

*Avvocatura Generale dello Stato*

Via dei Portoghesi, 12

00186 ROMA

Roma,

Partenza Cs. 31275/18

Si prega di indicare nella
successiva corrispondenza i dati
sopra riportati

*Risposta a nota del 7.8.2018**Prot. n. 17061*

Oggetto: Richiesta di parere in merito a possibili anomalie relative alla procedura di gara per il trasferimento a terzi dei complessi industriali facenti capo alle società del gruppo ILVA in amministrazione straordinaria.

1. Quesito.

Con nota del 7 agosto 2018, codesto Ministero ha formulato richiesta di parere in merito alla configurabilità di possibili anomalie relativamente alla procedura di gara per il trasferimento a terzi di complessi industriali facenti capo alle società del gruppo ILVA in A.S. (amministrazione straordinaria).

Le criticità riguardano sia specificamente taluni passaggi del procedimento con cui si è pervenuti alla aggiudicazione, che aspetti di particolare complessità nella interpretazione ed applicazione della normativa di riferimento.

In ragione dell'estrema urgenza rappresentata, derivante anche dalla imminente scadenza del termine fissato per la conclusione del procedimento in autotutela, il presente parere viene reso allo stato degli atti trasmessi, dovendosi necessariamente demandare all'Amministrazione la verifica di talune questioni di fatto e ferma la disponibilità di questa Avvocatura a fornire ulteriori integrazioni se richieste.

2. Ricostruzione della questione

~~Ministero dello Sviluppo Economico~~
~~mise. AOC UDCM REGISTRO UFFICIALE I. 0017718.21-08-~~
~~2018~~

~~Struttura: UDCM GAB~~

REGISTRO UFFICIALE

Prot. n. 0017718 - 21/08/2018 - INGRESSO

titolario: 34.05.

URGENTE

**Ministero dello Sviluppo
Economico, del Lavoro e
delle Politiche Sociali**

Gabinetto del Ministro

ROMA**21/08/2018-437348 P**

AGS Roma / A MANO



0437348-2018PAOORM

4.2
8/1



Avvocatura Generale dello Stato

Ai fini di una chiara e puntuale definizione dei quesiti posti e del contesto di riferimento, appare utile una breve ricostruzione delle problematiche insorte, dando ovviamente per cogniti i relativi atti e pareri.

2.1 I pareri dell'Avvocatura dello Stato

Come sopra accennato, occorre *in limine* dar conto, secondo un criterio temporale, dei pareri maggiormente rilevanti ai fini dei quesiti posti resi da questa Avvocatura e riguardanti vari aspetti attinenti alla procedura di trasferimento del complesso industriale ILVA.

Con un parere del 10.5.2017, questa Avvocatura si esprimeva sul c.d. rischio regolatorio (eventualmente discendente dalle osservazioni critiche della Commissione UE in materia di antitrust) e sulle possibili contromisure da adottarsi da parte dell'A.S. e riteneva condivisibile la possibilità di chiedere alle imprese offerenti una proroga della validità delle rispettive proposte vincolanti fino al 31.3.2018, di guisa da coprire l'arco temporale presumibilmente necessario alla Commissione Europea per concludere l'iter di valutazione. In alternativa a quanto sopra prospettato, si riteneva utilmente praticabile anche la proposta volta a rideterminare la durata delle garanzie contrattuali fino al completamento degli investimenti previsti dal Piano Industriale.

L'eventuale soluzione di ottenere garanzie dagli offerenti tese a mantenere invariato il Piano Industriale ed i correlativi standard occupazionali, a prescindere dalle valutazioni antitrust della Commissione, veniva considerata coerente con gli obiettivi della procedura e della normativa UE, ma tuttavia incoercibile in quanto impostata su base volontaristica.

Con successive consultazioni del 1° 6.2017 e 14.9.2017 questa Avvocatura si esprimeva su questioni più propriamente aderenti a quella in trattazione con la presente.

In particolare, con la prima si rispondeva al quesito dell'Amministrazione relativo all'ammissibilità, alla luce della istanza di aggiudicazione formulata dai Commissari Straordinari in favore della cordata Arcelor Mittal, di soprassedere all'aggiudicazione sulla base delle offerte definitive presentate dalle due cordate partecipanti, in particolare avuto riguardo alla possibilità per le medesime di formulare offerte migliorative.

Al riguardo, veniva preliminarmente osservato come la giurisprudenza amministrativa (cfr. Consiglio di Stato, sentenze 592/2014 e 2840/2014; T.A.R. Lazio 5172/2012) ed anche il quadro normativo di riferimento esprimano un tendenziale favore per un'interpretazione della procedura selettiva in esame in



Avvocatura Generale dello Stato

termini di massima flessibilità; il che conduceva evidentemente a ritenere l'ammissibilità nelle procedure di A.S di fasi dedicate a rilanci e/o proposte migliorative. Tutto ciò a maggior ragione nella fattispecie, considerando l'ampio potere riconosciuto ai Commissari al punto 9.2 della Lettera di procedura posta a base di gara, testualmente così formulata *"I Commissari Straordinari si riservano la più ampia facoltà di integrare, modificare e/o specificare, quanto oggetto della presente Lettera di procedura nonché di assumere qualsivoglia decisione in ordine allo svolgimento della procedura, ed in particolare, a titolo esemplificativo e non esaustivo, la facoltà di sospendere, interrompere e/o rinnovare in ogni momento, senza preavviso, lo svolgimento della Procedura nonché di non accettare nessuna offerta e/o di recedere nel corso delle successive fasi di negoziazione in esclusiva senza che l'esercizio di una o più delle suddette facoltà possa darVi, in alcun caso, diritto ad alcuna rivendicazione o pretesa per danni e/o spese sopportate nell'ambito della Procedura o comunque in ragione del suo svolgimento"*.

Tale ampio potere riconosciuto ai Commissari di regolare e/o modificare le regole di gara ricomprendeva dunque senz'altro anche il potere di richiedere rilanci od offerte migliorative ancorché, per quanto si dirà, questo potere previsto nell'Invito a manifestare interesse non fosse stato confermato nella Lettera di procedura.

D'altro canto, venivano però evidenziate in punto di diritto – e fermo restando che ogni decisione in merito non poteva che essere rimessa agli organi della procedura – una serie di questioni di rilievo in proposito.

Si sottolineava, quindi, come l'apertura di una nuova fase di selezione delle offerte dovesse essere effettuata in presenza di una concreta proposta migliorativa vincolante per il proponente, e comunque evitando la decadenza dell'offerta vincolante a quella data pervenuta.

Inoltre, si evidenziava che la nuova fase selettiva avrebbe dovuto tenere in considerazione non il solo fattore economico, posto che nella procedura *de qua* la valutazione delle proposte non afferiva solo al prezzo, ma ad una molteplicità di profili ulteriori e diversi, ciascuno valorizzato con appositi punteggi.

Veniva infine posta in evidenza anche la necessità (per l'ipotesi in cui si fosse optato per procedere ai "rilanci") di un differimento *ex lege* del termine per l'attuazione del Piano Ambientale, in considerazione dei tempi che la nuova fase avrebbe richiesto.

Infine, con parere del 14.9.2017, questa Avvocatura Generale riscontrava la richiesta del Ministero dello Sviluppo Economico in merito alla corretta valutazione delle tempistiche di legge entro cui l'aggiudicatario dovesse dare



Avvocatura Generale dello Stato

attuazione alle prescrizioni tecniche impartite dal Ministero dell'Ambiente, a fronte delle richieste di modifica od integrazione dallo stesso formulate. Può in questa sede rinviarsi per i dettagli al citato parere, dovendosi qui soltanto precisare (trattandosi di questione oggi rilevante per quanto si dirà) che non formava oggetto della richiesta di consultazione il tema della possibilità di interpellare anche degli altri soggetti che a suo tempo avevano manifestato interesse partecipativo, in conseguenza del mutamento delle condizioni di gara (segnatamente, dei termini per l'adeguamento ambientale).

2.2 La lettera della Regione Puglia e la richiesta di parere all'ANAC

Con missiva del 10.7.2018 diretta al Vice Presidente del Consiglio dei Ministri e Ministro dello Sviluppo Economico e del Lavoro e delle Politiche Sociali, il Presidente della Regione Puglia avanzava alcuni dubbi sulla correttezza della procedura.

Si evidenziava in primo luogo che la preferenza accordata alla cordata Arcelor Mittal apparirebbe incongrua, in quanto basata solo sull'offerta economica, senza considerare gli *"aspetti qualitativi della medesima offerta"*.

In particolare, si sottolineava come la cordata AcciaItalia avesse avanzato una proposta dal punto di vista cronologico, tecnologico ed occupazionale di maggior rilievo rispetto a quella della cordata aggiudicataria, considerando altresì gli effetti sfavorevoli delle misure correttive imposte dalla Commissione Europea in tema di antitrust.

Concludeva il Presidente della Regione Puglia suggerendo *"opportune verifiche sulla correttezza della procedura di gara espletata, eventualmente avvalendosi dell'ANAC"*.

Seguiva alla suddetta lettera, in data 11.7.2018, la richiesta di parere da parte del Ministro dello Sviluppo Economico all'Autorità Nazionale Anticorruzione, diretta al Presidente ed ai componenti dell'Autorità stessa.

Segnatamente, il Dicastero rappresentava come la determinazione di ampliare il margine temporale per l'attuazione degli interventi previsti nel Piano (per effetto del D.L. 244 del 30.12.2016 convertito dalla legge 19/2017, cd. "Milleproroghe") avrebbe dovuto suggerire di riaprire la procedura nell'interesse di tutti gli altri soggetti invitati a manifestare il proprio interesse, i quali, invece, avevano formulato le rispettive valutazioni avendo presente il termine finale del 2017.

Altresì, si evidenziava come l'impresa aggiudicataria, in ragione dello slittamento del termine finale, avesse ritenuto di poter rideterminare anche le



Avvocatura Generale dello Stato

scadenze intermedie che erano già state fissate con proprio decreto dal Ministero dell'Ambiente: ciò tuttavia apparirebbe contrario alla regolamentazione della procedura *de qua*, atteso che la previsione di legge appare chiara *“nel disporre l'esclusione delle offerte che non si siano adeguate alle prescrizioni tecnico-ambientali del Ministero dell'Ambiente”*.

Di talché *“il soggetto aggiudicatario, fermo restando il termine finale (del 23 agosto 2023) avrebbe in ogni caso dovuto (e, a ben vedere, deve) osservare le scadenze intermedie indicate dal Ministero dell'Ambiente per l'esecuzione dei singoli e specifici interventi richiesti”*.

In ultimo, veniva rilevato come, a seguito dell'apertura delle offerte e dell'attribuzione dei punteggi, *“la cordata risultata seconda classificata abbia chiesto di avviare il procedimento derivato di rilancio delle offerte, in ossequio alla più consolidata prassi di mercato nonché nel pieno rispetto di ogni altro vincolo normativo”*.

Per tal via, la successiva intervenuta esclusione di offerte migliorative, risulterebbe *“dubbia, quantomeno alla luce dell'opportunità (negata) di poter soddisfare al meglio l'interesse pubblico”*.

2.3 Il parere ANAC

Con riferimento alle questioni sopra riportate, l'Autorità Nazionale Anticorruzione nel parere reso il 19.7.2018 affrontava preliminarmente il tema della propria legittimazione a rendere il parere richiesto, essendo la procedura in questione esclusa dal campo di applicazione del D.Lgs. 50/2016 ed i relativi contratti non riconducibili al contratto di appalto né ai contratti cosiddetti “esclusi” indicati dallo stesso Codice. Peraltro, tenuto conto dei criteri di parità di trattamento, trasparenza e non discriminazione cui si conforma la procedura in questione, l'ANAC riteneva di poter esprimere il richiesto parere *“in uno spirito di leale collaborazione istituzionale”* e *“senza alcun potere di accertamento specifico o di vigilanza”*.

Nel merito l'ANAC osservava, con riferimento alla questione attinente l'incidenza sulla procedura di vendita della modifica del termine per il completamento del Piano Ambientale, come il *“più ampio arco temporale di realizzazione del piano ha senza dubbio modificato in modo rilevante il quadro economico e fattuale tenuto in considerazione dalle imprese che hanno partecipato alla prima fase della procedura per decidere della prosecuzione alla gara”*.



Avvocatura Generale dello Stato

Per tale ragione – continuava ANAC – *“il periodo più lungo di addirittura sei anni avrebbe potuto spingere più imprese a partecipare alla competizione, aumentando il livello di concorrenza e la stessa qualità delle offerte. Pur nella specificità della procedura di che trattasi, ispirata alla libertà delle forme tipiche della trattativa privata, tali considerazioni avrebbero potuto indurre a valutare motivatamente, in un senso o nell’altro e anche nel confronto con l’interesse pubblico alla rapida definizione della procedura, l’opportunità di una riapertura dei termini per consentire alle imprese eventualmente interessate di compiere nuove scelte industriali che avrebbero reso possibile e appetibile la partecipazione alla procedura”*.

Con riguardo alla rideterminazione delle scadenze intermedie effettuata dall’aggiudicatario, l’Autorità Nazionale Anticorruzione operava puntuale menzione della normativa di gara, la quale prevedeva l’obbligo di conformità delle offerte definitive vincolanti al parere rilasciato dal Ministero dell’Ambiente all’esito del procedimento valutativo sulle offerte iniziali.

Per quanto attiene alla regolarità dell’offerta, l’Autorità, dato atto delle modifiche normative intervenute che posponevano il termine ultimo per l’attuazione del Piano Ambientale al 2023, evidenziava come la modifica normativa non avesse fatto venir meno il carattere vincolante delle prescrizioni contenute nel parere del Ministero dell’Ambiente.

Di talché, il mancato rispetto delle medesime imponeva all’Amministrazione di valutare la conformità al Piano Ambientale dell’offerta vincolante, potendo peraltro tutto ciò impingere sull’attribuzione dei punteggi basati sui criteri di carattere temporale.

Infine, con riferimento al profilo riguardante la preclusa possibilità di avviare il procedimento di rilancio delle offerte, l’ANAC, anche sulla base del parere di questa Avvocatura Generale del 1°.6.2017, rilevava come dalla *“lettura combinata dei due documenti (n.d.r. Invito a manifestare interesse e Lettera di procedura) emerge quindi una regolamentazione non chiara della legge di gara, la quale da un lato prevede che la fase successiva all’Invito a manifestare interesse si articolerà (anche) nell’espletamento di uno o più fasi di rilancio, dall’altro non disciplina dettagliatamente le modalità con le quali tali rilanci potranno essere effettuati e valutati”*.

Ciononostante – prosegue l’ANAC – *“la mancata adeguata regolamentazione (...) delle fasi di rilancio non sembra tuttavia idonea a far ritenere caduca la norma della lex specialis che la prevede in via generale con la conseguenza che, a fronte di un’espressa richiesta dell’impresa seconda classificata, essa avrebbe dovuto avere luogo ove ritenuta utile - con motivata*



Avvocatura Generale dello Stato

decisione dei commissari - ad una migliore tutela dell'interesse pubblico e sempre che non ostassero circostanze di fatto o di diritto idonee a impedirne l'espletamento o a incidere negativamente sui richiamati principi di parità di trattamento, trasparenza e non discriminazione che devono improntare l'intera procedura di aggiudicazione".

L'ANAC concludeva il proprio parere ricordando come *"l'individuazione di eventuali irregolarità non potrebbe portare di per sé all'adozione di provvedimenti di autotutela su determinazioni della serie procedimentale attribuita alle competenze di codesto Ministero"*, salvo l'accertamento, con conseguente idonea motivazione sul punto, dell'esistenza di un *"interesse pubblico specifico all'annullamento diverso, secondo la costante giurisprudenza amministrativa, dal mero ripristino della legalità"*.

2.4 L'avvio del procedimento

Con nota del 24.7.2018, il Ministero dello Sviluppo Economico, considerato quanto emerso dall'attività istruttoria avente ad oggetto la documentazione della procedura di gara *de qua* e il parere sopra menzionato dell'ANAC, riteneva sussistenti i presupposti per promuovere il procedimento, ex art. 7 legge 241/90, per l'eventuale annullamento in autotutela, ai sensi dell'art. 21-*nonies* della stessa legge, del decreto del Ministro dello sviluppo economico in data 5.6.2017 di autorizzazione all'aggiudicazione dei complessi aziendali in questione, del decreto del Ministro dello sviluppo economico in data 9.6.2017 confermativo del precedente e di ogni altro atto consequenziale inerente la procedura intervenuta al fine di verificare l'effettiva esistenza degli ipotizzati vizi di legittimità e delle ragioni di interesse pubblico.

I soggetti interessati venivano invitati a fornire le proprie eventuali valutazioni con memorie scritte.

3. Le deduzioni di Arcelor Mittal Investo Co Italy s.r.l.

La società aggiudicataria Arcelor Mittal Invest Co Italy s.r.l. (di qui in poi Arcelor Mittal o AM), con nota in data 3.8.2018 inviata anche a questa Avvocatura dello Stato, formulava le proprie osservazioni sui rilievi formulati dal MISE e dall'ANAC.

3.1. Deduzioni di AM sulla conformità della proposta



Avvocatura Generale dello Stato

In primis, AM adduceva l'erroneità dell'assunto secondo cui l'offerta presentata dalla Società non avesse rispettato le scadenze intermedie previste in ambito ambientale.

Al riguardo, rilevava in punto di fatto come *“l'offerta vincolante del 6 marzo 2017 era pienamente coerente con le regole della Procedura. È infatti documentalmente provato che, come richiesto dalla legge a pena di esclusione, il piano ambientale di AM InvestCo allegato all'offerta vincolante rispettava puntualmente tutte le scadenze intermedie stabilite dal parere del Ministero dell'Ambiente del 3 gennaio 2017”*.

3.2 Deduzioni di AM sui mancati rilanci.

Altresì, AM sosteneva la legittimità della decisione dei Commissari Straordinari di non aprire una fase di rilanci, atteso che:

“a. nessuna legge impone obbligatoriamente l'espletamento di una fase di rilanci, (...);

b. le regole di procedura escludevano chiaramente una fase di rilanci (...)

c. (n.d.r. la procedura derivata di rilanci) si sarebbe posta in contrasto con i principi di trasparenza e parità di trattamento(...)

d. la fase di rilanci sarebbe derivata da una richiesta illegittima e irricevibile in quanto presentata ben dopo la presentazione delle offerte vincolanti e (...) da parte non già di Acciaitalia ma solo da due soci (Jindal e Delfin),

e. l'apertura di una fase di rilanci, in ogni caso, sulla base di una valutazione a posteriori, sarebbe stata comunque del tutto inutile in quanto (i) avrebbe precluso il completamento del processo di modifica (ed estensione del termine) del piano ambientale entro il termine massimo previsto dalla legge (...), (ii) avrebbe richiesto l'erogazione di fondi pubblici per consentire a ILVA di continuare ad operare, in palese violazione delle regole europee sugli aiuti di Stato; (iii) nelle circostanze i rilanci non avrebbero condotto a un prezzo superiore e (iv) senza alcuna garanzia sulla capacità finanziaria e industriale di sostenere l'asserito miglioramento dell'offerta iniziale richiesto dai due soci di Acciaitalia (...).”

3.3 Deduzioni di AM sulla riapertura dei termini



Avvocatura Generale dello Stato

Inoltre, avendo riguardo alla mancata riapertura della procedura a fronte dell'estensione dei termini di completamento del piano ambientale, AM deduceva - anche in questo caso - la sua *"inutilità"*, posto che nessun altro possibile offerente si era manifestato; d'altro canto, si rimarca come ciò fosse altresì *"oggettivamente impossibile"* in virtù della incompatibilità di una tale eventuale riapertura rispetto alle tempistiche dettate da disposizioni di rango primario per il completamento della Procedura e l'emanazione del DPCM di approvazione delle modifiche al Piano Ambientale.

3.4 Ulteriori deduzioni di AM

Con ulteriori motivi, la Società sottolineava la potenziale contrarietà all'interesse pubblico dell'annullamento del decreto di aggiudicazione, in quanto:

"a. accrescerebbe ulteriormente le perdite generate dalle attività di ILVA (...)

b. pregiudicherebbe le ragioni ambientali e di tutela della salute (...)

c. rischierebbe di determinare l'arresto delle attività produttive degli stabilimenti (...)".

Infine, AM procedeva ad enucleare ulteriori possibili criticità in caso di scelta demolitoria della procedura in esame, con precipuo riguardo alla (asserita) intangibilità del contratto (retto da regole privatistiche), alla violazione delle regole amministrative che disciplinano il procedimento, all'affidamento in essa ingenerato riguardo alla stabilità del contratto ed altri profili per la cui illustrazione può rinviarsi al documento relativo.

4. Le deduzioni dei Commissari dell'A.S.

I Commissari della procedura di Amministrazione Straordinaria, in riscontro alla comunicazione d'avvio del procedimento ex art. 7 l. 241/90 del 24.7.2018 e della pedissequa comunicazione del 26.7.2018, premessa una breve sintesi sulle vicende occorse dopo l'aggiudicazione, procedevano a loro volta a fornire le proprie deduzioni.

4.1 Le deduzioni dei Commissari sulla mancata riapertura dei termini

In merito alla prima problematica (i.e. riapertura dei termini all'esito del differimento dell'attuazione del Piano Ambientale), veniva osservato quanto segue.



Avvocatura Generale dello Stato

Anzitutto, si precisava che la prima modifica temporale, prevista con la legge di conversione del D.L. 191/2015 (la quale spostava il termine di ultimazione del Piano Ambientale dal 31.12.2016 al 30.6.2017), era intervenuta già prima della scadenza del termine di presentazione delle manifestazioni di interesse, di guisa che tutti i soggetti potenzialmente interessati hanno avuto modo di considerarla e quindi di decidere se partecipare o meno alla procedura.

Indi, sebbene con D.L. 98/2016 il Legislatore avesse introdotto la possibilità di presentare in offerta proposte di modifica al Piano Ambientale relative (anche) al possibile differimento del termine di ultimazione degli interventi previsti fino ad un massimo di 18 mesi dal 30.6.2017, rimaneva fermo il termine *ex lege* di presentazione delle offerte al 30.6.2016.

Tanto rilevato, i Commissari evidenziavano come l'eccessiva brevità temporale tra l'emanazione del decreto legge citato (9.6.2016) ed il termine di presentazione delle offerte (rimasto immutato al 30.6.2016) aveva sconsigliato di riaprire la procedura, attesa l'evidente impossibilità per i nuovi possibili partecipanti di dare corso in soli 21 giorni a tutti i complessi adempimenti prescritti.

Ed ancora, con riguardo alla modifica normativa intervenuta nelle more della presentazione dell'offerta vincolante definitiva ad opera della legge 19/2017 di conversione del D.L. 244/2016, i Commissari evidenziavano l'impossibilità – anche all'esito di tale novità – di riaprire la procedura per un duplice profilo.

Da un lato, infatti, si riteneva ostativa la previsione legislativa del termine ultimo di presentazione delle offerte, rimasto ancorato all'ormai decorso 30.6.2016; d'altra parte, ragioni di intrinseca fattibilità escludevano una simile soluzione, atteso che dalla data di entrata in vigore della sopra citata legge di conversione (27.2.2017) alla data di scadenza del Piano Ambientale (30.9.2018) non vi era tempo sufficiente per i necessari passaggi procedurali (procedura di aggiudicazione e approvazione del D.P.C.M.).

4.2 Le deduzioni dei Commissari sulla conformità della proposta

Sotto l'aspetto del mancato rispetto o meno dell'offerta vincolante di AM rispetto al Parere MATTM, i Commissari confermavano la conformità dell'offerta al parere.

4.3 Le deduzioni dei Commissari sui mancati rilanci



Avvocatura Generale dello Stato

In riferimento alla questione relativa alla non attivazione della procedura dei rilanci, i Commissari tra l'altro sottolineavano l'irrilevanza della difformità tra l'Invito a manifestare interesse e la Lettera di procedura, non avendo il primo un contenuto precettivo funzionale all'individuazione degli elementi essenziali della procedura di gara. Ciò in quanto – continuavano i Commissari – tale invito svolgerebbe una funzione conoscitiva circa la volontà dell'Amministrazione Straordinaria di cedere i complessi industriali ILVA, con contestuale stimolazione alla presentazione di manifestazioni di interesse da parte dei soggetti interessati.

Inoltre, si poneva l'attenzione sul fatto che la Lettera di procedura non aveva previsto una fase di rilanci, bensì solo *"un eventuale fase di negoziazione in esclusiva"* con il soggetto aggiudicatario (poi effettivamente avvenuta). Ed inoltre, tale Lettera – a differenza dell'Invito a manifestare interesse che non costituirebbe atto della procedura – sarebbe stata accettata dagli offerenti senza riserve ed allegata alle proprie offerte vincolanti.

Da ultimo, la relazione commissariale aveva cura di precisare che, stante la mancata previsione nella Lettera di procedura, i rilanci – in conformità al parere reso da questa Avvocatura Generale dello Stato sopra menzionato – avrebbero potuto aver luogo solo *"in presenza di una richiesta formulata legittimamente ed effettivamente dal secondo classificato"*.

Tuttavia, si faceva notare sull'argomento come la proposta in rilancio effettuata dalla seconda classificata non poteva essere ritenuta ammissibile alla luce delle irregolarità che la contraddistinguevano. In particolare, sulla base dello statuto sociale di AcciaItalia e della visura camerale (effettuata in data 3 giugno, ovvero il giorno della richiesta) appariva dubitabile che la delibera societaria (approvata da due consiglieri su quattro, rappresentanti di soli due soci) potesse considerarsi idonea ad impegnare AcciaItalia e, come tale, costituire legittima richiesta di apertura della nuova fase dei rilanci.

5. La relazione istruttoria del Responsabile del Procedimento

È stata trasmessa la relazione del Responsabile del procedimento (da qui innanzi anche il "Responsabile" o il "RdP"), il quale ha proceduto, in via preliminare, ad una sintesi degli eventi occorsi fino alla comunicazione di avvio del procedimento e all'analisi delle osservazioni proposte da AM e dai Commissari straordinari.



Avvocatura Generale dello Stato

5.1 Le valutazioni del Responsabile del procedimento sulla mancata riapertura dei termini

Con riferimento alla prima delle problematiche evidenziate dalla comunicazione di avvio del procedimento, il RdP, premessa una ricostruzione cronologica della normativa succedutasi, ha evidenziato come il termine di presentazione delle offerte era fissato *ex lege* al 30.6.2016, *“e come tale non era modificabile, in quanto non nella disponibilità delle parti, né dei Commissari né del Ministero”*.

Alla data citata valeva, come termine ultimo per l'attuazione del Piano ambientale, il giorno 30.6.2017, (fissato dal D.L. 98/2016 e prorogabile di ulteriori 18 mesi).

Quindi, in primo luogo, evidenziava, in ottica pro-concorrenziale, che tutti gli interessati erano stati posti in condizione di presentare la propria offerta, ma che, ciò nonostante, nessun operatore del mercato, diverso da AM e AcciaItalia, aveva presentato offerta nei termini di legge.

Inoltre, il Responsabile rilevava come, atteso il termine inderogabile *ex lege* di presentazione delle offerte fissato al 30.6.2016, *“non era possibile riaprire i termini della gara”*. Ne conseguiva che *“la modifica del termine al 2023 interessava solo coloro che avevano presentato la propria offerta nel termine di legge al 30 giugno 2016 e che, al pari di tutti gli altri, a quella data, disponevano del medesimo contenuto informativo”*.

5.2 Le valutazioni del Responsabile del procedimento sulla conformità della proposta

La relazione del Responsabile, in seconda istanza, analizzava la legittimità della procedura di aggiudicazione con riguardo al profilo attinente al rispetto da parte degli offerenti delle prescrizioni contenute nel parere del MATTM.

All'uopo, il Responsabile condivideva quanto già affermato nelle proprie note da parte dell'AM e dei Commissari straordinari, ribadendo come *“le offerte risultavano corredate di tutti gli allegati richiesti e, per quanto attiene specificatamente il tema in oggetto, del piano ambientale in particolare”*.

Si precisava altresì che *“i piani ambientali presentati da entrambi gli offerenti prevedevano il completamento degli interventi come da prescrizioni anche con riferimento a tutte le scadenze intermedie ivi previste”*.

Tanto rilevato, il Responsabile concludeva confermando la legittimità della procedura di aggiudicazione e, in particolare, la conformità delle offerte



Avvocatura Generale dello Stato

vincolanti e definitive presentate dagli offerenti in data 6.3.2017 rispetto al parere del Ministero dell'ambiente.

5.3 Le valutazioni del Responsabile del procedimento sui mancati rilanci.

Con riferimento all'ultimo profilo problematico inerente alla mancata apertura della fase derivata dei rilanci, il Responsabile del procedimento faceva preliminarmente richiamo al parere di questa Avvocatura.

Inoltre, il Responsabile evidenziava che la decisione di non effettuare rilanci è esente da violazione di legge e conforme a quanto rilevato da ANAC posto che la decisione su una fase di rilanci avrebbe dovuto avere luogo in relazione *“ad una migliore tutela dell'interesse pubblico e sempre che non ostassero circostanze di fatto o di diritto idonee a impedirne l'espletamento o a incidere negativamente sui richiamati principi di parità di trattamento, trasparenza e non discriminazione che devono improntare l'intera procedura di aggiudicazione”*.

6. I quesiti

In relazione ai singoli quesiti posti, si osserva quanto segue.

6.1 L'eventuale riapertura dei termini

La prima criticità segnalata da codesto Ministero attiene alla *“decisione, pur a fronte di un consistente ampliamento del margine temporale per l'attuazione degli interventi previsti nel Piano ambientale, di non riaprire la procedura di gara nell'interesse di tutti gli altri soggetti invitati a manifestare il proprio interesse”*.

Analoghe osservazioni ha formulato l'ANAC, secondo la quale *“il ben più ampio arco temporale di realizzazione del piano ha senza dubbio modificato in modo rilevante il quadro economico e fattuale tenuto in considerazione dalle imprese che hanno partecipato alla prima fase della procedura per decidere della prosecuzione alla gara. Il periodo più lungo di addirittura sei anni avrebbe potuto spingere più imprese a partecipare alla competizione, aumentando il livello di concorrenza e la stessa qualità delle offerte. Pur nella specificità della procedura di che trattasi, ispirata alla libertà delle forme tipiche della trattativa privata, tali considerazioni avrebbero potuto indurre a valutare motivatamente, in un senso o nell'altro e anche nel confronto con l'interesse pubblico alla*



Avvocatura Generale dello Stato

rapida definizione della procedura, l'opportunità di una riapertura dei termini per consentire alle imprese eventualmente interessate di compiere nuove scelte industriali che avrebbero reso possibile e appetibile la partecipazione alla procedura".

La questione posta ha sicuro rilievo in un'ottica pro-concorrenziale e di massimizzazione dell'interesse pubblico, tipica della procedura in questione.

È noto infatti che, in un primo momento, il D.L. 191/2015 aveva previsto come termine ultimo per l'attuazione del Piano Ambientale la data del 31.12.2016, poi differito, ad opera della L. 13/2016, di conversione del citato D.L., al 30.6.2017.

Successivamente, con D.L. 98/2016 (come convertito con legge 151/2016), veniva prevista la possibilità di prorogare il suddetto termine del 30.6.2017 di ulteriori 18 mesi, e quindi fino al 31.12.2018. Infine, con la legge 19/2017 (di conversione del D.L. 244/2016) il termine ultimo è stato fatto coincidere con la scadenza dell'A.I.A. (i.e. 23.8.2023).

Ciò brevemente considerato, occorre sottolineare come il termine ultimo per la presentazione delle offerte da parte dei soggetti ammessi alla procedura era ed è sempre rimasto fissato al 30.6.2016. Tale termine, come rileva anche il RdP, non era in effetti nella disponibilità della Gestione Commissariale, né tanto meno del Ministero, ma poteva essere modificato solo per scelta legislativa, in via ordinaria o con decretazione d'urgenza.

In punto di fatto, nelle proprie deduzioni, i Commissari argomentano lungamente sulla impossibilità per soggetti terzi rispetto ai due che avevano presentato le proprie offerte di partecipare, e ciò per la assoluta incompatibilità delle relative tempistiche e per la complessità degli adempimenti prodromici alla presentazione delle offerte.

A ben vedere dunque, se lacuna vi è stata, essa pare riferibile più che all'operato dell'Amministrazione al mancato coordinamento da parte del legislatore, in ottica pro-concorrenziale, del termine per la presentazione delle offerte rispetto alla dilatazione dei tempi per l'attuazione degli interventi ambientali: in astratto il legislatore avrebbe potuto adeguare il primo al secondo, sì da consentire la più ampia e consapevole partecipazione di altri soggetti.

È ben noto tuttavia che in siffatte procedure i tempi necessari per la predisposizione delle offerte sono inevitabilmente lunghi per la complessità degli adempimenti preparatori richiesti.

Senonché, è stata proprio la finalità acceleratoria della normativa in questione a consentire di superare il vaglio di costituzionalità, considerato che



Avvocatura Generale dello Stato

“sussistevano esigenze di accelerazione rese doverose dalla peculiarità e dalla gravità della situazione creatasi a Taranto e concretizzatasi nell’anticipazione della fase della valutazione delle eventuali modifiche e integrazioni al Piano del 14 marzo 2014 al momento della selezione dei soggetti offerenti” (Corte Cost. sentenza 182/2017).

Non è quindi dato ragionevolmente immaginare oggi se un’eventuale riapertura *ope legis* delle offerte avrebbe pure superato il vaglio di costituzionalità.

Con riferimento alla circostanza in esame, più che un’ipotesi di annullamento in autotutela per vizi di legittimità, che parrebbe da escludersi, in astratto sembrerebbe più plausibilmente profilarsi una situazione riconducibile alla revoca dell’aggiudicazione per motivi di opportunità (art. 21-*quinquies* della legge 241/90), ove le risultanze di una istruttoria che solo l’Amministrazione può effettuare portassero a ritenere in concreto che all’attualità altri soggetti abbiano interesse a concorrere. Percorso altrimenti sconsigliabile e comunque assai complesso, che comporterebbe l’obbligo di indennizzo in favore dell’aggiudicatario e richiederebbe in ogni caso un intervento normativo primario demolitorio della procedura svolta. Non può trascurarsi al riguardo che la giurisprudenza amministrativa, sia pure riferita a procedure disciplinate dal codice dei contratti pubblici, (Consiglio di Stato, AP, 14/2014) pacificamente esclude la praticabilità dello strumento della revoca ove al provvedimento di aggiudicazione sia seguita la stipula del contratto, dovendo in questa situazione più propriamente utilizzarsi lo strumento contrattuale del recesso.

6.2 Sul mancato rispetto dei termini intermedi

Codesta Amministrazione evidenzia altresì il *“possibile mancato rispetto, da parte della cordata aggiudicataria”* di alcuni termini temporali intermedi inerenti alle prescrizioni ambientali contenute nel parere MATTM del 9.1.2017.

Ha osservato al riguardo anche l’ANAC che *“In punto di diritto, il mancato integrale adeguamento al Piano e alle prescrizioni fissate dal Ministero è sanzionato con l’esclusione espressamente prevista dal citato art. 1 co. 8 che prevede che “sono esclusi dalla procedura gli offerenti che non accettino tutte le risultanze del parere ovvero non conformino o aggiornino di conseguenza l’offerta presentata, adeguandola, in particolare, alle prescrizioni relative alla realizzazione di specifici interventi recate nel medesimo parere, da attuare entro la scadenza dell’autorizzazione integrata ambientale in corso di validità”.*



Avvocatura Generale dello Stato

La questione riguarda le prescrizioni formulate dal Ministero dell'Ambiente, vincolanti per gli offerenti ai fini della conformità delle proprie offerte alle previsioni del Piano ambientale.

Tutti i soggetti che hanno presentato memorie hanno convenuto sull'assoluta conformità delle offerte, né vi sono agli atti trasmessi diverse emergenze istruttorie. Come osservato anche dall'ANAC sul punto *“Resta ovviamente nella competenza dell'amministrazione la valutazione, anche nelle speciali forme previste dalla normativa speciale che regola la procedura, della conformità al piano ambientale dell'offerta definitiva vincolante presentata dai partecipanti”*.

La conformità al piano ambientale dell'offerta definitiva vincolante presentata dai partecipanti, peraltro, assume una precipua rilevanza nella valutazione della procedura stessa. Ciò in virtù dell'estrema importanza ricoperta dalle esigenze di tutela ambientale e della salute pubblica, perseguite dal legislatore con i provvedimenti normativi succedutisi nel tempo e considerato altresì che la disciplina normativa *“riguardante una situazione grave ed eccezionale, si inserisce in questa cornice costituzionale che impone alle istituzioni di tenere in considerazione l'esigenza di garantire la continuità produttiva di ILVA, scongiurando una crisi occupazionale, «senza tuttavia sottovalutare la grave compromissione della salubrità dell'ambiente, e quindi della salute delle popolazioni presenti nelle zone limitrofe» (sentenza n. 85 del 2013)”* (Corte Cost. sentenza 182/2017).

Questa Avvocatura resta naturalmente a disposizione per ogni ulteriore perplessità o necessità di chiarimento che dovesse emergere al riguardo.

6.3. Sui mancati rilanci

Viene evidenziata quale ulteriore criticità relativa alla procedura di gara, *“la decisione di non dare luogo ad una o più fasi di rilancio delle offerte, contrariamente alla più consolidata prassi di mercato relativa a procedure altamente deformalizzate e finalizzate al migliore soddisfacimento dell'interesse pubblico ed in assenza di ragioni ostative di carattere normativo, con ciò rinunciando all'opportunità di poter soddisfare al meglio l'interesse pubblico, in termini tanto economici quanto ambientali ed occupazionali, mediante l'ottenimento di una o più proposte migliorative ulteriori formulabili da ambo i soggetti in gara”*.

Risulta, in concreto, che l'Amministrazione non abbia dato corso alla valutazione di una offerta *“in rilancio”* pervenuta in data 3.6.2017 da parte di AcciaItalia.



Avvocatura Generale dello Stato

È noto al riguardo che già nel parere reso da questa Avvocatura Generale in data 1.6.2017, su specifica richiesta di codesta Amministrazione, si è dato conto, sulla scorta dei più recenti arresti giurisprudenziali, di un tendenziale e generale favore del giudice amministrativo per una interpretazione tesa a privilegiare la massima flessibilità delle procedure riguardanti la cessione di complessi industriali in amministrazione straordinaria.

Ciò sul presupposto che tali procedure non sono caratterizzate dai medesimi vincoli procedurali che contraddistinguono l'affidamento dei pubblici contratti ai sensi del D.Lgs. n. 50/2016, essendo piuttosto improntate a criteri di duttilità, tesi a garantire la massimizzazione del pubblico interesse nella scelta del contraente (TAR Lazio, sent. n. 5172/2012, confermata da Cons. Stato, sent. n. 592/2014, nonché Cons. Stato n. 2840/2014).

Ad analoghe conclusioni è pervenuta ANAC nel proprio parere.

In particolare la predetta Autorità rileva, come peraltro è pacifico in atti essendovi sul punto convergenza di ricostruzione anche da parte dei Commissari, dell'aggiudicatario e del RdP, un disallineamento tra l'Invito a manifestare interesse e la Lettera di procedura: *"da una lettura combinata dei due documenti emerge quindi una regolamentazione non chiara della legge di gara, la quale da un lato prevede che la fase successiva all'Invito a manifestare interesse si articolerà (anche) nell'espletamento di uno o più fasi di rilancio, dall'altro non disciplina dettagliatamente le modalità con le quali tali rilanci potranno essere effettuati e valutati. La mancata adeguata regolamentazione, in tale ultimo documento, delle fasi di rilancio (Lettera di procedura), non sembra tuttavia idonea a far ritenere caduca la norma della lex specialis che la prevede in via generale con la conseguenza che, a fronte di un'espressa richiesta dell'impresa seconda classificata, essa avrebbe dovuto avere luogo ove ritenuta utile - con motivata decisione dei commissari - ad una migliore tutela dell'interesse pubblico e sempre che non ostassero circostanze di fatto o di diritto idonee a impedirne l'espletamento o a incidere negativamente sui richiamati principi di parità di trattamento, trasparenza e non discriminazione che devono improntare l'intera procedura di aggiudicazione. Analoghe considerazioni sono state espresse, peraltro, dall'Avvocatura dello Stato nel parere reso a codesto Ministero in data 1 giugno 2017".*

Vengono dunque in rilievo le seguenti questioni:

- I. L'omessa previsione nella Lettera di procedura di una fase di rilanci.
- II. La non valutazione in concreto dell'offerta presentata da Acciaitalia.



Avvocatura Generale dello Stato

In merito al punto I, l'analisi della documentazione di gara evidenzia come una fase di rilanci era prevista nell'ambito dell'invito a manifestare interesse, ma non è stata poi contemplata nella Lettera che regola la procedura.

Nell'Invito a manifestare interesse, si dispone infatti, al par. 6.2., che *«a seguito della scadenza del termine per la presentazione di manifestazioni di interesse di cui al precedente paragrafo 3, la Procedura si articolerà, in sintesi, nelle seguenti fasi: (a) invio ai soggetti ammessi di apposita lettera di invito a partecipare alla Procedura (di seguito, la 'Lettera di procedura') che regolerà: ... (omissis)... le modalità per l'espletamento di una o più fasi di rilancio cui potranno essere invitati tutti o parte degli offerenti; ... (omissis)... »*.

Come del resto altresì rilevato dall'ANAC, *“Il successivo par. 6.3. dell'Invito prevede, inoltre, che «i Commissari Straordinari si riservano di adeguare le successive fasi della Procedura anche in relazione ad eventuali modifiche normative, fermo il rispetto dei principi di parità di trattamento, trasparenza e non discriminazione». Dunque il documento in esame rinvia alla “Lettera di procedura” la regolamentazione (anche) delle modalità dell'eventuale espletamento di una o più fasi di rilancio. Da un primo esame della predetta Lettera di procedura, tuttavia, emerge che tale aspetto della gara non è stato adeguatamente disciplinato, come inizialmente previsto nell'Invito. Tale documento si limita, infatti, a regolamentare (per gli aspetti che qui rilevano) le modalità di presentazione delle offerte vincolanti (art. 6) ed i relativi criteri di valutazione (art. 7 con rinvio all'allegato F), nonché a prevedere una “negoziazione in esclusiva” (art. 8) con l'offerente che ha presentato l'offerta vincolante maggiormente conveniente, finalizzata ad eventuali miglioramenti dell'offerta stessa, senza quindi disciplinare nel dettaglio la possibilità di procedere a rilanci”*.

È indiscutibile che effettivamente sussiste un disallineamento tra la lettera di Invito a manifestare interesse e la Lettera di procedura.

Né sembrano condivisibili le argomentazioni formulate nelle proprie deduzioni da alcuni dei soggetti interessati, secondo i quali soltanto la seconda sarebbe *lex specialis* della procedura. Il procedimento, infatti, muove proprio dall'Invito a manifestare interesse, benché effettivamente ad esso possa non attribuirsi natura precettiva o vincolante.

È peraltro effettivamente opinabile che tale evidente disallineamento, che ANAC descrive in termini di *“regolamentazione non chiara della legge di gara”*, abbia avuto effetti pregiudizievoli sulla complessiva legittimità della procedura, che resta pur sempre di carattere privatistico, ma regolata dai principi di *“parità*



Avvocatura Generale dello Stato

di trattamento, trasparenza e non discriminazione” di cui all’articolo 1, comma 2, del D.L. 191/2015.

In senso negativo parrebbero militare una serie di considerazioni che qui rapidamente si sintetizzano:

- la Lettera di procedura recava una disciplina di dettaglio della gara univoca ed insuscettibile di dubbi, prevedendo (non già una fase di rilanci bensì) una contrattazione diretta dell’Amministrazione con il soggetto aggiudicatario. Essa è stata conosciuta ed accettata senza riserve dalle parti ed allegata alle offerte. È ben vero che l’omessa contestazione immediata del bando non ha alcun effetto preclusivo e decadenziale (giurisprudenza costante del giudice amministrativo anche ai tempi della procedura, di recente ribadita da Cons. Stato AP, 4/2018, ovviamente relativa alle procedure disciplinate dal codice dei contratti), ma è anche vero che il procedimento di aggiudicazione in uno al quale si sarebbero potuti impugnare anche gli atti del procedimento non è stato oggetto, neanche in seguito, di alcuna contestazione giurisdizionale, il che ne ha definitivamente comportato il consolidamento;

- può ovviamente discutersi in termini di opportunità sulla scelta dell’Amministrazione, come implicitamente ritenuto da ANAC e già osservato da questa Avvocatura, ma è ben noto che l’esperimento di una fase di rilanci nelle procedure in questione è sì pacificamente consentita dalla giurisprudenza, ma non certamente imposto dall’ordinamento;

- era stata comunque inserita dai Commissari una clausola (punto 9.2) la quale nella sua assoluta ampiezza e genericità prevedeva che *“I Commissari Straordinari si riservano la più ampia facoltà di integrare, modificare e/o specificare quanto oggetto della presente Lettera di procedura nonché di assumere qualsivoglia decisione in ordine allo svolgimento della procedura, ed in particolare, a titolo esemplificativo e non esaustivo, la facoltà di sospendere, interrompere e/o rinnovare in ogni momento senza preavviso, lo svolgimento della Procedura nonché di non accettare nessuna offerta e/o di recedere nel corso delle successive fasi di negoziazione in esclusiva senza che l’esercizio di uno o più delle suddette facoltà possa darvi, in alcun caso, diritto ad alcuna rivendicazione o pretesa per danni e/o supportate nell’ambito della Procedura o comunque in ragione del suo svolgimento”*;

- la questione formò oggetto (come riferito da AM nelle proprie deduzioni, dovendo questa Avvocatura rimettere a codesta Amministrazione le necessarie verifiche in ragione della ristrettezza dei tempi) di due richieste di chiarimento in corso di procedura – in data 25.6.2016 e 16.2.2017 (nella loro relazione i Commissari fanno riferimento solo alla seconda) – nelle quali i Commissari



Avvocatura Generale dello Stato

straordinari ribadirono che la negoziazione in esclusiva sarebbe stata riservata al soggetto che avesse presentato l'offerta vincolante definitiva risultata maggiormente conveniente;

- la summenzionata discrasia tra Invito a manifestare interesse e Lettera di procedura non impedì comunque ad AcciaItalia di presentare in data 3.6.2017 una offerta in rilancio, sia pure nei termini meglio specificati al punto II che segue.

Conclusivamente non parrebbe che la descritta asimmetria tra i due atti della procedura abbia sostanzialmente compromesso i principi di parità di trattamento, trasparenza e non discriminazione: evidentemente si tratta di valutazioni prognostiche sull'esito di eventuali contenziosi necessariamente incerti.

In tale ambito è peraltro necessario evidenziare come tutta la procedura dovesse essere necessariamente improntata ad esigenze di celerità.

Queste ultime appaiono evidenti proprio alla luce degli interessi che lo stesso affidamento doveva perseguire. Da un lato, infatti, è palese la necessità di garantire quanto prima il compimento delle operazioni di risanamento previste nell'ambito delle prescrizioni ambientali di cui all'A.I.A. al fine di giungere in tempi ragionevoli ad una effettiva salvaguardia della salute pubblica; dall'altro lato, gli interventi legislativi riguardanti lo stabilimento ILVA di Taranto, seppur diversi nel loro contenuto, sono accomunati da una medesima *ratio*, costituita dalla volontà che l'attività produttiva proseguisse nel rispetto dell'ambiente circostante e della salute degli individui.

In merito al punto II, non risulta in effetti dagli atti una presa di posizione espressa dei Commissari straordinari sull'offerta in rilancio di AcciaItalia né vi è riferimento all'attività istruttoria eventualmente svolta.

Allo stato, dalla documentazione in possesso della Scrivente, le ragioni dell'omessa valutazione possono dunque dedursi solo dalla relazione prodotta nell'ambito del procedimento in autotutela oggi avviato e sarebbero riconducibili alle seguenti circostanze:

- il fatto che la missiva fosse a firma non del legale rappresentante di AcciaItalia, ma solo di due consiglieri di amministrazione e che la delibera fosse stata assunta dai medesimi due consiglieri di amministrazione su quattro, in assenza degli altri ed in particolare dell'amministratore delegato: deponendo tali circostanze, ad avviso dei Commissari, per la non affidabilità dell'offerta e la sua non riferibilità a tutti i soggetti componenti la cordata, ivi compresa Cassa Depositi e Prestiti S.p.A.;



Avvocatura Generale dello Stato

- il vincolo inderogabile del 30.9.2017 entro cui doveva essere adottato il D.P.C.M. di modifica del Piano Ambientale 2014, incompatibile con una fase di rilanci;

- la necessità di consentire in ipotesi ad entrambi i partecipanti di formulare offerte migliorative non solo su prezzo e canone, ma anche sul Piano industriale e ambientale, ipotesi incompatibile con il rispetto del termine anzidetto (osservano anzi i Commissari, a riprova della correttezza del proprio assunto, che l'iter relativo alla stessa offerta vincolante di AM si sarebbe conclusa l'ultimo giorno utile prima della scadenza del 30.9.2017).

Conclusivamente sul punto, che come si è visto presenta aspetti di complessità, non può infine trascurarsi la circostanza che a suo tempo AcciaItalia non ha ritenuto di assumere alcuna iniziativa processuale e che, all'attualità, essa risulterebbe addirittura cancellata dal Registro delle Imprese a seguito della procedura di messa in liquidazione (circostanza riferita da AM nella propria relazione sulla base delle visure camerali, che ovviamente codesta Amministrazione potrà acquisire). La fase di rilanci potrebbe, comunque, almeno in parte ritenersi soddisfatta da offerte migliorative degli offerenti nell'ambito della contrattazione prevista dalla Lettera di procedura.

Sul punto devono qui richiamarsi le considerazioni svolte da questa Avvocatura dello Stato con il parere del 1°.6.2017, ove si ritenne possibile una fase di rilanci, e quelle enunciate da ANAC – sopra riportate – che questa Avvocatura condivide.

In particolare, ANAC osserva che anche la mancata regolamentazione delle fasi di rilancio può comunque far ritenere non caducato l'Invito a manifestare interesse, con la conseguenza che la nuova offerta in rilancio pervenuta avrebbe dovuto essere valutata, in presenza delle seguenti condizioni:

- se ritenuta utile ad una migliore tutela dell'interesse pubblico (e quindi in concreto migliorativa);

- se non ostassero circostanze di fatto o di diritto idonee ad impedirne l'espletamento o ad incidere negativamente sui richiamati principi di parità di trattamento, trasparenza e non discriminazione che devono improntare l'intera procedura di aggiudicazione.

Una tale omissione può infatti assumere rilievo quale elemento sintomatico della figura di eccesso di potere (sotto il profilo del non corretto perseguimento del fine pubblico e dello sviamento), anch'essa pacificamente rilevante al fine di integrare uno dei presupposti per l'esercizio del potere di autotutela, richiesti dal combinato disposto degli articoli 21-octies e 21-nonies della legge 241/1990.



Avvocatura Generale dello Stato

Un primo profilo problematico risiede nell'escludere che la deroga alla Lettera di procedura possa configurare una violazione della *par condicio* dei partecipanti, anche alla luce delle note di chiarimento che come si è visto i Commissari avrebbero redatto in risposta a specifico quesito nel senso di escludere la possibilità di rilanci.

Al riguardo, l'obiezione formulata nelle proprie deduzioni da AM nel senso che la scelta di non consentire o meno i rilanci di fatto avesse condizionato il proprio comportamento in gara, e non potesse dunque essere rivista dai Commissari, pure suggestiva, sembra non tenere conto della assoluta atipicità della procedura, come si è detto volta a massimizzare l'interesse pubblico.

Ma, soprattutto, l'eventuale decisione di aprire a rilanci avrebbe potuto trovare ragione proprio nella clausola 9.2 contenuta nella Lettera di procedura che, per la sua genericità, rimetteva ai Commissari un amplissimo potere discrezionale, sia pure ovviamente finalizzato agli obiettivi pubblicistici della procedura.

In concreto, peraltro, i Commissari hanno dedotto sulle ragioni che li hanno indotti a non esaminare l'offerta in rilancio di AcciaItalia. Esse impingono in uno squisito apprezzamento di merito, soprattutto ove attengono alla ritenuta inattendibilità dell'offerta sotto il profilo soggettivo, all'incompatibilità di una fase di rilanci con il termine finale della procedura (fissato dalla legge), alla necessità di porre a confronto non solo l'elemento economico, ma anche i risvolti sanitari, ambientali ed occupazionali delle proposte.

Si tratta di profili di merito riguardanti l'apprezzamento delle offerte – e dunque del concreto operare dell'Amministrazione – in relazione ai quali si realizza l'esercizio dell'azione amministrativa e che quindi non possono che essere rimessi all'apprezzamento di codesto Ministero: estrinsecandosi il vizio di eccesso di potere proprio nel non corretto perseguimento del fine pubblico.

6.4 Sulla esimente penale

Si richiede inoltre a questa Avvocatura Generale di valutare se il testo attualmente vigente dell'art. 2, comma 6, del D.L. 5.1.2015, n. 1, convertito con legge 4.3.2015, come modificato dapprima dall'articolo 1, comma 4, lettera b), l del D.L. 9.6.2016, n. 98, convertito con legge 1.8.2016, n. 151, presenti *“eventuali profili di illegittimità tali da giustificarne una rimozione ovvero una rimodulazione sul piano normativo”*.



Avvocatura Generale dello Stato

In particolare si evidenzia che tale disposizione, contenente una esenzione da responsabilità penale, è stata introdotta mediante decretazione d'urgenza e non è stata ancora oggetto di disamina da parte della Corte Costituzionale.

Della disposizione questa Avvocatura ha già avuto modo di occuparsi con parere del 14.9.2017, in particolare con riguardo alla problematica della sua applicabilità sotto il profilo temporale, rilevando che *“l'eventuale futura modifica del suddetto piano (ex art. 1, comma 8.1 del D.L. n. 191/2015), e la variazione dei termini per la sua attuazione (ex art. 1, comma 8, cit.), postula che l'esimente di cui all'art. 2, comma 6 cit. operi per tutto l'arco temporale in cui l'aggiudicatario sarà chiamato ad attuare le prescrizioni ambientali impartite dell'amministrazione”*. Detto arco temporale risulterà quindi coincidente con la data di scadenza dell'autorizzazione integrata ambientale in corso di validità (23.8.2023).

Tanto ribadito sotto il profilo dell'operatività temporale, va premesso che, ovviamente, ogni valutazione in ordine alla costituzionalità di una norma di legge compete alla Corte Costituzionale in sede di giudizio incidentale e che, in questa sede, non può che aversi riguardo, in chiave puramente prognostica, ai principi affermati dalla giudice delle leggi nella propria giurisprudenza.

Si evidenzia, in ordine alla compatibilità con l'ordinamento costituzionale, che la dottrina dominante annovera senza difficoltà sia il decreto legislativo, sia il decreto legge tra le fonti del diritto penale in quanto è lo stesso ordinamento costituzionale che riconosce a questi atti normativi efficacia pari a quella della legge formale ordinaria. Ne consegue, quindi, la legittimità, in via astratta, di una disposizione che preveda un particolare esonero dalla responsabilità penale, anche se adottata con decretazione di urgenza. A ciò si aggiunga, peraltro, che la stessa decretazione d'urgenza trova la sua “copertura” parlamentare proprio nella legge di conversione, che ratifica – ricorrendone i presupposti – l'operato dell'esecutivo.

Aspetti di maggiore problematicità presenta evidentemente l'ipotesi della mancata conversione di decreto legge che preveda una esimente, circostanza tuttavia non verificatasi nella fattispecie.

Nel merito, la scelta normativa, pur sempre rivalutabile da parte del legislatore sotto un profilo di opportunità, non appare *prima facie* illegittima alla luce dei canoni interpretativi sino ad oggi adottati dalla Corte Costituzionale.

Quest'ultima ha infatti affermato, seppur con riguardo a materie eterogenee, che la scelta del legislatore di riconoscere rilievo penale a determinate fattispecie (e quindi anche efficacia giustificativa a situazioni ostative diverse dalle esimenti di carattere generale) può trovare fondamento nella peculiarità della specifica



Avvocatura Generale dello Stato

fattispecie. La Corte ha dunque evidenziato, in forza di tali pronunciamenti, la necessità di contemperare l'esigenza punitiva dello Stato con la doverosa protezione del bene giuridico tutelato.

In particolare, con ordinanza n. 41/2009, la Corte ha ribadito che *“come costantemente affermato da questa Corte, le scelte legislative aventi ad oggetto la configurazione delle fattispecie criminose e il relativo trattamento sanzionatorio sono censurabili, in sede di sindacato di costituzionalità, solo nel caso in cui la discrezionalità sia stata esercitata in modo manifestamente irragionevole (ex plurimis, sentenza n. 394 del 2006, ordinanza n. 292 del 2006)”* (analoghi principi la Corte ha affermato con sentenza n. 250/2010).

Naturalmente, l'apprezzamento della specificità della concreta situazione merita, soprattutto in caso di esimenti penali, particolare cautela e rigore. Proprio con riguardo alla complessa vicenda ILVA, la Corte ha anzi dettato puntuali criteri ermeneutici (che verranno evidenziati nel punto successivo) proprio in materia penale, che certamente possono costituire riferimento per il legislatore.

6.5 Utilizzabilità e cedibilità di beni sottoposti a sequestro

Viene altresì chiesto se sussistano *“preclusioni di carattere normativo alla autorizzazione all'aggiudicazione e alla conseguente aggiudicazione della procedura di trasferimento di complessi aziendali inclusivi, altresì, di impianti attualmente sotto sequestro”*.

La questione presenta aspetti di notevole complessità, avendo dato luogo, come è noto, a molteplici interventi della Corte Costituzionale, chiamata a pronunciarsi sia in sede di conflitto di attribuzioni che di giudizi di legittimità costituzionale in via incidentale.

In particolare, è noto che l'art. 3, comma 3, del D.L. 207/2012 dispone che *“a decorrere dalla data di entrata in vigore del presente decreto, per un periodo di trentasei mesi, la società ILVA S.p.A. di Taranto e l'affittuario o acquirente dei relativi stabilimenti sono immessi nel possesso dei beni dell'impresa e sono in ogni caso autorizzati, nei limiti consentiti dal provvedimento di cui al comma 2, alla prosecuzione dell'attività produttiva nello stabilimento e alla commercializzazione dei prodotti, ivi compresi quelli realizzati antecedentemente alla data di entrata in vigore del presente decreto, ferma restando l'applicazione di tutte le disposizioni contenute nel medesimo decreto.”*

La disposizione va letta in uno con i primi due commi dell'art. 1 del medesimo decreto, come convertito, i quali dispongono che *“1. In caso di stabilimento di interesse strategico nazionale, individuato con decreto del*



Avvocatura Generale dello Stato

Presidente del Consiglio dei Ministri, quando presso di esso sono occupati un numero di lavoratori subordinati, compresi quelli ammessi al trattamento di integrazione dei guadagni, non inferiore a duecento da almeno un anno, qualora vi sia una assoluta necessità di salvaguardia dell'occupazione e della produzione, il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare può autorizzare, in sede di riesame dell'autorizzazione integrata ambientale, la prosecuzione dell'attività produttiva per un periodo di tempo determinato non superiore a 36 mesi ed a condizione che vengano adempiute le prescrizioni contenute nel provvedimento di riesame della medesima autorizzazione, secondo le procedure ed i termini ivi indicati, al fine di assicurare la più adeguata tutela dell'ambiente e della salute secondo le migliori tecniche disponibili.

2. Nei casi di cui al comma 1, le misure volte ad assicurare la prosecuzione dell'attività produttiva sono esclusivamente e ad ogni effetto quelle contenute nel provvedimento di autorizzazione integrata ambientale, nonché le prescrizioni contenute nel provvedimento di riesame. È fatta comunque salva l'applicazione degli articoli 29-octies, comma 4, e 29-nonies e 29-decies del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, e successive modificazioni”.

Le disposizioni di cui al citato decreto legge hanno dato luogo innanzitutto a due conflitti di attribuzione, promossi dalla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Taranto, dichiarati inammissibili dalla Corte Costituzionale con sentenze 16 e 17 del 2013.

Successivamente la Corte con sentenza n. 85/2013 ha ritenuto non fondate le questioni di legittimità costituzionale sollevate con riguardo agli artt. 1 e 3 del citato decreto legge, come convertito con legge 24.12.2012, n. 231, ove si dispone che a) l'impianto siderurgico ILVA di Taranto costituisce stabilimento di interesse strategico nazionale a norma dell'art. 1; b) l'Aia rilasciata alla società ILVA il 26.10.2012 produce gli effetti autorizzatori previsti dal citato art. 1; c) la società indicata è reimmessa nel possesso degli impianti e dei beni già sottoposti a sequestro dell'autorità giudiziaria; d) i prodotti in giacenza, compresi quelli realizzati antecedentemente alla data di entrata in vigore del decreto-legge, possono essere commercializzati dall'impresa.

Ha in particolare affermato la Corte che “*si deve ritenere, in generale, che l'art. 1 del d.l. n. 207 abbia introdotto una nuova determinazione normativa all'interno dell'art. 321, primo comma, cod. proc. pen., nel senso che il sequestro preventivo, ove ricorrano le condizioni previste dal comma 1 della disposizione, deve consentire la facoltà d'uso, salvo che, nel futuro, vengano trasgredite le prescrizioni dell'AIA riesaminata. Nessuna incidenza sull'attività passata e sulla valutazione giuridica della stessa e quindi nessuna ricaduta sul processo in corso, ma solo una proiezione circa i futuri effetti della nuova disciplina. La*



Avvocatura Generale dello Stato

reimmissione della società ILVA S.p.A. nel possesso degli impianti è la conseguenza obbligata di tale nuovo quadro normativo, affinché la produzione possa continuare alle nuove condizioni, la cui osservanza sarà valutata dalle competenti autorità di controllo e la cui intrinseca sufficienza sarà verificata, sempre in futuro, secondo le procedure previste dal codice dell'ambiente" ed ancora che "Le considerazioni anzidette valgono anche con specifico riguardo alle modifiche introdotte nel comma 3 dell'art. 3 in sede di conversione, che presentano una chiara natura esplicativa del portato di quanto stabilito, sul piano generale come con riguardo specifico alla società ILVA".

Sulla predetta disposizione si innesta, inoltre, l'art. 2, comma 5, del D.L. 1/2015. Quest'ultimo dispone lo slittamento al 30.6.2017 del termine ultimo per l'attuazione del Piano di cui al D.P.C.M. 14.3.2014, conseguentemente prorogando alla medesima data il termine di cui all'art. 3, comma 3, del D.L. 3.12.2012, n. 207, convertito, con modificazioni, dalla legge 24.12.2012, n. 231.

Infine, il D.L. 244/2016 art. 6, comma 10 bis, lett. a), ha differito il termine del 30.6.2017 per l'adozione del D.P.C.M. di modifica del Piano ambientale 2014 al 30.9.2017, disponendo che gli interventi previsti nel Piano Ambientale dovevano trovare attuazione *"entro la scadenza dell'autorizzazione integrata ambientale in corso di validità; a tale scadenza sono conseguentemente adeguati, in coerenza con tutte le prescrizioni del parere, i termini previsti dall'articolo 2, comma 5, del decreto-legge 5 gennaio 2015, n. 1, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 marzo 2015, n. 20"*.

Ne è conseguita la possibilità, in sede di emanazione del D.P.C.M. di approvazione delle modifiche del Piano Ambientale 2014 (effettivamente approvato il 29.9.2017), di estendere la data di completamento del Piano ambientale fino alla scadenza dell'A.I.A. vigente (23.8.2023). Conseguentemente veniva prorogata, sino a tale data, la vigenza delle norme che consentono ad ILVA S.p.A. in A.S. (ed ai suoi aventi causa) di addivenire alla *"prosecuzione dell'attività produttiva nello stabilimento e alla commercializzazione dei prodotti"*, anche nell'ipotesi in cui siano stati adottati provvedimenti di sequestro da parte dell'autorità giudiziaria; ciò ovviamente nel rispetto e nell'attuazione di tutte le misure previste dal Piano ambientale.

Così ricostruito il quadro normativo, che quindi consente allo stato l'operatività dello stabilimento, non può negarsene comunque la oggettiva complessità e la possibilità di sue letture non univoche da parte dell'interprete. Utili riferimenti in proposito vengono ancora dalla Corte Costituzionale, che ha di recente dichiarato la incostituzionalità dell'art. 3 del D.L. 4.7.2015, n. 92 e degli artt. 1 comma 2 e 21-octies della legge 6.8.2015, n. 132 (Sent. n. 58/2018), proprio perché in tale ipotesi *"la prosecuzione dell'attività d'impresa è*



Avvocatura Generale dello Stato

subordinata esclusivamente alla predisposizione unilaterale di un «piano» ad opera della stessa parte privata colpita dal sequestro dell'autorità giudiziaria, senza alcuna forma di partecipazione di altri soggetti pubblici o privati» e “nella formazione del piano non è prevista alcuna partecipazione di autorità pubbliche, le quali devono essere informate solo successivamente. Tale comunicazione assume la forma di una mera comunicazione-notizia, per quanto riguarda l'autorità giudiziaria procedente (art. 3, comma 3) e si traduce nell'attribuzione di un generico potere di monitoraggio e ispezione per quanto riguarda INAIL, ASL e Vigili del Fuoco; tale potere, peraltro, si limita alla verifica della corrispondenza tra le misure aggiuntive indicate nel piano e quelle in concreto attuate dall'impresa, così da renderne ambigua e indeterminata l'effettiva possibilità di incidenza (art. 3, comma 4)”.

La soluzione legislativa sanzionata in questa ipotesi, sempre relativa al complesso aziendale ILVA, si differenzia dalla precedente (e di tanto da ampiamente atto la Corte) proprio perché nella ipotesi procedimentale disciplinata dal citato art. 3 del D.L. 207/2012 sono, invece, imposte, proprio attraverso l'A.I.A. specifiche prescrizioni a tutela della salute e dell'ambiente.

Il quadro legislativo complessivo si presta, in ogni caso, a letture non univoche e, comunque, non è difficile immaginare che anche l'orientamento della Corte come espresso nella sentenza 85/2013 sia suscettibile di significativi cambiamenti ove il contesto emergenziale che caratterizza il complesso ILVA venga invece a procrastinarsi nel tempo (in ipotesi oltre la data del 2023), con significativi riflessi su diritti fondamentali quali salute ed ambiente.

6.6 Sul possibile conflitto di interessi

Codesto Ministero evidenzia, come ulteriore profilo di criticità, il possibile conflitto di interessi riguardante un membro del Comitato di Sorveglianza (da qui innanzi anche il “Comitato”), indicato dal ceto creditorio e dipendente di una società il cui presidente era altresì al vertice di una delle società partecipanti ad una cordata offerente.

Preliminarmente, conviene procedere, al fine di verificarne la rilevanza, ad una ricognizione in punto di fatto delle delibere in cui il Comitato di Sorveglianza ha esaminato questioni attinenti alla procedura di alienazione.

Al riguardo, sono stati consegnati alla Scrivente in data 8 agosto 2018 i verbali di riunione del Comitato di Sorveglianza nn. 14-15-16-17-18-19-20-21-24-25-34-36-37-38-39-41-42.



Avvocatura Generale dello Stato

Nelle sedute relative ai verbali nn. 16-19-20-21-34-38-39-41-42 il membro del Comitato in potenziale conflitto di interessi risultava assente.

Risulta invece presente nelle sedute relative ai verbali nn. 14-15-17-18-24-25-36-37; il Comitato si è specificamente occupato di questioni attinenti la procedura nelle seguenti:

- verbale n. 14: il Comitato esprime parere sull'Invito a manifestare interesse e sull'avviso di pubblicazione, ma evidentemente a quella data non risultavano ancora proposte manifestazioni di interesse ed era dunque *in re ipsa* assente alcun possibile concreto conflitto di interessi né, salvo diverse emergenze, la cui valutazione va rimessa all'Amministrazione, a quella data l'insorgenza del conflitto era prevedibile;

- verbale n. 36: il Comitato prende meramente atto di una relazione informativa del Commissario, riservandosi di esprimere valutazioni e senza che venga adottato dunque alcun parere;

- verbali nn. 37-38: riguardano entrambi l'autorizzazione all'aggiudicazione della procedura di gara; nella prima seduta l'interessato è presente e, a valle delle delibere del Comitato, viene adottato il decreto ministeriale 5.6.2017. Nella seconda l'interessato è assente e il Comitato adotta nuova delibera confermativa della precedente, all'esito della quale viene adottato nuovo decreto ministeriale di autorizzazione all'aggiudicazione in data 9 giugno, confermativo del precedente.

In sostanza, almeno sulla base di quanto trasmesso, e salvo più approfondite verifiche che anche codesta Amministrazione vorrà effettuare, non parrebbero sussistere in concreto atti del Comitato adottati in situazione di conflitto.

Tale situazione poteva al più verificarsi con riguardo alla riunione relativa al verbale n. 37, ma l'atto risulta rinnovato.

Tale essendo la situazione di fatto, può prescindersi per brevità in questa sede, e salvo che la questione assuma invece profili di rilevanza, da una compiuta ed approfondita disamina della questione in linea di diritto. Essa presenta infatti aspetti di effettiva complessità ed opinabilità, con riguardo alla natura e funzioni del Comitato dei creditori ed alla effettiva riconducibilità della situazione ad un'ipotesi di conflitto sulla base dei parametri normativi di riferimento.

7. Il tema dell'autotutela

Codesta Amministrazione ha dunque avviato il procedimento volto all'annullamento in autotutela dei provvedimenti ministeriali finalizzati alla vendita del complesso aziendale ILVA e chiede se sussistano, alla luce delle



Avvocatura Generale dello Stato

criticità evidenziate, i presupposti per l'esercizio del relativo potere. È ben noto che il potere di autotutela costituisce una tipica funzione mediante la quale l'Amministrazione, in ossequio ai principi di legalità e di buon andamento (ex art. 97 della Cost.), verifica che gli atti dalla stessa precedentemente adottati siano conformi alla legge e che siano in grado di produrre gli effetti cui erano preordinati.

Esso costituisce espressione da un lato del principio di continuità dell'azione amministrativa, e, dall'altro, dell'esigenza di garantire in ogni momento che gli interessi affidati alla PA siano curati in modo ottimale in relazione ai fini pubblici da perseguire (c.d. principio di necessità): dal che consegue, nel rispetto dei principi di legge di cui si dirà, che l'Amministrazione possa rivedere il proprio operato, con una verifica puntuale degli atti emanati, sia in termini di legittimità che di opportunità.

Già prima dell'introduzione dell'art. 21-*nonies* della L. n. 241/1990, l'elaborazione giurisprudenziale aveva evidenziato che l'illegittimità, pur costituendo un necessario presupposto dell'annullamento d'ufficio, non potesse da sola giustificare la decisione di rimuovere il provvedimento invalido, essendo altresì necessaria la sussistenza di un interesse pubblico concreto e attuale, da curare con l'atto di annullamento.

Le coordinate giurisprudenziali sopra enunciate sono state poi positivizzate con la legge n. 15/2005.

Infatti, l'articolo 21-*nonies* della citata legge stabilisce che il provvedimento amministrativo illegittimo ai sensi dell'art. 21-*octies* può essere annullato d'ufficio in presenza delle seguenti condizioni: a) sussistenza di ragioni d'interesse pubblico; b) esercizio del potere entro un termine ragionevole; c) comparazione con gli interessi dei destinatari del provvedimento e degli eventuali controinteressati.

Quindi, anche nel disegno legislativo, il potere di autotutela dev'essere coordinato, ai fini del suo esercizio, con il perseguimento dell'interesse pubblico, che non si risolve nel mero ripristino della legalità in senso stretto.

Dal che deriva la dimensione tipicamente discrezionale del potere di autotutela, che prescinde da ogni automatismo, costituendo invece espressione di una congrua valutazione comparativa degli interessi in conflitto, dei quali occorre dare adeguatamente conto nella motivazione.

Il provvedimento in autotutela costituisce pertanto sintesi di un duplice ordine di valutazioni: una relativa alla sussistenza del vizio e l'altra all'opportunità dell'eliminazione, ben potendo in concreto verificarsi che proprio



Avvocatura Generale dello Stato

la conservazione dell'atto, benché illegittimo, sia paradossalmente la soluzione che meglio consente di soddisfare l'interesse pubblico.

A conferma di un consolidato orientamento giurisprudenziale, può richiamarsi quanto anche di recente statuito dal Consiglio di Stato (sez. VI 27.1.2017 n. 341), il quale ha appunto sottolineato come l'apprezzamento dell'interesse pubblico dirimente ai fini dell'annullamento dell'atto *“non può neanche risolversi nella tautologica ripetizione degli interessi sottesi alla disposizione normativa la cui violazione ha integrato l'illegittimità dell'atto oggetto del procedimento di autotutela; pertanto, l'interesse pubblico che legittima e giustifica la rimozione d'ufficio di un atto illegittimo deve consistere nell'esigenza che quest'ultimo cessi di produrre i suoi effetti, siccome confliggenti, in concreto, con la protezione attuale di valori pubblici specifici, all'esito di un giudizio comparativo in cui questi ultimi vengono motivatamente giudicati maggiormente pregnanti di (e prevalenti su) quello privato alla conservazione dell'utilità prodotta da un atto illegittimo, con la conseguenza che una motivazione satisfattiva della presupposta esigenza regolativa consacrata nel testo dell'articolo 21 nonies della legge n. 241 del 1990 deve, quindi, spingersi fino all'argomentata indicazione delle specifiche e concrete esigenze pubblicistiche che impongono l'eliminazione d'ufficio dell'atto viziato e non può certo risolversi nella ripetitiva e astratta affermazione dei medesimi interessi alla cui soddisfazione la norma violata risulta preordinata”*.

Analogamente, come si è visto, ha concluso nel richiamato parere l'ANAC, osservando come *“l'individuazione di eventuali irregolarità non potrebbe portare di per sé all'adozione di provvedimenti di autotutela su determinazioni della serie procedimentale attribuita alle competenze di codesto Ministero”*, salvo l'accertamento, con conseguente idonea motivazione sul punto, dell'esistenza di un *“interesse pubblico specifico all'annullamento diverso, secondo la costante giurisprudenza amministrativa, dal mero ripristino della legalità”*.

I principi generali in tema di autotutela devono poi essere declinati con riguardo alla specifica procedura in esame.

Essa infatti, come questa Avvocatura ha già avuto modo di osservare con precedente consultazione dell'1.6.2017, è disciplinata dai decreti legge 191/2015 e 98/2016, come rispettivamente convertiti, i quali ne ancorano lo svolgimento al rispetto dei *“principi di parità di trattamento, trasparenza e non discriminazione”* (principi che hanno appunto consentito all'ANAC di rendere il parere richiesto *“in uno spirito di leale collaborazione istituzionale”*).



Avvocatura Generale dello Stato

Altresì, per quanto non disposto, trova applicazione la normativa in materia di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza, di cui al D.L. 347/2003, convertito dalla legge 39/2004.

Come condivisibilmente osservato da ANAC nel parere del 19.7.2018, non vi è spazio nella specie per l'applicazione del Codice dei Contratti Pubblici. Ciò in quanto la procedura *riguarda* il trasferimento di complessi industriali facenti capo ad un soggetto privato ed è, pertanto, fattispecie non riconducibile né allo schema tipico del contratto di appalto, né dei c.d. contratti "esclusi".

Nonostante tale pacifica esclusione, si è già osservato come l'art. 1, comma 2 del D.L. 191/2015 testualmente stabilisce che *"i commissari del Gruppo ILVA in amministrazione straordinaria espletano, nel rispetto dei principi di parità di trattamento, trasparenza e non discriminazione, le procedure per il trasferimento dei complessi aziendali individuati dal programma commissariale"*.

Tale norma prende evidente spunto dalle richiamate disposizioni in tema di Amministrazione Straordinaria e dai principi eurounitari del Trattato in tema di evidenza pubblica. I principi che essa richiama sono dunque parametri di riferimento ai fini del corretto svolgimento della procedura; può quindi ipotizzarsi, in caso di loro violazione, la sussistenza del vizio di "violazione di legge" di cui all'articolo 21-*octies* della legge 241/90 che costituisce appunto in astratto uno delle condizioni perché possa procedersi in autotutela.

8. La revoca e l'annullamento in autotutela ed il contratto

Nella specie, peraltro, è ben noto che, a valle del provvedimento ministeriale di autorizzazione all'aggiudicazione (ed alla stessa aggiudicazione) è intervenuta la stipula del contratto.

Secondo una prima tesi, potrebbe considerarsi ammissibile l'esercizio del potere di revoca in autotutela da parte dell'Amministrazione Pubblica anche a seguito della stipula del contratto, con conseguente automatica caducazione di quest'ultimo, alla luce della stretta consequenzialità esistente tra l'aggiudicazione e il vincolo contrattuale.

Al citato orientamento, si contrappone la tesi di coloro i quali negano siffatta possibilità, atteso che il ripensamento dell'Amministrazione frutto di sopravvenuti motivi di inopportunità vada ricondotto al potere contrattuale di recesso alla luce del rapporto giuridico paritetico intercorrente tra le parti dopo la stipula del contratto.

Al riguardo, ben diversamente si atteggiavano le ipotesi di revoca ed annullamento.



Avvocatura Generale dello Stato

Mentre infatti il Consiglio di Stato (Ad. Plen. 14/2014), ha escluso l'utilizzabilità dello strumento pubblicistico della revoca dell'aggiudicazione dopo la conclusione del contratto (dovendosi in tale evenienza ricorrere al recesso), è viceversa pacificamente ammesso l'annullamento in autotutela.

In tal caso, avendo tale annullamento efficacia *ex tunc*, non si pongono problemi di compatibilità con atti ad efficacia istantanea che hanno completamente esaurito la loro efficacia, come l'aggiudicazione, finendo questi ultimi per essere comunque totalmente travolti.

E così, anche recentemente, il Consiglio di Stato ha osservato come sia *“sempre fatta salva la possibilità che la Pubblica Amministrazione, nella sua responsabilità e in relazione alla macroscopicità delle illegittimità rilevate, proceda all'eventuale annullamento in autotutela dell'aggiudicazione ed alla conseguente soluzione del contratto”* (Consiglio di Stato, Sez. V, 30.4.2018, n. 2601).

Tale indirizzo trova riscontro in altro precedente ove si è ritenuto che *“un potere di annullamento in autotutela del provvedimento amministrativo, nel preminente interesse pubblico al ripristino della legalità dell'azione amministrativa anzitutto da parte della stessa Amministrazione procedente, deve riconoscersi ad essa anche dopo l'aggiudicazione della gara e la stipulazione del contratto con conseguente inefficacia di quest'ultimo, e trova un solido fondamento normativo, dopo le recenti riforme della l. n. 124 del 2015, anche nella previsione dell'art. 21-nonies comma 1, l. 7 agosto 1990, n. 241, laddove esso si riferisce anche ai provvedimenti attributivi di vantaggi economici, che non possono non ritenersi comprensivi anche dell'affidamento di una pubblica commessa”* (Consiglio di Stato, sez. III, 22.3.2017, n. 1310)

In altre parole, ammessa *sine dubio* l'esercitabilità del potere di autotutela in annullamento anche dopo la stipula di un contratto privatistico, laddove tale potere fosse azionato, posta la stretta consequenzialità tra l'aggiudicazione della gara pubblica e la stipula del relativo contratto, l'annullamento a seguito di autotutela della procedura amministrativa comporterebbe la caducazione automatica degli effetti negoziali del contratto successivamente stipulato, stante la preordinazione funzionale tra tali atti (Consiglio di Stato, sez. III, 23.5.2013 n. 2802).

9. La sussistenza nella specie dei presupposti per l'esercizio del potere di autotutela: l'interesse pubblico ed il legittimo affidamento

Della astratta configurabilità nella specie di vizi del procedimento si è già ampiamente detto.



Avvocatura Generale dello Stato

Quanto all'apprezzamento dell'interesse pubblico e della posizione di affidamento che possa essersi ingenerata, esso, come rilevato anche dall'ANAC nel proprio parere, compete evidentemente all'Amministrazione: questa Avvocatura, nell'ambito delle proprie competenze, può soltanto fornire i relativi parametri di riferimento, peraltro puntualmente evidenziati dalla giurisprudenza amministrativa sopra richiamata.

Lo snodo evidentemente è costituito dalla sussistenza di concrete ragioni di interesse pubblico non semplicemente rinvenibili nella pur fondamentale esigenza di ripristino della legalità, in ipotesi violata.

Esso deve altresì porsi – in una dialettica di bilanciamento – in rapporto di prevalenza rispetto alla posizione giuridica vantata dall'attuale aggiudicatario, evidentemente connotata dallo specifico affidamento ingenerato dalla aggiudicazione prima e dalla stipula del contratto poi.

Tanto più rilevante nella specie, sol che si consideri che sulla base degli atti amministrativi trasmessi le criticità comunque emerse non sono riconducibili ad azioni od omissioni della parte, perché se così fosse mancherebbero *in nuce* la buona fede e l'affidamento: si consideri al riguardo quella giurisprudenza che, in applicazione del dettato normativo, esclude la configurabilità di un legittimo affidamento ove sia stata proprio la parte a dare corso alla illegittimità (Consiglio di Stato n. 3940/2018).

Il tema dell'affidamento trova d'altronde ampio riconoscimento nella previsione legislativa di un termine ragionevole entro cui il potere di autotutela può essere esercitato: *"Il concetto di ragionevole termine entro il quale, a mente dell'art. 21 nonies L. n. 241 del 1990, la Pubblica Amministrazione può agire in via di autotutela, non può connotarsi che in relazione alla natura dei provvedimenti oggetto del potere di ritiro, alla sequenza procedimentale in cui si collocano, agli effetti prodotti sia a livello materiale che psicologico in capo al destinatario di un precedente atto favorevole alla sua sfera giuridica"* (Consiglio di Stato Sez. IV, 9.62017, n. 2789).

A conferma del rilievo che il principio ha ormai assunto nel nostro ordinamento, va evidenziato che anche il giudice ordinario ha avuto modo di affermare la sussistenza del principio *nemo venire contra factum proprium*, che determina, appunto, anche nell'ambito dell'ordinamento nazionale, la rilevanza del principio del legittimo affidamento quale espressione delle clausole generali di correttezza e buona fede (cfr. Cassazione n. 9924/2009).

Proprio alla luce dei principi elaborati dalla giurisprudenza comunitaria, la cui valenza nell'ambito dell'attività amministrativa è ora espressamente affermata nell'ordinamento interno in forza del rinvio ad essi operato dall'art. 1

Cfr. art. 1



Avvocatura Generale dello Stato

della legge 7.8.1990, n. 241 (come modificata dalla legge 11.2.2005, n. 15 e successivamente dalla legge 18.6.2009, n. 69), il legittimo affidamento è stato quindi identificato come una situazione di vantaggio assicurata da uno specifico e concreto atto o comportamento dell'autorità amministrativa, che non può essere in seguito rimossa, salvo che ciò non sia strettamente necessario per la tutela dell'interesse pubblico (cfr. Corte giust., 3 maggio 1978, C-112/77, Topfer c/Commissione). Sulla scia di tale orientamento, la giurisprudenza comunitaria ha stabilito altresì che *“il legittimo affidamento sussiste allorché l'individuo si trovi in una situazione dalla quale risulti che l'Amministrazione gli ha dato aspettative fondate”* (Corte giust., 19 maggio 1983, C-289/81), *“che trova il suo fondamento nell'ambito del principio della certezza del diritto e delle situazioni giuridiche soggettive”* (cfr., in termini, Corte giust., 19 settembre 2000, C-177/99, 181/99, Ampafrance and Sanofi; Corte giust., 18 gennaio 2001, C-83/99, Commission/Spain).

Proprio la ricostruzione sopra accennata consente di poter ragionevolmente affermare che, nel caso di specie, la possibilità di addivenire ad un legittimo esercizio del potere di annullamento debba ancorarsi ad un interesse pubblico concreto ed attuale particolarmente corroborato. A tal fine, a titolo meramente indicativo, utili riferimenti potranno trarsi proprio dai molteplici interventi della Corte Costituzionale la quale ha precisamente evidenziato gli interessi costituzionalmente protetti che vengono in evidenza nella *“questione ILVA”*, la cui gradazione evidentemente compete alla discrezionalità politica. Vengono quindi necessariamente in rilievo le esigenze sanitarie, ambientali, occupazionali, tutte ampiamente richiamate nella più volte citata sentenza della Corte 85 del 2013: *“Con riferimento all'individuazione diretta dell'impianto siderurgico della società ILVA di Taranto come «stabilimento di interesse strategico nazionale», si deve osservare che a Taranto si è verificata una situazione grave ed eccezionale (... omissis...). Sia la normativa generale che quella particolare si muovono quindi nell'ambito di una situazione di emergenza ambientale, dato il pregiudizio recato all'ambiente e alla salute degli abitanti del territorio circostante, e di emergenza occupazionale, considerato che l'eventuale chiusura dell'ILVA potrebbe determinare la perdita del posto di lavoro per molte migliaia di persone (tanto più numerose comprendendo il cosiddetto indotto)”*. Esigenze ribadite dal Giudice delle leggi nella più recente sentenza n. 58/2018.

Del resto, già con la sopracitata sentenza n. 182/2017, la Corte aveva affermato: *“La natura di azienda di interesse strategico nazionale; le ricadute delle vicende che hanno riguardato lo stabilimento ILVA di Taranto sul piano occupazionale, ambientale, sanitario ed economico; la necessità di perfezionare le procedure di trasferimento a terzi delle attività aziendali del gruppo ILVA in amministrazione straordinaria e di armonizzare la tempistica delle misure di*



Avvocatura Generale dello Stato

tutela ambientale con l'autorizzazione all'esercizio d'impresa sono tutti elementi che denotano la necessità di intervenire urgentemente in questioni di pubblica utilità, con misure ad hoc, come del resto già era avvenuto nel passato e come ritenuto da questa Corte con la sentenza n. 85 del 2013". La Corte poneva, quindi, in ottica di bilanciamento degli interessi, una particolare attenzione al rapporto tra valori costituzionalmente tutelati con particolare riguardo alle esigenze di tutela ambientale e salute pubblica.

Esigenze queste ultime recepite, altresì, a livello eurounitario con provvedimenti volti a prevenire o altrimenti riparare il danno ambientale alle specie e agli habitat naturali protetti, all'acqua e al suolo. La tutela ambientale, infatti, in uno con la tutela della salute pubblica, si ergono a principi guida dell'azione degli Stati membri.

Proprio sulla scorta di tali considerazioni e tenuto conto del necessario bilanciamento tra esigenze costituzionalmente tutelabili, potrà valutarsi ed individuarsi l'interesse pubblico preminente da porre a fondamento dell'azione amministrativa.

Nei termini suindicati è il parere di questa Avvocatura Generale che resta a disposizione per ogni approfondimento o chiarimento dovesse rendersi ulteriormente necessario.

Il presente parere resta sottratto al diritto di accesso ai sensi dell'art. 2 del D.P.C.M 26 gennaio 1996, n. 200.

Il Vice Avvocato Generale

Gianni De Bellis

L'Avvocato Generale Aggiunto

Carlo Sica

