



Autorità Nazionale Anticorruzione
Il Presidente

Autorità Nazionale Anticorruzione
Prot. Uscita del 19/07/2018
Numero: **0063844**
Classifica:



Gen. W. Martin

con nota a Sua firma, indirizzata ai componenti di questa Autorità e acquisita al protocollo n. 61397 dell'11 luglio 2018, codesto Dicastero segnala talune presunte anomalie della procedura di gara per il trasferimento a terzi dei complessi industriali facenti capo alle imprese del gruppo ILVA in amministrazione straordinaria, chiedendo di esprimersi al fine di poter eventualmente assumere i conseguenti provvedimenti.

Su tali richieste il Consiglio di questa Autorità, sentiti gli uffici, ha deliberato, nell'adunanza del 18 luglio 2018, di rispondere a codesto Ministero nei termini che seguono.

Nella citata nota viene rappresentato che il d.l. n. 191/2015, convertito dalla legge n. 13/2016, recante la disciplina speciale dettata dal Legislatore per la procedura di che trattasi, fissava chiaramente il termine per il completamento del c.d. Piano Ambientale (Piano delle misure e delle attività di tutela ambientale e sanitaria approvato con d.p.c.m. 14 marzo 2014) alla scadenza dell'anno 2017, con la facoltà per il Ministero dell'Ambiente di indicare scadenze intermedie.

Viene rilevato che nel corso della procedura, con il d.l. 244 del 30 dicembre 2016 (c.d. Milleproroghe, convertito dalla legge 19/2017) entrato in vigore ben oltre il termine di presentazione delle offerte, il termine finale per l'attuazione del predetto Piano è stato differito all'anno 2023; conseguentemente, i due soggetti concorrenti, che hanno presentato le rispettive offerte definitive e vincolanti il 6 marzo 2017, hanno potuto beneficiare di tale ampliamento temporale.

Secondo quanto profilato nella segnalazione, la determinazione di ampliare il margine temporale per l'attuazione degli interventi previsti nel Piano 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". Viene precisato, al riguardo, che tali soggetti "avendo una prospettiva temporale ben più ampia, avrebbero potuto valutare diversamente il loro interesse a formulare un'offerta vincolante e l'opportunità di prendere parte alla gara".

On. le Luigi Di Maio
Ministro dello Sviluppo Economico
Via Molise, 9
00187 Roma

Altro profilo critico evidenziato da codesto Ministero con riferimento alle modifiche introdotte dal citato decreto mille-proroghe riguarda poi la condotta tenuta dalla cordata di imprese risultata aggiudicataria la quale, in ragione dello slittamento del termine finale, ha ritenuto di poter rideterminare anche le scadenze intermedie che - secondo quanto riferito nella segnalazione - erano già state fissate con proprio decreto dal Ministero dell'Ambiente. L'interpretazione della cordata aggiudicataria non sarebbe condivisibile "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". In altri termini, a parere del segnalante, "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".

Viene ulteriormente messo in evidenza che i termini intermedi ed il termine finale hanno costituito oggetto di valutazione dell'offerta e "questo vincolo ha indotto ad aggiudicare la gara sulla base di un termine finale non più vigente (anno 2017) e sulla base di termini intermedi non modificati dalla legge ma modificati per effetto dell'iniziativa di uno dei concorrenti".

Da ultimo, viene messo in rilievo 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". Alla luce di ciò viene affermato che la decisione di escludere tale facoltà appare "dubbia, quantomeno alla luce dell'opportunità (negata) di poter soddisfare al meglio l'interesse pubblico".

Sulle questioni sopra rappresentate, codesto Ministero formula una richiesta di parere all'Autorità in vista dell'adozione di eventuali provvedimenti.

Al fine di valutare la competenza di questa Autorità a rispondere ai quesiti posti, occorre preliminarmente chiarire che la procedura oggetto della richiesta di parere è disciplinata dalla normativa in materia di amministrazione straordinaria delle imprese in stato di insolvenza, restando conseguentemente esclusa dal campo di applicazione del d.lgs. 50/2016 (Codice dei Contratti Pubblici), come osservato anche nel parere dell'Avvocatura di Stato del 1° giugno 2017, prodotto in atti.

La procedura in esame ha infatti ad oggetto il trasferimento dei complessi aziendali facenti capo ad un soggetto privato ed è, pertanto, fattispecie non riconducibile allo schema tipico del contratto d'appalto, né dei c.d. contratti "esclusi" indicati nello stesso Codice, in relazione ai quali si esplicano le funzioni dell'Autorità in materia di contratti pubblici, a norma dell'art. 213 del citato d.lgs. 50/2016.

Necessaria premessa da cui muovere, ai fini della valutazione dei quesiti posti, è la qualificazione della procedura in esame, quale si rinviene espressamente nel d.l. 347/2003 convertito dalla legge 39/2004, recante la disciplina generale relativa alle ristrutturazioni industriali delle grandi imprese in stato di insolvenza in cui la vicenda ILVA si iscrive, in forza del rinvio operato dall'art. 1, comma 2, del d.l. 191/2015 all'art. 4, comma 4-quater del D.L. 347/2003. Sulla base di detto rinvio, l'individuazione dell'affittuario o dell'acquirente avviene mediante l'espletamento di una trattativa privata. Secondo quanto chiarito sempre nel citato parere dell'Avvocatura del 1° giugno 2017, il ricorso alla procedura della

trattativa privata costituisce opzione operativa che si caratterizza in termini di flessibilità ed è finalizzata a garantire nel miglior modo possibile, attraverso la più ampia libertà da schemi e vincoli procedurali, la massimizzazione degli obiettivi funzionali ex lege attribuiti all'amministrazione straordinaria. Tra questi obiettivi, secondo quanto chiarito anche dalla giurisprudenza, vi è senz'altro, e primariamente, il conseguimento di un prezzo di cessione quanto più elevato possibile.

A completamento del quadro regolatorio dell'operazione deve poi considerarsi la *lex specialis* contenuta negli atti di gara, ossia: l'avviso a manifestare interesse pubblicato il 5 gennaio 2016, la lettera di procedura del 25 marzo 2016 e le successive lettere di chiarimenti, modifiche ed integrazioni.

Quindi, il richiamato d.l. 191/15 prevede espressamente l'obbligo per i commissari di espletare procedure improntate al rispetto dei principi di parità di trattamento, trasparenza e non discriminazione. Principi, questi, di chiara derivazione comunitaria, comuni a quelli che disciplinano il settore dei contratti pubblici e che l'Autorità è deputata a tutelare. Proprio tale considerazione induce a ritenere che, in uno spirito di leale collaborazione istituzionale, l'Autorità possa rispondere alla richiesta di parere espressa da codesto Ministero in una valutazione prettamente giuridica, basata sui dati prodotti e senza alcun potere di accertamento specifico o di vigilanza.

Passando all'esame del primo dei quesiti posti dal Ministero, relativo all'incidenza sulla procedura di cessione della modifica del termine per il completamento del Piano Ambientale (Piano delle Misure e delle attività di tutela ambientale e sanitaria approvato con d.p.c.m. 14 marzo 2014) intervenuta in corso di gara, da ultimo con decreto-legge 30 dicembre 2016, convertito con modificazioni dalla Legge del 27 febbraio 2017, n. 19, si rappresenta quanto segue.

Il d.l. 191/2015 nella sua originaria formulazione disponeva, all'art. 1, comma 7, che il termine ultimo per l'attuazione del suddetto Piano Ambientale fosse fissato al 31 dicembre 2016.

L'invito a manifestare interesse, in coerenza con il carattere di flessibilità della procedura in esame, dava evidenza sia della circostanza che "i termini e le garanzie per l'assolvimento degli obblighi imposti a carico dell'aggiudicatario ivi inclusi quelli di cui al d.l. 191/2015" sarebbero stati definiti nella fase di chiusura dell'operazione di trasferimento, sia della circostanza relativa alla possibilità di successivo adeguamento della procedura anche in relazione ad eventuali sopravvenute modifiche normative.

Tale flessibilità si è effettivamente concretizzata nel corso del procedimento in esame durante lo svolgimento del quale sono intervenuti sia successivi differimenti *ex lege* del termine ultimo di attuazione del Piano Ambientale, sia significative variazioni dell'iter procedurale.

Sotto quest'ultimo profilo, la previsione originaria del d.l. 191/2015 (art. 1 comma 8) che ammetteva la possibilità di apportare modifiche al Piano Ambientale scaturenti dall'offerta solo a seguito dell'aggiudicazione, è stata modificata dal d.l. 98 del 9 giugno 2015 che ha inteso modulare tale processo di modifica e adeguamento del Piano in due segmenti procedurali distinti e temporalmente successivi che si collocano in due momenti diversi della procedura.

Il primo segmento è stato individuato nella fase successiva alla presentazione delle offerte, nella quale è stato disposto che qualora gli offerenti avessero previsto modifiche o integrazioni al Piano Ambientale,

le stesse sarebbero state subordinate ad una procedura valutativa che si sarebbe conclusa con un parere vincolante del Ministero dell'Ambiente. All'esito, tutti gli offerenti sarebbero stati ammessi a formulare nuove offerte definitive vincolanti conformi a tale parere, a pena di esclusione. La presentazione delle offerte è stata quindi articolata in una "offerta iniziale" ed in una successiva "offerta definitiva vincolante".

Il secondo segmento è stato individuato nella fase successiva all'aggiudicazione, nella quale è stato previsto che l'aggiudicatario, entro i successivi trenta giorni dal decreto di aggiudicazione, in qualità di individuato gestore, presenti apposita domanda di autorizzazione dei nuovi interventi e di modifica del Piano Ambientale o di altro titolo autorizzativo necessario per l'esercizio dell'impianto, sulla base dello schema di Piano accluso alla propria offerta vincolante definitiva.

Per quanto concerne il primo profilo sopra indicato, ossia il differimento *ex lege* del termine ultimo di attuazione del Piano Ambientale, va rilevato che alla data di pubblicazione dell'invito a manifestare interesse alla procedura, ossia al 5 gennaio 2016, era in vigore la previsione di legge originaria che indicava come termine ultimo di attuazione del Piano Ambientale il 31 dicembre 2016.

Successivamente, nel tempo intercorrente tra la manifestazione di interesse (10 febbraio 2016) e la presentazione delle "offerte iniziali" (30 giugno 2016), è stato previsto che il termine ultimo per l'attuazione del Piano Ambientale, (già differito al 30 giugno 2017 per effetto della legge di Conversione del d.l. 191/2015, Legge n. 13 del 1 febbraio 2016) potesse essere prorogato, su istanza dell'aggiudicatario, per ulteriori 18 mesi.

In ultimo, il termine finale per l'attuazione del Piano Ambientale è stato ulteriormente modificato nel tempo intercorrente tra la presentazione delle "offerte iniziali" (30 giugno 2016) e la presentazione delle "offerte definitive vincolanti" (6 marzo 2016) per effetto del d.l. 244 del 30 dicembre 2016, decreto Milleproroghe richiamato nella segnalazione in oggetto. Più chiaramente, secondo il combinato disposto delle modifiche introdotte dal DL Milleproroghe e dalla sua legge di conversione, intervenute tra il 1 gennaio ed il 1 marzo 2017, la definizione della data ultima di attuazione del Piano ambientale è stata ancorata alla "scadenza della autorizzazione integrata ambientale dello stabilimento siderurgico ILVA in corso di validità" e, medio tempore, prorogata al 30 settembre 2017, ovvero alla data del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri di approvazione delle modifiche del Piano, se antecedente a tale data.

Per completezza si evidenzia che tale Decreto di approvazione delle modifiche del Piano Ambientale è effettivamente intervenuto il 29 settembre 2017 ed ha espressamente indicato che la "scadenza della autorizzazione integrata ambientale dello stabilimento siderurgico ILVA in corso di validità" coincide con il 23 agosto 2023.

In relazione alle successive modifiche del termine ultimo di attuazione del Piano Ambientale come sopra ricostruite sulla base delle evidenze documentali, va osservato che nell'ottica prospettata dal Ministero segnalante vengono in rilievo entrambi i differimenti sopra richiamati, intervenuti quando la platea dei partecipanti era già stata ristretta, nel primo caso (differimento di 18 mesi) a coloro che avevano manifestato interesse, nel secondo caso (Milleproroghe) ai soli due partecipanti che avevano presentato le "offerte iniziali".

Codesto Ministero segnala la possibile lesione del principio di concorrenza derivante dalla modifica normativa del termine finale di attuazione del Piano Ambientale spostato dal 2017 al 2023 ben oltre i termini di presentazione delle offerte. “La determinazione assunta in corso di gara di differire il termine di attuazione del Piano ambientale all’anno 2023, ben sei anni dopo la scadenza del termine originario è questione di tale rilevanza che avrebbe dovuto suggerire di riaprire la procedura nell’interesse di tutti gli altri soggetti invitati a manifestare il proprio interesse”.

Al riguardo va rilevato che 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 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.

Anche il secondo quesito di codesto Ministero, concernente la facoltà dell’aggiudicatario di rideterminare le scadenze intermedie, postula un esame del quadro regolatorio relativo al primo segmento procedimentale sopra illustrato. In questo contesto la normativa di gara è chiara nell’indicare l’obbligo di conformità delle offerte definitive vincolanti al Parere rilasciato dal Ministero dell’Ambiente, all’esito del procedimento valutativo sulle offerte iniziali. Tale parere è intervenuto il 9 gennaio 2017 ma non è stato prodotto in atti.

Come sopra richiamato, le successive modifiche apportate al comma 8 dal Milleproroghe (d.l. 244/2016 e successiva legge di conversione del febbraio 2017) hanno legittimato gli offerenti a rimodulare le rispettive offerte avendo come riferimento temporale non più l’originaria scadenza del Piano Ambientale, ma il diverso termine di validità dell’autorizzazione integrata ambientale rilasciata in favore degli stabilimenti ILVA. Lo stesso comma 8, così come da ultimo modificato, prevede il conseguente adeguamento dei termini di cui all’art. 2, comma 5.

Tuttavia, tali modifiche, stando al tenore letterale della norma, non fanno venir meno l’obbligo per l’offerente, in sede di presentazione dell’offerta definitiva vincolante, di accettare “tutte le risultanze del parere” reso dal Ministro dell’Ambiente e di conformare o aggiornare di conseguenza l’offerta, adeguandola alle prescrizioni relative alla realizzazione di specifici interventi recate nel medesimo parere.

Per legge, dunque, i vincoli posti a carico degli offerenti in sede di presentazione dell’offerta vincolante, sotto questo profilo, sono due:

- adeguare obbligatoriamente l’offerta al parere del Ministero dell’Ambiente;
- prevedere l’attuazione delle prescrizioni ivi rese entro un termine finale coincidente con il termine di scadenza dell’autorizzazione integrata ambientale in corso di validità.

Alla luce di quanto sopra, come evidenziato anche nel parere dell'Avvocatura dello Stato del 18 settembre 2017 all'esito del quesito posto dal Ministero dello Sviluppo Economico, la nuova disciplina entrata in vigore con la legge di conversione del Decreto Milleproroghe (legge febbraio 2017) successivamente al parere reso dal Ministero dell'Ambiente il 9 gennaio 2017, non ha fatto venir meno il carattere vincolante delle prescrizioni ivi contenute. Ciò implica che l'avvio del secondo segmento procedimentale post aggiudicazione (comma 8.1) presuppone che l'offerta definitiva vincolante presentata nell'ambito del primo segmento procedimentale sia conforme ad entrambi i descritti vincoli.

Dalla richiesta di parere avanzata da codesto Ministero all'Avvocatura dello Stato del 21 luglio 2017 emerge che la modifica normativa di che trattasi "è stata interpretata da AM in sede di presentazione dell'offerta vincolante definitiva, nel senso di ribadire la vincolatività del recepimento delle prescrizioni tecniche introdotte dal parere del Ministero dell'Ambiente per specifici interventi, ma consentendo - diversamente dalla precedente formulazione della norma - che tali interventi potessero essere completati "entro la scadenza dell'autorizzazione integrata ambientale in corso di validità (e - quindi - entro il 2023), anche laddove invece il parere avesse indicato un termine di completamento anteriore (e ciò era in concreto accaduto".

In punto di diritto, il mancato integrale adeguamento al Piano e alle prescrizioni fissate dal Ministero è sanzionata 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".

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.

L'ultravigenza dei termini intermedi e la presenza di un nuovo termine finale potrebbero pure avere rilievo, come indicato da codesto Ministero nella nota che si riscontra, sulla correttezza della procedura di attribuzione dei punteggi basati su criteri di carattere temporale.

Quanto all'ultimo profilo di criticità evidenziato nella nota che si riscontra relativo all'eccezione sollevata dalla seconda classificata, in ordine alla mancata attuazione del procedimento derivato di rilancio delle offerte (sulla quale è intervenuto il parere del 1° giugno 2018 dell'Avvocatura dello Stato), si osserva quanto segue.

Nell'invito a manifestare interesse, sopra indicato, l'art. 6 dedicato alle fasi successive della procedura, dispone (tra l'altro), 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:

- la durata della fase di *due diligence*;

- le modalità e i contenuti delle offerte vincolanti da presentare, aventi ad oggetto termini e condizioni proposti per l'implementazione dell'Operazione, in conformità a quanto previsto dall'articolo 4, comma 4-quater del d.l. 347/2003 e dal d.l. 191/2015;
- le modalità per l'espletamento di una o più fasi di rilancio cui potranno essere invitati tutti o parte degli offerenti; (...)).».

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.

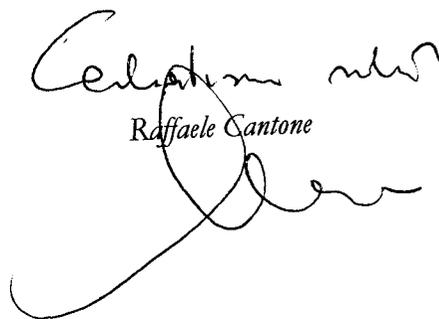
Da un primo esame della predetta Lettera di Procedura, tuttavia, emerge che tale aspetto della gara non è stato adeguatamente disciplinato, come inizialmente previsto nell'Invito. Tale documento si limita, infatti, a regolamentare (per gli aspetti che qui rilevano) le modalità di presentazione delle 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.

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, 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.

Le considerazioni esposte rispondono, in punto di diritto, ai quesiti posti da codesto Ministero sui quali - si ribadisce - l'Autorità si è espressa sulla base degli elementi comunicati senza avere proceduto né potere procedere a specifici accertamenti. Per quanto ovvio, si rappresenta che 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 che si è intersecata con le diverse fasi della procedura in oggetto. I provvedimenti di autotutela possono essere assunti, infatti, solo al ricorrere di tutti i presupposti di cui all'art. 21 nonies della legge n. 241 del 1990 e

in particolare l'esistenza dell'interesse pubblico specifico all'annullamento, diverso - secondo la costante giurisprudenza amministrativa - dal mero ripristino della legalità. L'accertamento dei presupposti di fatto e di diritto previsti dalla legge, la valutazione dell'interesse pubblico prevalente e lo stesso accertamento delle illegittimità nel caso concreto sono rimessi, ovviamente, alla responsabilità dell'Amministrazione procedente.


Raffaele Cantone