



Autorità Nazionale Anticorruzione

Delibera n. 626 del 7 giugno 2017

Oggetto: Fascicoli UVLA n. 4201/2016 UVSF n. 4268/2016; ISP-34/2015 Attività ispettiva eseguita, ai sensi dell'art. 6, comma 9, lettere a) e h) del d.lgs. 163/2006, presso le società Hera Spa (CF 04245520376) e della sua partecipata Herambiente Spa (CF 02175430392) al fine di acquisire elementi conoscitivi sull'attività contrattuale svolta nell'ultimo triennio nell'ambito della gestione del servizio integrato dei rifiuti e alla verifica del ricorso agli istituti delle proroghe e rinnovi.

Il Consiglio

Visto l'articolo 19, comma 2, del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 114, secondo cui i compiti e le funzioni svolti dall'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture sono trasferiti all'Autorità Nazionale Anticorruzione;

Visti il decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 e il decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163;

Vista la relazione congiunta dell'Ufficio di Vigilanza centrali di committenza e concessioni di servizi e dell'Ufficio di Vigilanza Lavori.

Premesse

Con relazione del 20.9.2016 l'Ufficio Ispettivo, in attuazione del deliberato consiliare del 14.9.2015, ha trasmesso agli scriventi Uffici gli esiti delle verifiche effettuate nell'ambito dell'attività in oggetto presso le società Hera spa ed Herambiente spa dal 18.11.2015 al 20.11.2015.

Gli scriventi uffici hanno comunicato alle dette società le risultanze istruttorie (CRI), come approvate dal Consiglio dell'Autorità nella seduta del 9.11.2016 con nota prot. 168641 del 15.11.2016; la stessa nota è stata indirizzata anche all'Agenzia territoriale dell'Emilia-Romagna per i servizi idrici e rifiuti (ATERSIR).

L'Atersir ha dato riscontro alla CRI con nota acquisita agli atti dell'Autorità il 16.12.2016 prot. n. 186478, nota nella quale richiedeva Audizione presso il Consiglio dell'Autorità, mentre le società Hera spa ed Herambiente spa, inviavano le loro controdeduzioni congiuntamente con nota acquisita il 13.12.2016. prot. n. 184076.

Il Consiglio ha ascoltato, in audizione, il 22.3.2017 l'Atersir nella persona del direttore ing. Vito Belladonna, che ha brevemente illustrato quanto già comunicato con la nota del 16.12.2016 e consegnato un documento, in forma di slides, riassuntivo delle attività svolte da Atersir nel

settore rifiuti per l'intera regione Emilia Romagna. Su richiesta del Consiglio l'ing Belladonna si è, inoltre, impegnato a far pervenire al Consiglio una nota nella quale fosse esplicitato il programma tecnico amministrativo che condurrà all'affidamenti dei servizi gestiti da Hera spa in forza di convenzione scadute (5) o di prossima scadenza (1).

Con nota ricevuta agli atti dell'Autorità il 24.04.2017, n. prot. 58394, l'Atersir ha inviato due documenti: 1) *“Relazione sull'organizzazione del servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani nei territori della Regione Emilia Romagna e sullo stato di avanzamento delle procedure per l'affidamento del medesimo servizio”*; 2) *“Report delle attività, dei risultati e degli impatti di ATERSIR all'interno del sistema di governance dei servizi idrici e dei rifiuti”* contenenti alcune delle informazioni richieste dal Consiglio

Il contesto

Come rileva la relazione ispettiva i soggetti destinatari dell'indagine sono due società per azioni miste, a capitale pubblico e privato.

HERA spa, è la società che si occupa della gestione di diversi servizi (idrico, energetico, gas, rifiuti); per quanto riguarda il settore rifiuti gestisce la parte relativa allo spazzamento degli spazi pubblici, raccolta e trasporto a discarica. La società opera principalmente nei territori delle province di Bologna, Ravenna, Rimini, Forlì, Cesena, Ferrara, Modena, Imola e Pesaro-Urbino; dal 1 gennaio 2013 l'attività si è estesa anche nei territori di Padova, Trieste e Gorizia, a seguito all'integrazione con il Gruppo Acegas-Aps; dall'1 luglio 2014, infine, in conseguenza dell'aggregazione con Amga - Azienda Multiservizi Spa, l'attività si è estesa anche ai territori del Comune di Udine e della Provincia di Udine.

La società per azioni è stata costituita il 10.03.1995 ed ai sensi dell'art. 7 dello statuto è una società a prevalente capitale pubblico; deriva dalla *“aggregazione di aziende municipalizzate (11, operanti in Emilia-Romagna)”* *“a partire dalla prima operazione avvenuta nel 1995 che ha interessato Seabo spa e altre società dell'area romagnola”*² ed è quotata sul mercato telematico di Borsa Italiana S.p.A. dal 26 giugno 2003.

Il prospetto informativo³ del 2003 relativo all'offerta pubblica di vendita, come rinvenibile sul sito istituzionale della Consob, “fotografa” l'Azienda all'atto della sua quotazione e riferisce, inquadrandola nel contesto normativo del tempo, sulle attività, contratti e impianti del gruppo all'atto della quotazione.

A pag. 12 del suddetto prospetto “Assetti proprietari e non contendibilità dell'Emittente” si legge:

“Alla data di pubblicazione del Prospetto Informativo (“data del Prospetto Informativo”), il 99,616%

¹ Fonte: sito Hera

² Fonte: sezione amministrazione trasparente Comune di Bologna

³ Fonte: sito Consob www.consob.it/documenti/prospetti/2003/2003-06-03_prosp_ipo_hera.pdf

del capitale sociale di HERA è detenuto da 132 Enti Locali aderenti ad un Patto di Sindacato come definito nella Sezione Prima, Capitolo III, Paragrafo 3.4. Anche a seguito dell'Offerta Globale (come di seguito definita), nell'ipotesi di completa adesione alla medesima e di integrale esercizio della Greenshoe, gli Enti Locali aderenti al Patto di Sindacato deterranno una partecipazione di maggioranza nel capitale sociale di HERA pari al 55,133%.”

All'attualità dal sito web del gruppo risulta che alla data del 30.9.2015 l'azionariato è costituito per il 53,8% da soci pubblici, il 37,9% è sul libero mercato azionario ed il restante 8,3% da soci privati.

In merito alla natura giuridica di Hera spa bisogna riferire il suo inquadramento come organismo di diritto pubblico confermato dal Consiglio di Stato (sz. V, 15.7.2013) *“Si tratta infatti di ente societario dotato di personalità giuridica (società per azioni), assoggettata a governance pubblica in virtù del controllo congiunto di diritto operato da enti pubblici locali emiliani, in forza di apposite previsioni statutarie (art. 7), attraverso il possesso della maggioranza assoluta del capitale sociale e, conseguentemente, il diritto di nomina della maggioranza dell'organo amministrativo. Sussiste inoltre il requisito teleologico, lo stesso evincendosi ancora una volta dallo statuto, ed in particolare dall'oggetto sociale dell'Hera, consistente nella gestione integrata delle risorse idriche, energetiche, dei servizi ambientali (art. 4). Tanto meno quest'ultima nega di essere affidataria diretta in regime di concessione del servizio di gestione dei rifiuti urbani in numerosi ambiti territoriali emiliani, così come il regime di privativa che contraddistingue tale attività...”*

Nel 2010 Hera ha conferito alla propria società controllata Herambiente S.p.A. tutte le attività liberalizzate di smaltimento, trattamento e recupero dei rifiuti.

Herambiente è stata costituita, nel 2009, come società a responsabilità limitata, mediante conferimento di ramo d'azienda da parte del socio unico Hera spa che ha trasferito ad essa anche le partecipazioni in società operanti nelle fasi dello smaltimento, recupero e riciclo dei rifiuti, ed'è stata trasformata in spa in occasione della cessione di una partecipazione di circa il 25% alla Ambiente Arancione Cooperatief UA società partecipata da fondi internazionali: l'inglese Eiser e l'olandese APG.

Il quadro normativo all'interno del quale le due società esercitano la loro attività in Emilia Romagna è costituito come fonte principale a livello nazionale dal d.lgs. 3 aprile 2006 n. 152 *“Norme in materia ambientale”*, il così detto testo unico o Codice dell'ambiente, ed a livello regionale dalla l.r. E.R. 23 dicembre 2011 n. 23 *“ Norme di organizzazione territoriale delle funzioni relative ai servizi pubblici dell'ambiente”*.

Il testo unico d.lgs 152/06 all'art. 200 e seg. disciplina l'organizzazione territoriale del servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani sulla base di Ambiti territoriali Ottimali.

A tali Autorità d'Ambito è affidato il compito di *aggiudicare il servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani mediante gara disciplinata dai principi e dalle disposizioni comunitarie secondo la disciplina vigente in tema di affidamento dei servizi pubblici locali.*

In merito alle gestioni preesistenti l'entrata in vigore della norma, all'art. 204 della stessa è prescritto:

“1. I soggetti che esercitano il servizio, anche in economia, alla data di entrata in vigore della parte quarta del presente decreto, continuano a gestirlo fino alla istituzione e organizzazione del servizio di gestione integrata dei rifiuti da parte delle Autorità d'ambito.

2. In relazione alla scadenza del termine di cui al comma 15-bis dell'articolo 113 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, l'Autorità d'ambito dispone i nuovi affidamenti, nel rispetto delle disposizioni di cui alla parte quarta del presente decreto, entro nove mesi dall'entrata in vigore della medesima parte quarta.

3. Qualora l'Autorità d'ambito non provveda agli adempimenti di cui ai commi 1 e 2 nei termini ivi stabiliti, il Presidente della Giunta regionale esercita, dandone comunicazione al Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare e all'Autorità di vigilanza sulle risorse idriche e sui rifiuti, i poteri sostitutivi, nominando un commissario "ad acta" che avvia entro quarantacinque giorni le procedure di affidamento, determinando le scadenze dei singoli adempimenti procedurali. Qualora il commissario regionale non provveda nei termini così stabiliti, spettano al Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare i poteri sostitutivi preordinati al completamento della procedura di affidamento.”

Invero tale ultimo comma è stato dichiarato parzialmente incostituzionale dalla Corte con sentenza n. 249 del 2009 nella parte in cui disciplina l'esercizio del potere sostitutivo del Presidente della Giunta. Il vuoto normativo è stato colmato in vario modo dalle Regioni all'atto dell'emanazione delle leggi Regionali in materia⁴.

La legge regionale l.r. E.R. 23 dicembre 2011 n. 23 istituisce l' Agenzia territoriale dell'Emilia Romagna per i servizi idrici e rifiuti, ATERSIR, quale ente per la gestione delle funzioni dell'ATO unico Emilia Romagna, e che è subentrato, dal 1 gennaio 2012, nei rapporti giuridici attivi e passivi dei preesistenti ATO provinciali.

All'art. 5 della predetta norma sono identificati gli organi dell'Agenzia:

- a) il Presidente;
- b) il Consiglio d'ambito;
- c) i Consigli locali;
- d) il Collegio dei revisori.

L'ATERSIR opera tramite il Consiglio d'ambito, coincidente con il territorio regionale, ed i Consigli locali, coincidenti con i territori provinciali.

Il Consiglio d'Ambito in particolare provvede:

- all'approvazione della ricognizione delle infrastrutture;
- alla definizione e approvazione dei costi totali del servizio;

⁴ La Corte dei Conti – sezione Regionale di Controllo dell'Emilia Romagna – con proprio parere dell'8 maggio 2014 n. 125 ha rilevato la *natura di ente locale dell'Agenzia* asserendo che *nell'ipotesi di accertata e persistente inerzia nell'esercizio della funzione, andrà richiesto l'esercizio dei poteri sostitutivi intestati alla Regione nelle modalità di cui al richiamato art.30 della legge regionale n. 6 del 2004.*

- all'approvazione, sentiti i Consigli locali, del piano economico-finanziario;
- all'approvazione del piano d'ambito e dei suoi eventuali piani stralcio;
- alla gestione dei rapporti con il Comitato consultivo degli utenti e dei portatori di interesse costituito presso l'Agenzia;
- all'assunzione delle decisioni relative alle modalità di affidamento del servizio;
- alla definizione di linee guida vincolanti per l'approvazione dei piani degli interventi e delle tariffe all'utenza da parte dei Consigli locali;
- al controllo sulle modalità di erogazione dei servizi;
- al monitoraggio e valutazione, tenendo conto della qualità ed entità del servizio reso in rapporto ai costi, sull'andamento delle tariffe all'utenza deliberate dai Consigli locali ed all'eventuale proposta di modifica e aggiornamento;
- alla gestione delle attività di informazione e consultazione obbligatorie previste dalla normativa vigente;
- a formulare un parere ai Comuni sull'assimilazione dei rifiuti speciali non pericolosi ai rifiuti urbani;
- ad approvare lo schema tipo della carta dei servizi, nonché la relativa adozione da parte dei gestori.

I consigli locali hanno invece il compito di:

- individuare i bacini di affidamento dei servizi, nelle more del riallineamento delle scadenze delle gestioni in essere, ivi compresa la loro aggregazione con bacini di pertinenza di altri Consigli;
- proporre al Consiglio d'ambito le modalità specifiche di organizzazione e gestione dei servizi;
- approvare il piano degli interventi
- definire ed approvare le tariffe all'utenza;
- controllare le modalità di effettuazione del servizio da parte dei gestori e predisporre una relazione annuale al Consiglio d'ambito.

All'art. 12 della norma vengono definite le “funzioni della Regione” alla quale, nel rispetto delle discipline comunitarie e statali in materia di regolazione dei servizi pubblici, spettano sostanzialmente i compiti di indirizzo e vigilanza.

Le società Hera spa ed Herambiente spa svolgono la gestione del ciclo integrato dei rifiuti in parte del territorio della regione Emilia-Romagna e più precisamente:

HERA spa è il gestore del servizio rifiuti urbani nei territori di competenza delle ex AAto di Modena, Bologna, Ferrara, Ravenna, Forlì-Cesena, Rimini ed attualmente gestisce il servizio rifiuti urbani in 136 Comuni della regione Emilia Romagna. Essa svolge il servizio sulla base di convenzioni stipulate con le ex AAto coincidenti i territori di ogni singola Provincia nelle seguenti annualità: AAto Bologna nel 2004; AAto Forlì - Cesena nel 2006, AAto Ferrara nel 2004, AAto Modena nel 2007, AAto Ravenna nel 2005 e AAto Rimini nel 2005. Attualmente risultano scadute le convenzioni nei territori di BO, RI, FC, RA, MO e, in attesa dei nuovi

affidamenti, Hera spa svolge, in regime di prorogatio, la gestione del servizio di igiene urbana.

Come riferito dalla relazione ispettiva Hera spa ha comunicato che, in esecuzione delle convenzioni che regolano gli affidamenti in essere, ad essa spetta l'esecuzione delle seguenti attività della filiera:

- raccolta dei rifiuti urbani indifferenziati, differenziati e assimilati;
- spazzamento e lavaggio strade;
- trasporto agli impianti di trattamento e/o smaltimento;
- trattamento preliminare per il successivo avvio al recupero (per i rifiuti differenziati).

Rientrano altresì nell'oggetto dell'affidamento le attività di progettazione e realizzazione degli impianti facenti parte del servizio.

L'attività di smaltimento dei rifiuti indifferenziati non costituisce invece oggetto delle convenzioni, in quanto inclusa nella regolazione pubblica del servizio. Difatti argomenta Hera spa, l'art.16 della l.r. n. 23/2011 stabilisce che "*In presenza di un soggetto privato proprietario dell'impiantistica relativa alla gestione delle operazioni di smaltimento dei rifiuti urbani di cui all'articolo 183, comma 1, lettera z), del decreto legislativo n. 152 del 2006, compresi gli impianti di trattamento di rifiuti urbani classificati Rl ai sensi dell'Allegato C, parte IV, del medesimo decreto legislativo n. 152, l'affidamento della gestione del servizio dei rifiuti urbani non ricomprende detta impiantistica che resta inclusa nella regolazione pubblica del servizio. A tal fine l'Agenzia (avvero ATERSIR) individua dette specificità, regola i flussi verso tali impianti, stipula il relativo contratto di servizio e, sulla base dei criteri regionali, definisce il costo dello smaltimento da imputare a tariffa tenendo conto dei costi effettivi e considerando anche gli introiti*".

Pertanto dopo la cennata costituzione, nel 2009, della Herambiente spa , le attività di smaltimento sono state svolte dalla stessa con la quale, in attuazione del citato art. 16 della l.r. 23/2011 ATERSIR ha stipulato, nel 2014, un contratto di servizio a prezzi di smaltimento regolati⁵. In forza di tale convenzione, con riferimento alle attività di trattamento/recupero di materia dei rifiuti raccolti in maniera differenziata la società Herambiente spa gestisce tale attività, per conto della controllante Hera, a valle della raccolta differenziata utilizzando impiantistica propria e, nei casi non sia disponibile un proprio impianto nel bacino geografico di riferimento, con impiantistica di terzi. Gli aspetti economici di tale attività sono regolati dal contratto di servizio fra le parti, che stabilisce prezzi unitari di trattamento per le diverse tipologie di rifiuto che Hera spa corrisponde ad Herambiente spa.

Il risultato dell'attività ispettiva e le contestazioni mosse ad HERA ed ATERSIR.

L'ispezione in oggetto è stata effettuata allo scopo di "*acquisire puntuali elementi conoscitivi sull'attività contrattuale svolta nell'ultimo triennio dalle suddette società nell'ambito della gestione del servizio integrato dei rifiuti estendendo l'indagine in riferimento ai rapporti individuati alla verifica in ordine al ricorso da parte dei medesimo soggetti appaltanti agli istituti delle proroghe e rinnovi*". L'indagine si è concentrata sulla analisi di un campione di affidamenti nel settore rifiuti estratti dai dati reperibili presso la BDNCP. Il campione risulta composto da 48 affidamenti di Hera spa e 133 affidamenti di Herambiente spa dalla cui analisi sono emerse una serie di criticità

⁵ Risulta in atti anche un successivo contratto di servizio per il 2015.

per le quali sono state mosse contestazioni in sede di CRI, che hanno riguardato in particolare:

1. le modalità di affidamento dei contratti a terzi;
2. l'oggetto degli affidamenti - subaffidamenti;
3. i rapporti tra Hera ed Herambiente;
4. il regime di *prorogatio* delle convenzioni;
5. violazioni varie al codice dei contratti.

1. Le modalità di affidamento dei contratti a terzi

Per quanto riguarda le *modalità di affidamento* dei contratti operate dalle due società nel periodo 2013-2015 la relazione ispettiva ha evidenziato quanto segue.

“La disamina condotta sugli affidamenti di HERA, effettuata sui dati acquisiti dalla Banca Dati Nazionale Contratti Pubblici dell'ANAC (BDNCP), ha evidenziato il cospicuo ricorso a procedure non ad evidenza pubblica, in termini quantitativi pari al 96,39% delle procedure espletate che, però, in termini di importi affidati incide per il 37,27% del totale. L'alta incidenza percentuale rilevata in termini numerici, rispetto a quella notevolmente più bassa relativa agli importi è parzialmente giustificabile dall'attivazione nel 2015 di un numero ridotto di affidamenti ad evidenza pubblica (n. 6) ma di importo complessivo molto elevato (€ 248.600.000).

Resta comunque rilevante il ricorso a procedure ad affidamenti non ad evidenza pubblica, in particolare negli anni 2013 e 2014, con importi medi per affidamento anche superiori a € 1.000.000, spesso dovuti al rinnovo, spesso espresso in sede di bando di affidamento originario.

Per quanto riguarda la totalità degli affidamenti effettuati da HERAMBIENTE, la verifica ha evidenziato il ricorso a procedure non ad evidenza pubblica per il 29,78% del totale, in termini numerici, mentre le medesime procedure assorbono il 27,94% in termini di importo. Tali dati non prendono, però, in considerazione il rilevante numero di procedure selettive "ex art. 238, co. 7 del codice", relativo agli affidamenti sotto soglia comunitaria nei settori speciali (effettuato generalmente mediante invito a operatori iscritti in apposito albo della stazione appaltante); tale procedura, prevista in sede di autoregolamentazione nelle linee guida del Gruppo, viene utilizzata prevalentemente per gli affidamenti ritenuti in ambito libero mercato. Nel caso si aggiungessero anche tali affidamenti alle procedure negoziate vere e proprie, le percentuali richiamate in precedenza si incrementerebbero in misura molto consistente fino a: 99,18% in termini numerici e 95,44% in termini di importo.

Nel caso di HERAMBIENTE è quindi possibile affermare che le procedure non ad evidenza pubblica sono in pratica lo strumento ordinario per l'affidamento di contratti di lavori, servizi e forniture.

È comunque necessario considerare le peculiarità che contraddistinguono l'operato di HERAMBIENTE.

Dall'esame del campione esaminato, a differenza di HERA che svolge la propria attività prevalentemente in ambito Rifiuti Solidi Urbani (RSU) a seguito di convenzioni acquisite direttamente, HERAMBIENTE procede ad acquisti di lavori, servizi e forniture che interessano frequentemente, oltre ai settori ordinari (RSU), anche i settori speciali (ad es. termovalorizzazione con produzione di energia), nonché i c.d. "Rifiuti speciali" (acquisiti sul libero mercato da industrie, attività agricole private, commerciali ecc.).”

2. L'oggetto degli affidamenti/sub affidamenti.

La Relazione ispettiva e la CRI hanno evidenziato come la società Hera spa, nata come detto dall'aggregazione di 11 aziende municipalizzate, subentrò alle stesse nelle concessioni per la gestione dei rifiuti urbani; tali concessioni sono state poi rinnovate con gli AATO di Bologna, Ferrara, Forlì-Cesena, Modena, Ravenna e Rimini negli anni 2004-2007.

Le convenzioni tra gli AATO ed HERA sono state al tempo redatte in vigenza della legge "Ronchi" e pertanto, in ottemperanza ad essa, la privativa comunale non poteva essere estesa all'attività di smaltimento e recupero dei rifiuti.

Al di là delle formulazioni, in qualche caso ambigue, delle convenzioni stipulate⁶, (che per alcune sembrano affidare ad HERA anche l'onere dello smaltimento del rifiuto), ciò che ha evidenziato la relazione ispettiva è che tutte le convenzioni, con terminologie simili⁷, vietano al gestore di cedere o subaffidare anche parzialmente il servizio, fatta salva la facoltà di potersi avvalere di terzi per l'esecuzione di singole attività strumentali.

⁶ ambiguità esasperata dall'evenienza che l'impiantistica, compresa quella della fase di smaltimento del rifiuto, è di proprietà di HERA o comunque ad essa riconducibile.

⁷ Si vedano ad esempio:

Convenzione AATO Ravenna

Articolo 28 , Divieto di subaffidamento

È fatto divieto al Gestore di cedere o subaffidare anche parzialmente il servizio di gestione dei rifiuti urbani oggetto della presente Convenzione, sotto pena dell'immediata risoluzione della medesima, con tutte le conseguenze di legge e con l'incameramento da parte della Agenzia delle garanzie prestate dal Gestore. Il Gestore, ferma restando la sua piena ed esclusiva responsabilità del risultato e fermo restando quanto previsto all'art. 113 comma 5 ter del D.Lgs 267/2000 previo accordo con l'Agenzia in ordine alle tipologie di servizi, lavori e ,forniture appaltabili, potrà avvalersi per la esecuzione di singole attività ,strumentali all' erogazione del servizio di gestione dei rifiuti urbani, di soggetti terzi individuati nel rispetto della vigente normativa in materia di affidamento dell'esecuzione di opere, servizi e forniture ed il possesso dei necessari requisiti morali, tecnici ed economico-finanziari. il Gestore è tenuto ad informare ed a tenere informata l'Agenzia circa la ragione sociale e la sede di eventuali appaltatori e subappaltatori (in caso di A.T.I. l'informazione è relativa sia alla Capogruppo che alle Mandanti, in caso di Consorzio sia al Consorzio che alle consorziate coinvolte nell' esecuzione della convenzione) con l'indicazione dei relativi servizi e lavori appaltati

Convenzione con AATO Bologna

"Art. 32 Divieto di subconcessione

E' fatto divieto al Gestore di cedere o subconcedere anche parzialmente il servizio di gestione dei rifiuti oggetto della presente convenzione, sotto pena dell'immediata risoluzione della medesima, con tutte le conseguenze di legge e con l'incameramento da parte della Agenzia delle garanzie prestate dal Gestore. Il Gestore, ferma restando la sua piena ed esclusiva responsabilità del risultato, potrà avvalersi per l'esecuzione di singole attività strumentali all'erogazione del servizio, di soggetti terzi, nel rispetto della vigente normativa in materia di affidamento dell'esecuzione di opere, servizi e forniture compresa la LR 25/99 e ss.mm.ii.. Per quanto attiene alcune fasi particolari del servizio, quali lo spazzamento stradale e la gestione delle stazioni ecologiche il gestore si impegna ad avvalersi, laddove presenti di soggetti terzi comprese le cooperative sociali, nel rispetto delle leggi vigenti in materia."

Convenzione con AATO di Forlì Cesena

"Art. 30 - Divieto di subaffidamento

È fatto divieto al gestore di cedere o subaffidare anche parzialmente il servizio di gestione dei rifiuti urbani oggetto della presente Convenzione, sotto pena dell'immediata risoluzione della medesima, con tutte le conseguenze di legge e con l'incameramento da parte della Agenzia delle garanzie prestate dal Gestore. Il Gestore, ferma restando la sua piena ed esclusiva responsabilità del risultato, potrà avvalersi per la esecuzione di singole attività strumentali all'erogazione del servizio, di soggetti terzi, nel rispetto della vigente normativa in materia di affidamento dell'esecuzione di opere, servizi e forniture. La previsione di cui al comma 2 del presente articolo trova applicazione anche nell'eventuale ipotesi di gestione del servizio a mezzo di Società Operative Territoriali di cui all'art. 2 della presente convenzione."

L'analisi del campione di contratti ha rilevato *“che in taluni casi sono stati affidati a terzi parti rilevanti delle attività del ciclo quali “le prestazioni connesse al servizio di raccolta e trasporto rifiuti solidi urbani e assimilati, raccolte differenziate, conduzione dei centri di raccolta, compresi servizi accessori, e le prestazioni connesse al servizio di spazzamento manuale e meccanizzato, compresi i servizi accessori”. Tale modalità presenta pertanto possibili profili di incongruenza con le previsioni contenute in modo pressoché analogo in tutte le diverse convenzioni stipulate tra gli AATO ed HERA che vietano al Gestore di cedere o subaffidare anche parzialmente il servizio di gestione dei rifiuti urbani oggetto della convenzione, sotto pena dell'immediata risoluzione della medesima “*

In merito a tale rilievo intervengono le relazioni di ATESIR e di Hera spa con prospettive diverse e si evidenziano alcuni elementi contrastanti.

ATESIR in merito comunica che *“il costante orientamento dell'Agenzia è quello di interpretare il termine “subaffidamento” contenuto in tali convenzioni come un termine tecnico teso ad indicare unicamente il caso di subconcessione: il divieto suddetto dunque investirebbe solo i casi in cui, tramite l'esternalizzazione, il gestore si spogli, anche parzialmente, della titolarità della concessione, ovvero del rischio operativo e della responsabilità connessi alla stessa.*

L'esegesi proposta trova sostegno proprio nella seconda parte degli articoli riportati, ove si precisa la facoltà riconosciuta al gestore di esternalizzare le attività allo stesso affidate mantenendo in ogni caso la responsabilità inerente il rispetto degli standard di servizio e della normativa vigente.”

Allo stesso modo la relazione di Hera spa asserisce *“La Convenzione per il servizio di gestione rifiuti urbani con l'AATO di Ravenna del 27.12.2005, citata nella relazione ispettiva, non prevede un generale divieto di affidamento a terzi di parte dei servizi affidati, bensì consente al gestore, previo accordo con l'AATO in ordine alle tipologie di lavori, servizi e forniture appaltabili, di avvalersi, per l'esecuzione di attività strumentali all'erogazione del servizio di gestione dei rifiuti urbani, di soggetti terzi individuati nel rispetto della normativa vigente. Al gestore competono, in questo caso, obblighi informativi nei confronti della stessa AATO.*

Come confermato nella stessa Relazione Ispettiva, ATERSIR (subentrata all'AATO) risulta essere stata pienamente informata circa gli affidamenti effettuati da Hera S.p.A e non risultano contestazioni in merito a tali affidamenti. Si evidenzia, inoltre, che le altre Convenzioni prevedono discipline parzialmente differenti rispetto alla Convenzione suddetta, ma non nella sostanza. In particolare, la Convenzione con l'AATO di Bologna del 20.12.2004, ad esempio, prevede che, con riferimento a fasi particolari del servizio (quali lo spazzamento e la gestione delle stazioni ecologiche, espressamente citati) Hera S.p.A. possa avvalersi di soggetti terzi, comprese le cooperative sociali, nel rispetto delle leggi vigenti in materia. Le restanti Convenzioni consentono l'affidamento a terzi di attività strumentali al servizio di gestione rifiuti, senza peraltro prevedere la previa autorizzazione di e/o l'informazione ad ATERSIR.

Del resto vale la pena sottolineare che questo assetto era in uso anche prima della costituzione di Hera S.p.A. ed era noto alle AATO al momento della sottoscrizione delle singole Convenzioni; se in sede di sottoscrizione delle stesse nulla di specifico, volto a modificare la prassi in uso, è stato previsto, significa che si riteneva legittimo lo status quo e pienamente adeguato alla migliore e più efficiente gestione del servizio.

La prima considerazione da svolgere è che le osservazioni poste dalla relazione ispettiva

evidenziano come l'ampiezza delle attività affidate, che nell'esempio sopra riportato comprendono intere fasi del servizio di gestione dei rifiuti, non possono essere certamente ricondotte alla ipotesi derogatoria delle clausole che limitano la possibilità di affidamento "a singole attività strumentali all'erogazione del servizio"

Tale notevole ed oggettiva discrepanza supera quindi la necessità di approfondimento sull'effettivo concretizzarsi del trasferimento della titolarità della concessione, del rischio di impresa o delle responsabilità di impresa di cui alla relazione di ATERSIR. Né può in alcuna maniera accogliersi l'effetto "sanante" che Hera spa argomenta sostenendo che la prassi in uso prima della sottoscrizione delle convenzioni, ancorché incompatibile con queste ultime, potesse essere mantenuta giacché non esplicitamente vietata dalle nuove convenzioni.

Il secondo aspetto di particolare rilevanza sull'argomento in esame è quello degli obblighi di comunicazione dei subaffidamenti da parte di Hera spa agli AATO e poi all'ATERSIR e della correlata funzione di controllo rispetto a tali obblighi convenzionali da parte degli AATO e poi di ATERSIR.

Nella propria relazione ATERSIR precisa che *"in base alle Convenzioni in vigore, non viene informata dai gestori di ciascuna procedura per il subaffidamento delle attività rientranti nella gestione affidata, né le convenzioni prevedono in capo alla scrivente un obbligo di controllo in ordine alla legittimità delle procedure svolte dal gestore.*

Il controllo dell'Agenzia interviene unicamente in ordine alla valutazione del corretto svolgimento del servizio ed al mantenimento degli standard previsti dai Disciplinari Tecnici allegati alle convenzioni." ed inoltre che *"... l'Agenzia non è in possesso dei dati relativi alle procedure di esternalizzazione poste in essere dai gestori, né HERA S.p.A. ha mai inviato alla scrivente gli atti delle stesse.*

Non è dunque corretto affermare che allo stato l'Agenzia sia al corrente dell'attività contrattuale di HERA S.p.A. come affermato nella relazione ispettiva... " relazione ispettiva che riferiva che *"HERA, per quanto riguarda gli affidamenti a terzi, ha comunque fornito documentazione trasmessa agli ex AATO e ad ATERSIR per fornire il quadro conoscitivo degli affidamenti effettuati ai fini dell'esercizio dei poteri di controllo e vigilanza di propria spettanza sull'esecuzione delle convenzioni stipulate. ATERSIR risulterebbe pertanto essere stata informata dell'attività contrattuale svolta da HERA."*

Rilevata la discrepanza tra le dichiarazioni è necessario sottolineare come l'attività di controllo degli AATO e poi dell'ATERSIR debba concentrarsi invece anche sulle caratteristiche dei subaffidamenti, verificando in particolare che essi fossero effettivamente relativi a singole attività strumentali, nonché effettuati nel rispetto delle procedure previste dal Codice degli appalti vigente *pro tempore*.

ATERSIR in tema comunica che *"In ogni caso di tale lacuna informativa, dipendente dal contenuto delle Convenzioni vigenti, e delle problematiche che possono derivare, l'Agenzia ha preso atto e pertanto, negli atti dei futuri affidamenti in corso di definizione, maggiore rilevanza viene data a questo aspetto: si sta infatti valutando la possibilità di imporre specifici limiti al subappalto oltre*

all'obbligo di costante informazione dell'Agenzia sulle procedure di esternalizzazione svolte dai gestori."

Più specificatamente per i sub affidamenti effettuati da Herambiente spa la relazione con le controdeduzioni sottolinea come *"Il contratto di servizio per lo smaltimento dei rifiuti urbani, stipulato da Herambiente S.p.A. con ATERSIR ai sensi del già ricordato art. 16, comma 1, legge reg. n. 23/2011, non contiene limiti in relazione alla possibilità di affidare a terzi i servizi in questione. Nel caso in cui la stessa ATERSIR avesse ritenuto di dover intervenire nella valutazione in argomento, ben avrebbe potuto disciplinarla in seno a tale contratto di servizio."*

Si ritiene necessario che Atersir fin dalla sottoscrizione del prossimo contratto di servizio con Herambiente spa, provveda alla integrazione dello stesso inserendo la regolazione delle possibilità per Herambiente spa di subaffidare attività a terzi e gli obblighi di comunicazione di tali affidamenti, giacché la carenza del contratto in questo senso appare fortemente limitativa delle possibilità di un efficace e pronto controllo dell'attività svolta da Herambiente spa, da parte dell'Atersir stessa.

3. Il rapporto tra Hera spa ed Herambiente spa.

Nella CRI si evidenziava come *"L'affidamento diretto delle attività di trattamento e smaltimento dei rifiuti da Hera S.p.a. ad Herambiente S.p.a., tenuto conto anche delle previsioni contenute in modo pressoché analogo nelle diverse convenzioni stipulate tra gli AATO ed Hera S.p.a. che vietano al gestore di cedere o sub-affidare anche parzialmente il servizio di gestione dei rifiuti oggetto della convenzione, pena l'immediata risoluzione della medesima, lasciano presumere che Herambiente S.p.a. operi in regime di "società in house" di Hera S.p.a.*

Pertanto, la società Herambiente S.p.a. è tenuta all'acquisizione di tutti i beni, lavori e servizi, necessari per l'espletamento delle attività affidate in via diretta da Hera S.p.a., nel rispetto delle procedure di cui al Codice dei contratti.

In tale contesto, si evidenzia che la cessione di una quota del 25% del capitale di Herambiente S.p.a. a soggetti privati, senza la necessaria procedura ad evidenza pubblica, non appare conforme alla normativa vigente e collide con il regime dell' "in house providing"; di tali scelte si chiede di riferire dettagliatamente.

A tali osservazioni Hera spa, premesso che *"a seguito della costituzione di Herambiente S.p.A (2009) e del conferimento ad essa del ramo aziendale dello smaltimento e del recupero/riciclaggio - che sino a quel momento costituiva una direzione interna a Hera S.p.A, Herambiente S.p.A ha pertanto assunto le vesti di autonomo gestore di queste attività d'impresa"* replica, ribadendo come le fasi di riciclo recupero e smaltimento non siano oggetto delle convenzioni, che il conferimento dei rifiuti diretto ad Herambiente spa sia effetto dei vincoli di autosufficienza e prossimità di cui l'art 182 bis del d.lgs 152/2006 così come attuati negli atti di pianificazione del sistema di gestione del ciclo dei rifiuti regionale.

Di eguale tenore è la ricostruzione operata nella sua relazione dall'ATERSIR che rifacendosi all'allora vigente art. 15 comma 1 della legge regionale dell'Emilia Romagna 25/1999 afferma che *"Le convenzioni di servizio in capo ad HERA S.p.A. quindi non ricomprendono l'attività di trattamento e smaltimento all'interno della privativa del concessionario del servizio, affidando a*

questi le attività comprese nel Servizio SGRU unicamente fino al trasporto dei rifiuti agli impianti di trattamento/smaltimento” e successivamente, dopo aver ricordato come l’art.16 della l.r. ER 23/2011 prevede “... che laddove gli impianti di smaltimento dei rifiuti urbani indifferenziati fossero di proprietà di privati, l’affidamento del servizio pubblico non avrebbe ricompreso tali impianti, e che per gli stessi i flussi di rifiuti urbani e le tariffe di accesso sarebbero stati regolati dall’Agenzia in base a Linee Guida Regionali da emanarsi” afferma che “ Di fatto, in considerazione delle vicende societarie che hanno interessato HERAMBIENTE S.p.A., tutti gli impianti di smaltimento di proprietà della società presenti sul territorio regionale sono da configurarsi come “impianti di soggetti privati”, ricadendo pertanto nella fattispecie di cui all’art. 16 della LR 23/2011 citata. “

Tale approccio, che vede pertanto con la costituzione di Herambiente spa realizzare la trasformazione di “una direzione interna di Hera s.p.a.” in “un autonomo gestore di ... attività di impresa” rivolte anche a soggetti terzi, determina, come evidenziato dalla relazione ispettiva, una “situazione di privilegio di cui possono godere alcuni operatori economici, tra cui il Gruppo HERA, nel mercato in esame. Infatti tale Gruppo opera nel libero mercato ed è al contempo affidatario diretto di commesse pubbliche; ne consegue che, in forza di contratti ottenuti senza una procedura ad evidenza pubblica, le società titolari di affidamenti diretti ottengono un indebito vantaggio rispetto a tutti gli altri operatori economici operanti sul mercato e non titolari di tali affidamenti diretti. Ad oggi HERA ed HERMAMBIENTE, almeno con riferimento al mercato dei rifiuti, continuano a beneficiare di una posizione di fatto esclusiva nel rapporto con alcuni enti territoriali, per il mantenimento in regime di prorogatio di diversi servizi e, contestualmente, per la vendita di propri servizi a terzi, anche mediante la partecipazione a gare pubbliche, con effetti distorsivi a carico del mercato.”

Quanto alla cessione del 25% del capitale di Herambiente spa la nota di controdeduzioni di Hera spa chiarisce che ritenendo non doversi applicare alla Herambiente spa la qualifica di società in house “non vi era, per Hera S.p.A. alcun divieto di procedere alla cessione, perfezionatasi nel 2010, di una quota pari al 25% della partecipazione in questa Società” e che “tale cessione ha avuto luogo all’esito di una procedura trasparente e non discriminatoria, diretta a selezionare un investitore qualificato, della quale fu incaricato l’advisor finanziario Lazard & Co. s.r.l. In particolare, l’operazione si articolò nelle seguenti fasi: 1. agosto - inizio settembre 2009: selezione dei soggetti da contattare ...[preferendosi 10 tra i primari] ... investitori finanziari dediti a investimenti di lungo termine in attività infrastrutturali ..[.]. evitando conflitti di interesse che sarebbero sorti naturalmente se il novero dei possibili investitori avesse coinvolto primari soggetti del settore Ambiente. 2. settembre 2009: contatti con i soggetti selezionati ..[.]. Dei dieci soggetti contattati, quattro hanno manifestato effettivo interesse all’operazione; 3. ottobre 2009 - gennaio 2010: fase di due diligence ..[.]. 4. metà febbraio 2010: presentazione delle offerte vincolanti ..[.]. Due soggetti hanno presentato tale offerta vincolante. Ad entrambi è stata data la possibilità di effettuare una ulteriore fase di due diligence sulla società nonché di rivedere l’offerta in termini migliorativi; 5. aprile 2010: selezione dell’offerta migliore. La scelta è stata effettuata tenendo in considerazione il corrispettivo offerto, gli elementi di corporale governance e gli elementi relativi al contratto di compravendita...”

La nota riferisce anche che “l’operazione in questione sia stata oggetto di comunicazione all’Autorità garante della Concorrenza e del Mercato al fine di valutare se la stessa comportasse, ai sensi dell’articolo 6, comma 1, della legge n. 287/90, la costituzione o il rafforzamento di una posizione

dominante nei mercati interessati. E' importante evidenziare come tale operazione sia stata autorizzata dall'AGCM (provvedimento n. 21514/2010) senza alcun rilievo in merito alla disciplina applicabile”.

4. Il regime di prorogatio delle convenzioni.

L'attività svolta da Hera, a seguito di affidamento diretto, in 5 (Bologna, Forli-Cesena, Modena, Ravenna e Rimini) dei 6 ATO (la convenzione con l'ATO di Ferrara scadrà il 20.12.2017) è eseguita ancorché le relative convenzioni siano scadute; sul tema, come richiesto l' ATERSIR ha inviato, con la nota sopra riportata, una relazione che chiarisce lo stato di avanzamento delle procedure per l'affidamento nei diversi territori provinciali, illustrando le attività svolte sottolineando come alcune di esse fossero sottordinate alla adozione del Piano Regionale di Gestione dei Rifiuti approvato dall'Assemblea Legislativa, con deliberazione n. 67 del 3 maggio 2016.

La relazione, integrata dalle informazioni inviate a seguito dell'audizione del 22.03.2017, definisce lo stato attuale nei singoli territori provinciali in cui opera come gestore Hera spa sintetizzabili nello schema che segue.

Territorio della provincia	Stato dell'affidamento	Avanzamento della procedura	Previsioni di avvio della gara
Bologna	Scaduto il 19.12.11	Consultazioni in corso con le amministrazioni comunali interessate per lo sviluppo del Piano di ambito e attività amministrativa di Atersir per la determinazione dei beni strumentali del servizio oggetto di trasferimento al gestore subentrante	Primo semestre 2018
Ferrara	In corso (scadenza 20.12.2017)	Consultazioni con le amministrazioni comunali interessate sugli aspetti di rilievo del futuro affidamento	Non indicata
Forli-Cesena	Scaduto il 31.12.2011	Approvato il Piano d'Ambito Concluso procedimento per la determinazione dei beni strumentali del servizio oggetto di trasferimento al gestore subentrante e del valore di subentro. Affidamento tramite gara per il <i>distretto cesenate</i> (aggregato al territorio di Ravenna) Adozione definitiva in ordine alla	Per il <i>distretto cesenate</i> Estate 2017 Per il <i>distretto forlivese</i> Affidamento diretto entro il 2017

		forma di affidamento per il <i>distretto forlivese</i> (che ha espresso la preferenza per la gestione <i>in house providing</i>)	
Modena	Scaduto il 19.12.2011 (Convenzione cd ex Meta) scaduto il 31.12.2011 (Convenzione ex SAT)	Approvato il Piano d'Ambito Avvio fase di redazione degli atti di gara per l'aggiudicazione del nuovo affidamento del servizio SGRU	Metà del 2018
Ravenna	Scaduto il 31.12.2011	Approvato il Piano d'Ambito Concluso procedimento per la determinazione dei beni strumentali del servizio oggetto di trasferimento al gestore subentrante e del valore di subentro.	Estate 2017
Rimini	Scaduto il 14.03.2011 (convenzioni ex AMIA spa ed ex GEAT spa)	Sollecito della decisione in ordine alla modalità di gestione e organizzazione Elaborazione del Piano d'ambito da parte degli uffici in attesa di approvazione	Non indicata

La relazione dell'ATERSIR, e la ulteriore documentazione inviata a seguito dell'audizione su richiesta del Consiglio di Anac, evidenziano alcune problematiche di "sistema":

- a) La carente interpretazione del ruolo da parte di Atersir con una sostanziale "cattura del regolatore" da parte dei soggetti controllati. Se da una parte Atersir lamenta una costante sottodotazione di personale, non sembra giustificabile l'appiattimento del ruolo dell'ente stesso che, come approfondito anche nel precedente paragrafo 2), non è sostanzialmente subentrato nel ruolo di contraente nelle convenzioni in vigenza e poi in *prorogatio*.
- b) La mancanza di un definito programma tecnico amministrativo che preveda il termine della attuale situazione di *prorogatio* che si risolve in una sostanziale indeterminatezza della lunghezza del periodo di *prorogatio* stesso. L'Atersir sembra seguire gli eventi politico amministrativi piuttosto che dettare una agenda serrata per giungere in tempi ragionevoli agli affidamenti previsti dalla vigente normativa e secondo le indicazioni dei comuni coinvolti.
- c) La costante sovrapposizione dei ruoli all'interno del sistema, i comuni infatti svolgono contemporaneamente i ruoli:
 - a. di committenti come partecipanti al sub ambito;
 - b. di fornitori come soci di Hera spa e controllanti di Herambiente spa;
 - c. di regolatori e controllori come partecipanti – decisori di Atersir.

Pur nella consapevolezza della complessità dei processi in atto i tempi del protrarsi del regime di prorogatio appaiono oltremodo lunghi anche in considerazione che, con la cennata esclusione del “distretto forlivese”, tutti gli altri territori si sono espressi per l’affidamento del servizio integrato a terzi mediante procedura di gara.

È da rilevare altresì che già con Delibera n 14 del 4 febbraio 2015, oltre due anni orsono, l’Autorità nel rilevare analoga situazione con la multi utility IREN S.p.A. che opera nel distretto Parmense, aveva sollecitato ATERSIR a procedere tempestivamente per l’indizione della gara d’appalto per l’affidamento del servizio integrato di gestione dei rifiuti; anche in quel caso l’Agenzia aveva lamentato problematiche organizzative legate, tra l’altro, a carenze di personale.

Considerato che in regime di *prorogatio* contrattuale operano diverse aziende che effettuano i servizi di igiene urbana nei territori comunali della Regione Emilia Romagna, constatato il perdurare delle difficoltà tecnico – amministrative dell’Agenzia Regionale preposta all’effettuazione delle gare per l’affidamento dei servizi, in ottemperanza ai dettami della Normativa Nazionale, si ritiene opportuno un intervento della Regione Emilia Romagna affinché fornisca ogni possibile ausilio all’ATERSIR per l’improrogabile assolvimento dei propri compiti.

5. Le violazioni al Codice dei Contratti

5.1 La possibile violazione dei principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza e proporzionalità di cui all’art. 2 del previgente Codice dei contratti negli ultimi appalti indetti con procedura ristretta che prevedono l’affidamento di servizi inerenti la fase di spazzamento, raccolta e trasporto di RSU per un tempo che va ben oltre i termini, peraltro ormai superati, delle convenzioni e del possibile periodo necessario ad ATERSIR per procedere ai nuovi affidamenti, compresa la previsione di rinnovo di anno in anno per ulteriori due anni a discrezione della stazione appaltante.

Hera spa chiarisce che la scelta, anche in regime di *prorogatio* delle convenzioni, di attivare le gare per periodi pluriennali e con le dette opzioni di proroga annuali, sia stata operata per contemperare, in un contesto di prioritaria garanzia della continuità del servizio, una serie di esigenze e situazioni contingenti così riassumibili:

- a) la scarsa definizione del contesto normativo ed organizzativo: 1) l’incertezza del calendario per l’avvio e la conclusione delle gare che ATERSIR dovrà indire per i 5 dei 6 territori oggi affidati alla gestione di Hera; 2) l’incertezza del quadro normativo che si è andato completando solo negli ultimi mesi (Piano regionale dei rifiuti, il 3.5.12016, la l.r. ER 5.10.2015 n. 16 che incide sui perimetri di gara e sugli obiettivi di medio lungo periodo; 3) l’attuarsi delle deleghe di cui la legge 124/2015 in tema di società pubbliche e sull’organizzazione dei servizi pubblici locali .
- b) la necessità di proporre agli operatori un tempo congruo a garantire gli oneri dell’avvio dell’attività (due anni più due rinnovi di un anno ciascuno)
- c) la previsione nel bando, nei capitolati delle gare sotto soglia e nei contratti sottoscritti, oltre alle clausole di rinnovo, di clausole di interruzione del contratto in funzione delle

decisioni assunte dagli organi competenti sia in ottemperanza a nuovi obblighi di legge.

Pur nel riconoscere le preminenti preoccupazioni di assicurare la continuità del servizio le motivazioni addotte non appaiono del tutto coerenti. Il modello organizzativo decisionale adottato da Hera spa sembra improntato alla previsione di una ampia prosecuzione del regime di *prorogatio*, infatti se da una parte la clausola di interruzione di cui al precedente punto c) salvaguarda l'attivazione degli eventuali nuovi contratti nascenti dall'espletamento delle gare indette da Atersir, dall'altra si sottolinea come una durata potenzialmente quadriennale dei contratti sia quella necessaria agli operatori per una programmazione tecnico-economica sufficiente della propria. Ciò comporterebbe, nel caso dell'auspicata accelerazione delle gare che Atersir deve indire, rilevanti problematiche agli operatori i cui contratti verrebbero anticipatamente interrotti.

5.2 Il contrasto con la normativa vigente della previsione dei rinnovi che, pur previsti dai documenti di gara, non sono vincolati alla nuova procedura di affidamento o, in altre situazioni, a particolari (e dimostrati) motivi di necessità e urgenza

La Hera spa chiarisce che i rinnovi previsti nei contratti analizzati dalla relazione ispettiva siano da ricomprendere non tanto in quelli regolati dall'art. 57 comma 5 lettera b, dell'allora vigente d.lgs 163/2006, bensì a quella forma di gestione della flessibilità dei contratti che, al contratto del rinnovo tacito espressamente vietato dal comma 7 del citato articolo 57, prevede che tale rinnovi possano essere utilizzati purché espressamente previsti nel bando (all. IX a del d.lgs 163/2006 ed oggi all. XIV del d.lgs 50/2017) e ricompresi nel valore stimato del contratto ai fini dell'applicazione delle soglie (art. 29 del d.lgs 163/20106 ed oggi art. 35 del d.lgs 50/2016), condizioni rispettate nei casi segnalati dalla relazione ispettiva.

Tali precisazioni non chiariscono però l'aspetto centrale delle osservazioni della relazione ispettiva difatti essa evidenzia la carenza di motivazione della opzione esercitata. La stazione appaltante infatti *“opta per l'indizione della gara, nessuna particolare motivazione è necessaria. Non così, invece, se si avvale della possibilità di proroga prevista dal bando. Detta ultima opzione dovrà essere analiticamente motivata, dovendo essere chiarite le ragioni per le quali si sia stabilito di discostarsi dal principio generale [del ricorso alla gara].”* (C,d,S, , sez V, 24.11.2011 n. 6194). È necessario quindi che in sede di eventuale rinnovo, ai fini di motivarne correttamente l'esercizio dell'opzione, siano espletate e pubblicizzate tutte le fasi di valutazione (ad esempio rispetto ai prezzi e/o a le modalità tecniche di esecuzione) proprie per la definizione dell'oggetto dell'affidamento in fase definizione di una gara.

5.3 la violazione dell'art. 29, co. 4, del d.lgs. 163/2006 nei casi in cui il rinnovo non è stato computato per la determinazione del valore globale del contratto, fattispecie di particolare gravità nei casi in cui il corretto calcolo avrebbe evidenziato il superamento della soglia che ha consentito l'affidamento del contratto senza l'adozione di procedure ad evidenza pubblica;

Nelle controdeduzioni relativamente ai 3 casi puntualmente indicati di contratti affidati da parte di Hera spa si segnala, senza contestare l'infrazione evidenziata, *“l'esiguità del numero dei casi rinvenuti (3) rispetto al totale dei casi esaminati (48) nonché il ridotto valore dei 3 appalti sopra citati*

comprensivo di quello dei relativi rinnovi (Euro 1.036.000) rispetto al corrispondente valore dei 48 casi esaminati (Euro 408.000.000, dunque 0,25% in valore).

In ogni caso, le ipotesi esaminate, oltre a riguardare casi di rilevanza economica assolutamente limitata, si riferiscono a fattispecie di attività complementari il cui dimensionamento quantitativo risultava soggetto a dinamiche dipendenti dai comportamenti e dalla domanda esogena dei cittadini/clienti e ancora influenzato dalle dinamiche sperimentali di avvio dei servizi stessi. Preme inoltre rilevare che i casi citati si collocano temporalmente in corrispondenza a significativi cambiamenti organizzativi, [...]... non irrilevanti rispetto alle modalità di gestione dei servizi ed alla configurazione dei relativi fabbisogni.”

Quanto invece agli affidamenti di Herambiente, segnalati nella relazione ispettiva, le controdeduzioni prodotte descrivono diverse situazioni:

- per quelli relativi alla stazione di trasferimento di Cesenatico la necessità di una proroga e rinnovo sono state determinate da un lungo periodo di incertezza del quadro normativo e regolamentare che non ha permesso nei tempi programmati la dismissione del centro stesso, situazione che ha determinato con la sommatoria degli importi realmente erogati lo “sforamento” evidenziato dall’attività ispettiva;
- per un ulteriore gruppo si tratterebbe di rinnovi che, come chiarito precedentemente per gli affidamenti di Hera, erano previsti nel bando e computati ai fini dell’applicazione delle soglie;
- per altro gruppo *”che l’individuazione del fornitore unico, come indicato negli atti del procedimento deriva dalla necessità di rispettare il principio di prossimità al fine di garantire la regolarità del servizio pubblico di raccolta. Nello specifico, non erano presenti, né al momento dell’affidamento né a quello delle relative proroghe, altri impianti disponibili raggiungibili dai mezzi di raccolta.”*

Pur prendendo atto delle controdeduzioni si conferma la gravità dei comportamenti non conformi alle previsioni del codice in merito al corretto computo delle opzioni ai fini della determinazione della modalità di affidamento delle attività in esame; tale erronea condotta evidenzia una non sufficiente capacità delle stazioni appaltanti di programmazione delle gare e/o di corretta valutazione dei comportamenti indotti dall’attivazione di diverse modalità di esercizio dei servizi affidati.

5.4 La carenza nelle richieste di acquisto/delibere a contrarre, in particolare nei bandi di maggior rilevanza economica, dell’indicazione delle motivazioni circa la mancata suddivisione dell’appalto in lotti come disposto dall’art. 2, comma 1-bis del previgente Codice dei contratti

In merito al tema della mancata suddivisione in lotti, ai sensi dell’art. 2 comma 1-bis del d.lgs 163/2006, delle gare di maggior importo (le 6 gare zonali indette nel 2015) la relazione di HERA SPA ricostruisce il processo di adeguamento organizzativo ed operativo realizzato sul territorio all’evolversi della normativa regionale e del passaggio da società territoriali pluriservizi per aree

provinciali, o anche sub provinciali, alla attuale configurazione determinata con la costituzione dell'ATERSIR e l'istituzione dell'ATO unico Emilia Romagna e la sua articolazione nei diversi territori, di norma, provinciali.

Il processo ha garantito il superamento di una organizzazione che vedeva la presenza di centinaia di contratti e l'organizzazione delle attività con una dimensione industriale che ha permesso la riduzione dei costi e la disomogeneità dei servizi.

L'impostazione delle gare del 2015 è stata quindi organizzata suddividendo il precedente sistema che prevedeva appalti per l'intera area Emilia e per l'intera area Romagna con un frazionamento in 6 lotti adeguando i territori oggetto dei lotti stessi ai futuri territori provinciali il cui servizio sarà affidato con le gare indette da ATERSIR.

La relazione Hera spa sul punto rileva inoltre *“come, sia nell'assetto normativo di cui al D.lgs. n. 163/2006 (art. 2, comma 1 bis), come anche in quello delineato dal nuovo Codice Contratti (art. 51, comma 1), non viga un obbligo generale di suddivisione in lotti, essendo tale scelta subordinata alla valutazione discrezionale della stazione appaltante con riferimento alle condizioni di carattere tecnico ed economico che ricorrono nel caso di specie, tenuto conto dell'oggetto dell'appalto e delle modalità esecutive scaturenti dalle situazione materiale e giuridica dei luoghi entro cui operare.*

Si segnala, inoltre, a questo proposito che, con sentenze n. 911 del 27.09.2016 e n. 917 del 11.10.2016, pubblicate in data 08.11.2016...[.]... il TAR Emilia Romagna ha rigettato le censure mosse da due ricorrenti in relazione alla supposta mancata suddivisione in lotti proprio degli appalti esaminati (servizi ambientali 2015) richiamando l'art. 2, comma 1-bis del d.lgs. n. 163/2006 nella parte in cui dispone che le stazioni appaltanti devono suddividere gli appalti in lotti funzionali solo «ove possibile ed economicamente conveniente» nonché la giurisprudenza costante (cfr. Cons. SI., sez. VI, senI. n. 2682 del 2015) secondo la quale «l'opzione sottesa alla suddivisione o meno in lotti dell'appalto è espressiva di scelta discrezionale non suscettibile di essere censurata in base a criteri di mera opportunità, tanto più nel caso in cui l'unitarietà sia imposta dall'oggetto dell'appalto e dalle modalità esecutive scaturenti dalla situazione materiale e giuridica dei luoghi entro cui operare». Nello stesso senso si è pronunciata anche la recente sentenza del Consiglio di Stato sez. V 16.3.2016 n. 1081 che ha ribadito, da un lato, la natura discrezionale della decisione della stazione appaltante in merito alle modalità di strutturazione della gara, dall'altro, la necessità di assicurare unitarietà in tutti i casi in cui tale esigenza sia imposta dall'oggetto dell'appalto e dalle relative modalità esecutive.

Hera spa inoltre comunica in merito alla carenza di motivazione, che *“essa è stata esplicitata nella delibera del Comitato Esecutivo di Hera s.p.a. del 7.10.2015 con cui è stata approvata l'indizione delle relative gare.”*

Da detto ultimo documento, fornito durante l'attività ispettiva, si ricavano però solo genericissime indicazioni *“ - coerentemente alle impostazioni previste per i futuri ambiti territoriali sottoposti a gare da ATERSIR.....”, “ - conseguentemente si è ritenuto procedere alla pubblicazione di 6 bandi di gara”;*

Anche in questo caso le indicazioni fornite dalle controdeduzioni inviate da Hera spa non rispondono alle esigenze espresse dalla normativa richiamata, che pur attribuendo alle stazioni appaltanti una ampia discrezionalità, richiedono la esplicitazione delle motivazioni che hanno indotto alla determinazione della configurazione dei lotti posti in gara. Né nella documentazione

di gara né nel segnalato documento del Comitato esecutivo si rintracciano gli elementi che supportano in modo significativo le puntuali motivazioni tecniche, economiche ed organizzative che invece dovrebbero essere espresse per ciascun appalto ed ancor più per ciascun singolo lotto.

Vi è inoltre da sottolineare come le riferite generiche indicazioni sono contenute in un atto non destinato ad una diffusione tra i potenziali competitori, né, per quanto si è potuto rilevare in fase istruttoria, pubblicato sul sito della stazione appaltante.

Quanto poi la motivazione di voler adeguare l'oggetto delle gare del 2015 "alle impostazioni previste per i futuri ambiti territoriali sottoposti a gare da ATERSIR" essa non appare coerente con il ruolo di affidatario diretto dei servizi di Hera spa che, come approfondito nel precedente paragrafo 2), ai sensi delle convenzioni avrebbe dovuto svolgere le attività subaffidandone solo attività strumentali e non "prefigurare" i futuri affidamenti di ATERSIR. L'impostazione data alle gare, sia per l'ampiezza delle attività affidate sia per la rilevanza degli importi a base di gara, ha inoltre avuto ed avrà un impatto sul mercato di riferimento, difatti a dette gare ha partecipato un solo concorrente, anche se in forma di ATI, e tali operatori acquisiranno esperienze, altrimenti difficilmente ottenibili, che li porranno in posizione di indubbio vantaggio proprio nelle future gare bandite da ATERSIR.

5.5 La violazione dei principi di libera concorrenza per la richiesta di specifici requisiti di partecipazione che ponevano limiti territoriali alla dimostrazione della capacità tecnica dei concorrenti.

Le controdeduzioni fornite dalla relazione di Hera spa si concentrano su uno dei due requisiti tecnici richiesti, quello relativo alla popolazione servita, ben motivando come la richiesta di aver eseguito servizi analoghi per 500.000 abitanti avanzata nel contesto di un affidamento che prevedeva il servizio a 2.000.000 di abitanti sia ritenuta congrua dalla giurisprudenza costante ma anche dalla stessa ANAC (det. ANAC 5/2009). Il requisito richiesto è infatti assai inferiore all'oggetto dell'appalto, mentre esiste un orientamento giurisprudenziale costante che considera congrua la richiesta di requisiti equivalenti a quelli dell'oggetto della gara, ritenendosi incongrue richieste ad esempio nel caso del fatturato, che siano il doppio della base di gara.

L'analisi però di Hera, nelle controdeduzioni e a commento delle sentenze richiamate ivi richiamate, in merito alla gara relativa ai servizi ambientali di Bologna⁸, non approfondiscono il secondo elemento e specificatamente quello territoriale, su cui verte la osservazione della relazione ispettiva e cioè aver svolto il servizio in comuni appartenenti a una o più aree provinciali contigue. Ammesso infatti che l'aver espletato servizi in aree diverse, o meglio con standard e metodologie diverse, possa meglio qualificare le capacità organizzative del concorrente il requisito della contiguità appare limitativo per tutte quelle imprese che possedessero il primo requisito ma realizzato in aree provinciali non contigue. Ed in questo senso si deve intendere il richiamo della citata det. 5/2009 dell'ANAC che recita " *Non è consentito alle stazioni appaltanti di richiedere ai concorrenti, requisiti sproporzionati o discriminanti, quali ad esempio quelli che pongono limitazioni territoriali ai fini della partecipazione alla gara, o quelli di valore minimo esorbitante l'importo dell'appalto.*"

⁸ TAR Emilia Romagna n. 911 del 27.09.2016 e n. 917 del 11 .10.2016

5.6 La mancata o carente esplicitazione, negli interventi affidati con procedura negoziata, dei criteri seguiti per la scelta degli operatori economici invitati e sulle eventuali modalità adottate per la rotazione degli stessi.

In merito al punto la relazione di Hera spa illustra, come già fatto nella documentazione acquisita durante l'attività ispettiva, i criteri con i quali vengono individuati gli operatori economici. Essa, in estrema sintesi, opera attraverso l'utilizzo di un articolato sistema di elenchi di operatori qualificato, (ca 880 gruppi merci) al quale è possibile iscriversi attraverso procedure ampiamente pubblicizzate sul sito del gruppo e a seguito di una attività di verifica dei requisiti. La politica aziendale è quella di procedere all'invito di operatori in numero superiore al minimo richiesto dalla norma relativa alla procedura utilizzata utilizzando i criteri 1) del gruppo merceologico di appartenenza; 2) dell'oggetto della fornitura; 3) delle caratteristiche del settore; 4) dell'esperienza per prestazioni analoghe; 5) del luogo geografico dell'esecuzione.

L'analisi del punto, premettendo che per le procedure del 2015 si rileva un numero medio di fornitori invitati pari a 9,5, ed una percentuale di fornitori coinvolti in inviti sul totale dei fornitori iscritti pari al 60%, termina affermando che *“ il Gruppo Hera, in un'ottica pienamente collaborativa, evidenzia sin da ora, che in sede di adeguamento delle regole interne in materia di gestione dell'Elenco Fornitori per tenere conto dell'art. 36 del D.lgs. n. 50/2016 in materia di appalti sotto soglia e della Delibera n. 1097 del 26 ottobre 2016 - Linee Guida ANAC n. 4, "Procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici, saranno tenute in massima considerazione le notazioni fatte da Codesta Spettabile Autorità dando maggiore rilievo ai criteri di selezione degli operatori e di scelta dell'affidatario.*

Più specificatamente relativamente a due affidamenti di lavori di Herambiente segnalati dalla relazione ispettiva, nelle controdeduzioni si giustifica l'adozione di affidamenti diretti facendo riferimento alla situazione di precarietà della stazione di trasferimento di Cesenatico descritta nel precedente paragrafo 5.3.

Il chiarimento fornito non coglie quanto evidenziato dalla relazione ispettiva; essa infatti non entra nel merito dei criteri, salvo uno, con i quali viene operata la selezione degli operatori, bensì segnala il fatto che negli atti relativi alla selezione degli operatori per i singoli affidamenti non vi è esplicitazione della correlazione tra i criteri adottati e gli operatori prescelti. Si deve inoltre sottolineare come il criterio indicato come *“luogo geografico dell'esecuzione”*, potrebbe incorrere nelle censure relative ai limiti territoriali di cui al punto precedente.

Mancano infine, totalmente, i chiarimenti in merito alla verifica delle modalità con le quali viene assicurata una effettiva rotazione tra gli iscritti all'albo.

Emerge pertanto la necessità sia per Hera spa che per Herambiente spa che nell'accurata rivisitazione delle modalità di selezione degli operatori per le procedure negoziate siano specificatamente previsti oltre ai criteri di selezione anche la pubblicizzazione dei risultati dell'applicazione di tali criteri, sia l'attivazione di modalità che, anche attraverso la pubblicizzazione, rendano evidenti le modalità di rotazione degli operatori invitati.

5.7 L'ingiustificato ricorso a tempi particolarmente brevi per la presentazione delle offerte, con il rischio di non consentire agli operatori economici la partecipazione e/o la predisposizione di offerte adeguatamente ponderate;

La relazione di Hera spa ribadisce, ricordando anche quanto esposto in fase di ispezione, che i termini posti per le gare esaminate hanno rispettato i termini minimi allora previsti dall'art. 70 del d.lgs 163/2006 ed in particolare per le gare più significative, quelle relative ai servizi ambientali bandite nel 2012 e nel 2015 i termini fossero stati rispettivamente di 35 giorni e di 33 giorni a fronte del termine minimo di 37 gg ridotto a 30, secondo le previsioni del comma 8 del citato art. 70, essendo stato inviato per via elettronica il bando al GUIE.

Tali considerazioni non colgono le osservazioni svolte nella relazione ispettiva e suscitano indubbe perplessità. Il primo comma del citato art.70 infatti recitava *"Nel fissare i termini per la ricezione delle offerte e delle domande di partecipazione, le stazioni appaltanti tengono conto della complessità della prestazione oggetto del contratto e del tempo ordinariamente necessario per preparare le offerte, e in ogni caso rispettano i termini minimi stabiliti dal presente articolo"*. Considerata la soglia comunitaria prevista per gli appalti di servizi e gli importi multimilionari di molti degli appalti in esame è evidente come porre termini di pochi giorni superiori al minimo assicurato dal legislatore per appalti di poche centinaia di migliaia di euro sembra contraddire il dettato del riportato comma 1 e cioè che i tempi previsti nei bandi fossero congrui rispetto *"alla complessità della prestazione"*. Tale convincimento è rafforzato da quanto evidenzia la relazione ispettiva in ordine alla scarsa partecipazione di concorrenti, spesso costituiti da una unica ATI ad amplissima partecipazione di operatori, gran parte dei quali partecipavano alla ATI affidataria del precedente appalto/i dei medesimi servizi.

5.8 Il contrasto con la normativa vigente nei casi di affidamento diretto a cooperative sociali ex art. 5 l. 381/91 di servizi rientranti nel novero dei servizi pubblici, rivolti a soddisfare le esigenze dell'utenza cittadina e non quelle dell'affidante (cfr. Delibera n. 32 del 20 gennaio 2016)

La relazione di Hera spa evidenzia come nel caso dei due contratti affidati direttamente ed aventi ad oggetto *"servizi di collaborazione e supporto della raccolta differenziata Faenza 2012 e 2013 di cui uno rappresenta il rinnovo dell'altro"* *"... non viene affidato alle cooperative sociali lo svolgimento di compiti di servizio pubblico in rapporto con l'utenza, perché della relazione di servizio pubblico con la collettività resta titolare e responsabile in via esclusiva Hera S.p.A., che trasla in capo alle cooperative sociali lo svolgimento di mere attività materiali a fronte del pagamento di un prezzo (ossia appalti e non concessioni)."* sottolineando come sia la sentenza TAR Emilia Romagna del 6.7.2015 e le Linee guida dell'ANAC (delibera 32/2016), richiamate nella relazione ispettiva a fondamento della interpretazione in esame in questo paragrafo, fossero interpretazioni successive agli affidamenti stessi.

A sostegno della correttezza dell'operato, nella relazione di Hera, si fa riferimento alla sentenza del V sez del Consiglio di Stato nr. 5100 e la l.r. ER 23/2011 che recita *"Fermo restando la possibilità per le cooperative sociali in possesso dei requisiti di legge di partecipare alle procedure di affidamento del servizio di gestione dei rifiuti urbani, i gestori del servizio di gestione dei rifiuti"*

urbani sono autorizzati ad avvalersi delle cooperative sociali di tipo B di cui all'articolo 1, comma 1, della legge n. 381 del 1991 per la gestione operativa dei centri di raccolta o per l'effettuazione di attività amministrativa connessa alle operazioni preliminari per l'avvio al recupero o allo smaltimento”.

Infine Hera spa comunica che *“in ogni caso, anche al fine di recepire le sopra citate linee guida ANAC nonché il recente orientamento giurisprudenziale, nelle nuove linee guida del Gruppo è previsto, per gli appalti sotto soglia, che l'affidamento alle cooperative sociali sia preceduto da gara con almeno 5 operatori ai sensi dell'art. 5 della Legge n. 381/91.”*

Quanto affermato nelle controdeduzioni è parzialmente condivisibile giacché relativamente all'indirizzo che esprimeva un limite oggettivo posto dall'art. 5 della legge 381/91 nel senso di escludere dal novero delle attività affidabili direttamente i servizi pubblici era già contenuto nella citata sentenza CdS nr. 5100 del 2.8.2010, che affermava *“La norma non consente, perciò, di utilizzare le convenzioni ivi previste [il citato art. 5 L 381/95] per l'affidamento di servizi pubblici locali,.....”*, così come nella di poco precedente sentenza CdS sez. V, 11.5.2010, n. 2829 citata nelle linee guida dell'ANAC.

Appare invece coerente e condivisa l'intenzione espressa di Hera spa in merito alla modifica delle linee guida del gruppo nel senso di prevedere che gli affidamenti riservati alle cooperative sociali sia preceduto da gara. Si rinnovano anche in questo contesto le già richiamate esigenze che il sistema attuato preveda un adeguato meccanismo che garantisca la più ampia partecipazione e la rotazione tra le cooperative invitate e quelle potenzialmente interessate.

5.9 La violazione delle norme nazionali e delle direttive comunitarie che contengono norme imperative che non consentono l'inserimento nei bandi di gara di clausole con cui la stazione appaltante stabilisce unilateralmente termini di pagamento difformi da quelli stabiliti dagli artt. 4 e 5 del d.lgs. 231/2002 e s.m.

In merito alla contestazione sopradescritta Hera spa controdeduce che *“Nel prevedere termini di pagamento superiori a 30 giorni, il Gruppo Hera agisce nel pieno rispetto di quanto previsto dall'art. 4, comma 3 del d.lgs. n. 231/2002, che consente di pattuire termini anche superiori a 60 giorni purché: (i) le parti concordino per iscritto detta estensione; e (ii) il termine esteso non risulti gravemente iniquo per la parte contrattualmente "debole". La norma consente di derogare ai detti termini ogniqualvolta le parti abbiano stabilito per iscritto una clausola derogatoria che preveda termini ragionevoli e giustificabili alla luce del contenuto economico del contratto e dalla prassi commerciale di un determinato settore.”*

La norma richiamata è riferita alle transazioni commerciali tra imprese e pertanto non applicabili all'attività di servizio pubblico svolta da Hera spa nella sua qualità di organismo di diritto pubblico e come tale tenuto al rispetto di quanto previsto per le amministrazioni pubbliche.

Quanto poi all'asserito realizzarsi della pattuizione attraverso la partecipazione del concorrente al bando, condizione come visto necessaria, è rilevante quanto chiarito dal Consiglio di Stato (IV sez, nr. 469 del 2.2.2010) in merito alla previsione di clausole diverse dalle previsioni normative *“Le clausole suddette si pongono in diretta violazione degli articolo 4 e 5 del D.Lgs.231 del 2002, la cui deroga non è ammessa dalla legge né nella presentazione della offerta può rinvenirsi il diverso accordo*

contrattato dalle parti solo a seguito di apposita contrattazione e trattativa sul punto, che evoca un concetto di contatto di tipo pararapportuale (o precontrattuale) che non può rinvenirsi certo nel binomio "bando- presentazione dell'offerta", che già integra (quantomeno in parte) la conclusione del contratto. Inoltre, tali clausole si pongono in modo indubbio nel senso di introdurre un ingiustificato vantaggio per la amministrazione predisponente, concretandosi nella aperta violazione della disciplina di riequilibrio delle diverse posizioni di forza, la cui tutela la direttiva comunitaria è proprio diretta a rafforzare." (vedi in tal senso anche Parere AVCP n.170 del 06.10.2011)

Nei punti seguenti saranno affrontate le criticità specifiche rilevate dall'analisi del gruppo degli affidamenti riferibili ad Herambiente spa .

5.10La carenza o difetto di puntuale motivazione nel documento denominato "piano di committenza" dei presupposti per definire quando le attività da affidare a terzi ricadono nell'ambito di applicazione del Codice dei contratti pubblici (ex d.lgs. 163/2006) o del d.lgs. 231/2001 (casi per i quali il Gruppo Hera spa si è dotato di regole di trasparenza, efficacia ed economicità in autoregolamentazione);

Sul punto la relazione di Hera spa riferisce, come peraltro già descritto nella relazione ispettiva, *"la Relazione Ispettiva, nel descrivere l'attività di Herambiente S.p.A., evidenzia che nelle Linee Guida del Gruppo Hera si prevede la redazione di un documento denominato "piano di committenza" nel quale i responsabili del processo produttivo dichiarano se le attività da affidare rientrano in prevalenza nell'ambito dei RSU o dei RS. Con tale documento viene quindi stabilito per ciascun appalto l'obbligo di rispettare le disposizioni del Codice o le regole interne adottate ai sensi del D.lgs. n. 231/2001. Sul punto giova precisare che Herambiente S.p.A., in ottemperanza a quanto previsto nella procedura relativa agli approvvigionamenti di Gruppo, redige apposita dichiarazione, diretta ai responsabili del settore acquisti, nella quale Herambiente S.p.A. stessa attesta espressamente la prevalenza dei rifiuti urbani o dei rifiuti speciali trattati dall'impianto in questione. La relativa valutazione viene compiuta da Herambiente S.p.A. sulla base di rilevazioni effettuate su documenti fiscali - quali registri di carico e scarico e contabili - per attività pregresse, nonché dei flussi attesi di rifiuti da trattare o smaltire nel medesimo impianto secondo quanto emerge dal budget vigente."* senza altrimenti approfondire la criticità esposta dalla relazione ispettiva.

La relazione ispettiva evidenzia infatti *"La prevalenza dei RS rispetto ai RSU viene infatti attestata con la redazione del c.d. "piano di committenza" nel quale viene sinteticamente dichiarata la riferibilità in via prevalente delle attività oggetto dell'appalto all'uno o altro settore e conseguente individuata la procedura da seguire. In tali atti, secondo quanto si rileva almeno da quelli acquisiti nel corso dell'attività ispettiva, non sono riportati nel dettaglio dati o informazioni specifici e le motivazioni della valutazione effettuata. Ad esempio nel caso lavori o servizi da effettuare in una discarica non risultano indicati, il soggetto proprietario, i diritti d'uso eventualmente esistenti, i tipi di rifiuto ammessi alla discarica, e se i costi delle attività da appaltare sono o possono essere oggetto o meno di finanziamenti pubblici. Nei piani di committenza è indicato in sostanza solo genericamente l'oggetto delle attività e i valori stimati e il riferimento alla Richiesta di Acquisto (RDA) che attiva la procedura, anch'essa però sempre redatta in forma sintetica."*

La relazione di Hera proprio sulla esiguità delle informazioni contenute nel “piano di committenza” segnala però che” *in un'ottica collaborativa, ha in corso la revisione dei contenuti del documento "piano di committenza" e delle relative procedure in essere. Ciò al fine di tenere conto dei rilievi sollevati da Codesta Spettabile Autorità in relazione all'eccessiva sinteticità degli stessi e dare maggiore conto delle valutazioni, di carattere prettamente tecnico, compiute da Herambiente S.p.A. circa la prevalenza della componente RSU/RS ai fini della classificazione dei rifiuti, alla luce anche delle conseguenze in termini di disciplina applicabile che derivano da tale classificazione.*”

Si ritiene pertanto che Hera spa ed Herambiente spa nella revisione del “piano di committenza” debbano prevedere criteri utili a fornire tutti gli elementi (qualitativi e quantitativi) necessari sia ad una precisa individuazione, ma anche ad una verifica e monitoraggio, dell’attività svolta nel futuro utilizzo degli impianti; questo per permettere sia il corretto inquadramento delle modalità di affidamento dei relativi appalti (sub Codice o in autoregolamentazione) sia il controllo dell’effettivo utilizzo degli impianti ai fini della valutazione della corretta esecuzione degli affidamenti. Tale controllo si ritiene debba come quello su tutte le obbligazioni nascenti dalle concessioni essere esercitato da ATERSIR.

5.11La violazione dei principi di trasparenza nell’attività svolta dalle commissioni di gara;

Le controdeduzioni fornite sul punto in esame chiariscono come i casi presi in esame dall’attività ispettiva e che hanno generato l’osservazione in esame siano due procedure negoziate, per le quali non vi è obbligo di pubblicità delle sedute.

La Hera spa evidenzia inoltre che tali procedure sono state condotte con procedure telematiche per le quali secondo un costante indirizzo giurisprudenziale (da ultimo C.d.S., sez V, n. 5824 del 23.12.2015) non vige un obbligo di pubblicità della fase di apertura delle buste sia per la dematerializzazione della gara stessa sia perché i sistemi telematici utilizzati consentono una totale tracciabilità delle operazioni svolte in tale fase della gara.

Infine la relazione comunica che ” *tenuto anche conto di quanto previsto, con riferimento al nuovo Codice dei Contratti Pubblici, dalla Delibera n. 1097 del 26 ottobre 2016 - Linee Guida ANAC n. 4, "Procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici, il Gruppo Hera ha in corso una revisione delle proprie procedure interne inerenti gli affidamenti di importo inferiore alle soglie comunitarie.*”

Quanto asserito dalle controdeduzioni è condivisibile limitatamente al riportato indirizzo giurisprudenziale in tema di gare telematiche, giacché invece in relazione alle gare non telematiche, non si rintraccia dettato normativo che preveda che le sedute delle procedure in esame possano essere esclusivamente in forma privata; inoltre fin dal 2007 l’Autorità (cfr AVCP, Del n. 76 del 1.12.2010 e Del. n. 78 del 27. 03.2007) “*ha aderito alla linea per cui il principio di pubblicità delle sedute di gara è la principale manifestazione della trasparenza amministrativa e costituisce un'essenziale garanzia partecipativa dei concorrenti, la quale contribuisce a qualificare un procedimento di evidenza pubblica come “giusto” e rispettoso della par condicio.*”. Principi puntualmente richiamati nelle citate linee guida n. 4 che al punto 4.2.7 recitano “*Le sedute di gara, siano esse svolte dal Rup che dal seggio di gara ovvero dalla commissione giudicatrice, devono essere*

tenute in forma pubblica, ad eccezione della fase di valutazione delle offerte tecniche, e le relative attività devono essere verbalizzate.” Sarà quindi cura di Hera spa l’attuazione piena del principio esposto nell’annunciata revisione delle procedure interne del gruppo.

5.12L'improprio ricorso alla procedura ex art. 238, co. 7 dell'ex d.lgs. 163/2006 relativo ai settori speciali nel caso di affidamenti sotto soglia comunitaria ricadenti nei settori ordinari;

Hera spa chiarisce che il riferimento alla procedura ex art. 238, co. 7 dell'ex d.lgs. 163/2006 relativo ai settori speciali nel caso di affidamenti sotto soglia comunitaria ricadenti nei settori ordinari è un “...mero riferimento ai settori speciali è stato quindi effettuato solo perché, in sede di acquisizione del relativo CIG, il Sistema Informativo Monitoraggio Gare (SIMOG) non contempla la possibilità di abbinare l’istituto della autoregolamentazione a settori esclusi diversi da quelli espressamente indicati nel d.lgs. n. 163/2006. Segnatamente, non è presente alcun campo dedicato alle attività di trattamento e smaltimento di rifiuti speciali. Per questa ragione, al mero ed unico scopo di garantire la totale correttezza e tracciabilità dei flussi finanziari, nel finalizzare il processo di acquisizione del CIG, viene selezionato il campo "SETTORI SPECIALI", pur non rientrando gli appalti in questione in tale settore.” Ne deriva pertanto che “non vi è alcun obbligo della stazione appaltante di utilizzare gli stessi strumenti di pubblicità previsti per la pubblicazione dei sistemi di qualificazione ai sensi dell'art. 232 del D.lgs. n. 163/2006”.

Quanto esposto nelle controdeduzioni evidenzia un’impropria interpretazione della normativa sulla tracciabilità. Nella determinazione 4/2011 questa Autorità, relativamente all’ambito di applicazione della normativa sulla tracciabilità dei flussi finanziari, chiarisce che “in considerazione del fatto che la normativa in esame ha finalità antimafia e che la normativa antimafia trova applicazione generalizzata ai contratti pubblici, sono senz’altro tenuti all’osservanza degli obblighi di tracciabilità tutti i soggetti sottoposti all’applicazione del Codice; di conseguenza l’articolo 3 della legge n.136 si applica alle “stazioni appaltanti”, definite all’art. 3, comma 33, del Codice come “le amministrazioni aggiudicatrici e gli altri soggetti di cui all’articolo 32” ed agli enti aggiudicatori di cui all’art. 207 del Codice, ivi incluse le imprese pubbliche”. In tale perimetro non risultano pertanto ricompresi i contratti estranei al codice, quali quelli di Herambiente spa relativi alle attività di smaltimento dei rifiuti speciali secondo l’interpretazione sostenuta nelle controdeduzioni. Ugualmente, tali contratti, non sono soggetti ad obblighi di comunicazione alla Banca dati nazionale dei contratti pubblici, attraverso l’applicazione SIMOG che appunto non prevede la possibilità di comunicazione di tale tipo di contratti neanche per l’acquisizione nella forma semplificata (lo SMARTCIG). L’impropria comunicazione attraverso una “forzatura” del sistema determina inoltre un inquinamento della qualità della banca dati oltre a falsare le attività di analisi o quelle, come nel caso dell’ispezione richiamata, di verifica.

Tutto ciò considerato e ritenuto

DELIBERA

- L’analisi dell’attività contrattuale svolta dalle società Hera spa e dalla sua controllata Herambiente spa ha evidenziato molteplici criticità tra le quali assumono particolare rilievo

le seguenti:

- 1) il prolungarsi del regime di *prorogatio* delle convenzioni di affidamento del servizio di gestione dei rifiuti urbani ad Hera spa, determinato da una complessa e rallentata gestione delle fasi propedeutiche alle gare, concretizza:
 - un improprio vantaggio per la società affidataria;
 - la violazione dei principi di efficacia e speditezza dell'azione amministrativa;
 - la sottrazione di significative risorse al mercato di riferimento;
- 2) il subaffidamento da parte di Hera spa di rilevanti attività del servizio viola le previsioni delle convenzioni con le quali Hera spa era individuata come esecutore del servizio di gestione dei rifiuti, violazione non rilevata da Atersir, che subentrata alle AATO originariamente affidanti, non ha esercitato le prerogative di committente che le sono proprie;
- 3) non sono stati improntati ai principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza e proporzionalità di cui all'art. 2 del previgente Codice dei contratti gli affidamenti, disposti da Hera spa, di appalti indetti con procedura ristretta che prevedevano attività per un tempo che va ben oltre i termini delle convenzioni di affidamento diretto del servizio di gestione dei rifiuti urbani alla stessa Hera spa;
- 4) hanno violato la normativa allora vigente i rinnovi di contratti operati, da Hera spa, senza che l'opzione di rinnovo, ancorché la previsione del rinnovo fosse prevista nei documenti di gara, fosse accompagnata da adeguate ed analitiche motivazioni che giustificassero il ricorso al rinnovo, strumento alternativo al principio generale del ricorso alla gara;
- 5) hanno violato le previsioni dell'allora vigente art. 29 del codice dei contratti i rinnovi dei contratti operati da Hera spa senza che il valore del rinnovo fosse calcolato ai fini della determinazione delle modalità di affidamento; tale violazione è di particolare gravità perché ha comportato la violazione delle previsioni dell'allora vigente art. 28 del codice dei contratti nei casi in cui il corretto computo avrebbe determinato il superamento della soglia che imponeva l'affidamento del contratto originario con procedure ad evidenza pubblica e non, come avvenuto, con procedure per lavori in economia-cottimo fiduciario;
- 6) la mancata indicazione, da parte di Hera spa per molteplici affidamenti, nella determina a contrarre o nelle richieste di acquisto, delle motivazioni circa la mancata suddivisione dell'appalto in lotti ha violato le previsioni del comma 1-bis dell'art. 2 dell'allora vigente codice dei contratti. Detta norma, oggi rinvenibile nell'art. 51 del vigente codice dei contratti, pur garantendo ampia discrezionalità alla stazione appaltante nella scelta di operare la suddivisione in lotti dell'appalto, esige infatti che le motivazioni, tecniche ed economiche, di non operare la suddivisione in lotti siano adeguatamente espresse negli atti di gara;
- 7) viola i principi della libera concorrenza la richiesta ai concorrenti di requisiti discriminanti quali quelli che pongono limitazioni territoriali ai fini della partecipazione alla gara;
- 8) la mancata o carente indicazione, negli affidamenti operati con procedure negoziate, dei criteri con i quali si sono scelti gli operatori invitati e dei criteri con i quali si è assicurata la

rotazione tra gli operatori disponibili viola i principi di trasparenza e non integra quelli di concorrenza e rotazione, il cui sostanziale rispetto è richiamato, proprio per le procedure sotto soglia, dal codice dei contratti, nel testo allora vigente (artt. 57 e 125) e nell'attuale (artt. 36 e 63) (cfr. delibere ANAC 2 e 8 del 2011);

- 9) l'ingiustificato ricorso a tempi particolarmente brevi per la presentazione delle offerte nelle gare per l'affidamento di attività complesse viola il principio di proporzionalità di cui l'allora vigente comma 1 dell'art. 2 del codice dei contratti e potenzialmente mina i principi di libera concorrenza e parità di trattamento potendo indurre alla non partecipazione operatori potenzialmente interessati all'appalto;
 - 10) è in contrasto con la normativa vigente l'affidamento diretto a cooperative sociali ex art. 5 della l. 381/91 di attività rientranti nel novero dei servizi pubblici rivolte a soddisfare le esigenze dell'utenza dei servizi stessi e non quelle dell'affidante;
 - 11) l'inserimento nei bandi di clausole che prevedano termini difformi da quelli previsti dagli articoli 4 e 5 della d.lgs. 231/2002 è illegittimo, inoltre la semplice presentazione dell'offerta da parte dell'operatore partecipante alla gara, non sostituisce la apposita contrattazione (pattuizione) di termini diversi da quelli stabiliti dalla norma, pattuizione prevista dai citati artt. 4 e 5 del d.lgs. 231/2001;
 - 12) ai fini di una corretta e verificabile, anche nel tempo, definizione di quali attività affidate a terzi ricadono nell'ambito di applicazione del Codice dei contratti pubblici o della sola autoregolamentazione ai sensi del d.lgs. 231/2001 è necessario che negli atti di affidamento siano chiaramente evidenziate le motivazioni e i dati tecnici, economici ed amministrativi in base ai quali si sia individuata la procedura da seguire.
- dà mandato all'Ufficio istruttore di inviare la presente delibera:
- al Presidente e all'Amministratore delegato delle società Hera spa e Herambiente spa;
 - al Presidente ed al Direttore dell'Agenzia territoriale dell'Emilia Romagna per i servizi Idrici e Rifiuti;
 - al Presidente della Regione Emilia Romagna affinché, in coerenza con le previsioni del d.lgs 152/2006 ed in attuazione di quanto specificatamente disciplinato dall'art. 12 della E.R. legge 23 dicembre 2011, n. 23, possa espletare le funzioni di regolazione e vigilanza di competenza.
 - alla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Bologna e alla Procura regionale della Corte dei Conti per l'Emilia Romagna per gli aspetti di rispettiva competenza.

Il Presidente

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 22 giugno 2017
Il Segretario Maria Esposito