

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 23 novembre 2016;

SENTITO il Relatore Dottoressa Gabriella Muscolo;

VISTA la legge 10 ottobre 1990, n. 287;

VISTO l'art. 9, comma 3 *bis* della legge 18 giugno 1998, n. 192, recante "*Disciplina della subfornitura nelle attività produttive*";

VISTO il Decreto Legislativo 9 novembre 2012, n. 192, recante "*Modifiche al Decreto Legislativo 9 ottobre 2002, n. 231, per l'integrale recepimento della direttiva 2011/7/UE relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, a norma dell'art. 10, comma 1, della legge 11 novembre 2011, n. 180*";

VISTO il Regolamento emanato con Decreto del Presidente della Repubblica 30 aprile 1998, n. 217;

VISTA la segnalazione del 24 aprile 2014, integrata a più riprese, da ultimo il 1° febbraio 2016, fatta pervenire dalla Federazione delle Associazioni Nazionali dell'Industria Meccanica varia e affine, avente ad oggetto i termini di pagamento previsti nella documentazione di gara predisposta da HERA S.p.A.;

VISTO il proprio provvedimento n. 25918 del 9 marzo 2016, con cui è stata avviata un'istruttoria, ai sensi dell'articolo 9, comma 3 *bis*, della legge 18 giugno 1998, n. 192 e dell'articolo 14, della legge 10 ottobre 1990 n. 287, nei confronti della società HERA, per accertare un possibile abuso di dipendenza economica nella fattispecie della violazione diffusa e reiterata della

disciplina di cui al Decreto Legislativo 9 ottobre 2002, n. 231, come modificato dal Decreto Legislativo 9 novembre 2012, n. 192;

VISTO il provvedimento adottato in data 14 settembre 2016 con il quale è stato prorogato al 30 novembre 2016 il termine di chiusura del procedimento;

VISTA la Comunicazione delle Risultanze Istruttorie trasmessa alle Parti in data 22 settembre 2016;

VISTO il provvedimento del 29 settembre 2016, con il quale sono stati rigettati gli impegni presentati in data 16 settembre da HERA S.p.A., ai sensi dell'articolo 14-*ter* della legge 10 ottobre 1990, n. 287;

VISTA la memoria conclusiva di HERA S.p.A. pervenuta in data 21 ottobre 2016;

SENTITI in audizione finale, in data 26 ottobre 2016, i rappresentanti della società HERA S.p.A. e della Federazione delle Associazioni Nazionali dell'Industria Meccanica varia e affine;

VISTA tutta la documentazione acquisita nel corso dell'istruttoria;

CONSIDERATO quanto segue:

I. LE PARTI

1. HERA S.p.A. (di seguito, "Hera"), quotata dal 2003 al mercato telematico azionario di Borsa Italiana, è la società a capo di un gruppo attivo nei seguenti settori: ambiente; ciclo idrico integrato; produzione, distribuzione e vendita del gas naturale e di energia elettrica.

2. Hera rappresenta un'esperienza italiana di aggregazione di aziende municipalizzate. Essa opera nell'ambito dei servizi pubblici in numerose province dell'Emilia Romagna, del Veneto, del Friuli Venezia Giulia e delle Marche.

3. Il capitale sociale di Hera è detenuto per circa il 55% da soci pubblici ed è così suddiviso: il 42,73% appartiene, direttamente o indirettamente, a diversi Comuni dell'Emilia Romagna, tra i quali il Comune di Bologna ne detiene il 9,73%; il 3,69% appartiene a diversi Comuni dell'area territoriale di Padova, tra cui il Comune di Padova ne detiene il 3,66%; il 4,62% appartiene a diversi Comuni dell'area territoriale di Trieste, tra i quali il Comune di Trieste ne detiene il 4,60%; il 2,97% appartiene a diversi Comuni dell'area territoriale di Udine, tra i quali il Comune di Udine ne detiene il 2,96%. La restante parte del capitale sociale è in mano ad azionisti privati.

Secondo quanto riferito da Hera, per effetto di un Contratto di sindacato sottoscritto da 118 azionisti pubblici, nessuno di tali soggetti è in grado di esercitare il controllo esclusivo sulla società.

4. Hera detiene, inoltre, una serie di partecipazioni in società che operano in settori e servizi correlati ed è attiva nella specifica attività di distribuzione del gas sia direttamente che attraverso le sue controllate AcegasApsAmga S.p.A. (di seguito, AAA) e Marche Multiservizi S.p.A. (di seguito, MMS).

5. Il fatturato realizzato in Italia dal Gruppo Hera per l'esercizio 2015 è stato pari a circa 4.643 milioni di euro, di cui quasi 256 milioni di euro nell'attività di distribuzione del gas.

6. La Federazione delle Associazioni Nazionali dell'Industria Meccanica varia e affine (di seguito, "ANIMA") è un'organizzazione industriale di categoria che, in seno alla Confindustria, rappresenta le aziende che operano nel settore della meccanica. Essa è stata costituita nel 1914: annovera al suo interno 60 associazioni e conta più di 1000 aziende associate. In particolare, i macro-settori rappresentati da ANIMA sono: macchine ed impianti per la produzione di energia e per l'industria chimica e petrolifera; montaggio impianti industriali; logistica e movimentazione delle merci; tecnologie ed attrezzature per prodotti alimentari; tecnologie e prodotti per l'industria; impianti, macchine prodotti per l'edilizia; macchine e impianti per la sicurezza dell'uomo e dell'ambiente; costruzioni metalliche in genere.

7. Ad ANIMA è federata ACISM, un'associazione costituita nel 1991 e aderente ad ANIMA dal 1997, che rappresenta a livello nazionale i costruttori di strumenti di misura. ACISM è strutturata in gruppi merceologici nel cui ambito vengono trattati argomenti e problematiche

specifiche riferite, tra l'altro, ai misuratori e convertitori di volume del gas. L'attività di ACISM si rivolge in generale alle problematiche legate alla costruzione, all'installazione e all'uso dei prodotti, con particolare attenzione ai problemi relativi al rapporto degli associati con i grandi committenti. Tra le imprese associate ACISM risultano attive nella fornitura di misuratori di gas: Dresser Italia S.r.l., Elster S.r.l., Itron Italia S.p.A., Meter Italia S.p.A., Metrix Italia S.r.l., Pietro Fiorentini S.p.A..

II. IL PROCEDIMENTO ISTRUTTORIO

8. Il presente procedimento ha tratto impulso da una segnalazione, integrata a più riprese, da parte di ANIMA volta a lamentare condotte poste in essere dalla società Hera, con riferimento ai termini di pagamento previsti, tra l'altro, in taluni capitolati relativi a gare bandite da Hera per la fornitura di misuratori di gas. In particolare, si segnalava che in tali capitolati i termini per i pagamenti erano *“fissati a 120 giorni dalla fattura fine mese”*¹.

9. Alla luce della segnalazione ricevuta e sulla scorta di ulteriori approfondimenti, in data 9 marzo 2016, l'Autorità ha avviato, ai sensi dell'art. 9, comma 3 *bis*, della legge 18 giugno 1998, n. 192 e dell'articolo 14, della legge 10 ottobre 1990 n. 287, un procedimento istruttorio nei confronti di Hera, al fine di verificare la sussistenza di un abuso di dipendenza economica nella fattispecie della violazione diffusa e reiterata della disciplina di cui al Decreto Legislativo 9 ottobre 2002, n. 231, come modificato dal Decreto Legislativo 9 novembre 2012, n. 192.

10. Nel corso del procedimento, i rappresentanti di Hera hanno effettuato accesso agli atti in data 15 aprile 2016, 17 giugno 2016 e 10 ottobre 2016. Gli stessi rappresentanti sono stati sentiti in audizione dagli uffici in data 1° giugno 2016.

Hera ha inoltre presentato memoria e documentazione difensiva nelle date 1° e 7 luglio 2016 e la propria memoria finale in data 21 ottobre 2016. Con comunicazioni del 14 e del 19 luglio, del 2 e 9 e settembre 2016, la società ha dato riscontro alla richiesta di informazioni rivoltagli in data 24 giugno 2016.

¹ Tra gli altri, venivano segnalati il capitolato speciale d'appalto reso noto in data 21 novembre 2013 per l'adeguamento di talune tipologie di gruppi di misura del gas; il capitolato speciale d'appalto reso noto in data 7 maggio 2014 per la fornitura di misuratori a membrana per gas; il capitolato speciale di appalto pubblicato in data 4 dicembre 2014 per la fornitura di contatori per gas; la richiesta di offerta n. 1513003078 relativa alla fornitura di misuratore di portata, pubblicata in data 29 luglio 2015.

11. In data 24 giugno 2016, sono state richieste ulteriori informazioni ai fornitori di Hera, per il tramite di ACISM. A tali richieste hanno dato seguito ANIMA (il 7 luglio 2016); Itron Italia S.p.A. (11 luglio 2016); Pietro Fiorentini S.p.A. (12 luglio 2016); Elster S.r.l. (13 luglio 2016); Dresser Italia S.r.l. (14 luglio 2014); Metrix Italia S.r.l. (14 luglio 2016); Meter Italia S.p.A. (9 agosto 2016)².

12. Con decisione del 4 agosto 2016, l'Autorità ha rigettato l'istanza con cui Hera ha auspicato la revisione in autotutela del provvedimento di avvio di istruttoria ed ha altresì ribadito che, come già esplicitato in sede di avvio ed ulteriormente chiarito nell'ambito dell'audizione con l'ufficio istruttorio, la disciplina che regola il presente procedimento è quella di cui all'art. 14 della legge n. 287/90 anche con riferimento alle condizioni e ai termini entro cui presentare eventuali impegni.

13. In data 16 settembre 2016, Hera ha presentato impegni ai sensi dell'articolo 14-ter della legge n. 287/90, consistenti nelle misure di seguito illustrate.

Nelle procedure di gara future, Hera si è impegnata ad inserire, nella documentazione e nei relativi contratti da stipulare con i soggetti aggiudicatari, la previsione secondo la quale i termini per i pagamenti delle forniture sono fissati a 60 giorni dal ricevimento della fattura (anziché 120 giorni). Nella documentazione di gara, Hera potrà fare salva la facoltà dei partecipanti di aderire, espressamente e volontariamente, in sede di presentazione dell'offerta, ad un termine di pagamento più esteso, non superiore comunque a 120 giorni. La mancata adesione di un partecipante alla procedura ad un termine più esteso rispetto ai 60 giorni non configurerà un motivo di esclusione dalla gara; l'eventuale, espressa adesione volontaria ad un termine più esteso (90 o 120 giorni) sarà presa in considerazione in sede di valutazione delle offerte, ma, in ogni caso, tale adesione ad un termine di pagamento più esteso non potrà avere un peso superiore al 5% del punteggio massimo totale attribuibile all'offerta.

Per le procedure di gara in corso, per le quali non sia già scaduto il termine di presentazione delle offerte, Hera si è impegnata a ridurre a 60 giorni i relativi termini di pagamento (con la possibilità di introdurre il sopra richiamato meccanismo di adesione ad un termine più esteso su base volontaria).

Hera ha altresì affermato che avrebbe spontaneamente applicato i predetti

² Cfr. per Anima, doc. 31; per Itron Italia S.p.A., doc. 33; per Pietro Fiorentini S.p.A., doc. 34; per Elster Srl, doc. 35; per Dresser Italia Srl, doc. 37; per Metrix Italia Srl, doc. 39; per Meter Italia SpA, doc. 47.

impegni, a prescindere dal fatto che l’Autorità li rendesse o meno obbligatori e che i medesimi termini di pagamento sarebbero stati adottati, oltre che per le gare relative ai misuratori di gas, anche per quelle di approvvigionamento di altri beni funzionali allo svolgimento delle attività di gestione dei servizi pubblici locali di distribuzione gas, servizio idrico integrato e servizi ambientali da parte di Hera.

14. Con comunicazioni del 21 settembre 2016, Hera ed Anima hanno dato conto dell’avvenuta attuazione degli impegni con riguardo ad una procedura in corso per l’acquisizione di misuratori per il gas classe G10³. In particolare, entrambe le parti hanno prodotto la rettifica della lettera di invito e del capitolato speciale relativi a detta procedura in senso conforme agli impegni, nonché un modulo tramite cui i partecipanti a tale procedura possono optare per un termine di pagamento più esteso di quello di 60 giorni, secondo le modalità e le condizioni descritte.

15. Con delibera del 29 settembre 2016, l’Autorità ha rigettato gli impegni proposti, in ragione dell’interesse a proseguire l’istruttoria, nonché della loro inidoneità a rimuovere gli effetti delle condotte oggetto di istruttoria.

16. In data 22 settembre 2016 è stata inviata alle Parti la Comunicazione delle risultanze istruttorie (di seguito anche CRI), sulla cui non manifesta infondatezza l’Autorità si era espressa nell’adunanza del 14 settembre 2016.

17. Il 26 ottobre 2016, successivamente al deposito –in data 21 ottobre 2016– della memoria finale di Hera, sono stati sentiti in audizione, innanzi al Collegio dell’Autorità, i rappresentanti della società Hera e della federazione Anima.

III. IL SETTORE INTERESSATO

18. Nell’ambito delle proprie attività di distribuzione del gas, Hera è soggetta, secondo la legislazione di settore e le deliberazioni dell’Autorità per l’energia elettrica, il gas ed il sistema idrico (di seguito, “AEEGSI”), agli obblighi di messa in servizio degli *smart.meters* del gas, ovvero alla sostituzione dei contatori gas tradizionali con quelli di seconda generazione. Si tratta di dispositivi digitali sofisticati introdotti nel mercato da meno di un decennio a seguito delle iniziative adottate in sede europea per la riduzione delle emissioni e realizzare l’efficienza energetica nell’Unione europea, preposti alla registrazione della quantità di gas che viene effettivamente

³ Cfr. docc. n.61 e n. 62.

utilizzata dal consumatore e alla successiva trasmissione al distributore di gas delle informazioni relative al consumo.

19. Con la deliberazione 631/2013/R/gas del 27 dicembre 2013, come da ultimo modificata dalla deliberazione 554/2015/R/gas del 2015, l'AEEGSI ha previsto che tutti i soggetti responsabili del servizio di misura⁴, tra cui anche Hera, provvedano ad installare e a mettere in servizio contatori conformi ai requisiti funzionali minimi previsti dalle predette deliberazioni.

20. Il programma di sostituzione dei misuratori del Gruppo Hera in applicazione delle deliberazioni AEEGSI⁵, consiste in: A) per gli apparati di calibro di tipo G10 o inferiore, la completa sostituzione dell'apparato tradizionale con uno *smart.meter*; B) per gli apparati di calibro G16 o superiore, normalmente, la posa di un "add-on" elettronico in affiancamento al tradizionale contatore meccanico. Ambedue le soluzioni sono effettuate secondo quanto previsto dalla norma tecnica UNI 11291.

21. Al fine di dare attuazione a tali delibere, Hera ha proceduto, anche per il tramite delle società facenti capo al Gruppo e attive nella distribuzione del gas (segnatamente, Marche Multiservizi S.p.A. e AcegasApsAmga S.p.A.), nel triennio 2013-2015 e nel primo semestre del 2016, all'acquisto di prodotti funzionali alla misura del gas (*smart.meters* e *add on*) per il tramite di gare bandite in base al vigente Codice dei Contratti Pubblici e dirette all'affidamento di contratti di fornitura, di cui verrà dato più specifico conto in prosieguo.

22. Il numero di misuratori sostituiti dal Gruppo Hera è risultato, nel 2013, compreso tra 1.000 e 5.000; nel 2014, tra 10.000 e 50.000; nel 2015, tra 50.000 e 100.000. La consistenza del parco complessivo di misuratori di gas ammontava a 1.586.476, nel 2013; 1.822.102, nel 2014; 1.827.977, nel 2015⁶.

23. L'importo complessivo degli investimenti effettuati per misuratori di gas dal Gruppo Hera è stato, in ciascun anno del triennio 2013-2015 compreso tra 10 e 50 milioni di euro⁷.

24. Il Gruppo Hera ha realizzato, nell'attività di distribuzione del gas in Italia

⁴ "Il servizio di misura del gas naturale comprende l'attività di installazione e manutenzione degli strumenti di misura (c.d. metering), nonché l'attività di raccolta, validazione e registrazione del dato generato dai predetti strumenti (c.d. meter reading); tale servizio è funzionale alla gestione fisica della rete e alla corretta quantificazione delle partite economiche relative ai servizi di vendita, distribuzione, trasporto, dispacciamento commerciale (comprensivo dell'attività di conferimento delle capacità di trasporto e del servizio di bilanciamento), stoccaggio e rigassificazione di Gnl" (AEEGSI, Deliberazione 1 dicembre 2009 - ARG/gas 184/09, pag. 7).

⁵ In particolare, si tratta delle delibere nn. 631/2013/R/gas, 651/2014/R/gas, 117/2015/R/gas e 554/2015/R/gas.

⁶ Dati forniti da Hera (doc. n. 38, all. n. 3).

⁷ Dati forniti da Hera (doc. n. 38, all. n. 4).

negli anni 2013-2014-2015, fatturati rispettivamente pari a 230.877.000; 252.660.000; 255.914.000 euro.

25. I dati forniti da Hera consentono di effettuare le seguenti elaborazioni.

Innanzitutto, rapportando lo *stock* dei misuratori sostituiti al totale dei misuratori installati (in entrambi i casi dal gruppo Hera, comprendente oltre alla stessa Hera anche AAA e MMM) nell'ultimo triennio 2013-2015, si osservano le seguenti percentuali⁸:

	2013	2014	2015
% misuratori sostituiti	0,3%	2,2%	4,0%

26. In particolare, dunque, nell'ultimo anno disponibile (il 2015), il 4% del parco complessivo dei misuratori di gas installati è stato oggetto di sostituzione da parte di società del gruppo Hera.

27. Inoltre, l'analisi dei dati relativi agli investimenti di tutte le società del gruppo Hera porta ai seguenti risultati⁹.

Rispetto al totale degli investimenti del gruppo (nelle attività di distribuzione del gas), gli investimenti nell'ambito della sola misura presentano il peso percentuale riportato nella tabella che segue:

	2013	2014	2015
% investimenti misura	22,6%	29,4%	29,5%

28. Sempre nel medesimo triennio 2013-2015, restringendo l'attenzione agli investimenti specifici per l'acquisto di *smart.meter* e *add-on*, la rilevanza percentuale degli investimenti in tali prodotti rispetto al totale degli investimenti è la seguente:

	2013	2014	2015
% investimenti smart/add-on	7,4%	20,1%	27,1%

29. Quanto al raffronto tra i suddetti investimenti e il fatturato del gruppo Hera relativo alla distribuzione di gas, si osserva che gli investimenti nell'ambito della misura e il loro sottoinsieme relativo agli *smart.meter* e *add-on* presentano il peso percentuale (rispetto al fatturato) riportato, rispettivamente, nelle due tabelle che seguono¹⁰:

	2013	2014	2015
% investimenti misura	4,2%	6,2%	6,7%

	2013	2014	2015
% investimenti smart/add-on	1,4%	4,2%	6,1%

⁸ Dati forniti da Hera (doc. n. 38, all. n. 3).

⁹ Dati forniti da Hera (doc. n. 38, all. n. 4).

¹⁰ Ibid.

30. Secondo quanto riferito dagli stessi rappresentanti di Hera, la società rappresenta il terzo operatore del settore con una quota pari al 9%, preceduta da Italgas (29,7%) e 2IRG (15,4%), mentre A2A e Iren costituiscono, rispettivamente, il quarto e il quinto operatore. Le cinque imprese citate sono quelle che hanno dimensioni considerevoli, mentre la restante parte dell'offerta è costituita da numerosi piccoli operatori (circa 200, secondo le prospettazioni di Hera).

Quanto al peso relativo degli operatori della distribuzione, Hera afferma che sussiste una diretta correlazione tra la quota di mercato di tali operatori e la percentuale di punti di consegna che si rende disponibile per gli stessi. Il numero totale di punti di consegna è di circa 23 milioni, di cui Hera detterebbe, secondo quanto dalla stessa riferito, poco più del 6%¹¹.

31. Hera ha definito il settore interessato come un mercato nuovo, caratterizzato da forte contendibilità, frammentazione ed immaturità, dando conto del fatto che il numero di operatori attivi nel mercato delle forniture di misuratori di gas è di circa 14 e che, nel periodo oggetto di istruttoria, essa si è fornita da 9 di essi (AEM, Dresser, Elster, Itron, Meter Italia, MeterSit, Metrix Italia, Fiorentini, Samgas), 6 dei quali associati Acism.

32. Hera ha altresì riferito che, in ragione delle caratteristiche tecniche degli *smart.meter*, il settore risulta ancora in fase di sviluppo ed assestamento, tant'è che spesso tali contatori sono afflitti da anomalie o richiedono ripetuti interventi di aggiornamento del relativo *software*; le stesse associazioni di categoria di distributori hanno in più occasioni dato conto all'AEEGSI della natura prototipale degli *smart.meter*¹², evidenziando che, a dispetto di un quadro regolatorio che prevede precisi obblighi di acquisto a pena di applicazione di penali in capo alle imprese di distribuzione gas, il mercato non appare in grado di rispondere adeguatamente sia a livello di capacità produttiva che a livello di qualità tecnica; anche l'AEEGSI, nella delibera 554/2015/R/s, ha affermato che “*permangono alcune delle criticità segnalate nel 2014, conseguenti allo sviluppo degli smart.meter gas e degli apparati destinati alla loro gestione sistemistica, nonché ad alcuni aspetti relativi al telecomando, in sicurezza, dell'elettrovalvola a bordo degli smart.meter di classe G4 e G6*”.

¹¹ Cfr. verbale di audizione e memoria del 1° luglio 2016.

¹² Cfr. note del 16 dicembre 2014 e 20 maggio 2015 (allegato n. 10 alla memoria difensiva del 1° luglio 2016, doc. n. 30).

IV. IL QUADRO NORMATIVO

IV.a. La disciplina europea

33. La materia relativa ai ritardi nei pagamenti è stata disciplinata a livello europeo dalla direttiva 2000/35/CE, poi sostituita dalla direttiva 2011/7/UE, relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, che introduce disposizioni di armonizzazione minime.

Agli Stati membri è stata, dunque, lasciata la facoltà di adottare, in sede di recepimento, disposizioni più favorevoli per i creditori (art. 12, par. 3).

34. La direttiva del 2011 muove dal presupposto della necessità di introdurre *“un passaggio deciso verso una cultura dei pagamenti rapidi”*. Per realizzare tale passaggio prevede *“l’introduzione di disposizioni specifiche sui periodi di pagamento e sul risarcimento dei creditori per le spese sostenute”* e *“che l’esclusione del diritto al risarcimento dei costi di recupero sia presunta essere gravemente iniqua”* (considerando n. 12).

35. Di conseguenza, si dovrebbero *“limitare, di regola, i termini di pagamento previsti dai contratti tra imprese a un massimo di sessanta giorni di calendario”*. La possibilità per le parti di *“concordare espressamente”* periodi di pagamento superiori (semprech  tale proroga non sia gravemente iniqua per il creditore) è concepita dalla direttiva come giustificabile in presenza di circostanze specifiche e *“ad esempio quando le imprese intendono concedere credito commerciale ai propri clienti”* (considerando n. 13).

36. Nell’ottica di scoraggiare *“l’abuso della libert  contrattuale a danno del creditore”*, la direttiva prevede che *“le organizzazioni ufficialmente riconosciute come rappresentanti delle imprese e le organizzazioni che hanno un legittimo interesse a rappresentare le imprese dovrebbero poter agire dinanzi all’autorit  giurisdizionale o agli organismi amministrativi nazionali al fine di evitare l’uso continuato di clausole contrattuali o prassi gravemente inique per il creditore”* (considerando 28, ripreso dall’art. 7, par. 5).

37. Ai sensi dell’art. 1, lo scopo della direttiva   di *“lottare contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, al fine di garantire il corretto funzionamento del mercato interno, favorendo in tal modo la competitivit  delle imprese e in particolare delle PMI”*.

38. La direttiva si applica a tutte le transazioni commerciali, a prescindere dal fatto che siano effettuate tra imprese pubbliche o private ovvero tra

imprese e amministrazioni pubbliche, e prevede che queste ultime dovranno procedere ai pagamenti nel termine di 30 giorni o, al massimo, in 60 giorni, purché *“concordato espressamente nel contratto e purché ciò sia oggettivamente giustificato dalla natura particolare del contratto o da talune sue caratteristiche”* e non superi comunque sessanta giorni di calendario (art. 4).

39. Ai sensi della direttiva, per *“pubblica amministrazione”* deve intendersi *“qualsiasi amministrazione aggiudicatrice quale definita all’articolo 2, paragrafo 1, lettera a), della direttiva 2004/17/CE e all’articolo 1, paragrafo 9, della direttiva 2004/18/CE”* (art. 2 par. 2), segnatamente *“lo Stato, gli enti pubblici territoriali, gli organismi di diritto pubblico, le associazioni costituite da uno o più di tali enti pubblici territoriali o da uno o più di tali organismi di diritto pubblico”* (art. 2, par. 1, lettera a) direttiva 2004/17).

40. I pagamenti tra imprese private dovranno essere effettuati entro 60 giorni, salvo quanto *“diversamente concordato espressamente nel contratto e purché ciò non sia gravemente iniquo per il creditore ai sensi dell’articolo 7”* (art. 3, par. 5).

Nelle transazioni tra imprese e PA il termine di pagamento è fissato in 30 giorni *“se non diversamente concordato espressamente nel contratto e purché ciò sia oggettivamente giustificato dalla natura particolare del contratto o da talune sue caratteristiche, e non superi comunque sessanta giorni di calendario”* (art. 4, par. 6).

Inoltre, per *“qualsiasi amministrazione pubblica che svolga attività economiche di natura industriale o commerciale offrendo merci o servizi sul mercato e che sia soggetta, come impresa pubblica, ai requisiti di trasparenza di cui alla direttiva 2006/111/CE”*, il termine di 30 giorni può essere prorogato *“fino ad un massimo di sessanta giorni di calendario”* (art. 4, par. 4).

41. Secondo il par. 1 dell’art. 7, gli Stati membri sono chiamati a disporre che *“una clausola contrattuale o una prassi relativa alla data o al periodo di pagamento, al tasso dell’interesse di mora o al risarcimento per i costi di recupero non possa essere fatta valere oppure dia diritto a un risarcimento del danno qualora risulti gravemente iniqua per il creditore”*¹³.

¹³ Lo stesso paragrafo dell’art. 7 prosegue affermando che *“Per determinare se una clausola contrattuale o una prassi sia gravemente iniqua per il creditore, ai sensi del primo comma, si tiene conto di tutte le circostanze del caso, tra cui:*

a) qualsiasi grave scostamento dalla corretta prassi commerciale, in contrasto con il principio della buona fede e della correttezza;

Il successivo par. 4 precisa che occorre altresì assicurare che, *“nell’interesse dei creditori e dei concorrenti, esistano mezzi efficaci ed idonei per impedire il continuo ricorso a clausole contrattuali e prassi gravemente inique”*.

42. La direttiva, infine, invita gli Stati ad individuare i *“mezzi efficaci”*, esperibili anche dinanzi ad *“organi amministrativi”*, per consentire alle imprese interessate di reagire contro *“clausole contrattuali e prassi gravemente inique”* (art. 7, commi 4 e 5).

IV.b. La disciplina interna

43. Il legislatore nazionale è intervenuto per la prima volta in materia di termini di pagamento nelle transazioni commerciali con la legge 18 giugno 1998, n. 192, recante *“Disciplina della subfornitura nelle attività produttive”*¹⁴.

44. Successivamente, in attuazione della Direttiva 2000/35/CE, è stato introdotto nell’ordinamento il Decreto Legislativo 9 ottobre 2002, n. 231, al quale, ai fini del recepimento della più recente Direttiva 2011/7/UE, sono state apportate significative modifiche tramite il Decreto Legislativo 9 novembre 2012, n. 192, recante, appunto, *“Modifiche al Decreto Legislativo 9 ottobre 2002, n. 231, per l’integrale recepimento della direttiva 2011/7/UE relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, a norma dell’art. 10, comma 1, della legge 11 novembre 2011, n. 180”*.

La nuova disciplina è entrata in vigore a far data dal 1° gennaio 2013.

45. Per effetto delle modifiche anzidette vengono distinte le transazioni commerciali tra imprese, e tra Pubbliche Amministrazioni e imprese, si garantisce maggiore certezza ai termini di pagamento e vengono ridotte le possibilità di deroga a detti termini.

46. Più particolare, il Decreto Legislativo 9 ottobre 2002, n. 231, come modificato dal Decreto Legislativo n. 192/2012 (di seguito, anche il Decreto), prevede un termine generale di 30 giorni per il pagamento,

b) la natura del prodotto o del servizio; e c) se il debitore abbia qualche motivo oggettivo per derogare al tasso d’interesse di mora legale, al periodo di pagamento di cui all’articolo 3, paragrafo 5, all’articolo 4, paragrafo 3, lettera a), all’articolo 4, paragrafo 4, e all’articolo 4, paragrafo 6, o all’importo forfettario di cui all’articolo 6, paragrafo 1.”

¹⁴ L’art. 3, comma 2, della L. n. 192/1998 stabilisce che *“Il prezzo pattuito deve essere corrisposto in un termine che non può eccedere i sessanta giorni dal momento della consegna del bene o della comunicazione dell’avvenuta esecuzione della prestazione. Tuttavia, può essere fissato un diverso termine, non eccedente i novanta giorni, in accordi nazionali per settori e comparti specifici, sottoscritti presso il Ministero dell’Industria, del commercio e dell’artigianato da tutti i soggetti competenti per settori presenti nel Consiglio nazionale dell’economia e del lavoro in rappresentanza dei subfornitori e dei committenti”*.

declinato nei seguenti termini dall'art. 4, comma 2: *“Salvo quanto previsto dai commi 3, 4 e 5, il periodo di pagamento non può superare i seguenti termini:*

a) *trenta giorni dalla data di ricevimento da parte del debitore della fattura o di una richiesta di pagamento di contenuto equivalente. Non hanno effetto sulla decorrenza del termine le richieste di integrazione o modifica formali della fattura o di altra richiesta equivalente di pagamento;*

b) *trenta giorni dalla data di ricevimento delle merci o dalla data di prestazione dei servizi, quando non è certa la data di ricevimento della fattura o della richiesta equivalente di pagamento;*

c) *trenta giorni dalla data di ricevimento delle merci o dalla prestazione dei servizi, quando la data in cui il debitore riceve la fattura o la richiesta equivalente di pagamento è anteriore a quella del ricevimento delle merci o della prestazione dei servizi;*

d) *trenta giorni dalla data dell'accettazione o della verifica eventualmente previste dalla legge o dal contratto ai fini dell'accertamento della conformità della merce o dei servizi alle previsioni contrattuali, qualora il debitore riceva la fattura o la richiesta equivalente di pagamento in epoca non successiva a tale data”.*

47. Le modifiche introdotte dal Decreto Legislativo n. 192/2012 hanno altresì previsto una disciplina differenziata tra contratti tra imprese, da un lato, e i contratti tra imprese e PA, dall'altro. Con specifico riferimento alle transazioni commerciali tra imprese, il nuovo dettato normativo prevede che le imprese possono pattuire termini di pagamento superiori a 30 giorni, stabilendo, tuttavia, che *“termini superiori a sessanta giorni, purché non siano gravemente iniqui per il creditore ai sensi dell'articolo 7, devono essere pattuiti espressamente. La clausola relativa al termine deve essere provata per iscritto”* (art. 4, comma 3).

48. Nelle transazioni commerciali in cui il debitore è una Pubblica Amministrazione, invece, il Decreto statuisce che le parti possono pattuire, *“purché in modo espresso”*, un termine per il pagamento superiore ai 30 giorni *“quando ciò sia oggettivamente giustificato dalla natura particolare del contratto o da talune sue caratteristiche”*, precisando tuttavia che *“In ogni caso i termini di cui al comma 2 non possono essere superiori a sessanta giorni. La clausola relativa al termine deve essere provata per iscritto”* (art. 4, comma 4).

49. Ai sensi dell'art. 2, comma 1, lettera b), ai fini dell'applicazione del Decreto si intendono per "pubblica amministrazione": *“le amministrazioni di*

cui all'articolo 3, comma 25, del Decreto Legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e ogni altro soggetto, allorquando svolga attività per la quale è tenuto al rispetto della disciplina di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163”.

50. È poi previsto che “I termini di cui all’art. 4, comma 2 sono raddoppiati a) per le imprese pubbliche che sono tenute al rispetto dei requisiti di trasparenza di cui al Decreto Legislativo 11 novembre 2003, n. 333; b) per gli enti pubblici che forniscono assistenza sanitaria e che siano stati debitamente riconosciuti a tale fine” (art. 4, comma 5).

51. Infine, il Decreto sancisce la nullità per le clausole contrattuali sui termini di pagamento “gravemente inique in danno del creditore” (art. 7 co. 1)¹⁵, prevedendo che “Il giudice dichiara, anche d'ufficio, la nullità della clausola avuto riguardo a tutte le circostanze del caso, tra cui il grave scostamento dalla prassi commerciale in contrasto con il principio di buona fede e correttezza, la natura della merce o del servizio oggetto del contratto, l'esistenza di motivi oggettivi per derogare al saggio degli interessi legali di mora, ai termini di pagamento o all'importo forfettario dovuto a titolo di risarcimento per i costi di recupero” (art. 7, comma 2)¹⁶.

52. Con legge 30 ottobre 2014, n. 161 al Decreto in esame è stato inserito l’art. art. 7-bis (dal titolo “Prassi inique”, a norma del quale: “1. Le prassi relative al termine di pagamento, al saggio degli interessi moratori o al risarcimento per i costi di recupero, quando risultano gravemente inique per il creditore, danno diritto al risarcimento del danno. 2. Il giudice accerta che una prassi è gravemente iniqua tenuto conto di quanto previsto dall'articolo 7, comma 2....”).

IV.c. I poteri dell’Autorità

53. In occasione del recepimento della direttiva 2011/7/UE, il legislatore italiano ha attribuito all’Autorità un potere di intervento in materia di ritardi nei pagamenti.

54. In particolare, con legge 11 novembre 2011, n. 180, recante “Norme per

¹⁵ “Le clausole relative al termine di pagamento, al saggio degli interessi moratori o al risarcimento per i costi di recupero, a qualunque titolo previste o introdotte nel contratto, sono nulle quando risultano gravemente inique in danno del creditore. Si applicano gli articoli 1339 e 1419, secondo comma, del codice civile”.

¹⁶ I successivi commi dell’art. 7 statuiscono: “3. Si considera gravemente iniqua la clausola che esclude l'applicazione di interessi di mora. Non è ammessa prova contraria. 4. Si presume che sia gravemente iniqua la clausola che esclude il risarcimento per i costi di recupero di cui all'articolo 6. 5. Nelle transazioni commerciali in cui il debitore è una pubblica amministrazione è nulla la clausola avente ad oggetto la predeterminazione o la modifica della data di ricevimento della fattura. La nullità è dichiarata d'ufficio dal giudice”.

la tutela della libertà d'impresa. Statuto delle imprese” è stato aggiunto un ultimo periodo alla norma che disciplina la fattispecie di abuso di dipendenza economica (art. 9, comma 3 *bis*, legge 18 giugno 1998, n. 192), ai sensi del quale: *“In caso di violazione diffusa e reiterata della disciplina di cui al Decreto Legislativo 9 ottobre 2002, n. 231, posta in essere ai danni delle imprese, con particolare riferimento a quelle piccole e medie, l'abuso si configura a prescindere dall'accertamento della dipendenza economica”*.

55. Tale periodo va letto congiuntamente alla precedente statuizione del citato art. 9, comma 3-*bis* (introdotto nella disciplina della subfornitura con legge 5 marzo 2001, n. 57), secondo cui, in materia di abusi di dipendenza economica, l'Autorità può, *“anche su segnalazione di terzi ed a seguito dell'attivazione dei propri poteri di indagine ed esperimento dell'istruttoria, procedere alle diffide e sanzioni previste dall'articolo 15 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, nei confronti dell'impresa o delle imprese che abbiano commesso detto abuso”*.

V. LE RISULTANZE ISTRUTTORIE

56. Dalle risultanze istruttorie emerge che, perlomeno a partire dal 5 marzo 2013 ad oggi¹⁷, Hera (anche per il tramite delle società facenti capo al suo gruppo) ha sistematicamente previsto nella documentazione relativa all'acquisto di misuratori di gas un termine per il pagamento delle forniture di 120 giorni dalla fattura fine mese.

57. In particolare, nel triennio 2013/2015 e nel primo semestre del 2016, ai fini del proprio approvvigionamento di prodotti per la misura del gas, Hera si è fatta promotrice di numerosi inviti a partecipare a procedure di affidamento (circa 40) che spesso si svolgono *on-line*, a mezzo del portale di *e-procurement* del Gruppo Hera. L'aggiudicazione della procedura avviene in base al criterio del prezzo più basso determinato, ai sensi dell'art. 82, comma 2, dell'allora vigente Codice Contratti Pubblici e ss. mm., mediante offerta a prezzi unitari.

58. Hera afferma, altresì, che inizialmente la procedura prevedeva l'invito di

¹⁷ Cfr. docc. nn. 41, 57, 61 e 62. Al 5 marzo 2015 risale, in particolare, il primo ordine di misuratori di gas effettuato dalle società del Gruppo Hera nella vigenza della rinnovata normativa sui termini di pagamento. Il 16 settembre Hera ha presentato impegni - che prevedono il rispetto dei termini di legge anche per le gare in corso - dichiarando l'intenzione di darvi attuazione immediata anche a prescindere dal loro accoglimento da parte dell'Autorità. Il 21 settembre 2016 Hera ha, inoltre, fornito evidenza di aver ridotto a 60 giorni i termini di pagamento delle procedure in corso ma anche di aver previsto una modalità di valutazione delle offerte che valorizza l'adesione del concorrente ad un termine più esteso (90 o 120 giorni).

6/7 fornitori (successivamente aumentato a 14), cui ha corrisposto una partecipazione di poco superiore alla metà degli invitati, avendo Hera ricevuto in media 3,6 offerte per ciascuna procedura.

59. I fornitori che sono risultati aggiudicatari del maggior numero di gare o dei lotti più rilevanti sono le società Meter Italia, Itron, Metrix Italia, Fiorentini e Samgas, vale a dire quelli che risultano essere i principali operatori del mercato per aver maggiormente investito nelle linee produttive e nell'approvvigionamento delle scorte.

60. Ad esito di tali procedure, secondo quanto riferito da Hera, il Gruppo ha effettuato negli anni 2013/2015 e nel primo semestre del 2016 n. 81 ordini/contratti¹⁸, di cui 2 relativi a prodotti rispetto ai quali sono stati riscontrati problemi produttivi.

Il valore di tali ordini si è aggirato, nel periodo in esame tra i 10 e i 50 milioni di euro, raggiungendo nei primi sei mesi del 2016, valori assimilabili a quelli raggiunti negli interi anni 2014 e 2015¹⁹.

61. In tutti i citati contratti/ordini, Hera ha sistematicamente inserito clausole del seguente tenore: *“I pagamenti delle fatture sono fissati a 120 gg fine mese dalla data della fattura. Si prende espressamente atto che tale termine è significativamente inferiore al termine che si riscontra nella prassi commerciale esistente in materia di pagamenti da parte di soggetti pubblici pari ad oggi a 180 giorni”*. Da ultimo, la clausola appena riportata risulta esser stata inserita in un ordine di contatori classe G6 avente validità dal 1° luglio 2016 al 30 giugno 2017²⁰. Tale clausola si ritrova anche nei contratti/ordini conclusi con imprese non aderenti ad ACISM e, tra queste, Metersit S.r.l.²¹.

Talora la clausola in parola è riportata sinteticamente con diciture del tipo seguente: *“BONIFICO BANCARIO 120 GIORNI DATA FATTURA FINE MESE”*²².

62. Si noti, inoltre, che gli inviti fanno sempre richiamo alle Condizioni Generali di Contratto di Fornitura Beni (di seguito, CGCB) dell'ottobre 2012, che i fornitori devono firmare per accettazione ai fini della partecipazione alla selezione²³. La copia scannerizzata delle CGCB predisposte da Hera, datata e firmata, costituisce uno dei 5 documenti che

¹⁸ Doc. n. 38, all. 6 e doc. n. 56.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ Si vedano tra i più recenti gli ordini, anche quelli aventi validità dal 1° giugno 2016 al 31 maggio 2017 (doc. 41, documentazione relativa al 2016).

²¹ Doc. 41.

²² Doc. n. 41.

²³ Le CGCB dell'ottobre 2012 sono allegate alla gran parte degli inviti prodotti da Hera per il periodo 2014/2016 (cfr. doc. n. 41).

devono essere inseriti dall'aspirante fornitore nella *“busta chiusa elettronica denominata Documentazione Amministrativa”*; in tale busta *“non dovranno essere inseriti altri documenti e/o dichiarazioni oltre a quelli elencati al presente punto della lettera di invito”*. Tali CGCB valgono per tutte le società appartenenti al Gruppo Hera, come si evince dal logo ivi riportato e dai richiami al *“Gruppo Hera”* nelle singole disposizioni.

Con la presentazione dell'offerta, anche in formato elettronico, pertanto, il fornitore dà atto di approvare le disposizioni contenute nelle CGCB. Il fornitore resta *“vincolato con la presentazione dell'offerta”* alle condizioni così individuate, anche per il tramite di autorizzazioni conferite con moduli di autodichiarazione.

In effetti, nelle CGCB si legge: *“il fornitore con la presentazione dell'offerta, anche in formato elettronico, dà atto che approva le disposizioni contenute nelle presenti CGCB”* (art. 2). La medesima previsione stabilisce che *“Il fornitore resterà vincolato con la presentazione dell'offerta, il Gruppo Hera resterà vincolato, invece, solo dopo l'emanazione di un contratto/ordine formale”*. E in termini perentori: *“Pertanto, non esisteranno altri patti, dichiarazioni, condizioni, istanze, termini, obblighi al di fuori di quelli previsti dai documenti richiamati nel contratto/ordine, fatta eccezione per eventuali integrazioni sottoscritte da entrambe le parti. In particolare non sono ritenute valide la clausole contenute nelle Condizioni generali di vendita del Fornitore”*.

Della vincolatività delle CGCB è dato riscontro anche nei documenti allegati agli inviti, ove si comunica ai fornitori invitati a partecipare alle gare che *“[I]a presentazione dell'offerta implicherà da parte vostra l'accettazione delle suddette condizioni”*²⁴.

Ancora, in alcuni ordini si legge, rispetto ai contenuti delle CGCB, che gli stessi, *“già da voi accettati in sede di gara, sono da considerarsi parte integrante e sostanziale del presente ordine”*.

63. Nelle CGCB dell'ottobre 2012 non è indicato il termine di pagamento, ma si legge che i corrispettivi sono *“pagati nel termine indicato nel contratto/ordine dietro presentazione di regolare fattura”* (art. 9); puntualmente, i contratti/ordini recano sistematicamente il termine di 120 giorni per il pagamento della fornitura.

Per alcune procedure predisposte per l'acquisto di specifiche tipologie di *smart.meter* Hera ha poi stilato diverse Condizioni di fornitura; si tratta delle *“Condizioni generali di contratto per la fornitura di contatori per gas classe*

²⁴ Così, ad es, alcune richieste di offerta contenute nel doc. n. 41, documentazione relativa al 2014.

G4-G6-G16” del 4 dicembre 2014, in cui i termini di pagamento sono espressamente previsti all’art. 11 con l’usuale formula (*“I pagamenti delle fatture sono fissati a 120 gg fine mese dalla data della fattura. Si prende espressamente atto che tale termine è significativamente inferiore al termine che si riscontra nella prassi commerciale esistente in materia di pagamenti da parte di soggetti pubblici pari ad oggi a 180 giorni”*)²⁵.

Altre volte il termine di 120 giorni è indicato nel capitolato, come, ad esempio, nel *“Capitolato Speciale per la Fornitura di Contatori Integrati per la Misura del Gas Naturale”* del 19 febbraio 2016, il cui art. 11 recita: *“I corrispettivi dell’appalto sono fissati a 120 gg fine mese data fattura fine mese. Si prende espressamente atto che tale termine è significativamente inferiore al termine che si riscontra nella prassi commerciale esistente in materia di pagamenti da parte di soggetti pubblici”*²⁶.

64. Il medesimo termine di pagamento 120 giorni è espressamente previsto anche nel documento recante *“Condizioni generali di acquisto di Marche Multiservizi”* (art. 5)²⁷. Da notare, altresì, che in alcuni contratti riferibili ad MMS il termine di 120 giorni viene giustificato facendo riferimento alla prassi delle PA, tramite una clausola in cui si legge: *“L’importo contrattuale verrà corrisposto alla Ditta secondo le modalità indicate nel Capitolato Speciale d’Appalto e a 120 gg. D.F.F.M. A tal proposito, in considerazione dell’entrata in vigore dal 1° gennaio 2013 delle nuove norme in materia di transazioni commerciali, introdotte con il Decreto Legislativo 9 novembre 2012, n. 192, e tenuto conto delle circostanze esistenti al momento della formazione del presente Capitolato Speciale d’Appalto, e in particolare considerate le linee di credito già negoziate da Marche Multiservizi S.p.A., che vincolano allo stato la gestione finanziaria dell’azienda, il pagamento avverrà al 120° giorno D.F.F.M. Tale termine è significativamente inferiore al termine che si riscontra nella prassi commerciale esistente in materia di pagamenti da parte di soggetti pubblici pari, ad oggi, a 180 giorni. La prassi commerciale in materia di pagamenti da parte delle Pubbliche amministrazioni in Italia si rinviene, da ultimo, in Confindustria, Centro Studi, Note dal CSC, n. 2-2013, 8 marzo 2013, ‘Credit crunch e recessione’”*²⁸.

Dallo studio di Confindustria richiamato nella clausola appena riportata si

²⁵ Doc. n. 41, documentazione relativa al 2015.

²⁶ Doc. n. 41, documentazione relativa al 2016.

²⁷ Doc. n. 41, documentazione relativa al 2015.

²⁸ Così il contratto del 25 agosto 2014, relativo all’ *“Adeguamento con sostituzione dei gruppi misura del gas in servizio di classe uguale a G16-G10 (smart meter)”* predisposto da MMS, punto 5, pagg. 7-8 (doc. n. 41, documentazione relativa al 2014).

evinces, infatti, che i *“Debiti accumulati a causa dell’abnorme aumento dei tempi di pagamento della PA: 180 giorni in Italia nel 2012, solo 36 giorni in Germania”*²⁹.

65. La partecipazione alle procedure indette dal Gruppo Hera avviene tramite la compilazione di appositi spazi in moduli predefiniti (sia *online* che cartacei) in cui i partecipanti sono chiamati ad indicare unicamente il prezzo offerto.

In tali moduli è infatti specificato che *“il concorrente non deve valorizzare altri campi (es. oneri, giorni di consegna, ecc.)”* e che l’eventuale fase di negoziazione, a seguito dell’apertura delle buste contenenti la documentazione economica, sarà attivata *“unicamente per il miglioramento del prezzo complessivo offerto”*.³⁰ Nei moduli di AAA si legge altresì: *“Il documento deve essere compilato senza osservazioni, restrizioni o condizioni di sorta ... a pena di esclusione dalla procedura”* e che *“con la presentazione dell’offerta il concorrente implicitamente accetta, senza riserve e senza eccezioni tutte le norme e le condizioni contenute nella documentazione di gara (ivi incluso quindi l’art. 21 del disciplinare di fornitura che fissa i pagamenti “a 120 giorni data fattura fine mese”)*³¹.

Anche in alcune lettere di invito di Hera, è chiaramente precisato: *“Non sono ammesse offerte in aumento o sottoposte a condizioni, pena l’esclusione dalla gara”*³².

66. L’inderogabilità del termine di 120 giorni emerge anche dalle risposte date ai fornitori che hanno chiesto di ridurre tale lasso di tempo, nell’ambito dell’unico momento di confronto con il committente consentito dal descritto funzionamento della procedura *online*, segnatamente la proposizione dei quesiti prima che abbia inizio la fase di presentazione delle offerte. In particolare, nell’ambito della procedura negoziata per la fornitura di contatori G4_G6_G-16 valida per il periodo aprile 2015/marzo 2016, al quesito di un fornitore (*“Si richiede di ridurre i termini di pagamento da 120 gg. a 60 gg.”*) viene fornita la seguente risposta: *“In merito ai termini di pagamento si conferma quanto prescritto all’art. 11 delle Condizioni generali di Fornitura”*³³.

Anche di recente, nel febbraio 2016, al quesito (*“con riferimento al Decreto*

²⁹ Lo studio è reperibile in internet al seguente link:

[http://www.confindustria.it/studiric.nsf/e5e343e6b316e614412565c5004180c2/0f425c531ebcfe88c1257b2b0039cbc0/\\$FILE/Nota%20CSC%20credito%20bancario.pdf](http://www.confindustria.it/studiric.nsf/e5e343e6b316e614412565c5004180c2/0f425c531ebcfe88c1257b2b0039cbc0/$FILE/Nota%20CSC%20credito%20bancario.pdf).

³⁰ Si vedano i molteplici inviti alle gare contenuti nel doc. 41.

³¹ Doc. n. 41, documentazione relativa al 2014.

³² Cfr. lettera di invito alla procedura del 5 giugno 2014, prodotta da Metrix Italia (doc. 39).

³³ Doc. n. 41, documentazione relativa al 2015.

Legislativo 9 ottobre 2001, n. 231, si richiede di ridurre il pagamento da 120 gg. a 60 gg.”), rivolto ad Hera da Dresser, rispetto ad una procedura bandita dalla prima, viene data la seguente risposta “non possiamo accettare il terzo punto (pagamento). L’eventuale non accettazione del pagamento da noi proposto sarà motivo di esclusione dalla gara”³⁴.

67. La stessa associazione segnalante (ANIMA) ha prodotto documentazione da cui emerge che, già in data 19 dicembre 2013, aveva richiesto ad Hera di conformarsi alle previsioni di cui al Decreto Legislativo n. 192/2012 sui termini dei pagamenti nelle transazioni commerciali. Con comunicazione del 14 febbraio 2014, Hera ha dato riscontro alla richiesta di ANIMA nei seguenti termini: *“considerate le linee di credito già precedentemente negoziate dal Gruppo Hera, che vincolano allo stato la gestione finanziaria del Gruppo stesso, riteniamo che la clausola sul termine di pagamento a 120 giorni di cui all’art. 11, comma settimo del capitolato speciale, non sia né iniqua né incoerente con il Decreto Legislativo n. 192/2012”. Ciò “anche in ragione del fatto che essa comunque contempla un termine significativamente inferiore a quelli riscontrabili nella prassi esistente in materia di pagamenti da parte di soggetti pubblici ed in ogni caso in linea con la prassi esistente in materia di pagamenti tra imprese commerciali (fonti: Centro Studi Confindustria). Del resto, dobbiamo dare atto che ad un’impresa pubblica come Hera S.p.A. si applica il raddoppio dei termini disposto dall’art. 4, comma 5 del Decreto Legislativo. 192/2012 reputiamo che tale raddoppio vada ragionevolmente considerato applicabile, per analogia di ratio, non solo al termine base di cui al comma 2 del cit., art. 4, ma anche, per necessaria correlazione, al termine superiore ammissibile ai sensi del successivo comma 4”³⁵.*

68. In sede di audizione con gli uffici, Hera ha lamentato il fatto di subire le dinamiche di un’offerta frammentata che si dimostrerebbe inadeguata a soddisfare le esigenze della domanda. Hera si sarebbe infatti trovata a sopportare gravi ritardi nelle forniture (stimabili nel biennio 2014-2015 in più della metà delle forniture di misuratori di acqua e gas) e spesso a ricevere prodotti fallati. Sul punto, Hera ha asserito altresì che, pur subendo gravi disagi a causa di tali inadeguatezze, non avrebbe mai fatto valere penalizzazioni contrattuali in relazione ai ritardi nelle forniture e ai prodotti fallati, riservandosi tuttavia di effettuare al riguardo verifiche più puntuali.

69. Invero, con la memoria del 1° luglio 2016 e la documentazione alla

³⁴ Cfr. doc. n. 37, all. 3.

³⁵ Cfr. doc. 1. La medesima comunicazione è stata inviata anche all’associazione ACISM (cfr. doc. n. 5).

stessa allegata, Hera ha in parte ridimensionato tali affermazioni.

È infatti emerso che, secondo le CGCB, Hera, può, a sua discrezione, applicare una penale pari al 2% per ogni settimana di ritardo fino alla concorrenza massima del 10% del prezzo globale della fornitura, fatti salvi comunque la sua facoltà di risolvere il contratto/ordine per colpa del fornitore ed il diritto al risarcimento delle perdite e dei maggiori danni³⁶. Negli inviti alle gare, poi, Hera suole inserire una clausola in base alla quale, in caso di consegna oltre i 10 gg solari rispetto ai termini previsti, la committente ha facoltà di restituire all'impresa l'intera fornitura o applicare una penale pari al 10% del valore della fornitura stessa³⁷.

Clausole di simile tenore risultano inserite anche nelle citate “*Condizioni Generali di Contratto per la Fornitura di Contatori per Gas Classe G4, G6, G16*” del 4 dicembre 2014³⁸, nel “*Capitolato Speciale per la Fornitura di Contatori Integrati per la Misura del Gas Naturale*” del 19 febbraio 2016³⁹, nonché nelle CSA⁴⁰ e nelle CGA⁴¹ della controllata MMS e nel Disciplinare di Fornitura della controllata AAA del maggio 2014⁴².

70. Sempre dalla documentazione fornita dalla stessa Hera, è emerso che

³⁶ Così le CGCB dell'ottobre 2012.

³⁷ In tal senso gli inviti alle procedure di gara del triennio 2014-16 (doc. n. 41).

³⁸ Artt. 32 e 33 delle citate Condizioni del 4.12.2014 (doc. n. 41, documentazione relativa al 2015).

³⁹ Artt. 32-34 del citato Capitolato speciale (doc. n. 41, documentazione relativa al 2016).

⁴⁰ In cui è previsto, per ogni giorno di ritardo, una penale di €250,00 per ciascun misuratore mal funzionante o non installato nella data costituente il termine ultimo indicato (art. 10). Si veda, ad es., il CSA predisposto da MMS per il citato contratto del 25 agosto 2014, relativo all' “*Adeguamento con sostituzione dei gruppi misura del gas in servizio di classe uguale a G16-G10 (smart meter)*” (doc. n. 41, documentazione relativa al 2014).

⁴¹ In cui è previsto che, in presenza di ritardi della fornitura oggetto dell'ordine di acquisto, una penale dell'1% del valore dell'importo, indicato sull'ordine di acquisto, della fornitura non consegnata nel termine contrattualmente stabilito, per ciascuna settimana completa maturata di ritardo (art. 10 CGA). Si vedano, ad es., le CGA predisposte da parte di MMS del contratto dell'11 febbraio 2014 per la “*Fornitura e installazione contatori integrati EG 16*” (doc. n. 41, documentazione relativa al 2014).

⁴² Tra le clausole penali di cui all'art. 20 del citato Disciplinare, è possibile osservare che, per il mancato rispetto delle condizioni contrattuali da parte dell'aggiudicatario, AAA ha facoltà di applicare sanzioni o trattenere su prima fattura da liquidarsi o cauzione, le seguenti penali, fatto salvo il risarcimento del maggior danno:

- nel caso di ritardo nella consegna dei misuratori, una penale pari a €100,00 per ogni giorno di ritardo, fino ad un massimo del 10% del valore totale del lotto interessato;
- nel caso di ritardo nella consegna della documentazione a corredo della fornitura, una penale di €50,00 per ogni giorno di ritardo, fino ad un massimo del 5% del valore totale del lotto;
- nel caso di accertata non conformità dei misuratori, all'atto della consegna, una penale pari al 5% del valore complessivo della quantità consegnata, ferma restando la sostituzione del prodotto fornito con altro conforme;
- nel caso di cui all'art. 19, una penale pari al 10% del sopraindicato valore complessivo stimato della fornitura per ogni lotto.

Inoltre, alcuni contratti di AAA riportano la seguente clausola “[i]n caso di mancato rispetto dei termini, l'ACEAGAS-APS S.p.A. applicherà una penale pari all'1% del valore del materiale e/o della prestazione per ogni settimana di ritardo e ciò fino ad un massimo del 10% del valore complessivo; riservandosi, inoltre, oltre tale termine, di risolvere il contratto per inadempimento e di rivolgersi ad altro fornitore, addebitando all'inadempiente la maggiore spesa sostenuta” (così, ad esempio, il contratto del 24 giugno 2014, cfr. doc. 41 allegati relativi al 2014).

l'impresa si è dotata di una strutturata procedura di controllo delle forniture. In particolare, tale procedura consta di una "*Check-list di controllo*"⁴³ di verifica della compatibilità dei prodotti ricevuti con una serie di voci indicate nell'apposito modulo e compilate una volta ricevuta la fornitura. A tale verifica può seguire un "Avviso di qualità" tramite il quale Hera contesta al fornitore l'inadeguatezza del prodotto ricevuto, decretandone eventualmente la "Non Conformità" (NC), secondo la seguente gradazione di giudizio: "molto grave", "grave", "poco grave", cui corrisponde un decremento del "Punteggio qualità" da 2 a 10 punti⁴⁴.

71. Nella medesima memoria, Hera ha anche fornito un elenco di tutte le contestazioni mosse ai fornitori. Si tratta quasi sempre di ritardi nelle consegne, che, secondo quanto da essa stessa affermato, sono il più delle volte dovuti ai tempi tecnici di produzione o rifornimento dei misuratori, non sempre nella effettiva disponibilità dei fornitori.

Benché Hera affermi di aver, in più occasioni, anche ricevuto misuratori "*guasti, fallati o con gravi anomalie*", dai dati da essa stessa forniti emerge che si tratta di una casistica limitata⁴⁵ e che, in particolare, il valore dei prodotti non consegnati per problemi produttivi è assolutamente ristretta⁴⁶.

72. Quanto alle penali, esse sono state concretamente applicate in 8 degli 11 casi in cui sono state riscontrate "*Non Conformità*", quasi sempre riferibili ad inadempienze sulle tempistiche di consegna; nei 3 casi risolti senza penalizzazione Hera ha ritenuto valide le giustificazioni addotte dal fornitore. In 4 degli 8 casi le penali per "*Non Conformità*" sono state applicate allo stesso fornitore.

Hera afferma che l'entità delle penali si sarebbe sempre attestata a non oltre il 2% dell'importo complessivamente considerato.

Dalla documentazioni agli atti emerge, in ogni caso, che in taluni casi le penali applicate hanno avuto importi tutt'altro che irrisori (cfr. *infra* sez. VIII)⁴⁷.

73. Hera ha altresì asserito che sussistono anomalie che emergono solo successivamente alle verifica dei prodotti tramite il sistema della *Check-list* e, pertanto, non inficiano le tempistiche di pagamento⁴⁸.

⁴³ Cfr. allegato n. 6 alla memoria di Hera.

⁴⁴ Cfr. memoria di Hera del 1° luglio 2016 e relativi allegati.

⁴⁵ V. allegato n. 3 alla memoria di Hera.

⁴⁶ V. allegato n. 7 alla memoria di Hera.

⁴⁷ V. documentazione fatta pervenire da Metrix Italia srl (doc. n. 39) e da Meter Italia SpA (doc. n. 47).

⁴⁸ Cfr. memoria di Hera del 1° luglio 2016.

VI. LE ARGOMENTAZIONI DI HERA

74. Nell'audizione svoltasi in data 1 giugno 2016⁴⁹ presso gli uffici dell'Autorità, nella memoria pervenuta il 1 luglio 2016⁵⁰, in quella presentata il 21 ottobre 2016 e nel corso dell'audizione dinanzi al Collegio del 26 ottobre 2016, Hera ha svolto le seguenti argomentazioni.

VI.a. Violazione del diritto di difesa e del principio di parità di trattamento

75. In via preliminare, Hera ha sollevato una serie di eccezioni procedurali, connesse all'asserita mancata indicazione nel provvedimento di avvio delle regole procedimentali che lo disciplinano, in relazione ai tempi, le forme e le modalità di adozione degli atti che possono e/o devono essere adottati nel corso del procedimento. Sul punto Hera ha lamentato, in particolare, la mancata previsione di un termine entro il quale poter presentare eventuali impegni, atteso che solo nel provvedimento di rigetto degli stessi, del 29 settembre 2016, l'Autorità ha fatto richiamo all'articolo 14-ter.

Ciò pregiudicherebbe un adeguato esercizio del diritto di difesa, considerata anche l'assenza di uno specifico Regolamento dell'Autorità per il procedimento di accertamento e sanzione dell'abuso di dipendenza economica.

Per tali motivi Hera ha anche auspicato un intervento in autotutela dell'Autorità teso ad archiviare la presente istruttoria ovvero ad adottare un nuovo provvedimento di avvio scevro da tali asseriti vizi procedurali.

76. Più in dettaglio, anche alla luce dei principi sanciti dalla CEDU, Hera lamenta i seguenti pregiudizi: a) violazione del diritto ad avere contezza sufficiente dei fatti essenziali alla base dell'avvio del procedimento. Secondo la società, infatti, nel provvedimento di avvio non sarebbero state individuate in modo preciso le procedure di affidamento prese in considerazione ai fini della contestazione della violazione di ritardo nei pagamenti. Del pari, in fase preistruttoria non sarebbe stato sufficientemente verificato il carattere diffuso e reiterato delle violazioni, né la prassi commerciale del settore, entrambi, ad avviso di Hera, presupposti necessari per l'avvio del procedimento. Solo in occasione della trasmissione della CRI, Hera avrebbe appreso che il procedimento è disciplinato dal DPR 217/1998, mentre dello stesso non vi è stata menzione nella richiesta d'informazioni trasmessa alla società in data

⁴⁹ Doc. n. 21.

⁵⁰ Doc. n. 30.

24 giugno 2016, o nelle altre comunicazioni provenienti dagli Uffici; *b*) violazione del diritto di accesso ai documenti rilevanti del procedimento. Il diritto di difesa sarebbe stato compresso in quanto Hera ha potuto effettuare un primo accesso al fascicolo solo dopo quasi un mese dalla presentazione della propria istanza. Inoltre l'accesso ad una serie di documenti, o a parte degli stessi, è risultato inizialmente differito; *c*) le modalità di acquisizione delle informazioni presso i fornitori (a questi richieste per il tramite dell'associazione di categoria Acism) avrebbero consentito a quest'ultima di coordinarne le risposte; *d*) violazione del diritto ad ottenere la conclusione del procedimento entro un termine ragionevole, tutelato dall'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE e dall'art. 6 CEDU. Al riguardo Hera ritiene che la durata prevista per il procedimento al momento dell'avvio, pari a circa 7 mesi e mezzo, non sarebbe ragionevole in considerazione in particolare della assenza di elementi di particolare complessità nell'accertamento della fattispecie in questione; *e*) la CRI sarebbe stata incompleta, in quanto non ha dato conto di fatti ed elementi essenziali, in particolare dell'avvenuta presentazione e attuazione degli impegni. Inoltre, il provvedimento di proroga del procedimento, adottato contestualmente alla CRI, nella misura in cui si fa riferimento alla "*necessità di valutare ed elaborare compiutamente*" gli elementi e documenti acquisiti al fascicolo istruttorio da ultimo il 9 settembre 2016, farebbe espressa ammissione dell'incompletezza della CRI.

77. L'Autorità avrebbe, poi, compiuto un'ingiustificata disparità di trattamento, anche in violazione dell'art. 9, comma 3-*bis* della legge 192/1998 che contempla l'intervento nei confronti dell'impresa "*o delle imprese*" che abbiano commesso il presunto abuso. Ciò in quanto l'Autorità ha attivato i propri poteri solo nei confronti di Hera, nonostante la stessa associazione segnalante ANIMA avesse fatto riferimento al fatto che ad "*altre società 'ex-municipalizzate' continuano a non applicare la legge sui ritardati pagamenti*", fornendo anche evidenze della circostanza che altri operatori effettuano pagamenti a 120 giorni⁵¹.

VI.b. Inapplicabilità dell'art. 9, comma 3-bis legge n. 192/1998

78. Con specifico riferimento, all'infrazione contestatagli, Hera sostiene che il comportamento tenuto e le circostanze del caso non siano idonei ad integrare gli elementi che, a suo avviso, costituiscono presupposti necessari

⁵¹ Al riguardo Hera cita i docc. n. 1 e 9.

ai fini dell'accertamento della violazione di legge all'art. 9, comma 3-bis, legge n. 192/1998, segnatamente:

- la rilevanza della condotta ai fini della tutela della concorrenza, in particolare l'assenza di vantaggi economici per Hera e di pregiudizio per i fornitori;
- la situazione di dipendenza economica dei fornitori rispetto ad Hera;
- la violazione diffusa e reiterata della disciplina sui termini di pagamento;
- la configurabilità dei fornitori come piccole e medie imprese (PMI).

79. In primo luogo, a confutazione della rilevanza anticoncorrenziale del proprio comportamento, Hera afferma che nel provvedimento di avvio l'Autorità avrebbe fatto riferimento al posizionamento di Hera – al fine di dimostrare l'esistenza di uno squilibrio tra le posizioni commerciali di Hera e dei suoi fornitori - senza disporre di dati quantitativi verificabili. Tant'è che la società, pur essendo il terzo operatore del settore, detiene una quota pari al 9%⁵² in un mercato in cui operano una pluralità di altri operatori, quali, tra gli altri, Italgas, 2iRG, A2A, Iren. Hera dunque non avrebbe alcuna posizione di rilievo sul mercato nazionale.

Inoltre, le imprese fornitrici di misuratori di gas non sono “costrette” a rivolgersi alla sola Hera per poter svolgere la propria attività, in quanto possono liberamente partecipare alle gare bandite dai suoi concorrenti.

80. Quanto al vantaggio che ad Hera deriverebbe dall'applicazione di termini di pagamento pari a 120 giorni, la società afferma che lo stesso sarebbe del tutto irrisorio, ammontando ad una cifra pressoché insignificante pari a circa 60.000 euro annui, a fronte di un fatturato nell'attività di distribuzione del gas pari a circa 250 milioni di euro e di una posizione finanziaria netta di circa 2,6 miliardi di euro⁵³.

Per lo stesso motivo, sarebbe infondato il riferimento al danno concorrenziale che la condotta di Hera si presterebbe a cagionare ai propri concorrenti attivi nel settore della distribuzione del gas.

81. In merito alle conseguenze patite dai fornitori a causa delle condotte di Hera, considerando un valore medio del costo del denaro pari al 3,8% su base annua, l'impresa stima che per tutte le gare aggiudicate nel periodo considerato il pregiudizio complessivamente subito dai fornitori

⁵² Che diviene, come detto, del 6% se calcolata in base ai punti di riconsegna (doc. n. 30). Al riguardo, Hera ha riferito che i primi due operatori (Italgas, 29,7% e 2iRG, 15,4%) rappresentano insieme oltre il 45% della distribuzione di gas in Italia in termini di punti di riconsegna. I successivi operatori (tra i quali Hera) sono enormemente distanziati: la quota congiunta del 3°, del 4° e del 5° operatore corrisponde circa alla quota del secondo 2° operatore (2iRG). Pertanto, cumulando alla quota di Hera le quote dei successivi 16 operatori, non si arriva neppure ad eguagliare la quota di Italgas (cfr. docc. n. 78 e 81).

⁵³ Cfr. verbale dell'audizione finale (doc. n. 81).

ammonterebbe a 90.000 euro, valore che risulta assolutamente trascurabile se comparato al valore dei ribassi complessivamente offerto dagli stessi fornitori nelle medesime gare (pari a circa 3,1 milioni di euro). Viene anche posto in rilievo che tutti i fornitori hanno chiuso gli ultimi esercizi in progressivo utile, anche con ciò dimostrando concretamente di non avere subito alcun concreto pregiudizio.

82. Nella memoria conclusiva e nel corso dell'audizione finale, Hera ha anche fatto presente che, a suo modo di vedere, l'art. 9, comma 3-*bis* della L. n. 192/1998 introdurrebbe una presunzione relativa di sussistenza della situazione di dipendenza economica, rispetto alla quale deve essere ammessa la prova contraria (mentre nella CRI gli Uffici avrebbero fatto discendere dalla norma una presunzione assoluta che non ammette prova contraria in contrasto con la giurisprudenza della Corte di Giustizia europea)⁵⁴. Nel caso in esame, essendo l'assenza di dipendenza economica dei fornitori nei confronti di Hera comprovata agli atti del fascicolo, la presunzione relativa risulterebbe superata.

83. Nella medesima memoria si lamenta che la CRI non avrebbe dimostrato la natura 'diffusa' dell'infrazione, che sarebbe insussistente nel caso di specie in quanto Hera non opera sull'intero territorio nazionale né in una parte sostanziale dello stesso, essendo attiva in un numero limitato di province.

84. Infine, l'impresa ha argomentato che l'Autorità non avrebbe dimostrato il presunto danno per le PMI che deriverebbe dalle condotte di Hera. Sul punto, si asserisce, da un lato, che Hera non rappresenta un partner commerciale essenziale per i fornitori di misuratori di gas e, dall'altro, che queste ultime non potrebbero essere qualificate come "PMI".

Rispetto al primo punto, ad avviso di Hera, le imprese associate in ANIMA avrebbero dovuto fornire prove della impossibilità di continuare la propria attività imprenditoriale senza la partecipazione alle gare da essa indette, atteso che Hera rappresenta un *partner* commerciale di rilievo, ma non essenziale per i segnalanti.

In merito al secondo aspetto, si rappresenta come alcuni fornitori di misuratori di gas hanno dimensioni rilevanti (Fiorentini, AEM) e, in alcuni casi, fanno addirittura capo a società aventi carattere multinazionale con una dimensione industriale pari o superiore a quella del Gruppo Hera (Itron, Elster, Dresser).

⁵⁴ In particolare, Hera richiama la giurisprudenza secondo cui una presunzione è legittima solo "fintanto che è proporzionata al legittimo scopo perseguito, che esiste la possibilità di apportare la prova contraria e che i diritti della difesa sono garantiti" (sent. 29.9.2011, C-521/09, p. 62; nonché sent. 19.6.2014, C-243/12, p. 27; sent. 8.5.2013, C-508/11, p. 50; sent. 21.12.2011, C-411/10 e C-493/10, p. 99-104).

VI.c. Conformità delle condotte alla disciplina sui termini dei pagamenti

85. Nel corso del procedimento, Hera ha fornito interpretazioni delle rilevanti disposizioni di cui al Decreto Legislativo n. 231/2002, come modificato dal Decreto Legislativo n. 192/2012, al fine di dimostrare che la sua condotta sarebbe conforme a tale disciplina.

In un primo momento, in sede di audizione con gli uffici istruttori, Hera ha asserito che con la citata comunicazione trasmessa ad Anima nel febbraio 2014 (*“Del resto, dobbiamo dare atto che ad un'impresa pubblica come Hera S.p.A. si applica il raddoppio dei termini disposto dall'art. 4, comma 5 del Decreto Legislativo. 192/2012 reputiamo che tale raddoppio vada ragionevolmente considerato applicabile, per analogia di ratio, non solo al termine base di cui al comma 2 del cit., art. 4, ma anche, per necessaria correlazione, al termine superiore ammissibile ai sensi del successivo comma 4”*), l'impresa ha rappresentato quella che era ritenuta un'applicazione e interpretazione coerente e corretta della norma che, a suo modo di vedere, implicherebbe anche margini di discrezionalità a vantaggio del debitore. Nella medesima occasione, Hera ha anche affermato che, a suo avviso, l'art. 7 del Decreto (che disciplina le ipotesi di iniquità di pattuizioni di termini superiori a quelli di legge) costituisce una norma di chiusura che si applica a tutte le ipotesi di cui ai commi 3, 4 e 5 dell'art. 4 del Decreto, aggiungendo tuttavia che, mentre sarebbe pacifico che Hera non è una pubblica amministrazione ai sensi dell'art. 4, comma 4, essa è senz'altro da considerare alla stregua di impresa pubblica ai fini dell'art. 4, comma 5.

86. Nella memoria del 1° luglio 2016, Hera ha poi asserito che, benché l'art. 2 del Decreto definisca pubblica amministrazione *“ogni altro soggetto, allorché svolga attività per la quale è tenuto al rispetto della disciplina di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 [Codice dei contratti]”*, le previsioni di cui all'art. 4, comma 4 - secondo cui i pagamenti delle pubbliche amministrazioni non possono in alcun caso superare i 60 giorni - non potrebbero applicarsi ad Hera, in quanto la direttiva comunitaria di cui il Decreto è attuazione annovera tra le amministrazioni aggiudicatrici (soggette a termini di pagamento più stringenti) solo lo Stato, gli enti pubblici e gli organismi di diritto pubblico, e non anche le imprese pubbliche.

87. Al contempo, Hera ha osservato che l'art. 4, comma 3 del Decreto, nel trattare le *“transazioni commerciali tra imprese”*, non distingue tra imprese pubbliche e imprese private, con la conseguenza che anche le imprese pubbliche possono applicare la deroga all'ordinario termine di pagamento.

Ciò in coerenza con lo spirito della direttiva 2011/7/UE (considerando 9) che ha inteso operare un'unica distinzione: da un lato, la pubblica amministrazione, da sempre qualificata come uno dei “*peggiori pagatori*”, e dall'altro, le imprese, genericamente considerate (sia private che pubbliche).

88. Muovendo da tale lettura delle norme, nella medesima memoria, Hera ha argomentato di aver agito nel rispetto delle condizioni previste dal combinato disposto degli artt. 4, comma 3 e 7 del Decreto, secondo cui, nelle transazioni commerciali tra imprese, queste ultime possono, non soltanto estendere il termine ordinario di 30 giorni previsto dall'art. 4, comma 2, ma anche pattuire termini superiori a 60 giorni, *ex art. 4, comma 3*, purché *(i)* le parti concordino per iscritto detta estensione e *(ii)* il termine esteso non risulti gravemente iniquo per il creditore.

89. A tale riguardo, Hera ha affermato, rispetto al primo punto, di aver concordato il termine di 120 giorni con le società fornitrici. Secondo l'interpretazione fornita da Hera di alcune sentenze del Consiglio di Stato⁵⁵, infatti, le stazioni appaltanti potrebbero introdurre termini di pagamento di 120 giorni, purché liberamente accettati dalle parti; la mera individuazione del termine nella documentazione di gara non avrebbe carattere autoritativo ed unilaterale, come invece avrebbero le clausole che prevedono l'esclusione automatica del concorrente dalla procedura per mancata accettazione del termine di pagamento (che non compaiono nella documentazione di gara del gruppo Hera). La libertà di partecipazione (o meno) alla gara sarebbe resa piena ed effettiva in virtù dell'assenza di qualsivoglia fattore di dipendenza economica dei fornitori nei confronti di Hera. Inoltre, a seguito dell'aggiudicazione della gara, i fornitori ed Hera sottoscrivono consensualmente un contratto di fornitura comprensivo delle previsioni sui termini di pagamento.

90. Quanto al secondo punto, Hera, oltre a lamentare la mancata verifica da parte degli uffici presso gli altri operatori suoi concorrenti dei termini di pagamento applicati nel settore, asserisce che, in ogni caso, il termine di 120 giorni sarebbe in linea con la prassi commerciale. Nel corso del procedimento, Hera ha affermato che il termine di 120 giorni sarebbe finanche inferiore a quello attualmente in uso tra gli operatori del settore, facendo leva su uno stralcio di uno studio di *Intrum Justitia* (“*Tempi dei pagamenti Italia*”)⁵⁶, da cui ricava che, nell'anno 2014, la prassi avrebbe fatto registrare termini di pagamento pari a circa 144 giorni.

⁵⁵ Cfr. Cons. St., sez. VI, 3 febbraio 2006, n. 384 e Cons. St., sez. V, 12 aprile 2005, n. 1638 e 28 settembre 2007, n. 4996.

⁵⁶ All. n. 11 alla memoria difensiva del 1° luglio 2016.

In tale stralcio, i dati che si rinvenivano sono distinti secondo due voci (termini contrattuali di pagamento e periodo effettivo di pagamento) avendo riguardo a 3 categorie di transazioni (quelle tra imprese e consumatori - B2C; quelle tra imprese – B2B; quelle in cui il debitore è la PA – Public):

	B2C	B2B	PUBLIC
Termini contrattuali medi di pagamento	33 gg	56 gg	79 gg
Periodo effettivo di pagamento	48 gg	80 gg	144 gg

91. Inoltre, Hera asserisce che, essendo la prassi di mercato allineata nell'uso di termini di pagamento superiori a quelli di legge, le imprese fornitrici non potrebbero, comunque, trovare condizioni più favorevoli presso i concorrenti di Hera e, dunque, in un siffatto contesto di "allineamento" ad una medesima prassi, l'impresa non potrebbe trarre alcun vantaggio competitivo dall'applicazione del termine di pagamento di 120 giorni.

In corso di audizione con gli uffici, la stessa Hera ha dato conto del fatto che il primo operatore del mercato applicherebbe termini di pagamento pari a circa 60/75 giorni (e la mancata accettazione della relativa clausola costituirebbe causa di esclusione) e gli altri principali concorrenti si attesterebbero sui 90-120 giorni.

92. Nella memoria e nell'audizione finali Hera ha in parte ridimensionato tali affermazioni, continuando tuttavia ad asserire che *"la prassi generale delle imprese evidenzia termini di pagamento comparabili a quelli applicati da Hera"*, considerato che il termine di pagamento effettivamente applicato dalle imprese è pari mediamente a 80 giorni⁵⁷.

93. Sempre in tali momenti conclusivi della fase istruttoria, Hera ha introdotto un nuovo argomento al fine di legittimare la propria condotta, il quale fa leva sulla nozione di *"natura della merce"* oggetto del contratto, cui ai sensi dell'art. 7 del Decreto è possibile far riferimento nel giudizio di apprezzamento della eventuale iniquità del termine superiore al termine legale e frutto di pattuizione⁵⁸.

Infine, Hera sottolinea come la Commissione europea, nella Relazione del 26 agosto 2016 relativa all'attuazione della Direttiva 2011/7/UE sui ritardi nei pagamenti, abbia evidenziato l'esigenza di chiarezza in merito

⁵⁷ Cfr. verbale audizione finale (doc. n. 81).

⁵⁸ Al riguardo, ad avviso di Hera, assume rilievo il carattere prototipale dei dispositivi di smart metering (riconosciuto anche dalle associazioni di categoria) e i tempi e modalità di collaudo dei dispositivi da parte della Società. Gli Smart meters devono, in particolare, essere conformi alle specifiche tecniche e requisiti di sicurezza prescritti da AEEGSI, il che implica una specifica rilevanza della fase di collaudo dei dispositivi, che avviene in occasione della loro installazione, di regola dopo circa 90 giorni dalla consegna ad Hera. (ibid.)

all'interpretazione di alcuni concetti essenziali della disciplina (es. le nozioni di 'pattuizione espressa', 'grave iniquità', e 'obiettivamente giustificato alla luce della particolare natura o delle caratteristiche del contratto').

VI.d. Correttezza nei rapporti con i fornitori

94. Quanto al proprio comportamento sul mercato, Hera evidenzia che nel settore di riferimento, caratterizzato da forte contendibilità, frammentazione ed immaturità, l'impresa ha sempre predisposto bandi intesi a far partecipare il più ampio numero di operatori possibile, tramite la richiesta di svariate tipologie di misuratori e mai preteso solo quello che meglio si interfaccia con il proprio sistema tecnologico.

A fronte di tale approccio, Hera sostiene, come visto, di essersi trovata a sopportare gravi ritardi nelle forniture e spesso a ricevere prodotti fallati o di scarsa qualità, senza tuttavia quasi mai ricorrere alle penalizzazioni contrattuali previste per tali inadempienze.

95. In ogni caso, poi, Hera ha evidenziato che in tutte le circa 40 procedure di gara esperite nel periodo oggetto di istruttoria, non sono mai state sollevate formali eccezioni, né intentate azioni giudiziarie relative ai termini di pagamento, il che costituirebbe ulteriore riprova del gradimento del proprio operato da parte dei fornitori, oltre che conferma dell'accettazione della condotta di Hera da parte degli operatori di settore.

VII. LE ARGOMENTAZIONI DI ANIMA

96. In sede di audizione finale, i rappresentanti di Anima hanno rappresentato, in via preliminare, che la decisione di rivolgersi all'Autorità è stata assunta solo dopo aver esperito ogni tentativo, sia formale che informale, per far sì che Hera riducesse i propri termini di pagamento, adeguandoli a quelli previsti dalla legge. La Federazione ha riferito che tali tentativi non sono mai sfociati in un dialogo di alcun tipo⁵⁹.

97. Quanto agli argomenti addotti da Hera a difesa delle proprie condotte, Anima ne ha confutati alcuni in particolare. Il primo riguarda le dichiarazioni relative ai ritardi delle consegne dei misuratori e alla difettosità degli stessi; Anima lamenta come siffatte affermazioni, rese dal terzo distributore di gas nazionale, si prestino ad arrecare un danno ingiusto alle imprese fornitrici in

⁵⁹ Cfr. verbale dell'audizione finale (doc. 81).

quanto mettono in discussione l'affidabilità dei prodotti e degli stessi fornitori.

98. Anima contesta inoltre il riferimento alla prassi da parte di Hera quale fonte di legittimazione dei propri termini di pagamento e la possibilità di considerare i ritardati pagamenti alla stregua di una rivalsa risarcitoria nei confronti dei creditori inadempienti.

99. Infine, con riguardo alle condotte da ultimo assunte da Hera, al fine di dare attuazione agli impegni, Anima ritiene che la proposta rivolta ai fornitori di aderire volontariamente a termini di pagamento più lunghi rispetto a quelli previsti dalla legge si risolva nel trasferimento in capo ai fornitori della responsabilità della scelta del termine diverso da quello previsto dalla legge e che l'assegnazione di un migliore punteggio di gara al fornitore che accetta termini di pagamento dilatati non costituisca una soluzione accettabile.

VIII. LE INFORMAZIONI ACQUISITE DAI FORNITORI DI HERA

100. Tra gli associati ad ACISM figurano quali aggiudicatari delle gare di Hera le seguenti imprese: Itron Italia S.p.A., Pietro Fiorentini S.p.A., Elster S.r.l., Dresser Italia S.r.l., Metrix Italia S.r.l., Meter Italia S.p.A... Si rileva peraltro che Samgas S.r.l. e CPL Concordia Soc. Coop., che talora compaiono nella documentazione di gara fornita da Hera quali aggiudicatarie, sono confluite, rispettivamente, nella Pietro Fiorentini S.p.A. (incorporazione) e nella Meter Italia S.p.A. (cessione del solo ramo d'azienda relativo ai misuratori)⁶⁰.

101. Dalle informazioni acquisite dalle predette imprese emerge che le stesse, nel periodo oggetto di istruttoria, hanno realizzato tramite vendite di misuratori di gas al Gruppo Hera percentuali di fatturato in media pari al 5,4% (e, più precisamente, 3,9% nel 2013, 5,3% nel 2014 e 7% nel 2015)⁶¹. Tra queste, emergono Metrix Italia S.r.l. - la quale ha riferito di aver realizzato, nel 2015, circa il 30-35% del proprio fatturato totale da vendite ad Hera - e Meter Italia S.p.A. - per la quale, nel medesimo anno, il fatturato realizzato con Hera ha inciso per circa il 10-15% sul totale delle vendite.

102. Le citate imprese fornitrici riferiscono tutte di non aver mai intavolato con Hera, singolarmente o per il tramite dell'associazione ACISM o della

⁶⁰ È quanto risulta da visure telematiche del Registro delle Imprese effettuate in data 11 luglio 2016.

⁶¹ Cfr. docc. nn. 33, 34, 35, 37, 39 e 47.

federazione ANIMA, negoziazioni finalizzate a pattuire di comune accordo termini di pagamento delle forniture di prodotti per la misura del gas superiori ai termini previsti dalla legge. In particolare, le imprese riferiscono che la documentazione di gara richiede l'accettazione incondizionata delle clausole ivi contenute, salva *“la possibilità di richiedere chiarimenti attraverso l'invio di una email al Buyer di riferimento contenente un quesito”*⁶². Le risposte al quesito, se di interesse generale, vengono pubblicate da Hera sul suo portale *online*. Tuttavia, tali risposte hanno sempre rimandato alle condizioni contrattuali stipulate unilateralmente da Hera, confermando l'impossibilità di apportare alcuna modifica alla clausola sui termini di pagamento⁶³.

103. Inoltre, le citate imprese fornitrici riferiscono tutte che la prospettazione della disponibilità a pattuire un termine di pagamento superiore al termine di legge non ha mai costituito nelle gare bandite da Hera per forniture di misuratori per il gas parametro di valutazione delle offerte, negli anni 2013, 2014, 2015 e primo semestre 2016. Argomentando sul punto, alcune società specificano che ciò discende dalla impossibilità di indicare un termine di pagamento diverso da quello unilateralmente imposto con bando di gara⁶⁴.

104. Ancora, 5 delle 6 imprese⁶⁵ in parola hanno affermato che, dal 2013 al primo semestre 2016, nell'ambito delle procedure di gara bandite da Hera, l'accettazione della clausola sui pagamenti era condizione essenziale di partecipazione alla gara e che, di fatto, la non accettazione avrebbe determinato l'esclusione dalla gara. In particolare, è stato riferito che *“l'accettazione della clausola sui pagamenti è stata prevista a pena di esclusione dalla gara”* e che *“tale clausola è stata espressa in via unilaterale da parte di Hera”*⁶⁶; ovvero documentato che *“la partecipazione alle gare era subordinata all'accettazione integrale del capitolato. Richieste di cambiamento dei termini sono state rifiutate”*⁶⁷; ovvero riferito che i termini di 120 giorni *“vengono accettati in fase di gara tramite un'autocertificazione*

⁶² Comunicazione fatta pervenire da Dresser Italia Srl (doc. n. 37).

⁶³ Ad es., doc. n. 1 (corrispondenza tra Anima ed Hera allegata alla segnalazione di ANIMA); verbale di audizione di ANIMA (doc. n. 7); risposta di ANIMA alla richiesta di informazioni (doc. n. 31); risposta di Elster Srl alla richiesta di informazioni (doc. n. 35, all. 1); risposta di Dresser Italia Srl alla richiesta di informazioni (doc. n. 37).

⁶⁴ Si veda, ad es., risposta di Elster Srl alla richiesta di informazioni (doc. n. 35).

⁶⁵ L'operatore che ha affermato che l'accettazione della clausola sui pagamenti non è prevista a pena di esclusione, ha comunque precisato che *“non ha mai svolto con Hera negoziazioni finalizzate a pattuire di comune accordo termini di pagamento delle forniture di misuratori di gas, superiori ai termini di legge”* e che non gli sono mai state *“prospettate disponibilità a pattuire un termine di pagamento superiore al termine di legge, allo scopo di costituire parametro di valutazione delle offerte”* (cfr. doc. 34).

⁶⁶ Doc. n. 39 e allegati.

⁶⁷ Doc. n. 35 (lettera d'accompagnamento e all. 1).

*unica (Modulo di autocertificazione), in cui si dichiara di conoscere e anche di accettare le Condizioni di Contratto per la Fornitura, tra cui l'art. sui termini di pagamento stabiliti dalla Committente*⁶⁸; o, ancora, si è dato conto dell'esistenza di *“un generico obbligo di dichiarazione di accettazione dell'intero documento ‘Capitolato speciale di fornitura’ che includeva anche i termini di pagamento*⁶⁹.

Ancor più espressamente, dalla documentazione già citata, prodotta da uno dei fornitori, emerge come, a fronte della richiesta di ottenere pagamenti entro termini più ristretti rispetto ai 120 giorni decisi da Hera, ancora nel febbraio 2016, ha ottenuto la seguente risposta: *“non possiamo accettare il terzo punto (pagamento). L'eventuale non accettazione del pagamento da noi proposto sarà motivo di esclusione dalla gara*⁷⁰.

105. Dalle informazioni fornite da tali operatori emerge anche che nei medesimi anni 2013, 2014, 2015 e primo semestre 2016, Hera ha attivato le clausole contrattuali di inadempimento e/o altre forme di penalizzazione previste dai contratti, in ragione di ritardi riscontrati nelle forniture ovvero di forniture di prodotti ritenuti fallati e/o non conformi alla versione offerta in sede di gara.

In alcuni casi le penali applicate hanno raggiunto importi di notevole entità, ad esempio, compresi tra 100.000 e 150.000 euro per un ritardo di consegna di materiale nel febbraio 2015 da parte dei Meter Italia⁷¹ e tra 10.000 e 20.000 euro per una consegna da parte di Metrix dello stesso febbraio 2015, ritenuta affetta da anomalie⁷².

IX. VALUTAZIONI

IX.a. Premessa

106. L'istruttoria svolta ha consentito di accertare che a partire dal 5 marzo 2013 Hera (anche per il tramite delle società facenti capo al suo gruppo) ha posto in essere condotte che configurano una violazione reiterata e diffusa della disciplina sui termini di pagamento di cui al Decreto Legislativo 9 ottobre 2002, n. 231, come modificato dal Decreto Legislativo 9 novembre

⁶⁸ Doc. n. 33.

⁶⁹ Doc. n. 47.

⁷⁰ Doc. n. 37, all. 3.

⁷¹ Doc. n. 47.

⁷² Doc. n. 39.

2012, n. 192 (il Decreto), rilevante ai fini dell'applicazione dell'art. 9, comma 3-*bis* della legge 18 giugno 1998, n. 192.

107. Dalle evidenze agli atti emerge che, nel periodo anzidetto, Hera ha sistematicamente e in via unilaterale stabilito di corrispondere i prezzi per l'acquisto di misuratori di gas (*smart.meter* e *add on*) trascorsi 120 giorni dalla fattura fine mese emessa dal fornitore.

Le evidenze attestano altresì che tale termine è stato reiteratamente applicato da Hera nei rapporti con i suoi fornitori.

108. Ai sensi del Decreto, nella transazioni tra imprese, il termine legale è fissato a 30 giorni e termini superiori a 60 giorni devono essere pattuiti espressamente e non essere gravemente iniqui (art. 4, comma 3); nelle transazioni tra imprese e PA, le parti possono concordare un termine di pagamento superiore al termine di 30 giorni, purché in modo espresso, e fino a un massimo inderogabile di 60 giorni (art. 4, comma 4); il termine di 30 giorni è raddoppiato, divenendo automaticamente di 60 giorni senza necessità di pattuizione, per le imprese pubbliche tenute al rispetto degli obblighi di trasparenza per effetto del Decreto Legislativo. n. 333/2003 relativo alla trasparenza delle relazioni finanziarie tra gli Stati membri e le loro imprese pubbliche, nonché alla trasparenza finanziaria all'interno di talune imprese (art. 4, comma 5).

Hera rientra nella definizione di impresa pubblica di cui agli articoli 2 e 3 del citato Decreto Legislativo n. 333/2003 e, dunque, avrebbe dovuto attenersi al termine massimo di 60 giorni consentito per le imprese pubbliche *ex* art. 4, comma 5, del Decreto.

109. L'attività istruttoria ha consentito di accertare che il termine di 120 giorni applicato da Hera nel periodo considerato non è in alcun modo giustificabile ai sensi della disciplina sui ritardi dei pagamenti, che impone alle imprese pubbliche di cui all'art. 4, comma 5 del Decreto l'applicazione del termine di 60 giorni. L'indagine svolta ha inoltre fatto emergere che, anche seguendo l'interpretazione del Decreto, prospettata peraltro da Hera, per cui a tale categoria di imprese è, in linea di principio, consentito pattuire termini superiori ai 60 giorni, nel caso di specie, non si riscontrano i presupposti richiesti per aversi *pattuizione* tra le parti e, in ogni caso, i termini applicati da Hera sono risultati gravemente iniqui per il creditore alla luce dei criteri del “*grave scostamento dalla prassi commerciale in contrasto con il principio di buona fede e correttezza*”, nonché della “*natura della merce o del servizio oggetto del contratto*”.

Come si vedrà meglio nel prosieguo, nel caso di specie:

- a) la partecipazione dei fornitori a procedure di gara che prevedevano termini di pagamento di 120 giorni non può equivalere ad una forma di negoziazione rispetto a tale termine; parimenti, la mancata attivazione di azioni giudiziarie per contestare detto termine di pagamento non configura una forma di acquiescenza e, dunque, non è in alcun modo riconducibile ad un'ipotesi di pattuizione;
- b) in ogni caso, il termine di 120 giorni risulta del tutto sproporzionato rispetto alla prassi commerciale praticata dalle imprese e, dunque, di per sé gravemente iniquo;
- c) i misuratori di gas sono acquistati anche da altre imprese, concorrenti di Hera, che si attengono ai termini di legge – o, comunque, a termini largamente inferiori a 120 giorni -, e la stessa Hera non ha mai evidenziato nelle comunicazioni con i fornitori e le loro associazioni di categoria che il termine applicato fosse da ricondurre alla specifica natura dei prodotti oggetto di fornitura.

110. Hera non ha ritenuto di modificare i termini di pagamento praticati all'indomani dell'entrata in vigore della rinnovata disciplina neanche a seguito di specifiche richieste dei propri fornitori e delle loro associazioni rappresentative.

L'impresa si è determinata a modificare i propri termini di pagamento solo nella fase conclusiva della presente istruttoria, allorché ha presentato, il 16 settembre 2016, gli impegni, poi rigettati dall'Autorità, dando contestualmente conto dell'intenzione di darvi immediata e spontanea attuazione. In particolare, Hera si è impegnata a prevedere termini di pagamento pari a 60 giorni dal ricevimento della fattura sia nelle procedure di gara future che per le procedure di gara in corso, per le quali non sia già scaduto il termine di presentazione delle offerte, di approvvigionamento di misuratori per il gas, nonché di tutti gli altri beni funzionali allo svolgimento delle attività di gestione dei servizi pubblici.

Tuttavia, Hera si è altresì riservata la facoltà di prevedere che i soggetti che partecipano alle procedure da essa bandita potranno scegliere di aderire ad un termine di pagamento più esteso, pari a 90 o 120 giorni, così garantendosi fino ad un massimo del 5% del punteggio massimo totale attribuibile all'offerta. L'attribuzione di un sub-punteggio, nell'ambito dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per termini di pagamento differiti rispetto alla disciplina legale, viene considerata una previsione non legittima dalla giurisprudenza e dall'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC).

Pertanto, tenuto conto che le comunicazioni del 21 settembre 2016 fatte

pervenire da Hera ed Anima attestano che, rispetto ad una procedura in corso per l'acquisizione di misuratori per il gas classe G10, Hera ha predisposto un modulo tramite cui i partecipanti alla procedura possono optare per un termine di pagamento più esteso di quello di 60 giorni, secondo le modalità e le condizioni descritte, l'infrazione non può considerarsi cessata⁷³.

111. Le infrazioni riscontrate non possono essere attenuate dalla circostanza che la dilazione dei termini di pagamento costituirebbe una sorta di contropartita per le inadeguatezze delle forniture lamentate da Hera.

La disciplina in materia di termini di pagamento, infatti, mira a realizzare un contesto giuridico che garantisca la celerità e puntualità dei pagamenti, introducendo termini certi cui è possibile derogare solo nel rispetto di limiti chiaramente individuati; tale disciplina non contempla l'ipotesi di dilazione dei pagamenti quale forma di reintegrazione per possibili inadempienze contrattuali.

In ogni caso, è da osservare che, come visto nella parte in fatto, Hera si avvale di svariati altri mezzi per far valere gli eventuali inadempimenti dei propri fornitori⁷⁴.

112. A fronte del descritto quadro normativo e della copiosità delle evidenze raccolte, Hera respinge le contestazioni rivoltegli, argomentando, in primo luogo, sull'esistenza di presunti vizi procedurali che minerebbero, a suo dire, la tenuta del procedimento e, in secondo luogo, offrendo ricostruzioni della disciplina applicabile e dei presupposti per la sua attuazione del tutto incompatibili con il dettato delle disposizioni rilevanti, con la giurisprudenza formatasi al riguardo e con la documentazione prodotta dalla stessa Hera.

113. L'impresa, peraltro, al fine di legittimare il proprio operato, è ricorsa nel tempo ad argomentazioni diverse, spesso in contraddizione tra loro, finanche con il medesimo interlocutore (i fornitori e l'Autorità nel corso del presente procedimento).

IX.b. Presunte lesioni del diritto di difesa e del principio di parità di trattamento

114. Quanto alle regole che disciplinano il presente procedimento, si osserva, in primo luogo, che - come chiaramente desumibile dal provvedimento di

⁷³ Cfr. doc. nn. 61 e 62.

⁷⁴ A differenza di quanto sostenuto in prima battuta da Hera, infatti, l'impresa utilizza, sistematicamente, sia strumenti intesi a dissuadere possibili inadempienze (il sistema delle Check list di controllo e dei relativi punteggi legati alle verifiche di "Non conformità" delle forniture), sia strumenti contrattuali di concreto ristoro del danno subito (applicazioni di penali, in alcuni casi d'importo anche molto consistente).

avvio del 9 marzo 2016 e dalle interlocuzioni intervenute con gli Uffici - le norme sulla scorta delle quali si è svolta la presente di istruttoria sono quelle di cui all'articolo 14 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, e le regole procedurali di cui al D.P.R. n. 217/1998, come, peraltro, espressamente richiamate nella CRI. Nel corso del procedimento, Hera si è avvalsa e ha beneficiato di tutte le prerogative di difesa previste dalle citate norme; l'impresa, infatti, ha esercitato più volte il diritto di accesso agli atti, si è vista accogliere l'istanza di audizione con gli uffici, ha depositato memorie difensive, è stata destinataria della CRI, ha chiesto ed ottenuto l'audizione finale dinanzi al Collegio.

115. Nel provvedimento di avvio, inoltre, sono stati puntualmente indicati il termine di chiusura del procedimento, il termine entro il quale esercitare il diritto di essere sentiti e le modalità attraverso le quali esercitare il diritto di accesso agli atti⁷⁵.

Inoltre, il provvedimento di avvio ha indicato in maniera chiara i fatti che avrebbero formato oggetto di accertamento e, in particolare, le procedure di affidamento bandite da Hera che sarebbero state prese in considerazione⁷⁶.

116. Quanto prospettato nel provvedimento di avvio è stato nuovamente ribadito nel corso dell'audizione con gli uffici istruttori del 1° giugno 2016, nel cui ambito è stato chiarito che l'istruttoria sarebbe stata condotta sulla scorta delle regole e dei poteri istruttori conferiti all'Autorità dall'art. 14 della legge n. 287/90. Nel medesimo incontro, è stato altresì evidenziato che la Parte avrebbe potuto presentare impegni, facoltà di cui in effetti la stessa si è avvalsa (impegni, poi, rigettati dall'Autorità, in ragione dell'interesse a proseguire l'istruttoria, nonché della loro inidoneità).

117. In relazione alla doglianza relativa ad una presunta violazione del diritto di accesso ai documenti rilevanti del procedimento, è da osservare che, per stessa ammissione di Hera, gli accessi agli atti hanno sempre avuto luogo entro il termine di 30 giorni (come previsto dall'art. 13 del D.P.R. n.

⁷⁵ Si aggiunga che, contrariamente a quanto affermato da Hera, il provvedimento di avvio riferisce in maniera chiara i fatti che avrebbero formato oggetto di accertamento. In particolare, nel provvedimento si dà conto che, *“in base alla documentazione agli atti, risulta che HERA, perlomeno a partire dal 21 novembre 2013, ha in più occasioni predisposto documentazione relativa a procedure di gara per la fornitura di servizi e prodotti funzionali all'attività di distribuzione del gas, in cui, nella sezione dedicata ai pagamenti, compare la previsione secondo cui i termini per i pagamenti “sono fissati a 120 giorni dalla fattura fine mese”.*

⁷⁶ Nel provvedimento si dà infatti conto che, *“in base alla documentazione agli atti, risulta che HERA, perlomeno a partire dal 21 novembre 2013, ha in più occasioni predisposto documentazione relativa a procedure di gara per la fornitura di servizi e prodotti funzionali all'attività di distribuzione del gas, in cui, nella sezione dedicata ai pagamenti, compare la previsione secondo cui i termini per i pagamenti “sono fissati a 120 giorni dalla fattura fine mese”.*

217/98)⁷⁷.

118. Quanto alla completezza del contenuto della CRI, la stessa tiene conto di tutti gli elementi acquisiti agli atti del procedimento alla data in cui il Collegio ne ha deliberato la non manifesta infondatezza (14 settembre 2016). Essa non contempla gli impegni di Hera in quanto è stata adottata prima loro della presentazione (16 settembre 2016), secondo una tempistica quanto più possibile coerente con il termine di conclusione dell'istruttoria.

Il fatto che, contestualmente all'adozione della CRI, si sia reso necessario prorogare di un mese il procedimento è da ricondurre alla circostanza che le informazioni richieste ad Hera il 24 giugno 2016 – e che sarebbero dovute pervenire entro i successivi 20 giorni - sono state fornite a più riprese, per il tramite di ben 4 comunicazioni (l'ultima datata 9 settembre 2016), trasmesse solo a seguito di sollecitazioni degli uffici di integrazione e di specificazione, finalizzate ad ottenere un set informativo completo.

In ragione della necessità di valutare tutte le informazioni provenienti da Hera, anche quelle fornite tardivamente, non è stato possibile adottare la CRI prima del 14 settembre 2016. Ciò ha determinato l'incompatibilità del termine di conclusione del procedimento (inizialmente fissato al 31 ottobre 2016) con la garanzia alla parte del pieno esercizio del contraddittorio e, in particolare, l'audizione dinanzi al Collegio. Per tale motivo, l'Autorità, tenuto conto delle modalità e della tempistica con cui Hera ha fornito riscontro alle informazioni richieste e considerata la necessità di valutare tutti gli elementi così acquisiti agli atti, ha deliberato la proroga di 30 giorni del termine di conclusione del procedimento.

Pertanto, non sono condivisibili le conseguenze che Hera fa discendere dal richiamo al riferimento a «*la necessità di valutare ed elaborare compiutamente*» gli elementi informativi di cui al provvedimento di proroga⁷⁸, attesa la completezza della CRI, che tiene conto di tutte le informazioni contenute nella documentazione trasmessa da Hera, comprese quelle fornite da ultimo con le comunicazioni del 2 e del 9 settembre 2016.

119. Con riferimento alle modalità di acquisizione di informazioni presso i fornitori di Hera, gli uffici si sono rivolti all'associazione ACISM anche al fine di individuare con il suo ausilio quali tra le imprese ad essa aderenti sono attive nella fornitura di misuratori di gas.

Sul punto, si osserva, in primo luogo, che la direttiva 2011/7 attribuisce un

⁷⁷ In particolare, Hera ha visionato e acquisito copia degli atti del procedimento nelle date 15 aprile, 17 giugno e 10 ottobre 2016. Peraltro, già in occasione del secondo accesso agli atti, per tutti i documenti al fascicolo era stato sciolto il differimento della valutazione del regime di riservatezza.

⁷⁸ Cfr. doc. 78.

ruolo specifico alle associazioni di categoria allorché prevede che le stesse sono chiamate a contribuire all'obiettivo di *“lottare contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, al fine di garantire il corretto funzionamento del mercato interno, favorendo in tal modo la competitività delle imprese e in particolare delle PMIP”* (art. 1)

È così emerso che ad ACISM aderiscono 6 dei 9 fornitori di Hera. Detti fornitori, in ogni caso, hanno risposto autonomamente ai quesiti loro indirizzati per il tramite di ACISM e, ciò che più rileva, la veridicità e l'attendibilità delle informazioni e delle evidenze documentali da essi fornite non sono state nel merito messe in discussione da Hera. Ne consegue che il preteso coordinamento delle risposte dei fornitori da parte dell'associazione costituisce una mera congettura, non supportata dai fatti.

120. Infine, in merito alla scelta dell'Autorità di attivare i propri poteri istruttori in materia di ritardi nei pagamenti nei confronti di Hera, e non anche di altre imprese, si osserva che il caso in esame è stato avviato su impulso di parte e che, sebbene Anima avesse rappresentato possibili violazioni della normativa rilevante anche da parte di altre imprese, le evidenze fornite da tale associazione aventi ad oggetto condotte di Hera consentivano di presumere, già *prima facie*, la natura reiterata e diffusa dell'infrazione. Inoltre, da tali evidenze emergeva altresì che, anche a fronte di precipue richieste delle associazioni rappresentative dei fornitori di misuratori di gas di attenersi ai termini di legge, Hera aveva manifestato la ferma indisponibilità a rispettare il dettato normativo⁷⁹.

121. Tanto basta ad escludere che nel caso di specie possa configurarsi una disparità di trattamento, non riscontrandosi il presupposto dell'uguaglianza delle situazioni di fatto che si assume esser state ingiustificatamente trattate in maniera diversa.

In ogni caso, vale ricordare come non possa assumere alcun rilievo giuridico l'interesse a contestare un trattamento in ipotesi ingiustificatamente più favorevole riservato ad altri soggetti, nel caso in cui la lesione dell'interesse sostanziale del soggetto che vanta tale pretesa è del tutto indipendente dalla soddisfazione dell'interesse sostanziale di altri soggetti⁸⁰.

⁷⁹ *“Riteniamo che la clausola [...] non sia né iniqua né incoerente con il D.Lgs. n. 192/2012 [...] essa comunque contempla un termine significativamente inferiore a quelli riscontrabili nella prassi esistente in materia di pagamenti da parte di soggetti pubblici ed in ogni caso in linea con la prassi esistente in materia di pagamenti tra imprese commerciali (fonti: Centro Studi Confindustria). Del resto, dobbiamo dare atto che ad un'impresa pubblica come Hera S.p.A. si applica il raddoppio dei termini [...]»* (doc. 1).

⁸⁰ Cons. St., sez. VI, 20 marzo 2001, n.1671/2001; 17 gennaio 2008, n. 102; 27 giugno 2014, n. 3252.

IX.c. Presupposti per l'intervento dell'Autorità

122. L'art. 9, comma 3-*bis* della legge n. 192/1998, nell'ultimo periodo prevede che in caso di violazione reiterata e diffusa della disciplina sui ritardi di pagamento *“l'abuso si configura a prescindere dall'accertamento della dipendenza economica”*.

Dalla stessa lettera della norma, dunque, discende che, nell'esercizio di questa competenza, l'Autorità non è tenuta a dimostrare l'esistenza di una situazione di dipendenza economica.

123. In altri termini, diversamente da quanto sostenuto da Hera, la norma citata non contiene una presunzione relativa di sussistenza della situazione di dipendenza economica, rispetto alla quale le parti possono fornire elementi di prova contrari volti a dimostrarne l'insussistenza.

Invero, la norma ha introdotto una fattispecie legislativamente tipizzata di abuso di dipendenza economica che si configura nei casi in cui uno o più creditori subiscano violazioni reiterate e diffuse della disciplina sui termini di pagamento; la verifica dell'infrazione in esame, in altri termini si compie con l'accertamento della sussistenza di una condotta (reitera e diffusa) contraria alle norme poste a tutela della correttezza nei pagamenti.

124. La *ratio* sottesa a tale previsione normativa si rinviene nella volontà di inquadrare il soggetto che sopporta il ritardo nel pagamento della prestazione debitoria come parte contrattuale debole *ex se*, allorché subisce reiteratamente ritardi nei pagamenti che gli spettano. Il che appare pienamente coerente con lo spirito delle direttive europee intervenute in materia che, come visto, si pongono l'obiettivo di fornire strumenti di tutela avverso *“l'abuso della libertà contrattuale a danno del creditore”*⁸¹ e, a tal fine, hanno dettato *“norme imperative dirette a riequilibrare la posizione di disuguaglianza tra le parti, prevenendo un'alterazione del sinallagma contrattuale”*⁸².

125. Al fine di assicurare ai creditori un rimedio giuridico di agevole applicazione avverso i reiterati e diffusi ritardi nei pagamenti, il legislatore ha, dunque, inteso tipizzare a livello normativo il requisito della dipendenza economica nei casi in cui si accerti la diffusa e reiterata violazione della disciplina dei termini di pagamento.

126. A fronte di un contesto in cui l'abuso sussiste *“a prescindere”* dalla prova della dipendenza economica di un'impresa nei confronti dei propri

⁸¹ Secondo il Consiglio di Stato, peraltro, già con la direttiva comunitaria del 2000, si era inteso introdurre *“una disciplina di riequilibrio delle diverse posizioni di forza”* (Cons. St., 2 febbraio 2010, sez. IV, n. 469).

⁸² ANAC, Determinazione n. 4 del 7 luglio 2010 *“Disciplina dei pagamenti nei contratti pubblici di forniture e servizi”*.

partner commerciali, aggravare l'onere probatorio dell'Autorità, chiedendo una verifica rigorosa dell'impatto di detto abuso sul mercato, risulterebbe in contrasto con lo spirito della norma.

Ne consegue, pertanto, che la rilevanza per la concorrenza e il mercato dei ritardi dei pagamenti è da ricondurre al concetto di "violazione reiterata e diffusa" (e non isolata) che l'Autorità è chiamata ad accertare. Ciò, sul presupposto che un singolo ritardo nei pagamenti, mentre può assumere rilievo nell'ambito della tutela privatistica della relazione commerciale cui afferisce, non si presta ad aver alcun impatto ai fini del corretto dispiegarsi delle dinamiche concorrenziali nei due livelli della filiera in cui operano le parti della transazione.

Dunque, il *public enforcement* della disciplina in esame da parte dell'Autorità concorre alla realizzazione di un contesto di corretto confronto competitivo tra imprese, cui indiscutibilmente contribuisce anche la puntualità nei pagamenti, come, da ultimo, confermato nella citata indagine sui ritardi di pagamento condotta dall'istituto *Intrum Justitia*.

127. Nel caso di specie, ai fini dell'apprezzamento della natura reiterata e diffusa della violazione, rileva che, secondo quanto riferito dalla stessa Hera, dal marzo 2013 al 16 settembre 2016 le società del Gruppo hanno indetto circa 40 procedure cui hanno corrisposto 81 ordini.

Il valore di tali ordini si è aggirato, nel periodo in esame tra i 10 e i 50 milioni di euro, raggiungendo nei primi 6 mesi del 2016, valori assimilabili a quelli raggiunti negli interi anni 2014 e 2015⁸³.

128. In tutte le anzidette procedure, il termine di pagamento è stato pari a 120 giorni. La previsione di tale termine, compariva, a seconda dei casi, negli inviti, nei capitolati, nelle condizioni generali di contratto, negli ordini/contratti⁸⁴, il più delle volte utilizzando la seguente clausola: "*I pagamenti delle fatture sono fissati a 120 gg fine mese dalla data della fattura. Si prende espressamente atto che tale termine è significativamente inferiore al termine che si riscontra nella prassi commerciale esistente in materia di pagamenti da parte di soggetti pubblici pari ad oggi a 180 giorni*"⁸⁵.

⁸³ Cfr. doc. n. 38, all. n. 6 e doc. n. 56.

⁸⁴ Si veda, ad esempio, il "*Capitolato Speciale per la Fornitura di Contatori Integrati per la Misura del Gas Naturale*" (di seguito, "CSF") del 19 febbraio 2016, il cui art. 11 recita: "*I corrispettivi dell'appalto sono fissati a 120 gg fine mese data fattura fine mese. Si prende espressamente atto che tale termine è significativamente inferiore al termine che si riscontra nella prassi commerciale esistente in materia di pagamenti da parte di soggetti pubblici*" (doc. n. 41, documentazione relativa al 2016).

⁸⁵ Le CGCB predisposte per il gruppo Hera sono allegate alla gran parte degli inviti prodotti da Hera per il periodo 2014/2016 (cfr. doc. n. 41), si vedano tra i più recenti gli ordini aventi validità dal 1° giugno 2016 al 31 maggio 2017 e dal 1° luglio 2016 al 30 giugno 2017.

129. Anche i fornitori di misuratori di gas hanno confermato che nel periodo oggetto di istruttoria i termini di pagamento sono stati invariabilmente fissati da Hera in 120 giorni dal ricevimento della fattura.

130. Sul punto, non può trovare accoglimento l'impostazione di Hera secondo cui la rilevanza per la concorrenza sarebbe da escludersi in ragione del fatto che i fornitori di misuratori di gas sarebbero liberi di non partecipare alle gare da essa bandita (e, dunque, di rivolgersi ad acquirenti che praticano termini di pagamento inferiori).

Come detto, la disciplina in esame, nella misura in cui non richiede la prova della dipendenza economica, prescinde altresì dalla prova di "essenzialità" per il creditore della transazione viziata dalla illegittima deroga ai termini di pagamento legali.

Ma ciò che più rileva è che, nel contesto di sviluppo delle dinamiche concorrenziali perseguito dalla direttiva 7/2001, la rinuncia a partecipare ad una gara non può costituire lo strumento di difesa avverso gli abusi che la stazione appaltante fa del proprio potere di definire in via unilaterale la *lex specialis*.

131. Sempre sotto il profilo della idoneità della violazione reiterata e diffusa delle norme sui termini di pagamento ad incidere sulle dinamiche di mercato, nel caso in esame, vengono altresì in rilievo la posizione di mercato detenuta da Hera nell'attività di distribuzione del gas e il peso che per la stessa rivestono gli acquisti interessati dai ritardati pagamenti.

132. Si è visto infatti che, nel settore della distribuzione del gas, Hera è il terzo operatore che, ancorché con una quota distanziata dai primi due, si raffronta con una pluralità di concorrenti (circa 200), la maggior parte dei quali ha ridotte o ridottissime dimensioni.

Perlomeno nel raffronto con gli operatori più piccoli, è un fatto che Hera ha potuto godere di maggiore liquidità finanziaria anche per effetto delle condotte in esame, allorché si è trovata a far fronte agli impegni finanziari connessi alle attività di distribuzione del gas.

Tale considerazione non è sminuita dalle stime di Hera, secondo cui i vantaggi economici che l'impresa si sarebbe concretamente garantita per effetto delle condotte in esame sarebbero insignificanti (in quanto pari a circa 60.000 euro annui). È infatti evidente che i vantaggi economici di Hera nel settore in esame assumono rilievo non in termini assoluti e non isolatamente considerati, ma quali elementi che concorrono, unitamente a quelli realizzati in altri settori, a garantirle maggiore disponibilità finanziaria.

133. Si aggiunga, in ogni caso, che i dati forniti dalla stessa Hera mostrano

come l'attività di sostituzione dei misuratori di gas, sulla quale insistono i ritardi di pagamento oggetto della presente istruttoria, riguardi una parte dell'attività del Gruppo che può definirsi in marcata espansione e avente volumi affatto irrisori.

La percentuale di sostituzione sul parco impianti complessivo, infatti, segnala come il peso dell'attività in questione, pur essendo ancora contenuto, sia in fase di significativa crescita. Infatti, se nel 2013 solo lo 0,3% dei misuratori del gruppo Hera è stato oggetto di sostituzione, tale percentuale, divenuta del 4,0% nel 2015⁸⁶, è suscettibile di ulteriore espansione.

134. Anche con riferimento all'analisi degli investimenti effettuati dalle società del gruppo Hera⁸⁷, trova conferma la significativa crescita osservata in relazione alle forniture in questione.

Gli investimenti nell'ambito della misura, infatti, passano dal 22,6% del totale nel 2013 al 29,5% del totale nel 2015. Ancora più marcata è la crescita che si osserva in relazione allo specifico degli investimenti nei prodotti *smart.meter* e *add-on*, i quali hanno sperimentato un aumento di ben venti punti percentuali in soli due anni (dal 7,4% del 2013 al 27,1% del 2015).

Corroborano quel che precede i risultati dell'analisi relativa al raffronto tra gli investimenti e il fatturato del gruppo Hera in relazione all'attività di distribuzione di gas⁸⁸. In percentuale, infatti, gli investimenti nell'ambito della misura passano dal 4,2% (del fatturato) nel 2013 al 6,7% nel 2015; nuovamente, ancora più marcata è la crescita che si osserva in relazione allo specifico dei prodotti *smart.meter* e *add-on* oggetto di istruttoria (dall'1,4% del fatturato nel 2013 al 6,1% nel 2015).

135. Avendo, poi, riguardo al pregiudizio per la competitività delle imprese che subiscono violazioni delle norme sui termini di pagamento, si osserva che, nell'esercizio della competenza in esame, l'Autorità valuta la potenzialità di una condotta a determinare conseguenze negative sul mercato⁸⁹.

Allorché un'impresa applica, per un lungo periodo, in maniera diffusa e reiterata, termini di pagamento largamente superiori a quelli previsti dalla legge, non coglie nel segno assumerne l'irrilevanza sulla base del risultato di un calcolo matematico che vorrebbe rappresentare il valore del danno

⁸⁶ Dati forniti da Hera (doc. n. 38, all. n. 3).

⁸⁷ Dati forniti da Hera (doc. n. 38, all. n. 4).

⁸⁸ Ibid.

⁸⁹ In questa medesima linea si è espressa l'Autorità già nel provvedimento di avvio della presente istruttoria in cui si legge che “*le descritte condotte si prestano ... ad avere un impatto sulle capacità competitive delle imprese attive nella fornitura di misuratori per il gas*”.

economico in concreto cagionato ai fornitori di Hera⁹⁰. Non può, al riguardo, sottacersi che se ogni operatore economico assumesse quale parametro per valutare l'ammissibilità dei ritardi nei pagamenti il mero dato dell'incidenza delle perdite patite dai propri fornitori sugli interessi che avrebbero maturato su pagamenti che sono stati loro corrisposti in ritardo, sarebbe oltremodo agevole sminuire la portata di siffatte infrazioni. Ancora, una volta, invece, si tratta di condotte, il cui impatto potenziale deve essere valutato nel più ampio contesto dell'insieme delle attività dell'impresa che le pone in essere, nonché di quelle delle imprese che le subiscono.

136. A tale ultimo proposito, giova rilevare che lo studio di *Intrum Justitia* del 2016 ha posto in evidenza come, in Italia, anche solo considerando i dati delle grandi imprese, un'impresa su tre (33%) segnala che i ritardi di pagamento ostacolano la propria crescita e ben il 59% delle grandi imprese italiane indica come i ritardi di pagamento riducano la liquidità. Tali percentuali crescono ulteriormente con riferimento alle PMI, raggiungendo, rispettivamente, il 50% e l'81%.

Simmetricamente, nella citata Relazione Commissione UE del 26 agosto 2016 sull'attuazione della direttiva 2011/7, si legge che per ogni giorno di riduzione dei ritardi di pagamento le imprese europee risparmiano un importo stimato in 158 milioni di euro di costi di finanziamento.

137. In merito ai presupposti di intervento dell'Autorità nella materia in questione, si osserva, infine, che la disciplina di cui trattasi chiaramente si applica con particolare, e non esclusivo, riferimento alle piccole e medie imprese.

138. È quanto emerge dal dato letterale delle norme rilevati.

Lo scopo della direttiva è quello di *“lottare contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, al fine di garantire il corretto funzionamento del mercato interno”* al fine di favorire *“la competitività delle imprese e in particolare delle PMI”* (art. 1). A tale obiettivo concorre l'Autorità, nelle ipotesi di violazione diffusa e reiterata della disciplina sui termini di pagamento *“posta in essere ai danni delle imprese, con particolare riferimento a quelle piccole e medie”* (art. 9, comma 3-bis, ultimo periodo della legge n. 192/1998).

⁹⁰ Si ricorda che Hera, muovendo da un valore medio del costo del denaro pari al 3,8% su base annua, stima che per tutte le gare aggiudicate nel periodo considerato il pregiudizio complessivamente subito dai fornitori ammonterebbe a 90.000 euro e rappresenta come tale valore risulti del tutto trascurabile ove comparato al valore dei ribassi complessivamente offerti dagli stessi fornitori nelle medesime gare (pari a circa 3,1 milioni di euro).

139. Tale lettura, oltre che in dottrina⁹¹, trova conferma anche nelle indagini annuali di dell'istituto *Intrum Justitia* che muovono dal presupposto che la disciplina europea sui ritardi dei pagamenti si applichi sia alle grandi che alle piccole e medie imprese, atteso che tutte trarrebbero benefici da pagamenti puntuali: *“European businesses, large and small, view late payments as a serious threat to their overall ability to invest in growth and thus employ more staff”*, ovvero *“there is a link between corporate responsibility for shorter payment terms and a reduction in their long-term risk [...] A healthy economy creates stability and lowers costs for everyone, large or small”*⁹².

140. In ogni caso, almeno 2 delle 9 imprese da cui Hera ha acquistato prodotti funzionali alla misura del gas nel periodo oggetto di istruttoria, praticando termini di pagamento di 120 giorni, sono qualificabili come piccole imprese. Si tratta di Metrix Italia S.r.l.⁹³ e di Metersit S.r.l.

IX.d. Natura unilaterale delle clausole sui termini di pagamento

141. Le clausole contenute nei capitolati di gara, negli schemi di contratto a questi allegati, negli inviti, ecc. sono unilateralmente e autoritativamente predisposte dalle stazioni appaltanti e, dunque, non possono, per loro natura, costituire il risultato di negoziazioni tra queste ultime e i partecipanti alla gara⁹⁴.

Ne consegue altresì che, stante la predisposizione unilaterale della *lex specialis* da parte della stazione appaltante, l'atto di partecipazione alla selezione non può dar luogo ad acquiescenza alle previsioni contenute nella

⁹¹ Cfr. F. PROSPERI, Abuso di Dipendenza Economica, pag. 331, in “La Responsabilità d’Impresa”, a cura di G. Alpa e G. Conte, Giuffrè, 2015, secondo cui, nella norma da ultimo citata, il legislatore ha voluto mantenere l'impostazione già accolta nella legge 192/1998 e che la lettera della norma conferma *“la perdurante irrilevanza della dimensione dell’impresa ai fini dell’applicazione della legge, altrimenti risultando immotivata l’esigenza di assicurare particolare attenzione alle imprese piccole e medie”*.

⁹² European Payment - Report 2016.

⁹³ A causa di un refuso, nella CRI, la società Metrix Italia s.r.l. è stata erroneamente identificata con la denominazione Meter Italia s.r.l. (società, peraltro, non esistente in quanto Meter Italia è una società per azioni).

⁹⁴ *“Nella sostanza, non possono le stazioni appaltanti inserire autoritativamente nei bandi di gara clausole che prevedono il pagamento entro un termine superiore a quello fissato dall’art. 4, del d.lgs. 9 ottobre 2002 n. 231 o una misura degli interessi difforme da quella ex art. 5 dello stesso decreto, al quale è possibile derogare non per atto unilaterale ed autoritativo della stazione appaltante, ma a seguito di accordo o comunque libera accettazione delle parti interessate”* (Cons. St., sez. V, 1 aprile 2010, m n. 1885). In senso analogo: *“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”* (Cons. St., sez. IV, 2 febbraio 2010, n. 469).

documentazione di gara e, dunque, non può esser fatta valere come espressione della posizione di una parte contrattuale⁹⁵.

142. Tale impostazione è stata in più occasioni espressa anche dall'allora Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture - AVCP, secondo cui le stazioni appaltanti non possono inserire autoritativamente nei bandi di gara clausole che prevedano il pagamento entro termini superiori a quelli fissati dal Decreto Legislativo n. 231/2002, specificando altresì, inequivocabilmente, *“né la partecipazione ad una procedura di gara può mai valere come accettazione tacita di condizioni di pagamento più sfavorevoli di quelle predeterminate”*⁹⁶.

143. La stessa Autorità ha altresì affermato che *“parimenti illegittima è l'attribuzione di un punteggio, nell'ambito dell'offerta economicamente più vantaggiosa, a termini di pagamento dilatati rispetto alla disciplina legale. Per espressa previsione di legge, infatti, la deroga alle condizioni legali è ammissibile soltanto per accordo tra le parti ed a patto che le condizioni così pattuite non siano gravemente inique”*⁹⁷.

144. Nel caso di specie, la natura unilaterale e non modificabile della decisione di Hera di applicare termini di pagamento a 120 giorni è resa palese dal fatto che, a fronte di tentativi di fornitori e associazioni di categoria di indurre Hera a modificare le predette clausole, l'impresa ha sempre mostrato un atteggiamento di chiusura. Si ricorda, infatti, il riscontro fornito da Hera all'associazione segnalante (ANIMA) rappresentativa degli interessi dei fornitori, del 14 febbraio 2014, i cui termini evidenziano l'assenza di disponibilità a qualsivoglia forma di contrattazione⁹⁸.

145. Inoltre, tutti i fornitori di misuratori di gas aderenti ad ACISM (che rappresentano 6 dei 9 soggetti da cui Hera ha acquistato i misuratori nel

⁹⁵ *“La sottoscrizione di dichiarazioni di accettazione delle regole di partecipazione alla gara non implica alcuna sostanziale inoppugnabilità di clausole della “lex specialis” regolanti la procedura di gara che fossero, in ipotesi, illegittime in quanto una stazione appaltante non può mai opporre ad una concorrente un'acquiescenza alle clausole del procedimento (cfr. Consiglio di Stato sez. VI 23/12/2008 n.6523). Tale irragionevole preclusione si appaleserebbe infatti contraria all'art. 24,1° comma e 113, 1° Cost. della Costituzione”* (Cons. St., 17 febbraio 2014, sez. IV, n. 749).

⁹⁶ Cfr. Parere di precontenzioso 18 aprile 2012, n. 59. La medesima Autorità si era espressa in termini del tutto analoghi nella citata Determinazione n. 4 del 7 luglio 2010 *“Disciplina dei pagamenti nei contratti pubblici di forniture e servizi”* in cui si legge: *“Le stazioni appaltanti non possono subordinare la partecipazione alle procedure di gara o la sottoscrizione del contratto all'accettazione di termini di pagamento, di decorrenza degli interessi moratori e misura degli interessi di mora difformi da quelli previsti dal decreto legislativo 9 ottobre 2002, n. 231”*; nonché con il Parere 9 febbraio 2011, n. 28: *“La deroga ai termini di pagamento e agli interessi moratori per ritardato pagamento, fissati dalle menzionate disposizioni del predetto D.Lgs. n. 231/2002 sono, pertanto, consentite solo previo accordo liberamente sottoscritto dalle parti (cfr. Consiglio Stato, Sez. V, 12 aprile 2005, n. 1638), assente nel caso di predeterminazione unilaterale nella lex specialis non negoziabile”*.

⁹⁷ Cfr. la citata Determinazione n. 4 del 2010 e, in senso analogo, il pure il citato Parere n. 59 del 2012.

⁹⁸ Cfr. doc. n. 1.

periodo considerato) hanno affermato di non essere mai stati messi in condizione di negoziare i termini di pagamento, né in sede di presentazione dell'offerta né in sede di esecuzione del contratto. In effetti, al quesito “*Si richiede di ridurre i termini di pagamento da 120 gg. a 60 gg.*”, Hera ha sempre fermamente risposto: “*In merito ai termini di pagamento si conferma quanto prescritto all’art. 11 delle Condizioni generali di Fornitura*”⁹⁹.

146. Dalla documentazione in atti emerge altresì che Hera ha applicato il medesimo termine di 120 giorni anche ai fornitori non aderenti ad ACISM. In particolare, svariati documenti attestano che tale termine è stato previsto nei contratti/ordini conclusi con la società Metersit S.r.l. nell’ambito di clausole aventi identiche formulazioni rispetto a quelle sinora analizzate¹⁰⁰.

147. Si deve altresì aggiungere che le procedure selettive di Hera sono organizzate secondo uno schema per cui l’aspirante fornitore che non accetta il termine di pagamento di 120 giorni fissato da Hera non può prendere parte alla selezione. Si è visto, infatti, che ai fini della presentazione dell’offerta, il concorrente deve caricare sul portale *e-procurement* del Gruppo Hera due buste elettroniche (una denominata “*Documentazione amministrativa*”, l’altra “*Documentazione economica*”). In quest’ultima occorre inserire un modulo predefinito da Hera in cui il fornitore può solo indicare il prezzo offerto, mentre “*non deve valorizzare altri campi (es. oneri, giorni di consegna, ecc.)*”; l’eventuale fase di negoziazione, a seguito dell’apertura delle buste contenenti la documentazione economica, è attivata “*unicamente per il miglioramento del prezzo complessivo offerto*”¹⁰¹. Nella busta “*Documentazione amministrativa*” il concorrente deve inserire, tra l’altro, una copia firmata delle condizioni generali di contratto allegate alla lettera di invito alla procedura.

148. Al riguardo, a nulla rileva il fatto - richiamato da Hera - che il concorrente in sede di presentazione dell’offerta sia chiamato a sottoscrivere dette condizioni ovvero, successivamente, un contratto/ordine in cui è inclusa una clausola relativa al termine di pagamento.

Non solo, infatti, come anticipato, i documenti contrattuali sono unilateralmente predisposti da Hera senza alcuna possibilità di modifica da parte dei fornitori ma, diversamente da quanto asserito da Hera, dalla documentazione in atti emerge come in taluni casi la mancata accettazione dei termini di pagamento fosse espressamente considerata causa di

⁹⁹ Doc. n. 41, documentazione relativa al 2015.

¹⁰⁰ Doc. n. 41.

¹⁰¹ Si vedano i numerosi inviti alle gare contenuti nel doc. n. 41.

esclusione dalla gara¹⁰²; altre volte, la prospettazione di esclusione dalla gara è stata esplicitamente paventata in replica a richieste di fornitori intese ad ottenere termini di pagamento più ravvicinati¹⁰³.

149. In buona sostanza, l'accettazione dei termini di pagamento senza riserve ha sempre costituito condizione imprescindibile per prender parte alla selezione.

Ciò è altresì confermato dalle informazioni fatte pervenire dai fornitori. Sei dei cinque operatori interpellati sul punto, alla domanda *“se negli anni 2013, 2014, 2015 e primo semestre 2016, nell'ambito delle procedure di gara bandite da Hera, l'accettazione della clausola sui pagamenti è stata prevista a pena di esclusione dalla gara”* hanno risposto in senso affermativo, ovvero hanno riferito che, seppur non espressamente previsto, di fatto, la mancata accettazione del termine di 120 giorni avrebbe dato luogo all'esclusione dalla gara¹⁰⁴.

150. In definitiva, in tutto il periodo oggetto di istruttoria il termine applicato da Hera per l'acquisto di misuratori di gas è stato, per sua stessa ammissione, sistematicamente pari a 120 giorni e i fornitori di tali prodotti, nonostante reiterate richieste, avanzate anche per il tramite delle proprie associazioni di categoria, non si siano mai visti accordare un termine anche solo lievemente inferiore. Inoltre, la mancata accettazione del termine di 120 giorni è da considerarsi – da un punto di vista sia formale, sia sostanziale – preclusiva della stessa partecipazione alla selezione.

151. Quanto alla possibilità prospettata da Hera nel contesto degli impegni presentati in data 16 settembre 2016 di prevedere che l'accettazione di termini di pagamento superiori a quelli di legge costituisca un elemento di valutazione delle offerte nell'ambito del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, va rilevato che anche sulla scorta delle posizioni assunte sul punto dall'Anac, tale prospettazione non può ritenersi una modalità cui legittimamente ricorrere per derogare al vincolo dei 60 giorni. Ciò in quanto

¹⁰² È il caso della modulistica da compilare per la partecipazione alle gare della controllata AAA, a mente della quale *“Il documento deve essere compilato senza osservazioni, restrizioni o condizioni di sorta ... a pena di esclusione dalla procedura”*, precisando altresì che *“con la presentazione dell'offerta il concorrente implicitamente accetta, senza riserve e senza eccezioni tutte le norme e le condizioni contenute nella documentazione di gara (ivi incluso quindi l'art. 21 del disciplinare di fornitura in cui è sancito che i pagamenti “a 120 giorni data fattura fine mese”)*

¹⁰³ È il caso riferito e documentato da Dresser che, nel febbraio 2016, alla predetta richiesta si è vista rispondere *“non possiamo accettare il terzo punto (pagamento). L'eventuale non accettazione del pagamento da noi proposto sarà motivo di esclusione dalla gara”* (doc. n. 37, all. 3).

¹⁰⁴ Come visto, il solo operatore che ha affermato che l'accettazione della clausola sui pagamenti non è prevista a pena di esclusione, ha tuttavia precisato che *“non ha mai svolto con Hera negoziazioni finalizzate a pattuire di comune accordo termini di pagamento delle forniture di misuratori di gas, superiori ai termini di legge”* e che non gli sono mai state *“prospettate disponibilità a pattuire un termine di pagamento superiore al termine di legge, allo scopo di costituire parametro di valutazione delle offerte”* (cfr. doc. 34).

nelle procedure ad evidenza pubblica volte all'individuazione di una controparte contrattuale, nel rispetto dei principi di non discriminazione e di parità di trattamento, tutti gli elementi costitutivi del contratto, compresi quelli che incidono sui termini di pagamento, devono essere predeterminati e conosciuti.

IX.e. Mancata rispondenza ai parametri di equità

152. L'art. 4, comma 3 del decreto stabilisce che, nelle transazioni commerciali tra imprese, termini superiori a 60 giorni, *“purché non siano gravemente iniqui per il creditore ai sensi dell'articolo 7, devono essere pattuiti espressamente”*.

Il richiamato art. 7 prevede, al comma 2, che, ai fini della valutazione di equità dei termini (superiori a 60 giorni) pattuiti, rilevano *“tutte le circostanze del caso, tra cui il grave scostamento dalla prassi commerciale in contrasto con il principio di buona fede e correttezza, la natura della merce o del servizio oggetto del contratto, l'esistenza di motivi oggettivi per derogare ... ai termini di pagamento”*.

153. Dalla lettura combinata delle due disposizioni emerge chiaramente che la verifica delle *“circostanze del caso”* (quali, la prassi, la natura della merce o altre oggettive giustificazioni) deve essere compiuta:

- a) *solo* se i termini superiori a quelli legali sono il frutto di una pattuizione;
- b) per valutare se l'esito della pattuizione ha portato ad un termine gravemente iniquo per il creditore.

154. Nel caso in esame si è ampiamente dimostrato che, anche volendo considerare la possibilità che il Decreto consenta, in linea di principio, alle imprese di cui all'art. 4, comma 5 di pattuire termini superiori ai 60 giorni, le evidenze agli atti, anche alla luce della giurisprudenza in materia, attestano come nelle relazioni commerciali che si instaurano tra Hera e i fornitori di misuratori di gas, ad esito delle procedure bandite dalla prima, il termine sia sempre stato fissato in via unilaterale e autoritativa da Hera.

155. In ogni caso, il termine di 120 giorni risulta gravemente iniquo.

Sotto il profilo della prassi, dalla documentazione in atti emerge come altre imprese, ivi incluse quelle attive nella distribuzione del gas, hanno applicato termini di pagamento assai inferiori a quelli praticati da Hera.

Dalle stesse dichiarazioni di Hera emerge infatti che non sussiste una convergenza sul termine di 120 giorni, avendo la stessa impresa, in sede di audizione, asserito che i termini praticati dai propri concorrenti

oscillerebbero tra i 60/75, 90 e 120.

Sul punto, i rappresentanti di ANIMA e ACSIM, in sede di audizione con gli uffici, hanno asserito che *“Mentre i tre citati concorrenti di Hera [Italgas, Enelgas e A2A, indicati tra i primi operatori del mercato dalle citate associazioni] ... si sono adeguati alle norme in materia di termini di pagamento a seguito dell’entrata in vigore del Decreto Legislativo n. 192/2012, Hera continua ad applicare termini superiori a quelli previsti dalla legge imponendo l’accettazione di tali termini alle imprese che intendono partecipare alle gare da essa bandite”*.

156. Si aggiunga che il termine di 144 giorni, indicato da Hera con la memoria del 1° luglio come termine mediamente in uso non è quello praticato dalle imprese. Nello studio condotto dall’istituto *Intrum Justitia*, di cui Hera ha prodotto uno stralcio relativo ai tempi dei pagamenti praticati in Italia nel 2014, il dato di 144 giorni è il termine effettivo di pagamento praticato dalla PA, mentre, sempre nell’anno 2014, il termine di pagamento previsto da contratto nelle transazioni B2B, in cui il creditore è un’impresa (come Hera ritiene di dover essere qualificata ai fini della disciplina sui ritardi di pagamento) è stato pari a 56 giorni.

Il dato risulta esser confermato anche nell’indagine *European Payment Report 2016* di *Intrum Justitia* (citata anche nella Relazione annuale di Banca d’Italia per il 2015), da cui emerge che, nelle transazioni B2B, il termine di pagamento previsto da contratto è risultato essere in media pari a 80 giorni sia nel 2015 che 2016¹⁰⁵.

157. È, peraltro, da tenere a mente che la prassi idonea a legittimare deroghe ai termini legali è solo la “buona” prassi, cui di certo non può essere ricondotto il citato termine di 144 giorni (né tantomeno quello di 180 che Hera ha assunto quale parametro nella propria documentazione di gara). Basti ricordare, sul punto, che la direttiva 7/2011 si pone l’obiettivo di impedire il ricorso non solo a clausole contrattuali inique ma anche a prassi “gravemente inique”¹⁰⁶; l’evidente iniquità di termini così estesi non poteva essere sconosciuta ad Hera che, come visto, nei propri capitolati, nelle condizioni generali di contratto e nei contratti/ordini, nel richiamare la prassi

¹⁰⁵ “*European Payment Report 2016 – Intrum Justitia*”. Si tratta di un’indagine statistica condotta simultaneamente in 29 Paesi europei (tra cui l’Italia) tra i mesi di febbraio e aprile 2016 e basata sull’intervista a 9.440 aziende.

¹⁰⁶ Gli Stati membri sono chiamati a disporre che “una clausola contrattuale o una prassi relativa alla data o al periodo di pagamento, al tasso dell’interesse di mora o al risarcimento per i costi di recupero non possa essere fatta valere oppure dia diritto a un risarcimento del danno qualora risulti gravemente iniqua per il creditore” (art. 7, par. 1); “nell’interesse dei creditori e dei concorrenti, esistano mezzi efficaci ed idonei per impedire il continuo ricorso a clausole contrattuali e prassi gravemente inique” (art. 7, par. 4).

in materia di termini di pagamento, ha sistematicamente citato lo studio di Confindustria del marzo 2013 in cui, a proposito della prassi della PA in Italia, si registravano “*Debiti accumulati a causa dell’abnorme aumento dei tempi di pagamento della PA: 180 giorni in Italia nel 2012, solo 36 giorni in Germania*”¹⁰⁷.

La necessità di far riferimento alle sole “buone” prassi è stata successivamente esplicitata anche dal nostro legislatore che, con legge 30 ottobre 2014, n. 161, ha introdotto nel Decreto l’art. 7-bis, per effetto del quale “*Le prassi relative al termine di pagamento [...], quando risultano gravemente inique per il creditore, danno diritto al risarcimento del danno*” e che, a norma dell’art. 7, comma 2, nel dichiarare la nullità della clausola derogatoria iniqua il giudice ha riguardo, tra l’altro, al “*grave scostamento dalla prassi commerciale in contrasto con il principio di buona fede e correttezza*”.

158. Nella memoria finale del 21 ottobre 2016¹⁰⁸, Hera ha introdotto un nuovo argomento a giustificazione dei termini di pagamento da essa praticati, evidenziando che gli *smart.meters* devono essere conformi alle specifiche tecniche e ai requisiti di sicurezza prescritti da AEEGSI, e che, pertanto, assume rilevanza la fase di collaudo dei dispositivi, che avviene in occasione della loro installazione, di regola dopo circa 90 giorni dalla consegna ad Hera.

159. Sul punto, si rileva che Hera non ha mai fatto presente tale argomento alle associazioni di categoria allorché ha dato loro conto dei motivi per cui non riteneva di doversi attenere ai termini di legge, né ai fornitori che, in occasione delle procedure di gara, nell’ambito della proposizione di quesiti sulle regole di gara, hanno chiesto, senza successo, all’impresa di effettuare pagamenti a 60 giorni.

Il fatto che la natura delle merce di cui trattasi non vincoli all’adozione di termini di pagamento quali quelli praticati da Hera è, in ogni caso, confermato dalla circostanza che il principale operatore del settore (Italgas) applica, secondo quanto riferito dalla stessa Hera, per la medesima tipologia di merce termini largamente inferiori.

¹⁰⁷ “Credit crunch e recessione”, Confindustria, Centro Studi, Note dal CSC, n. 2-2013, 8 marzo 2013, cit..

¹⁰⁸ Cfr. doc. 78.

X. GRAVITÀ E DURATA DELL'INFRAZIONE

160. L'articolo 15, comma 1, della legge n. 287/90, richiamato dall'art. 9, comma 3-bis, della legge n. 192/1998, prevede che l'Autorità, nei casi di infrazioni gravi, tenuto conto della loro gravità e durata, disponga l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria, fino al dieci per cento del fatturato realizzato dall'impresa che pone in essere l'infrazione nell'ultimo esercizio chiuso anteriormente alla notificazione della diffida adottata ad esito di un procedimento istruttorio.

Ai sensi dell'art. 31 della stessa legge, in materia di sanzioni amministrative, *“si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni contenute nel capo I, sezioni I e II, della legge 24 novembre 1981, n. 689”*.

L'articolo 11 della legge n. 689/91 prescrive di fare riferimento, ai fini della determinazione della sanzione, *“alla gravità della violazione, all'opera svolta dall'agente per l'eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione, nonché alla personalità dello stesso e alle sue condizioni economiche”*.

161. La condotta di Hera, tuttora in corso, si connota come grave in ragione della sua natura e del contesto nella quale è stata posta in essere.

Quanto alla gravità, rileva, in particolare, l'entità del ritardo con cui Hera ha provveduto ad effettuare i pagamenti delle forniture di misuratori di gas che è risultato pari al doppio del termine legale che avrebbe dovuto applicare.

Inoltre, la reiterazione di tali condotte si è verificata in un contesto di modifica normativa intesa a rafforzare la tutela dei creditori avverso ingiustificati ritardi nei pagamenti, cui Hera, in maniera consapevole ed intenzionale, non ha dato seguito.

Va altresì considerata la circostanza che le condotte esaminate sono state diffusamente attuate.

162. Quanto all'opera svolta dall'agente, si osserva che le condotte sono proseguite anche a seguito di specifiche richieste delle imprese fornitrici e delle loro associazioni rappresentative di attenersi ai termini di legge.

Rispetto alla personalità dell'agente, si è visto che Hera rappresenta il terzo operatore nazionale attivo nella distribuzione del gas, ove ha realizzato un fatturato di circa 255 milioni di euro, in cui si contano circa 200 operatori, per la maggior parte di ridotte e ridottissime dimensioni.

In merito alle condizioni economiche, si rileva che, nel 2015, il Gruppo Hera ha realizzato un fatturato complessivo di 4.643 milioni di euro.

163. Tutto ciò considerato, ai fini del calcolo della sanzione, si prende a

riferimento il valore degli acquisti di misuratori di gas effettuati da Hera nel periodo interessato dall'infrazione, pari a 32.606.938,08 euro.

164. Muovendo da tale valore, sulla base di quanto precede, l'importo della sanzione è stato fissato nella percentuale del 10% del valore medesimo, pari a 3.260.693,81 euro.

Tuttavia, tenuto conto che l'Autorità, con il caso in esame, ha esercitato per la prima volta i poteri di cui all'art. 9 comma 3 *bis*, ultimo periodo, della legge 18 giugno 1998, n. 192, si ritiene congruo operare una significativa riduzione del citato importo, irrogando una sanzione pari a 800.000 euro.

DELIBERA

a) che la società Hera S.p.A., anche per il tramite delle società facenti capo al Gruppo Hera, ha posto in essere un abuso di dipendenza economica ai sensi dell'art. 9, comma 3 *bis*, della legge 18 giugno 1998, n. 192, consistente nella violazione diffusa e reiterata della disciplina di cui al Decreto Legislativo 9 ottobre 2002, n. 231, come modificato dal Decreto Legislativo 9 novembre 2012, n. 192;

b) che la società Hera S.p.A., anche per il tramite delle società facenti capo al Gruppo Hera, si astenga in futuro dal porre in essere comportamenti analoghi a quello oggetto dell'infrazione accertata al punto precedente;

c) di irrogare, alla Hera S.p.A. una sanzione amministrativa pecuniaria complessiva pari a 800.000 € (ottocentomila euro).

La sanzione amministrativa di cui alla precedente lettera c) deve essere pagata entro il termine di trenta giorni dalla notificazione del presente provvedimento, utilizzando i codici tributo indicati nell'allegato modello F24 con elementi identificativi, di cui al Decreto Legislativo n. 241/1997.

Il pagamento deve essere effettuato telematicamente con addebito sul proprio conto corrente bancario o postale, attraverso i servizi di *home-banking* e CBI messi a disposizione dalle banche o da Poste Italiane S.p.A., ovvero utilizzando i servizi telematici dell'Agenzia delle Entrate, disponibili sul sito *internet* www.agenziaentrate.gov.it.

Decorso il predetto termine, per il periodo di ritardo inferiore ad un semestre, devono essere corrisposti gli interessi di mora nella misura del tasso legale a decorrere dal giorno successivo alla scadenza del termine del pagamento e sino alla data del pagamento. In caso di ulteriore ritardo nell'adempimento, ai sensi dell'articolo 27, comma 6, della legge n. 689/81, la somma dovuta per la sanzione irrogata è maggiorata di un decimo per ogni semestre a decorrere dal giorno successivo alla scadenza del termine del pagamento e sino a quello in cui il ruolo è trasmesso al concessionario per la riscossione; in tal caso la maggiorazione assorbe gli interessi di mora maturati nel medesimo periodo.

Degli avvenuti pagamenti deve essere data immediata comunicazione all'Autorità, attraverso l'invio di copia del modello attestante il versamento effettuato.

Ai sensi dell'articolo 26 della medesima legge, le imprese che si trovano in condizioni economiche disagiate possono richiedere il pagamento rateale della sanzione.

Il presente provvedimento sarà notificato ai soggetti interessati e pubblicato nel Bollettino dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

Avverso il presente provvedimento può essere presentato ricorso al TAR del Lazio, ai sensi dell'articolo 135, comma 1, lettera b), del Codice del processo amministrativo (Decreto Legislativo 2 luglio 2010, n. 104), entro sessanta giorni dalla data di notificazione del provvedimento stesso, fatti salvi i maggiori termini di cui all'articolo 41, comma 5, del Codice del processo amministrativo, ovvero può essere proposto ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, ai sensi dell'articolo 8 del Decreto del Presidente della Repubblica 24 novembre 1971, n. 1199 entro il termine di centoventi giorni dalla data di notificazione del provvedimento stesso.

IL SEGRETARIO GENERALE

Roberto Chieppa

IL PRESIDENTE

Giovanni Pitruzzella