili statuizioni del giudice di primo grado.

7. Con il motivo sub 3.2. si lamenta che, a ben vedere, le risorse impiegate nella commessa da parte di Deloitte – o per lo meno quel 44% di cui si controverte in questa sede – sarebbero solo formalmente lavoratori autonomi ma, nella sostanza, lavoratori subordinati a tutti gli effetti. Viene dedotta al riguardo la presenza di alcuni indici sintomatici tra cui orario di lavoro predeterminato, continuità del servizio e luogo di esecuzione. Osserva al riguardo il collegio che:

7.1. Trattasi di valutazioni che attengono alla fase esecutiva della commessa e che dunque possono essere operate soltanto *ex post* [tra l'altro ad opera di altro plesso giurisdizionale (AGO)] ossia sulla base delle concrete modalità e condizioni di lavoro e non *ex ante* sulla sola base di presunzioni astrattamente ricavabili da documenti di gara concernenti il mero assetto organizzativo dell'impresa concorrente. In questa sede ci si può occupare, in altri termini, soltanto dell'*an* ossia sul “se” tali lavoratori autonomi possano astrattamente essere utilizzabili nella commessa in questione e non anche del *quomodo* ossia se gli stessi soggetti siano anche concretamente utilizzati come tali. Una simile prognosi, in tale fase, non è in altri termini effettuabile;

7.2. Ad ogni modo, pur volendo ammettere simili presunzioni trattasi pur sempre di indici non dirimenti né decisivi, onde poter configurare la presenza di un effettivo rapporto di subordinazione, e ciò sulla base di un certo orientamento giurisprudenziale secondo cui: *“caratteri dell'attività lavorativa ... come la continuità, la rispondenza dei suoi contenuti ai fini propri dell'impresa e le modalità di erogazione della retribuzione non assumono rilievo determinante, essendo compatibili sia con il rapporto di lavoro subordinato, sia con quelli di lavoro autonomo*

*parasubordinato. Conforme, tra l'altro, Cass. n. 224 del 2001*” (così Cass. Civile, sez. lav., 24 luglio 2020, n. 15922, cit.).

7.3. Alla luce delle suddette considerazioni, anche tale motivo deve pertanto essere rigettato.

8. Con il motivo sub 3.3. si deduce che l'offerta economica di DELOITTE sarebbe inconsistente con particolare riguardo al costo medio giornaliero (130 euro per professionista 1 e 150 euro per professionista 2).

La censura si rivela tuttavia generica e dunque inammissibile in quanto un simile importo non ha formato oggetto di più specifica contestazione (piuttosto, come si avrà modo più avanti di osservare al punto 10, la stessa voce di costo è stata poi del tutto ricalibrata dalla difesa di parte appellante sulla base di proprie soggettive valutazioni). La stessa difesa di parte appellante si è infatti limitata ad affermare che: “La quantificazione di tali costi ... risulta del tutto generica”. Di qui il suo integrale rigetto.

9. Con il motivo sub 3.4. si lamenta che la stazione appaltante non avrebbe compiuto alcuna istruttoria né avrebbe espresso una articolata motivazione con riferimento ai giustificativi presentati da DELOITTE in merito alla sostenibilità dei costi del lavoro.

Osserva al riguardo il collegio che, per giurisprudenza costante: *“nelle gare pubbliche, ove l'Amministrazione consideri congrua l'offerta sulla base delle spiegazioni fornite dal concorrente in sede di verifica dell'anomalia, la sua valutazione deve ritenersi sufficientemente motivata con richiamo "per relationem" ai chiarimenti ricevuti, tanto più che la verifica delle offerte anomale non ha per oggetto la ricerca di specifiche e singole inesattezze dell'offerta economica, mirando invece ad accertare se l'offerta nel suo complesso sia attendibile e, dunque, se dia o non serio affidamento circa la corretta esecuzione”* (così, testualmente, Cons. St., V, n. 4450/11 cit.). *“Il giudizio di anomalia dell'offerta richiede una motivazione rigorosa ed analitica solo ove si concluda in senso negativo mentre, in caso positivo, non occorre che la relativa determinazione sia fondata su un'articolata motivazione ripetitiva delle medesime giustificazioni ritenute attendibili, essendo sufficiente anche una motivazione espressa "per relationem" alle giustificazioni rese dall'impresa vincitrice,*

*sempre che queste, a loro volta, siano state congrue ed adeguate*” (cfr., *ex multis*, Cons. Stato, sez. VI, 15 dicembre 2014, n. 6154).

Dalle suddette considerazioni discende il rigetto altresì della specifica censura.

10. Con il motivo sub 3.5. si deduce che non si sarebbe tenuto conto della insostenibilità dell’offerta economica, sempre sul piano del costo del lavoro, sulla base delle stime elaborate dalla stessa NTT (odierna appellante).

Rammenta al riguardo il Collegio che sul giudizio di anomalia la giurisprudenza consolidata, per quanto di interesse in questa sede, ha in particolare affermato che nelle gare pubbliche un simile giudizio circa l’incongruità dell’offerta costituisce espressione di discrezionalità tecnica, sindacabile dal giudice amministrativo solo in caso di macroscopica illogicità o di palese erroneità (*ex multis*, Cons. Stato, III, 6 febbraio 2017, n. 514; Cons. Stato, V, 17 novembre 2016, n. 4755): di qui l’impossibilità di censurare la mera non condivisibilità del giudizio, dovendosi piuttosto dimostrare la sua palese inattendibilità nonché l’evidente insostenibilità dell’offerta e delle relative giustificazioni.

Con la conseguenza che, ove non emergano evidenti travisamenti o irrazionalità ma solo margini di fisiologica opinabilità della valutazione tecnico-discrezionale operata dalla Pubblica amministrazione, il giudice amministrativo non potrebbe in alcun caso sovrapporre la propria valutazione a quella del competente organo della stazione appaltante, né potrebbe parimenti procedere ad una autonoma verifica di congruità dell’offerta medesima e delle sue singole voci (cfr. Cons. Stato, sez. V, 26 novembre 2018, n. 6689).

Tanto doverosamente premesso, le stime di costo ricalibrate dalla società appellante si riducono ad una mera sovrapposizione di calcoli già effettuati e valutati come congrui in sede di gara.

Dunque nessuna dimostrazione di manifesta inattendibilità delle stime effettuate, si ravvisa, ma soltanto mera opinabilità delle valutazioni già effettuate dalla stazione appaltante.

Valutazioni queste che, come già anticipato, sono rimesse in discussione dalla difesa di parte appellante (cfr. modelli e tabelle alle pagg. 33-37 atto di appello) attraverso una propria operazione di riparametrazione e rielaborazione dei costi (dunque sovrapposta a quella stimata come congrua dalla SA) che, ove accettata da questo giudice di appello, determinerebbe conseguentemente una inammissibile sostituzione nei confronti dell'amministrazione stessa.

Il tutto riproponendo *sic et simpliciter*, tra l'altro, il modello dei lavoratori subordinati e dunque senza depurare – come correttamente posto in evidenza dal giudice di primo grado – alcuni importanti costi che non sarebbero altrimenti sopportati attraverso l'impiego di lavoratori autonomi (contributi INPS, TFR, indennità di contingenza).

In ultimo si osserva che, se è ben vero che questo giudice amministrativo (Cons. Stato, sez. III, 25 marzo 2019, n. 1979) ha ritenuto legittimo, in caso di valutazione di congruità delle prestazioni professionali di lavoratori autonomi, il ricorso ai parametri retributivi (comunque non vincolanti) dei lavoratori subordinati che svolgono analoghe mansioni, è anche vero che tale decisione si riferiva al diverso caso in cui l'appellante contestava (e non pretendeva, come nel caso di specie) l'utilizzo di tale metodo da parte della stazione appaltante (la quale, giova rammentare, esercita al riguardo un potere tecnico-discrezionale, laddove il ricorrente non potrebbe giammai far valere tale identico metodo onde riparametrare certi costi in via del tutto alternativa e sostitutiva rispetto alle valutazioni al riguardo già svolte dalla stessa SA).

Nei termini suddetti anche tale censura deve dunque essere rigettata

11. Con la censura sub 3.6. si lamenta che vi sarebbe stato un certo scostamento dalle tabelle ministeriali con particolare riguardo al TFR.

Rammenta al riguardo il collegio che, per giurisprudenza costante, in sede di valutazione della non anomalia dell'offerta i valori del costo del lavoro risultanti dalle tabelle ministeriali costituiscono un semplice parametro di valutazione della congruità dell'offerta: per tali ragioni, l'eventuale

scostamento delle voci di costo da quelle riassunte nelle tabelle ministeriali non legittima un giudizio di anomalia o di incongruità in quanto occorre, affinché possa dubitarsi della congruità, che la discordanza sia considerevole e palesemente ingiustificata (cfr., *ex multis*: Cons. Stato, sez. IV, 16 novembre 2022, n. 10071; Cons. Stato, sez. V, 6 settembre 2022, n. 7762).

Ebbene, alla luce di quanto appena rammentato la difesa di parte appellante non allega elementi tali da poter ipotizzare che la suddetta discordanza possa essere ritenuta considerevole o palesemente ingiustificata, e ciò dal momento che la stessa si limita in proposito a rilevare che: “il RTI ... ha palesemente sottostimato tale voce di costo”. Ed ancora che: “emergono delle differenze rispetto alle tabelle ministeriali di riferimento” (pag. 39 atto di appello). Inoltre che: “il valore della rivalutazione del TFR è stato calcolato con una percentuale ben inferiore al minimo di legge” (pag. 40 atto di appello), senza tuttavia quantificare l’entità di tale denunciato scostamento. Infine, anche in via pressoché meramente sostitutiva, che: “Dalle tabelle che precedono si evince che il RTI ha sottostimato, per ciascuna categoria di risorse professionali, di ciascuna delle aziende del raggruppamento coinvolte, i reali costi che dette aziende avrebbero dovuto sostenere” (pag. 42 atto di appello). Dalle suddette considerazioni emerge dunque che anche tale motivo deve giocoforza essere rigettato.

12. Con il motivo sub 3.7. si deduce che i costi di trasferta stimati da DELOITTE non avrebbero tenuto conto del fatto che le prestazioni del fornitore dovrebbero svolgersi primariamente *in situ*, ossia “in presenza” presso le singole amministrazioni. Osserva al riguardo il collegio che:

12.1. Ai sensi del punto 3 del Capitolato tecnico generale: “le prestazioni contrattuali dovranno essere svolte come di seguito indicato:

- per i servizi erogati da remoto: presso i Centri Servizi del Fornitore;
- per i servizi on-site: presso le sedi dell’Amministrazione ove specificato dall’Amministrazione stessa; in alternativa presso la Sede del Fornitore”.

Inoltre, ai sensi dell'art. 3 del Capitolato tecnico speciale si prevede che: “La modalità di esecuzione dei servizi di “Compliance e controllo” è di tipo “on-site”: ovvero primariamente presso le sedi dall'Amministrazione, ove dalla stessa indicate; in alternativa presso la sede del Fornitore”;

12.2. Non vengono utilizzate, con riguardo al servizio prestato presso la sede del fornitore, espressioni come “in via secondaria” oppure “in via subordinata” ma la diversa formula “in alternativa” che, anche ai sensi dell'art. 1285 c.c., lascia presumere che ci si trovi dinanzi a modalità di adempimento dell'obbligazione per l'appunto “alternative” la cui scelta, di conseguenza, spetta a colui che deve effettuare la prestazione stessa (ossia l'appaltatore);

12.3. Nei sensi sopra indicati l'espressione “primariamente”, quanto alle modalità di lavoro “in presenza”, va allora letta come “preferibilmente” o comunque “in linea tendenziale”, salvo una diversa scelta effettuata dall'appaltatore circa la possibilità di effettuare interventi “da remoto” e dunque direttamente dalla sede del fornitore stesso;

12.4. Del resto, una simile opzione interpretativa risulta pienamente ed anche evolutivamente coerente con esigenze non solo di emergenza sanitaria (limitazione al minimo dei contatti personali per via del COVID) ma anche di carattere ambientale (limitazione degli spostamenti per ragioni di inquinamento atmosferico) ed economico (legate al costo dei carburanti e dei mezzi di trasporto): insomma tutte necessità che inducono a promuovere in ogni contesto, ivi ricompreso il settore delle pubbliche commesse, lo strumento del “lavoro da remoto”;

12.5. Per tutte le ragioni sopra evidenziate, anche tale motivo deve pertanto essere rigettato.

13. Con il motivo indicato sub 3.8. si lamenta poi che gli stessi costi di trasferta sarebbero in ogni caso fortemente inattendibili (costo medio giornaliero pari ad euro 50,00).

Osserva al riguardo il collegio che la difesa di DELOITTE, sin dai giustificativi resi in sede di giudizio di congruità, aveva indicato una serie di

fattori idonei a configurare economie di scala utili, in quanto tali, a contribuire ad un forte abbattimento di simili costi di trasferta. Tra queste voci: presenza di numerosi uffici locali, in capo al concorrente RTI, idonei a garantire adeguata copertura logistica su tutto il territorio nazionale (di qui il venir meno della necessità di ricorrere alla trasferta); utilizzo importante di “lavoro da remoto” (smart working, video conferenze, etc.); utilizzo di auto aziendali; convenzioni con strutture alberghiere; collaborazioni con professionisti ad elevata qualificazione (per l'appunto: lavoratori autonomi) dislocati nelle varie regioni italiane che sono così in grado di coprire l'intero territorio nazionale.

Ebbene in merito a tali considerazioni (fatte proprie dalla stazione appaltante ma anche dal giudice di primo grado) la difesa di parte appellante non ha mosso specifiche contestazioni in termini di manifesta incongruità oppure di evidente erroneità in fatto. Ciò risulta piuttosto evidente nella parte in cui la stessa: a) si limita ad affermare genericamente che: “risulta evidente che i costi prospettati dal RTI per garantire la corretta esecuzione del servizio sono così bassi rispetto al loro reale ammontare da mettere in dubbio la serietà dell'offerta” (pag. 46 atto di appello); b) propone una propria stima alternativa di tali costi – in quanto tale inammissibile per le stesse ragioni evidenziate al punto 10 della presente decisione – laddove si afferma in via del tutto sovrapponibile rispetto alle valutazioni della SA che: “Calcolando il 30% del numero di giornate lavorative complessive stimate, risulta che i giorni di trasferta saranno pari ad almeno 115.075 che, moltiplicati per il costo giornaliero di trasferta stimato dal RTI in € 50,00, determina un aggravio di costi pari a € 5.527.271” (pag. 47 atto di appello).

Da quanto sopra detto consegue l'infondatezza, altresì, della specifica censura ed il suo conseguente rigetto.

14. Con il motivo sub 3.9. viene dedotto che non si sarebbe tenuto conto dei “buoni pasto” da corrispondere ai lavoratori solo formalmente autonomi ma sostanzialmente subordinati. Osserva il collegio come la censura sia strettamente collegata a quella già affrontata al punto 7. Pertanto, poiché in

quell'occasione si è negata la possibilità di riconoscere in questa sede la qualità effettiva di lavoratori subordinati in capo ai suddetti “collaboratori esterni” di DELOITTE, va conseguentemente rigettata anche tale specifica censura.

15. Con ultima censura si lamenta che la stazione appaltante non avrebbe compiuto una esauriente istruttoria, né avrebbe formulato una adeguata motivazione in merito alla durata dei contratti esecutivi ipotizzata da DELOITTE.

Osserva il collegio che, in sede di giustificativi, DELOITTE ha fornito ampie delucidazioni circa il fatto che, pur nell'arco complessivo del periodo di attivazione dell'accordo quadro (6 anni), la durata media dei singoli contratti esecutivi sarebbe pari a due anni.

Ebbene tali precisazioni sono state evidentemente fatte proprie dalla stazione appaltante mediante motivazione *per relationem*, come tale non necessitante di più specifiche argomentazioni sulla base delle conclusioni di cui al punto 9 della presente decisione (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 15 dicembre 2014, n. 6154, cit.).

A ciò si aggiunga che, pur a fronte di tali delucidazioni da parte di DELOITTE, la difesa di parte appellante si è limitata ad affermare alquanto genericamente e dubitativamente che: “il RTI ... non ha mai chiarito cosa debba intendersi per contratti di “grande” e “media” dimensione, che rimangono concetti astratti e privi di qualsivoglia significato. Allo stesso modo non è dato comprendere i criteri sottesi all'attribuzione dei relativi pesi specifici” (pag. 25 e 26 memoria NTT in data 15 novembre 2022).

Anche tale motivo deve pertanto essere rigettato.

16. In conclusione l'appello è infondato e deve essere rigettato, con conseguente conferma della sentenza di primo grado. Le spese di lite possono in ogni caso essere integralmente compensate tra tutte le parti costituite stante la peculiarità delle esaminate questioni.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 1 dicembre 2022 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Presidente

Angela Rotondano, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

Elena Quadri, Consigliere

Massimo Santini, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**Massimo Santini**

**IL PRESIDENTE**

**Paolo Giovanni Nicolo' Lotti**

**IL SEGRETARIO**