



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 impedi 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), I 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 dall'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



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 atteggiano le ipotesi di revoca ed annullamento.



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

U/L
8/9



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

