



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.AOO_UDCM_REGISTRO UFFICIALE I. 0017718.21-08-
2018

Struttura: UDCM_GAB

REGISTRO UFFICIALE

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

titolaria: 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



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^o.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



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 interpello 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



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



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.



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.



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 caducata 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 regolamerà: ... (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