Pubblicato il 27/12/2018

N. 07271/2018REG.PROV.COLL.

N. 00561/2018 REG.RIC.

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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 561 del 2018, proposto da

Anac – Autorità Nazionale Anticorruzione, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa *ex lege* dall'Avvocatura generale dello Stato, presso i cui uffici in Roma, via dei Portoghesi, 12, è elettivamente domiciliata;

contro

Azienda Ospedaliera Santobono, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita in giudizio;

Rekeep s.p.a. (già Manutencoop Facility Management s.p.a.), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Antonio Lirosi, Marco Martinelli, Andrea Zoppini e Saverio Sticchi Damiani, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Roma, via delle Quattro Fontane, 20;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. LAZIO – ROMA, SEZIONE I n. 12572/2017, resa tra le parti, concernente irrogazione di sanzione interdittiva di sei mesi e pecuniaria, con annotazione nel casellario informativo degli operatori economici dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture.

Visti il ricorso in appello ed i relativi allegati;
Visto l'atto di costituzione in giudizio di Manutencoop Facility Management s.p.a. (ora Rekeep s.p.a.);
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 25 ottobre 2018 il Cons. Valerio Perotti ed uditi per le parti gli avvocati Antonio Lirosi, Saverio Sticchi Damiani (anche in dichiarata delega degli avvocati Marco Martinelli e Andrea Zoppini), nonché l'avvocato dello Stato Paola De Nuntis;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con delibera consiliare del 25 ottobre 2017, l'Autorità Nazionale Anticorruzione (Anac), all'esito del relativo procedimento istruttorio, irrogava all'operatore economico Manutencoop Facility
Management s.p.a. la sanzione economica di euro 10.000,00, disponendo la relativa annotazione nel casellario informatico *ex* art. 38, comma 1-*ter*, d.lgs. n. 163 del 2006, ove si dava atto anche della determinazione dell'ulteriore sanzione di mesi sei di interdizione dalla partecipazione alle procedure di gara e dagli affidamenti di subappalto, ritenendo configurato l'elemento psicologico del dolo nell'omissione di dichiarazione resa in una procedura ad evidenza pubblica indetta dall'Azienda ospedaliera Santobono Pausilipon sul possesso del requisito di cui all'art. 80, comma 4, d.lgs. n. 50 del 2016 (già art. 38, comma 1, d.lgs. n. 163 del 2016).

Nella specie, la stazione appaltante aveva segnalato la mancata produzione, da parte di Manutencoop – nella sua veste di mandataria di costituenda a.t.i. – della dichiarazione circa il possesso dei requisiti di cui all'art. 38, comma 1, lett. c) del d.lgs. n. 163 del 2006, relativamente ad una procuratrice speciale munita di ampia rappresentanza.

Nella motivazione del proprio provvedimento, l'Anac stigmatizzava il comportamento tenuto dall'operatore economico, in ragione della recidiva nell'omettere la dichiarazione di cui trattasi – per di più in relazione alla medesima procuratrice – come accertato in occasione di un'altra procedura di gara; ad avviso dell'Autorità, infatti, la consapevolezza dell'interessata di aver posto in essere un comportamento elusivo si iscriveva, con ogni probabilità, in una più articolata strategia con finalità anticoncorrenziali.

Avverso tale provvedimento Manutencoop s.p.a. proponeva ricorso al Tribunale amministrativo del Lazio, articolato nei seguenti motivi di gravame:

1. *Violazione e falsa applicazione ed interpretazione degli artt. 38, comma 1-ter, del d.lgs. 163/2006 e 8, comma 2, lettera s), del d.p.r. 207/2010 – Eccesso di potere per erronea presupposizione in fatto e in diritto – Difetto di istruttoria e di motivazione – Assenza di una falsa dichiarazione o documentazione presentata in gara.*

Le norme prese a riferimento, in particolare l'art. 38, comma 1-*ter* del d.lgs. n. 163 del 2006 e l'art. 8, comma 2, lett. s) del d.P.R. n. 207 del 10, si riferiscono alla presentazione di dichiarazioni "false" o mendaci, laddove nel caso di specie si sarebbe stati in presenza, tutt'al più, di un'omessa dichiarazione (non rilevante ai fini sanzionatori, *ratione temporis*).

2. *Violazione e falsa applicazione ed interpretazione degli artt. 38, comma 1-ter, del d.lgs. 163/2006 e 8, comma 2, lettera s), del d.p.r. 207/2010 – Eccesso di potere per erronea presupposizione in fatto e diritto – Difetto di istruttoria e di motivazione – Carenza dell'elemento soggettivo: assenza di dolo e/o colpa grave.*

La suddetta omissione non aveva costituito condotta "consapevole" di Manutencoop, poiché – a seguito di un primo contenzioso (pure richiamato nel provvedimento impugnato) si era provveduto a mutare, rispetto alla precedente del 2009, la procura in questione, eliminando il riferimento alla "*partecipazione a gare*", per cui la ricorrente aveva agito nella convinzione di aver mutato lo stato dei fatti, con conseguente assenza di "*dolus malus*", ferma peraltro l'insussistenza di qualsiasi efficienza causale sulla determinazione volitiva della stazione appaltante sull'ammissione alla gara di Manutencoop.

3. *Incompetenza. Violazione e falsa applicazione ed interpretazione degli artt. 38, comma 1-ter, del d.lgs. 163/2006 e 8, comma 2, lettera s), del d.p.r. 207/2010 – Eccesso di potere per sviamento, erronea presupposizione in fatto e diritto – Difetto di istruttoria e di motivazione – Assenza di finalità anticoncorrenziali e comunque assoluta irrilevanza delle stesse ai fini dell'annotazione nel casellario informatico.*

Secondo la ricorrente, l'Aac non avrebbe potuto giungere a conclusioni in realtà spettanti all'Agcm in ordine all'individuazione di una strategia partecipativa alla gara in accordo con altra concorrente, ai fini di prefigurare un "subentro" in seguito alla presentazione di un ricorso giurisdizionale, come poi avvenuto dopo molto tempo in esecuzione di una sentenza del Consiglio di Stato, dato che la stessa stazione appaltante aveva comunque escluso la sussistenza di un unico centro decisionale, né aveva disposto l'esclusione anche dell'altra ditta asseritamente in accordo con Manutencoop.

Del resto, l'ipotesi di "intesa anticoncorrenziale" sarebbe stata fondata su mere supposizioni che non tenevano conto: a) della diversità delle procure rilasciate nel tempo, b) della circostanza per cui la ricorrente non aveva certezza di risultare aggiudicataria dell'appalto né conosceva il numero di concorrenti o l'ordine finale di graduatoria; c) della (improbabile) assunzione di rischi troppo elevati ai fini dell'aggiudicazione.

4. *Violazione dell'art. 6 del regolamento unico ANAC in materia di potere sanzionatorio da parte dell'Autorità di cui all'art. 8, comma 4, del d.lgs. 163/2006, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale, serie Generale n. 82 dell'8.4.2014 – Violazione del termine massimo di conclusione del procedimento in materia di provvedimenti sanzionatori.*

In considerazione del fatto che l'avvio del procedimento risaliva al 16 novembre 2016 ed il provvedimento conclusivo era stato adottato solo il 25 ottobre 2017, sarebbe stato violato il principio generale di tempestività, come riconosciuto vigente dalla giurisprudenza.

5. *Illegittimità in via derivata – Violazione e falsa applicazione ed interpretazione dell'art. 6, comma 11, del d.lgs. 163/2006*.

Il provvedimento impugnato sarebbe stato altresì viziato, in via derivata, relativamente all'irrogazione della sanzione pecuniaria, dal momento che non sarebbero stati forniti dati non veritieri circa il possesso dei requisiti di qualificazione.

Costituitasi in giudizio, l'Anac contestava l'infondatezza del ricorso, chiedendone la reiezione.

Con sentenza 21 dicembre 2017, n. 12572, resa in forma semplificata, il Tribunale adito accoglieva il ricorso, sul presupposto che la norma che fonda il potere sanzionatorio di cui al provvedimento impugnato (ossia l'art. 38, comma 1-ter, d.lgs. n. 163 del 2006) facesse espresso riferimento solo al caso di presentazione di "*falsa dichiarazione o falsa documentazione*" e non anche a quello di mera omissione di dichiarazione o documentazione.

Avverso tale decisione l'Anac interponeva appello, deducendo un unico, articolato motivo di impugnazione, così rubricato: "*Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 38, comma 1-ter, del d.lgs. 163/2006 e 8, comma 2, lettera s), del d.p.r. 207/2010 – Vizio di motivazione*".

Si costituiva in giudizio la Rekeep s.p.a. (già Manutencoop s.p.a.), che altresì proponeva appello incidentale, concludendo per l'infondatezza dell'appello e chiedendone la reiezione.

Successivamente le parti ulteriormente precisavano, con apposite memorie, le proprie rispettive tesi difensive ed all'udienza del 25 ottobre 2018, dopo la rituale discussione, la causa veniva trattenuta in decisione.

Con il primo motivo di appello viene censurato il presupposto logico-giuridico intorno al quale ruota la motivazione della sentenza di primo grado, secondo cui la normativa (scorrettamente) applicata dall'Anac farebbe inequivoco riferimento, a monte, alla "falsità" e non alla semplice "omissione" della dichiarazione/documentazione resa.

Invero, rilevava il primo giudice, la sanzione sarebbe illegittima in quanto irrogabile soltanto sul presupposto della presentazione di falsa dichiarazione o falsa documentazione, nelle procedure di gara e negli affidamenti di subappalto; presupposto che troverebbe conferma in altre disposizioni applicabili al caso di specie, quale l'art. 8, comma 2 lett. s) del d.P.R. n. 207 del 2010 e che, stante la loro natura di norme sanzionatorie, sarebbero tipiche ed insuscettibili di applicazione analogica.

Per contro, deduce l'appellante, sarebbe inconsistente l'argomentazione secondo cui la (grave) omissione non equivale comunque ad una falsa dichiarazione.

Il motivo è fondato, nei termini che di seguito si precisano.

La fattispecie omissiva attualmente in esame è analoga a quella già scrutinata dalla IV Sezione di questo Consiglio con sentenza 26 agosto 2014, n. 4305, laddove veniva chiaramente evidenziata "*la natura imperativa dell'obbligo dichiarativo in capo anche ai procuratori speciali muniti di tali poteri rappresentativi da potersi considerare veri e propri amministratori della società, ai sensi e per gli effetti dell'art. 38 del d. lgs. n. 163 del 2006, la cui efficacia cogente si estende anche a tali figure, per quanto non espressamente*

contemplate dalla disposizione, per le ragioni ben chiarite dall'Adunanza Plenaria nelle sentenze n. 23 del 2013 e n. 9 del 2014, con conseguente esclusione, per i rilevanti interessi in gioco, dei concorrenti che abbiano omesso di presentare le dichiarazioni di cui all'art. 38 relative alla moralità professionale di tali soggetti".

Ritiene il Collegio che l'omissione di un obbligo dichiarativo così palese nella sostanza integri, con ogni evidenza, una dichiarazione mendace, tanto più ove si consideri – come rilevato dall'Anac – che la stessa inscindibilmente si accompagnava ad una dichiarazione consapevolmente incompleta circa il possesso dei requisiti di cui all'art. 38, comma 1, del d.lgs. n.163 del 2006, resa dal procuratore speciale della società in sede di dichiarazione sostitutiva ai fini della partecipazione alla gara.

Come ricordato da pacifico insegnamento giurisprudenziale (*ex multis*, Cons. Stato, V, 29 aprile 2016, n. 1641; VI, 2 luglio 2014, n. 3336), completezza e veridicità della dichiarazione sostitutiva di notorietà sui requisiti per la partecipazione all'evidenza pubblica sono posti a tutela dell'interesse pubblico alla trasparenza e, al tempo stesso, alla semplificazione della procedura di gara, rappresentando due aspetti complementari ed inscindibili della stessa.

Per l'effetto, deve concludersi che in materia di partecipazione alle gare pubbliche d'appalto, una tale consapevole "omissione" non può essere distinta, quanto agli effetti distorsivi nei confronti della stazione appaltante che la disposizione in esame (l'art. 38, comma 1-*ter* del d.lgs. n. 163 del 2006) mira a prevenire e reprimere, dalla tradizionale forma di mendacio commissivo.

Invero (*ex multis*, Cons. Stato, IV, 8 giugno 2017, n. 2771), nelle procedure di evidenza pubblica l'incompletezza delle dichiarazioni lede di per sé il principio di buon andamento dell'amministrazione, inficiando *ex ante* la possibilità di una non solo celere ma soprattutto affidabile decisione in ordine all'ammissione dell'operatore economico alla gara; una dichiarazione inaffidabile, perché falsa o

incompleta, è già di per sé stessa lesiva degli interessi tutelati, a prescindere dal fatto che l'impresa meriti o no di partecipare alla procedura competitiva; peraltro l'omessa dichiarazione ha il grave effetto di non consentire proprio all'Amministrazione una valutazione *ex ante*.

Alla luce di quanto precede, ritiene quindi il Collegio che l'espressione "*presentazione di falsa dichiarazione o falsa documentazione*" di cui all'art. 38, comma 1-*ter* del d.lgs. n. 163 del 2006 ricomprenda non solamente l'ipotesi del falso "commissivo" tradizionalmente inteso, ma pure quella del falso cd. "omissivo", laddove la mancata dichiarazione, in virtù della consapevolezza dell'omissione da parte del soggetto tenuto a renderla, sia idonea ad indurre in errore la stazione appaltante circa il possesso, da parte del dichiarante medesimo, dei requisiti di ordine generale di cui all'art. 38 comma 1 del medesimo decreto o, comunque, a precluderle una rappresentazione genuina e completa della realtà.

Una tale omissione, infatti, comporta la non corrispondenza al vero della dichiarazione resa dalla concorrente e, pertanto, un'ipotesi di dichiarazione/documentazione non veritiera sulle condizioni rilevanti per la partecipazione alla gara.

In questi termini, non è decisiva – ai fini dell'integrazione o meno dei presupposti di cui all'art. 38, comma 1-*ter* cit. – la circostanza che a carico della procuratrice coinvolta in concreto non risultasse poi alcun precedente penale (e che quindi non risultassero eventuali condizioni ostative rispetto ai requisiti richiesti dall'art. 38): la condotta sanzionata, infatti, nulla aveva a che fare con l'esistenza o meno di precedenti penali in capo ai soggetti tenuti a rendere la dichiarazione di cui trattasi, attenendo al (diverso) fatto storico della mancata dichiarazione sul possesso dei requisiti di cui all'art. 38, comma 1, del d.lgs. n. 163 del 2006 da parte di uno dei soggetti a ciò tenuti secondo la lett. c) del medesimo articolo.

Neppure può configurarsi, nel caso di specie, un'ipotesi di "falso innocuo" – in conformità, tra l'altro, a quanto già accertato dal precedente di Cons. Stato, III, 27 ottobre 2017, n. 4514, relativo proprio alla vicenda di gara di cui si tratta e dal quale non vi è ragione di discostarsi – dal momento che "*nell'ipotesi di mancata dichiarazione di precedenti penali non può operare il principio del c.d. falso innocuo, laddove si tratti di assenza di dichiarazioni previste dalla legge e dal bando di gara a pena di esclusione (Cons. St., sez. V, 27 dicembre 2013, n. 6271; Cons. St., sez. III, 5 ottobre 2016, n. 4118), come nel caso di specie per tutte le ragioni vedute, esulando del resto la vicenda qui esaminata dall'ipotesi in cui la dichiarazione sia resa dal concorrente sulla base di modelli predisposti dalla stazione appaltante e questi sia indotto in errore dalla formulazione ambigua o equivoca del bando (Cons. St., sez, III, 4 febbraio 2014, n. 507) […]*".

Venendo ora ai tre motivi di appello incidentale proposti da Manutencoop Facility Management s.p.a., con il primo di essi viene dedotta l'illegittimità della delibera Anac originariamente impugnata anche per insussistenza dell'elemento soggettivo (dolo e/o colpa grave) prescritto dall'art. 38, comma 1-*ter* del d.lgs. n. 163 del 2006.

Invero, secondo Manutencoop (ora Rekeep s.p.a.), l'omessa dichiarazione relativamente alla posizione della procuratrice Elsa Bernacchi non sarebbe dipesa da una condotta "*tenuta dalla stessa MFM nella consapevolezza di presentare all'Azienda Ospedaliera una falsa dichiarazione*", bensì "*perché alla data della partecipazione di MFM alla Gara Santobono, la Bernacchi era titolare di una procura rilasciata nel 2012: (i) che, oltre ad essere "diversa", sul piano formale oltre che dei contenuti, da quella conferitale nel 2009, (ii) non era stata ancora oggetto di alcun accertamento in sede giurisdizionale*".

Il motivo non è fondato.

Sul punto, la sentenza impugnata aveva correttamente chiarito che per la nozione di "dolo" di cui alla fattispecie dell'art. 38, comma 1-*ter* non doveva farsi riferimento alla qualificazione (tipica del diritto penale) di "*dolus malus*", bensì a

quella di "dolo generico", inteso come semplice consapevolezza della condotta tenuta.

In ogni caso, evidenziava sempre la sentenza impugnata, nel caso di specie, anche in presenza di modifica della procura rispetto a quella del 2009 su cui si era innestato un precedente contenzioso, la ricorrente ben avrebbe potuto applicare dei criteri di elementare prudenza nell'estendere a tutti i procuratori dotati di sostanziali poteri esercitabili in procedure a evidenza pubblica l'allegazione della richiesta dichiarazione, soprattutto se tale procuratore – come nel caso di specie – non aveva alcun "precedente penale" da celare.

Più in generale, per individuare la nozione di "dolo" cui fare riferimento nel caso di specie occorre riferirsi al consolidato orientamento giurisprudenziale (*ex multis*, Cass. pen., 31 maggio 2013, n. 23732) per cui "*è sufficiente il dolo generico, consistente nella rappresentazione e nella volontà dell'«*immutatio veri*», mentre non è richiesto l'«*animus nocendi*» né l'«*animus decipiendi*»*", di talché la falsità rileva anche nel caso in cui sia – in ipotesi – compiuta senza l'intenzione di nuocere o, addirittura, accompagnata dalla convinzione di non produrre alcun danno.

Neppure risulta persuasivo quanto dedotto dall'appellante incidentale a sostegno della propria buona fede circa l'aver agito nel rispetto dell'art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2006, anche alla luce di alcuni precedenti del giudice di primo grado che avrebbero escluso la rilevanza dei poteri attribuiti ai procuratori ai fini delle dichiarazioni di cui si tratta. In effetti, una tale convinzione risulta smentita proprio dall'aver dovuto procedere ad una modifica, nel 2012, del contenuto della procura rispetto a quella precedente del 2009, in ragione del fatto che relativamente alla prima si era innestato un contenzioso legato alle mancate dichiarazioni di cui si tratta.

Ciò, a maggior ragione, ove si consideri che anche la nuova procura conferiva sostanziali poteri esercitabili in procedure a evidenza pubblica (sia pure

espungendovi "chirurgicamente" il riferimento al generale potere di "*partecipare a gare*"). Del resto, la già richiamata sentenza n. 4514 del 2016 della III Sezione, facente stato tra le parti, dà atto di come la stessa procuratrice "*anche in virtù della nuova procura del 2012, debba considerarsi a tutti gli effetti di legge e, comunque, a quelli di cui all'art. 38, comma 1 lett. b), c) e m-ter) del d.lgs. n. 163 del 2006 […] un amministratore munito di rappresentanza, tenuto a presentare la relativa dichiarazione, concernente l'assenza di precedenti penali*".

Con il secondo motivo di appello incidentale la sentenza di primo grado viene invece censurata nella parte in cui aveva evidenziato come l'Anac non avesse in realtà fondato – contrariamente alla tesi di Manutencoop – il provvedimento impugnato sulla ritenuta sussistenza di attività anticoncorrenziale, essendosi limitata ad esprimere un giudizio di "probabilità" sul comportamento collusivo, non giungendo però ad alcuna conclusione sul punto e non sovrapponendosi alle attribuzioni dell'Agcm.

Ad avviso di Manutencoop, invece, lo specifico richiamo operato dall'Anac alla segnalazione dell'Agcm costituirebbe un chiaro indice del fatto che la relativa delibera sarebbe stata adottata anche in forza della presunta attività anticoncorrenziale asseritamente posta in essere: per l'effetto, detta delibera avrebbe dovuto essere annullata per incompetenza e sviamento di potere, oltre che per violazione degli artt. 38, comma 1-*ter*, del d.lgs. n. 163 del 2006 ed 8, comma 2, lettera s), del d.P.R. n. 207 del 2010, considerato che tali norme non attribuirebbero alcuna rilevanza alla presunta commissione di illecito *antitrust*.

Il motivo non è fondato.

Risulta persuasivo, sul punto, quanto evidenziato dall'amministrazione circa l'assenza, nell'annotazione Anac, di qualsiasi riferimento ad un'ipotetica condotta anticoncorrenziale, per essere la stessa invece fondata esclusivamente sulla mancata produzione della dichiarazione *ex* art. 38: "*La S.A. "Azienda Ospedaliera Santobono*

Pausillipon" (C.F. 06854100630) ha segnalato l'O.e. "Manutencoop FM S.p.A." (C.F. 02402671206), in relazione all'affidamento triennale del servizio di pulizia delle strutture ospedaliere Santobono, Pausilipon, SS Annunziata e della sede amministrativa (CIG 5239248C36) per non aver prodotto la dichiarazione sul possesso dei requisiti di cui all'art. 38, comma 1, del d.lgs. 163/2006 da parte di uno dei soggetti indicati nella diposizione contenuta nella lett. c) del medesimo articolo per aver omesso l'indicazione del nominativo di uno dei procuratori della società da assoggettare alle verifiche di competenza.

La presente annotazione, ai sensi dell'art. 38, co. 1-ter, del d.lgs. 163/2006 e ss.mm., su decisione del Consiglio dell'ANAC n. 1106 in data 25 ottobre 2017, determina una sanzione pari a mesi 6 (sei) di interdizione dalla partecipazione alle procedure di gara e dagli affidamenti di subappalto; il periodo di sospensione decorre dalla data di pubblicazione dell'annotazione".

D'altro canto, l'inciso contenuto nella delibera Anac 25 ottobre 2017, n. 1106 circa un possibile comportamento anticoncorrenziale non solo è formulato in termini meramente ipotetici, ma neppure fa seguito ad apposita istruttoria o, comunque, assume il ruolo di "concausa" e/o fondamento del provvedimento adottato: "*la Manutencoop FM S.p.A. di fronte all'alternativa tra presentare* finalmente *la dichiarazione della procuratrice Elsa Bemacchi – scelta priva di qualsiasi onere e sotto ogni punto di vista più logica – e quella di ometterla ancora esponendosi nuovamente alle citate censure da parte della S.A. e/o di un'eventuale parte ricorrente (rivelatasi incidentalmente una sua consorziata), sembra aver preferito consapevolmente la seconda strategia, probabilmente in chiave anticoncorrenziale*;

non può, pertanto, ritenersi inconsapevole la condotta dell'O.e. che per la seconda volta a distanza di breve tempo ha operato la medesima grave omissione, ciò anche in considerazione del notevole importo dell'affidamento oggetto della procedura di gara e delle inevitabili conseguenze che tale omissione avrebbe potuto comportare".

Con il terzo motivo di appello incidentale, infine, il provvedimento sanzionatorio dell'Anac viene impugnato anche sotto il profilo del mancato rispetto del termine

perentorio di 180 giorni per la conclusione del relativo procedimento, decorrente dalla comunicazione di avvio dello stesso.

Non potrebbero infatti essere invocate le sospensioni previste dal Regolamento Anac, dal momento che queste non potrebbero comunque porsi in violazione del principio di tempestività della conclusione del procedimento sanzionatorio, ad avviso dell'appellante incidentale già quantificato in un termine più che congruo di 180 giorni.

Neppure questo motivo è fondato.

Come documentato dall'appellante Anac, il procedimento risultava avviato il 16 novembre 2016 – a seguito di segnalazione acquisita il precedente 8 novembre – con concessione di 30 giorni per repliche; poiché il procedimento "*è sospeso in tutti i casi in cui il Regolamento prevede l'assegnazione di un termine alle parti o a terzi*", il calcolo dei 180 giorni decorreva dal giorno in cui erano pervenute le prime memorie (il 15 dicembre 2016), con le quali la Manutencoop peraltro si avvaleva della facoltà di chiedere un'audizione.

Dal momento che la prima data utile a tal fine era quella del 18 maggio 2017 (circostanza non confutata, ma a rigore neppure smentita dall'appellante incidentale), fino a quella data il termine nuovamente rimaneva sospeso.

Il procedimento veniva poi sospeso per ulteriori due giorni, al fine di istruire una richiesta d'accesso pervenuta il 11 ottobre 2017, che si aggiungevano ai sette giorni concessi per il riscontro alla comunicazione delle risultanze istruttorie. Quest'ultima veniva inviata il 4 ottobre 2017 e le repliche (tardive) pervenivano il successivo 16 ottobre.

Alla luce di tale scansione procedimentale, risulta persuasiva la giustificazione fornita dall'Anac nella propria memoria 3 marzo 2018 circa la tempestività dell'adozione del provvedimento, deliberato il 25 ottobre 2017 e notificato il 10 novembre 2017.

Conclusivamente, alla luce dei rilievi che precedono l'appello principale dell'Anac va accolto, mentre va respinto quello incidentale proposto da Manutencoop s.p.a.

La particolarità delle questioni sottoposte all'esame del Collegio e la loro parziale novità giustificano peraltro l'integrale compensazione, tra le parti, delle spese di lite del grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie, per l'effetto respingendo, in riforma dell'appellata sentenza, il ricorso originariamente proposto da Manutencoop Facility Management s.p.a.

Respinge l'appello incidentale proposto da quest'ultima.

Compensa tra le parti le spese di lite del grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 25 ottobre 2018 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Alessandro Maggio, Consigliere

Valerio Perotti, Consigliere, Estensore

Federico Di Matteo, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

L'ESTENSORE
Valerio Perotti

IL PRESIDENTE
Francesco Caringella

IL SEGRETARIO