

Avv. Luca CAPECCHI

PATROCINANTE IN CASSAZIONE

Avv. Jacopo QUINTAVALLI

PATROCINANTE IN CASSAZIONE

Avv. Giovanni TIERI

PATROCINANTE IN CASSAZIONE

Firenze, 12 dicembre 2022

Spettabile
Azienda Usl Nord – Ovest

All'attenzione dott. Enzo Stamati

Oggetto: Azienda USL Toscana Nord Ovest – Sodexo Italia SpA (Concessione del servizio per la gestione dell'attività di Bar presso il presidio ospedaliero Versilia - Lido di Camaiore - Procedura di Riequilibrio)

La presente nota viene redatta in esecuzione dell'incarico ricevuto avente ad oggetto l'assistenza giuridico ed economico-finanziaria alla struttura dell'Azienda USL Toscana Nord Ovest nella trattativa avviata con Sodexo Italia Spa per la revisione del canone definito nel *“Contratto di Concessione del Servizio per la Gestione dell'Attività di bar presso il Presidio Ospedaliero Versilia – Lido di Camaiore – Lucca”*.

Come noto, per la parte di carattere economico finanziario è intervenuto il dott. Dario Capobianco, che sottoscrive la presente unitamente allo scrivente.

Premessa

Con Contratto di Concessione in data 28.6.2019 la Azienda USL Toscana Nord Ovest (di seguito anche solo **“Azienda USL”** o **“Concedente”**) ha affidato alla Sodexo Italia SpA (di seguito anche solo **“Sodexo”** o **“Concessionaria”**) la gestione dell'attività di bar presso il Presidio Ospedaliero Versilia – Lido di Camaiore (di seguito anche solo **“Concessione”**).

Avv. Luca CAPECCHI

PATROCINANTE IN CASSAZIONE

Avv. Jacopo QUINTAVALLI

PATROCINANTE IN CASSAZIONE

Avv. Giovanni TIERI

PATROCINANTE IN CASSAZIONE

L'avvio della trattativa con Sodexo nasce all'interno di una più ampia iniziativa dell'Azienda USL, presa di concerto con le altre Aziende della Toscana, rivolta a verificare la tenuta di tutti i canoni concessori nel periodo Covid; l'Azienda USL Toscana Nord Ovest, infatti, risulta titolare di numerose concessioni aventi ad oggetto l'affidamento a terzi di locali ubicati all'interno delle strutture sanitarie per lo svolgimento di determinate attività imprenditoriali (bar, edicole, empori, ecc...) a fronte del pagamento di un canone concessorio.

In ragione del periodo emergenziale connesso al Covid, che ha comportato importanti limitazioni di accesso alle strutture in cui dette attività venivano esercitate con inevitabili ripercussioni sul fatturato, la ASL aveva avviato con tutti i propri concessionari, compresa la Sodexo, un percorso rivolto a individuare le possibili condizioni per la revisione dei canoni.

In tale contesto, anche avvalendosi della assistenza dei sottoscritti, era stata definita una procedura standard, da utilizzarsi in via assolutamente straordinaria, che si traduceva in una momentanea riduzione del canone che i concessionari corrispondono alle ASL limitata al periodo emergenziale (di seguito definita anche solo "**Procedura Standard**", per la sostenibilità della quale si rimanda alla nota che gli scriventi hanno già rimesso alla ASL in esecuzione del primo incarico ricevuto).

La Procedura Standard si sviluppava come segue:

a) rappresentazione del canone di concessione alla stregua di una royalty sul fatturato di offerta (di seguito anche solo "**Royalty**"), da calcolarsi secondo la seguente formula:

Royalty: canone offerto in gara / fatturato proposto in gara.

b) Canone Covid 2020: $[(\text{CanOff}:12)^1 * 2] + [(\text{Royalty} * \text{Fatt Residuo } 2020)]$

dove

- CanOff: canone di offerta, da applicarsi ai primi due mesi iniziali di gennaio e febbraio 2020 in considerazione di normali condizioni di operatività;
 - Royalty: royalty di concessione;
 - Fatt Residuo 2020: fatturato residuo 2020 per il periodo marzo-dicembre;
-

Avv. Luca CAPECCHI

PATROCINANTE IN CASSAZIONE

Avv. Jacopo QUINTAVALLI

PATROCINANTE IN CASSAZIONE

Avv. Giovanni TIERI

PATROCINANTE IN CASSAZIONE

c) Canone Covid 2021: Canone 2021: Royalty * Fatt2021

dove

-Royalty: royalty di concessione;

- Fatt2021: fatturato di concessione 2021.

Per il tramite della Deliberazione del Direttore Generale di ESTAR n. 257 dell'8.6.2022, la predetta procedura è stata fatta propria da tutte le ASL della Toscana, compresa la ASL USL Nord Ovest; con la predetta delibera veniva stabilito altresì *“che la procedura di revisione dell'equilibrio economico-finanziario in situazione emergenziale COVID (la procedura di revisione standard., n.d.r.), in deroga alle condizioni ordinarie di gara, viene applicata fino al perdurare di una delle seguenti condizioni:*

- mantenimento delle restrizioni di accesso all'utenza all'interno delle strutture sanitarie delle Aziende contraenti per effetto di disposizioni delle autorità nazionali, locali e/o aziendali;

- mantenimento del fatturato al di sotto della soglia dell'80% del fatturato del periodo preemergenziale 2019”,

con l'ulteriore precisazione per cui *“al venir meno di almeno una delle due condizioni, verranno ripristinate le condizioni economiche ordinarie di gara”.*

La ASL Nord Ovest ha quindi avanzato alla Sodexo una proposta di riduzione che, prevedendo una royalty di concessione pari al 28,88% portava ai seguenti importi:

i) Canone 2020: euro 98.410,00;

ii) Canone 2021: euro 73.963,00.

Considerato che per l'anno 2020 l'Azienda aveva emesso nei confronti di Sodexo fatture a titolo di canone per un importo maggiore di quello sopra indicato, la proposta prevedeva l'emissione di una nota di credito per il 2020 di euro 33.962,00 e di fatture per il 2021 per euro 73.963,00.

Con nota del 31.3.2022 la Sodexo ha rifiutato detta proposta evidenziando che l'inserimento del canone proposto dall'Azienda USL nel PEF 2020-2021 portava ad una *“concessione ancora fortemente in perdita e che pertanto la percentuale del 28% è inidonea a riportare in equilibrio il PEF”*; la Concedente chiudeva invitando la ASL ad

Avv. Luca CAPECCHI

PATROCINANTE IN CASSAZIONE

Avv. Jacopo QUINTAVALLI

PATROCINANTE IN CASSAZIONE

Avv. Giovanni TIERI

PATROCINANTE IN CASSAZIONE

un supplemento di confronto precisando che in caso di mancato accordo la concessione si sarebbe dovuta risolvere ai sensi dell'art. 165, comma 6, d.lgs. 50/2016.

A seguito dei successivi incontri intervenuti tra le parti, la Sodexo ha avanzato alla ASL una controproposta nei termini che seguono:

- i) Canone 2020: euro 44.261,00, con una riduzione di euro 54.149,00 sul canone proposto dall'Azienda Usl;
 - ii) Canone 2021: euro 28.283,00, con una riduzione di euro 45.680,00 sul canone proposto dall'Azienda Usl
- chiedendo quindi l'emissione di ulteriori note di credito di euro 99.830,00.

L'incarico di assistenza agli scriventi è stato affidato al fine di valutare la sostenibilità della controproposta Sodexo ed eventualmente avanzare una nuova richiesta.

La presente nota si svilupperà tramite la disamina dei seguenti argomenti:

- i) emergenza epidemiologica quale causa di revisione delle concessioni;
- ii) limiti della procedura di riequilibrio della Concessione Sodexo;
- iii) trattative intercorse con Sodexo;
- iv) valutazione proposta finale avanzata da Sodexo all'esito delle trattative.

- I -

Emergenza epidemiologica quale causa di revisione delle concessioni

La concessione in oggetto, riguardando un'attività commerciale svolta in locali ubicati all'interno di un presidio ospedaliero, ha subito durante il periodo emergenziale una drastica riduzione dei ricavi dovuta:

- i) alla contrazione della domanda, quale conseguenza delle misure restrittive che hanno fortemente limitato l'accesso alle strutture ospedaliere, nonché
- ii) alla modifica del bacino di utenza che, in controtendenza rispetto alle previsioni di gara in cui prevalevano gli utenti esterni, ha visto la maggioranza di operatori sanitari, che dispongono di tariffe di accesso al servizio agevolate.

Avv. Luca CAPECCHI

PATROCINANTE IN CASSAZIONE

Avv. Jacopo QUINTAVALLI

PATROCINANTE IN CASSAZIONE

Avv. Giovanni TIERI

PATROCINANTE IN CASSAZIONE

Dai dati di fatturato trasmessi dal Concessionario – che peraltro trovano conferma anche nei fatturati comunicati da altri concessionari che operano all'interno delle strutture ospedaliere – emerge che, anche successivamente ai mesi di lockdown più stringente, i ricavi si sono mantenuti ben al di sotto dei dati pre pandemici; tale tendenza pare essere divenuta fisiologica, tanto che anche oggi, nonostante il ritorno ad una sostanziale normalità, i ricavi dei diversi Concessionari della ASL risultano sensibilmente inferiori a quelli riscontrati ante 2020.

Tale situazione porta a ritenere che gli effetti pandemici abbiano finito per incidere sulle abitudini di consumo degli utenti degli ospedali che inevitabili finiscono per incidere negativamente sulle attività produttive relativi ai servizi all'utenza svolte all'interno delle stesse strutture ospedaliere.

Sulla base di tali considerazioni, si ritiene che la revisione delle condizioni di Concessione, e per essa del canone, al fine di neutralizzare gli effetti della pandemia possa trovare sostegno:

- i) nelle norme del Codice dei Contratti Pubblici in tema di contratti di concessione;
- ii) nell'art. 1467 cod. civ., all'interno di un meccanismo che riconduca ad una condizione di equità la concessione.

I.a - Norme del Codice dei Contratti Pubblici

Rispetto alle norme del Codice dei Contratti Pubblici, si ritiene che il Covid, pandemia che per le sue dimensioni ha assunto carattere di assoluta imprevedibilità, rappresenti una tipica situazione idonea ad incidere sull'equilibrio e quindi sulla sostenibilità economico finanziaria della concessione che, ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. fff), d.lgs. 50/2016 ("Codice dei Contratti Pubblici, di seguito anche solo "**Codice**"), impone *"la contemporanea presenza delle condizioni di convenienza economica e sostenibilità finanziaria"*, dove per convenienza economica si intende la capacità del progetto di creare valore nell'arco dell'efficacia del contratto e di generare un livello di redditività

Avv. Luca CAPECCHI

PATROCINANTE IN CASSAZIONE

Avv. Jacopo QUINTAVALLI

PATROCINANTE IN CASSAZIONE

Avv. Giovanni TIERI

PATROCINANTE IN CASSAZIONE

adeguato per il capitale investito, mentre per sostenibilità finanziaria si intende la capacità del progetto di generare flussi di cassa sufficienti a garantire il rimborso del finanziamento.

Al riguardo, l'art. 165, comma 6, Codice (richiamato pedissequamente all'art. 9 del Contratto Azienda Usl – Sodexo) prevede che *“il verificarsi di fatti non riconducibili al concessionario che incidono sull'equilibrio del piano economico finanziario può comportare la sua revisione da attuare mediante la rideterminazione delle condizioni di equilibrio”*.

Condizione essenziale affinché detti fatti *“non riconducibili al concessionario”* possano legittimamente dar luogo alla revisione delle condizioni di concessione è quella per cui gli stessi non ricadano all'interno del rischio operativo che fisiologicamente il concessionario assume a proprio carico al momento della sottoscrizione del contratto di concessione.

La nozione di rischio operativo associato alle concessioni trova la propria origine nell'ambito dell'art. 5.1 della Direttiva Concessioni 2014/23 per cui *“l'aggiudicazione di una concessione di lavori o di servizi comporta il trasferimento al concessionario di un rischio operativo legato alla gestione dei lavori o dei servizi, comprendente un rischio sul lato della domanda o sull'offerta o entrambi, si considera che il concessionario assuma il rischio operativo nel caso in cui, in condizioni operative normali, non sia garantito il recupero degli investimenti effettivi o dei costi sostenuti per la gestione dei lavori o dei servizi oggetti di concessione”*.

Detta definizione è stata traslata nel nostro ordinamento con l'art. art. 3, comma 1, zz) del Codice in forza del quale il Concessionario assume *“il rischio nel caso in cui, in condizioni operative normali, per tali intendendosi l'insussistenza di eventi non prevedibili, non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei lavori o dei servizi oggetto della concessione”*; il legislatore nazionale, nel rifarsi pedissequamente all'indicazione comunitaria, si è limitato a chiarire, tramite

Avv. Luca CAPECCHI

PATROCINANTE IN CASSAZIONE

Avv. Jacopo QUINTAVALLI

PATROCINANTE IN CASSAZIONE

Avv. Giovanni TIERI

PATROCINANTE IN CASSAZIONE

la modifica da ultimo apportata con il d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56, che per condizioni operative normali debba intendersi *“l’insussistenza di eventi non prevedibili”*.

Parametrando il rischio operativo assunto dall’imprenditore concessionario alle fisiologiche oscillazioni tipiche del mercato – da intendersi quali “condizioni operative normali” -, l’obiettivo di entrambi i legislatori, comunitario e nazionale, è stato quello di scongiurare la circostanza per cui l’operatore economico si accolli il rischio per eventi effettivamente non prevedibili.

In ragione di quanto sopra, risulta di tutta evidenza come nel 2016, anno di presentazione dell’offerta per la Concessione, nessun imprenditore avrebbe potuto prefigurare, anche solo quale rischio potenziale, l’avvento di una pandemia su scala mondiale; da qui la riconducibilità del Covid 19 tra le cause di forza maggiore che, traducendosi in un evento eccezionale e imprevedibile, travalica i limiti del tipico rischio operativo legittimando la revisione delle condizioni di concessione.

Tale impostazione risulta peraltro assolutamente allineata con le Linee Guida Anac n. 9 in cui, nell’affermare il principio generale secondo il quale *“tra gli eventi non imputabili all’operatore economico che danno diritto a una revisione del PEF rientrano gli eventi di forza maggiore, tali da rendere oggettivamente impossibile o eccessivamente oneroso, in tutto o in parte, l’adempimento delle obbligazioni contrattuali”*, si precisa espressamente che tra tali eventi vi rientrano *“epidemie e contagi”*.

I.b - Sull’applicabilità dell’art. 1467 cod. civ.

L’art. 1467 cod. civ. dispone:

- che *“nei contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero ad esecuzione differita, se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto”*;
- che la parte alla quale la risoluzione è domandata può evitarla *“offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto”*.

Avv. Luca CAPECCHI

PATROCINANTE IN CASSAZIONE

Avv. Jacopo QUINTAVALLI

PATROCINANTE IN CASSAZIONE

Avv. Giovanni TIERI

PATROCINANTE IN CASSAZIONE

Rispetto alla possibilità di utilizzare detta norma quale strumento per intervenire sulle concessioni pubbliche occorre partire dal presupposto che la disciplina civilistica, ai sensi dell'art. 30 d.lgs. 50/2016, può trovare applicazione anche alla fase di esecuzione delle concessioni; detta norma, infatti, nell'individuare i principi per l'aggiudicazione e l'esecuzione di appalti e concessioni, precisa al comma 8 che *“per quanto non espressamente previsto nel presente codice [...] alla fase di esecuzione (delle concessioni, n.d.r.) si applicano le disposizioni del codice civile”*.

Tale impostazione trova riscontro nella posizione assunta dal Consiglio di Stato che, nel pronunciarsi sulla richiesta di risoluzione ex art. 1467 cod. civ. di un contratto di appalto concluso da ANAS con un suo fornitore, afferma che *“mentre nei casi normalmente considerati dall'art. 1467 cod. civ. l'avvenimento esterno al rapporto contrattuale incide sulla corrispettività delle prestazioni così come originariamente pattuite, determinando o meno la possibilità di risoluzione a seconda che esso sia o meno “straordinario e imprevedibile”, nel caso della concessione di lavori pubblici l'avvenimento esterno incide non già direttamente sulla corrispettività della prestazione della Pubblica Amministrazione, bensì sull'andamento dell'attività dalla quale il privato stesso ha stimato di trarre il corrispettivo di quanto da lui già realizzato”* (Cons. Stato 19.8.2016, n. 3653).

Il principio è rilevante ai fini della nostra fattispecie in quanto:

- da una parte conferma l'applicazione ai contratti conclusi ai sensi del Codice dei Contratti Pubblici dell'art. 1467 cod. civ.;
- dall'altra riconosce che nei contratti di concessione, in cui manca il pagamento di un corrispettivo da parte dell'amministrazione concedente, la sopravvenuta onerosità va parametrata in funzione degli effetti che l'evento straordinario e imprevedibile produce sulla attività dalla cui gestione il concessionario dovrebbe trarre il proprio corrispettivo.

Sull'utilizzo dell'art. 1467 cod. civ. per ristabilire condizioni di equità nell'ambito di contratti compromessi dall'avvento dell'emergenza epidemiologica, appare significativa

Avv. Luca CAPECCHI

PATROCINANTE IN CASSAZIONE

Avv. Jacopo QUINTAVALLI

PATROCINANTE IN CASSAZIONE

Avv. Giovanni TIERI

PATROCINANTE IN CASSAZIONE

anche la posizione assunta dalla Corte di Cassazione Relazione Tematica. n. 56 dell'8.7.2020 denominata "Novità normative sostanziali del diritto "emergenziale" anti-Covid 19 in ambito contrattuale e concorsuale".

Nella relazione si precisa che *"in tema di contratti a esecuzione continuata o periodica (c.d. contratti "di durata"), nonché di contratti a esecuzione differita può in linea di principio richiamarsi il rimedio dell'eccessiva onerosità sopravvenuta (art. 1467 c.c.), secondo cui il contratto è suscettibile d'essere risolto quando la prestazione, per il verificarsi di "avvenimenti straordinari e imprevedibili", è diventata per una delle parti "eccessivamente onerosa" avuto riguardo al rapporto di scambio consustanziale alle originarie pattuizioni intercorse"*.

L'aggravamento è *"nella maturata sproporzione tra i valori delle prestazioni, nel senso che l'una non trovi più sufficiente remunerazione in quella corrispettiva"* e la sua caratteristica di fondo è l'eccezionalità in quanto legata ad un *"evento esterno alle parti contrattuali, straordinario sul piano oggettivo, impronosticabile e inevitabile su quello soggettivo, in quanto estraneo a qualsiasi ragionevolezza previsionale, non risolvendosi esso nel quadro delle oscillazioni di valore delle prestazioni e delle normali fluttuazioni del mercato, ma travalicandole"*.

Per la Suprema Corte, le conseguenze della crisi risultano potenzialmente idonee a portare nei singoli contratti tratti di straordinarietà, imprevedibilità e inevitabilità che legittimano la parte pregiudicata ad agire in giudizio per la risoluzione del contratto squilibrato, sia per l'inusuale aumento di una o più voci di costo della prestazione da eseguire (c.d. "eccessiva onerosità diretta"), che per la speciale diminuzione di valore reale della prestazione da ricevere (c.d. "eccessiva onerosità indiretta").

Nel caso delle concessioni come quella Sodexo paiono verificarsi entrambe forme di eccessiva onerosità sopravvenuta:

- sia quella diretta, in ragione dell'incremento dei costi delle materie prime e delle utenze in genere;
- sia quella indiretta, considerata la drastica riduzione del fatturato.

Avv. Luca CAPECCHI

PATROCINANTE IN CASSAZIONE

Avv. Jacopo QUINTAVALLI

PATROCINANTE IN CASSAZIONE

Avv. Giovanni TIERI

PATROCINANTE IN CASSAZIONE

Per tutto quanto sopra, si ritiene che le gravi contrazioni di fatturato subite dai concessionari, compresa Sodexo, durante il periodo pandemico, giustifichino l'applicazione dell'art. 1467 cod. civ., con la conseguenza che, a fronte della possibilità del concessionario di risolvere il contratto in caso di mancato accordo sulla revisione della Concessione – ipotesi questa già prospettata da Sodexo nella comunicazione del 31.3.2022 -, sussiste la possibilità da parte della ASL di poter ricondurre il contratto ad equità, intervenendo sulla leva della riduzione del canone di concessione.

* * *

Per concludere, la possibilità di rivedere il canone di concessione in ragione della pandemia si ritiene che possa trovare sostegno sia nella normativa di cui all'art. 165 d.lgs. 50/2016 sia in forza dell'applicazione dell'art. 1467, comma 3, cod. civ..

- II -

Limiti della procedura di riequilibrio della concessione Sodexo

Premesso che per le ragioni sopra evidenziate sussistevano tutte le condizioni per avviare la procedura di revisione della concessione Sodexo, lo svolgimento di detta procedura è stato condizionato dalle scelte operate in fase di gara.

I documenti decisivi ai fini della gestione delle operazioni di riequilibrio delle concessioni, infatti, sono costituiti dalla matrice rischi e dal Piano Economico Finanziario di Offerta ("**PEF**"), documenti che nel caso di specie non sono stati predisposti.

La matrice rischi viene definita in funzione delle caratteristiche del servizio e al suo interno vengono allocati tra concedente e concessionari i rischi di concessione, con l'obiettivo di disciplinare termini e modalità di revisione delle condizioni economico-finanziarie poste a base del PEF e offerte in gara; detta matrice viene utilizzata:

Avv. Luca CAPECCHI

PATROCINANTE IN CASSAZIONE

Avv. Jacopo QUINTAVALLI

PATROCINANTE IN CASSAZIONE

Avv. Giovanni TIERI

PATROCINANTE IN CASSAZIONE

-
- in fase di programmazione della procedura di gara, per valutare la convenienza economico-finanziaria del ricorso alla concessione rispetto al più tradizionale strumento dell'appalto;
 - in fase di gara, quale strumento per valutare le offerte proposte;
 - in fase di esecuzione, in quanto consente di verificare il mantenimento in capo al privato dei rischi allo stesso trasferiti.

Come evidenziato da Anac con le Linee Guida n. 9, tale documento assume una funzione centrale al momento della revisione della concessione, in quanto consente all'amministrazione concedente di verificare che le modifiche introdotte *"lascino inalterata l'allocazione dei rischi così come definita nei documenti contrattuali [...] e che permanga, quindi, in capo all'operatore economico il rischio legato alla gestione dei lavori e dei servizi"*.

Per quanto concerne, invece, il PEF lo stesso riporta al suo interno gli indicatori sulla base dei quali viene individuato l'equilibrio della concessione; tali indicatori sono costituiti:

- i) dagli indicatori della capacità del progetto/investimento di generare ricchezza, quali il Tasso Interno di Rendimento (TIR) di Progetto, che indica, in termini percentuali, il tasso di rendimento dei flussi di cassa associati al Progetto, così come individuato nel PEF e il Valore Attuale Netto (VAN o NPV) di Progetto, che indica, in termini monetari, il valore creato o disperso dal progetto nell'arco del periodo del contratto di PPP;
- ii) dagli indicatori di riferimento per la redditività dell'operatore economico, quali il VAN dell'azionista che rappresenta, in termini monetari, il valore creato o disperso dall'investimento effettuato dagli azionisti nell'arco del periodo del contratto di PPP e il TIR dell'azionista, che indica, in termini percentuali, il tasso di rendimento dei flussi di cassa associati agli azionisti, così come individuato nel PEF;
- ii) gli indicatori della sostenibilità finanziaria del progetto, quali il DSCR (Debt Service Cover Ratio), che rappresenta il rapporto tra l'importo del flusso di cassa disponibile in un determinato periodo e il servizio del debito - per capitale e interessi - per il medesimo periodo; il LLCR (Loan Life Cover Ratio) che indica, con riferimento a ciascuna data di calcolo, il rapporto tra il valore attuale netto del flusso di cassa

Avv. Luca CAPECCHI

PATROCINANTE IN CASSAZIONE

Avv. Jacopo QUINTAVALLI

PATROCINANTE IN CASSAZIONE

Avv. Giovanni TIERI

PATROCINANTE IN CASSAZIONE

disponibile per il periodo intercorrente tra la data di calcolo e la data finale di rimborso del finanziamento, applicando un tasso di sconto pari al tasso di interesse di tale finanziamento, e la somma degli importi erogati e non rimborsati del finanziamento alla stessa data di calcolo.

Il principio fondante di un'operazione di riequilibrio è quello per cui gli indicatori del PEF di offerta mantengano tendenzialmente i loro valori iniziali, con la precisazione per cui

- la revisione non può essere parziale e deve riguardare tutti gli scostamenti dai valori indicati dell'equilibrio economico e finanziario;
- gli eventuali scostamenti rientranti nei rischi allocati alla parte privata sono riequilibrati con oneri e/o compensazioni a carico della stessa.

Dalla disamina della documentazione fornitaci rispetto alla Concessione Sodexo:

- i) non risulta a gara una matrice dei rischi;
- ii) manca tra i documenti di gara un PEF di partenza predisposto dalla Azienda USL;
- iii) le proposte economiche si traducono di fatto in una offerta in aumento sul canone di concessione ed il PEF presentato dal concessionario in fase di offerta contiene soltanto l'indicazione del TIR (58,05%), senza ulteriori indicatori di equilibrio.

Tali carenze (assenza matrice rischi e degli indicatori di equilibrio, ad eccezione del TIR) non hanno permesso di impostare una ordinaria procedura di riequilibrio, imponendo di individuare i canoni dovuti per il periodo Covid mediante criteri alternativi, concretizzatasi nella definizione della Procedura Standard di cui in premessa.

- III -

Sulle trattative intercorse con Sodexo

Come evidenziato in premessa, preso atto che la situazione pandemica legittimava la revisione delle condizioni di concessione, l'Azienda Usl ha avanzato alla Sodexo, sulla

Avv. Luca CAPECCHI

PATROCINANTE IN CASSAZIONE

Avv. Jacopo QUINTAVALLI

PATROCINANTE IN CASSAZIONE

Avv. Giovanni TIERI

PATROCINANTE IN CASSAZIONE

base della Procedura Standard, una proposta di riduzione dei canoni di concessione che portava ai seguenti importi:

- i) Canone 2020: euro 98.410,00;
- ii) Canone 2021: euro 73.963,00.

La prima controproposta della Sodexo era così strutturata:

- i) Canone 2020: euro 44.261,00, con una riduzione di euro 54.149,00 sul canone proposto dall'Azienda Usl;
 - ii) Canone 2021: euro 28.283,00, con una riduzione di euro 45.680,00 sul canone proposto dall'Azienda Usl;
- chiedendo quindi l'emissione di ulteriori note di credito di euro 99.830,00.

Detta controproposta è stata poi rivista all'avvio del confronto, con mail di Sodexo del 29.7.2022, nei termini che seguono:

- i) Canone 2020: euro 50.152,00, con una riduzione di euro 48.258,00 sul canone proposto dall'Azienda Usl;
 - ii) Canone 2021: euro 28.283,00, con una riduzione di euro 45.680,00 sul canone proposto dall'Azienda Usl;
- chiedendo quindi l'emissione di ulteriori note di credito di euro 93.939,00.

Dall'analisi del PEF in riequilibrio allegato a questa seconda controproposta risultava:

- i) che l'obiettivo di Sodexo era quello di conseguire un risultato netto di gestione che non si discostasse eccessivamente da quello del PEF di offerta; nella proposta Sodexo per il 2020, periodo marzo-dicembre, detto valore, indicato in offerta in +1,5% del fatturato, era pari a -1,5%, per poi salire al 2%, conforme a quella di offerta, per il 2021;
- ii) che nella voce "Altri costi di servizio" (rispettivamente euro 28.832,00 per il 2020 ed euro 22.824,00 per il 2021) era stato inserito un importo maggiore rispetto a quello indicato nel PEF di offerta (euro 10.642,00).

Come rappresenteremo nel prosieguo, nel corso delle trattative, sono state avanzate a Sodexo puntuali eccezioni rispetto alla sovrastima del fatturato e alla sottostima dei

Avv. Luca CAPECCHI

PATROCINANTE IN CASSAZIONE

Avv. Jacopo QUINTAVALLI

PATROCINANTE IN CASSAZIONE

Avv. Giovanni TIERI

PATROCINANTE IN CASSAZIONE

costi in fase di offerta, due elementi che, in combinato disposto tra loro, comportavano un incremento del risultato netto di gestione di cui Sodexo, come evidenziato, pretendeva il mantenimento in termini percentuali anche in fase di riequilibrio; preso atto di tali eccezioni, il Concessionario ha rivisto la propria controproposta.

III.a - Sovrastima del fatturato di offerta

Nella interlocuzione con il Concessionario è stato evidenziato che nei primi due mesi del 2020 il fatturato ammontava ad euro 125.000 che, proiettato sull'anno, avrebbe portato ad euro 750.000, inferiore rispetto all'offerta, in cui era stato stimato un fatturato di euro 816.000,00 e 825.000,00 rispettivamente per il secondo anno e terzo anno di gestione (2020 e 2021); di tutta evidenza come detta sovrastima, nell'ordine del 9%, ha finito a sua volta per determinare un aumento del risultato netto di gestione del PEF di offerta, che, come detto, Sodexo avrebbe voluto mantenere nelle medesime percentuali anche in fase di riequilibrio.

A fronte di tale considerazione, la difesa del Concessionario è stata quella per cui il fatturato non sarebbe stato sovrastimato in quanto *“la pandemia aveva già manifestato i propri effetti di decrescita dal dicembre 2019”*.

Abbiano contestato nettamente detta posizione evidenziando come la stessa:

- i) non trovasse alcun riscontro fattuale, nel senso che nei primi due mesi del 2020 non erano state adottate misure di limitazione di accesso alle strutture ospedaliere;
- ii) risultasse contraddetta dai dati di fatturato 2019, tenuto conto che il fatturato medio del 2019 (luglio – dicembre) pari ad euro 57.500,00 (=euro 344.881,00 fatturato 2019/6 mesi), portava ad una proiezione annuale porta ad euro 690.000,00, dato che confermava la oggettiva sovrastima del fatturato di offerta che nel primo anno era stimato in euro 808.000.

III.b - Sottostima dei costi

Avv. Luca CAPECCHI

PATROCINANTE IN CASSAZIONE

Avv. Jacopo QUINTAVALLI

PATROCINANTE IN CASSAZIONE

Avv. Giovanni TIERI

PATROCINANTE IN CASSAZIONE

Come evidenziato, nel PEF in riequilibrio gli “Altri Costi di Servizio” sono stati indicati in euro 28.832,00 per il 2020 e in euro 22.824,00 per il 2021, dati da cui emerge una evidente sottostima in fase di offerta.

Dalla lettura del PEF di offerta e della relazione tecnica presentata da Sodexo emergeva come la voce “Altri costi” per Euro 40.901,00 fosse legata ad un costo per le utenze pari a Euro 30.259,00 per anno e altri costi per servizi (manutenzioni ordinarie, straordinarie, spese generali, oneri sicurezza, etc.), tutti a carattere fisso, per Euro 10.642,00.

La posizione sostenuta dalla Azienda USL in fase di confronto è stata quella per cui gli “Altri Costi di Servizio” - al netto delle utenze su cui torneremo nel prosieguo -, sottostimati dal concessionario in sede di offerta, dovevano essere riportati in fase di riequilibrio nella stessa misura indicata nel PEF di offerta, trattandosi di costi fissi che, in assenza di diverse indicazioni da parte di Sodexo, dovevano ritenersi neutri rispetto alla situazione pandemica.

In merito alle utenze, dai dati di consuntivo, si ricava che le stesse erano state sovrastimate in sede di offerta (valore di stima euro 30.259,00) come del resto emerge nella relazione tecnica di Sodexo in gara, in cui viene fatto riferimento ad un costo di energia elettrica in gara sicuramente riducibile grazie agli interventi previsti sulla gestione del servizio; a conferma di ciò nel PEF in riequilibrio di Sodexo le utenze 2020 sono euro 16.227,00 e quelle 2021 euro 11.150,00.

Nonostante la richiesta di Sodexo avanzata in sede di trattativa di inserire in fase di riequilibrio il valore delle utenze di offerta e non quello effettivo, la posizione dell'Azienda è stata quella per cui il costo delle utenze da riportare nel PEF ai fini del riequilibrio era quello effettivo e non quello di offerta.

III.c – Sulla proposta finale del Concessionario

Avv. Luca CAPECCHI

PATROCINANTE IN CASSAZIONE

Avv. Jacopo QUINTAVALLI

PATROCINANTE IN CASSAZIONE

Avv. Giovanni TIERI

PATROCINANTE IN CASSAZIONE

I rilievi avanzati a Sodexo in fase di trattativa comportavano una modifica del PEF in riequilibrio prevedendo:

- i) un aumento del fatturato effettivo, nella misura del 9%, in modo da recuperare le previsioni di fatturato di offerta;
- ii) una riduzione degli "Altri costi Servizio" all'importo di offerta pari ad euro 10.642,00;
- iii) il mantenimento dei costi delle utenze nell'importo di consuntivo.

Recependo dette modifiche nel PEF in riequilibrio, l'importo dei canoni di concessione per gli anni 2020 e 2021 si sarebbe potuto attestare fino ai seguenti valori massimi:

- Canone 2020: euro 79.820,00;
- Canone 2021: euro 64.900,00.

A fronte di tale rappresentazione, il Concessionario ha avanzato, con mail del 18.11.2022, una proposta finale di riequilibrio in cui prevede:

i) Canoni di concessione 2020 e 2021

- Canone 2020: euro 74.281,56, con una riduzione di euro 24.128,50 sul canone iniziale proposto dall'Azienda Usl;
- Canone 2021: euro 51.123,00, con una riduzione di euro 22.840,00 sul canone iniziale proposto dall'Azienda Usl

riducendo l'importo delle note di credito richieste ad euro 46.968,50, inferiore del 53% rispetto alla prima proposta (in cui le maggiori note di credito richieste ammontavano ad euro 99.830,00) e del 50% rispetto alla seconda proposta (in cui le maggiori note di credito richieste ammontavano ad euro 93.939,00);

ii) trasformazione del canone di concessione da fisso a variabile, applicando la royalty del 28,88% ottenuta dalla Procedura Standard per tutta la durata residua della concessione;

iii) impegno reciproco a rivedere, entro gennaio 2023, le condizioni di concessione per l'anno 2022 e seguenti.

Avv. Luca CAPECCHI

PATROCINANTE IN CASSAZIONE

Avv. Jacopo QUINTAVALLI

PATROCINANTE IN CASSAZIONE

Avv. Giovanni TIERI

PATROCINANTE IN CASSAZIONE

- IV -

Elementi a supporto della valutazione della proposta finale di Sodexo

Con la presente nota si intende fornire all'Azienda Usl degli elementi per poter valutare la proposta finale avanzata da Sodexo, sensibilmente migliore rispetto a quella iniziale, tanto da prevedere un incremento complessivo dei canoni nell'ordine di euro 55.000,00 circa.

IV.a - Canoni proposti

Preliminarmente si rileva che la riduzione dei canoni proposti rispetto a quelli calcolati sulla base della Procedura Standard, è stata motivata dal Concessionario sul presupposto che la Royalty non teneva conto che alcuni costi operativi, nel periodo pandemico, avevano avuto una riduzione percentuale inferiore a quella del fatturato e che, comunque, avevano avuto un maggiore effetto negativo sulla redditività della concessione rispetto a quanto previsto originariamente nell'offerta presentata di gara.

A sostegno di tale osservazione è opportuno evidenziare che:

- nel corso del 2020 e del 2021 risulterebbe che Sodexo abbia svolto in continuità la propria attività di servizio bar pur in presenza di disposizioni regolamentari, nazionali e regionali, che hanno limitato l'accesso nelle strutture sanitarie di utenti esterni determinando, di fatto, una significativa riduzione, se non azzeramento in alcuni periodi, del bacino di utenza proprio dell'attività di bar diretta in prevalenza ai visitatori esterni delle strutture sanitarie;
- il servizio bar, in considerazione di quanto osservato al punto precedente, nel corso del periodo pandemico si è trovato così rivolto al solo personale interno delle aziende sanitarie rispetto al quale Sodexo è obbligata contrattualmente all'applicazione di prezzi scontati rispetto al listino base applicabile agli utenti esterni;

Avv. Luca CAPECCHI

PATROCINANTE IN CASSAZIONE

Avv. Jacopo QUINTAVALLI

PATROCINANTE IN CASSAZIONE

Avv. Giovanni TIERI

PATROCINANTE IN CASSAZIONE

- Sodexo ha presentato a corredo della propria offerta economica un documento “Piano Economico-Finanziario” costituito dal solo Conto Economico previsionale da cui desumere la redditività annuale attesa nel periodo in esame.

Ferme le predette considerazioni di Sodexo, si rileva che con i canoni oggi proposti controparte ha rinunciato a preservare la medesima redditività prevista in offerta; infatti, avendo introdotto in fase di trattativa argomenti che hanno consentito di neutralizzare le criticità di offerta connesse alla sovrastima del fatturato e alla sottostima dei costi - due fattori che in combinato disposto determinavano un incremento arbitrario degli indici di redditività di offerta -, di fatto si è evitato che con la revisione venissero recuperate pedissequamente elementi di inefficienza dell’offerta.

Fermo quanto sopra, un profilo dirimente nella valutazione della proposta Sodexo sui canoni è riservato alle conseguenze connesse alla mancata conclusione di un accordo.

Sia l’art. 165, comma 6, d.lgs. 50/2016 che l’art. 1467 cod. civ. riconoscono a Sodexo, in caso di mancato accordo sulla la revisione della concessione, la facoltà di risolvere il contratto o comunque di recedere dallo stesso; nello specifico:

- i) art. 165, comma 6: *“in caso di mancato accordo sul riequilibrio del piano economico finanziario, le parti possono recedere dal contratto”*;
- ii) art. 1467 cod. civ.: le parte che deve effettuare la prestazione divenuta eccessivamente onerosa (nel nostro caso Sodexo) *“può domandare la risoluzione del contratto”*.

In linea con dette previsioni, nello schema di contratto redatto da MEF e ANAC con la “Guida alle Pubbliche Amministrazioni per la redazione di un contratto di concessione per la progettazione, costruzione e gestione di opere pubbliche in partenariato pubblico privato” - approvato da ANAC il 22.12.2020 e dal Ragioniere Generale dello Stato il 5.1.2021 -, si prevede espressamente, all’art. 32, comma 5, che in caso di mancato accordo sul riequilibrio *“le parti possono recedere dal contratto ai sensi dell’art. 42; in tal caso, al Concessionario sono rimborsati gli importi di cui all’art. 42, comma 2 (nel nostro caso gli ammortamenti previsti dal PEF di offerta, n.d.r)”*.

Avv. Luca CAPECCHI

PATROCINANTE IN CASSAZIONE

Avv. Jacopo QUINTAVALLI

PATROCINANTE IN CASSAZIONE

Avv. Giovanni TIERI

PATROCINANTE IN CASSAZIONE

Peraltro, Sodexo, già con la comunicazione in data 31.3.2022 in cui rigettava la prima proposta dell'Azienda derivante dall'applicazione della Procedura Standard, dichiarava che laddove non si fosse trovato un accordo avrebbe chiesto la risoluzione della concessione.

In ragione di quanto sopra, si rileva che in caso di risoluzione:

i) Sodexo avrebbe il diritto di interrompere la propria attività, con conseguente compromissione della continuità del servizio, e richiedere le quote di ammortamento previste nel PEF per gli esercizi residui fino al termine della concessione (euro 12.715/anno);

ii) verrebbero intaccati interessi che vanno oltre il rapporto concedente-concessionario finendo per impattare sulla sfera soggettiva degli utenti finali che hanno un evidente interesse sia alla continuità del servizio che alla qualità dello stesso.

In sostanza il rischio concreto del mancato accordo è quello della immediata interruzione del servizio che potrebbe essere ripreso all'interno del presidio solo all'esito dell'aggiudicazione a valle di una nuova procedura ad evidenza pubblica, con tempi di certo non brevi.

IV.b - Sulla applicabilità alla Concessione Sodexo del canone variabile

La Sodexo chiede inoltre che il canone si trasformato da fisso a variabile, con l'applicazione della Royalty del 28,88% derivante dalla Procedura Standard di cui in premessa.

Si rileva che detto passaggio da canone fisso a variabile risulta espressamente previsto dalla delibera del Direttore Generale ESTAR n. 257 dell'8.6.2022, già fatta propria dall'Azienda per le concessioni diverse da quella Sodexo.

Avv. Luca CAPECCHI

PATROCINANTE IN CASSAZIONE

Avv. Jacopo QUINTAVALLI

PATROCINANTE IN CASSAZIONE

Avv. Giovanni TIERI

PATROCINANTE IN CASSAZIONE

Proprio rispetto a detta determina rilevo che potrebbe dar luogo ad una qualche incertezza in fase di applicazione.

Ciò detto provvedimento, infatti, si afferma che il canone variabile ottenuto dalla Procedura Standard si applicata fino

“al perdurare di una delle seguenti condizioni:

- mantenimento delle restrizioni di accesso [...];

- mantenimento del fatturato al di sotto della soglia dell'80% del fatturato del periodo per emergenziale 2019

Al venir meno di una delle due condizioni, verranno ripristinate le condizioni economiche di gara”.

Non mi pare chiaro, pertanto, che cosa succede se una sola delle due condizioni viene meno; prima si dice che *“al perdurare di una”* soltanto delle due condizioni si applica, in deroga alle regole di gara, il canone variabile, salvo poi precisare che *“al venir meno di almeno una delle condizioni”*, si torna al canone fisso di gara.

Solo come spunto di riflessione, non sapendo peraltro se dette condizioni sono state rappresentate ai diversi concessionari, sarebbe da valutare con Estar un chiarimento alla delibera, anche attraverso un atto di indirizzo rivolto a fornire la corretta interpretazione del testo, in modo da evitare fraintendimenti con i concessionari.

Iv.c - Sulla revisione delle condizioni di Concessione entro gennaio 2023

Nella propria proposta, Sodexo fa riferimento alla assunzione di un impegno per *“rivedere entro gennaio 2023 le condizioni economiche complessive relative agli anni 2022 e seguenti”*.

Rispetto a tale impegno, ritengo che la questione possa esser superata proponendo a Sodexo l'applicazione della disciplina prevista per gli altri concessionari ai sensi della predetta determina del Direttore Generale di Estar n. 257 dell'8.6.2002.

Studio Legale
LUCA CAPECCHI E ASSOCIATI
Associazione Professionale

Avv. Luca CAPECCHI

PATROCINANTE IN CASSAZIONE

Avv. Jacopo QUINTAVALLI

PATROCINANTE IN CASSAZIONE

Avv. Giovanni TIERI

PATROCINANTE IN CASSAZIONE

* * *

Nel rimanere a disposizione per eventuali chiarimenti, si porgono cordiali saluti

(Avv. Jacopo Quintavalli)

(Dott. Dario Capobianco)