

Tribunale Amministrativo Regionale
per la Toscana

Cod. Fisc. 80045610484

CAP. 50122 Firenze, li **data protocollo**
Via Ricasoli n. 40 - Tel. (055) 26.73.01 fax (055) 293382
PEC: tarfi-segrprotocolloamm@ga-cert.it

Spett.le
ITALIAN VENDING GROUP S.R.L.
Viale della Repubblica, 141
59100 – Prato
Pec: italianvendinggroup@legalmail.it

Oggetto: Servizio di installazione e gestione di un distributore automatico per bevande calde e di uno di acqua imbottigliata presso il T.A.R. per la Toscana (CIG Z6E2DD9447) – Istanza rimodulazione canone di gestione anni 2021-2022- 2023

In relazione all'oggetto, si premette quanto segue:

con nota prot. n. 120/2022 la ditta Italian Vending Group S.r.l. faceva istanza di avvio del procedimento di un contraddittorio volto alla revisione del canone concessorio ai sensi dell'art. 165 comma 6 D.Lgs. 50/2016;

con nota prot. n. 354/2022 l'ufficio chiedeva al fornitore di trasmettere dichiarazione sostitutiva di certificazione ai sensi del d.P.R. n. 445/2000 attestante, sotto propria responsabilità da parte del legale rappresentante della ditta in caso di dichiarazioni false o mendaci, che, ai sensi dell'art. 28-bis del D.L. 34/2020, “i relativi dati trasmessi all'Agenzia delle Entrate ai sensi dell'articolo 2, comma 2, del decreto legislativo 5 agosto 2015, n. 127, e dei relativi decreti, disposizioni e provvedimenti attuativi”, in relazione ai due distributori installati presso il T.A.R. Toscana, mostrano un calo del fatturato superiore al 33%, indicando la diminuzione per ogni singolo mese interessato dall'emergenza epidemiologica da COVID-19 e il parametro di riferimento rispetto al quale riscontrare il predetto calo del fatturato; stante la necessità di acquisire autocertificazione ad hoc ai sensi del D.P.R. 445/2000 che attesti la sussistenza degli elementi (misura del calo del fatturato in relazione ai singoli mesi interessati dall'emergenza Covid) come previsto dal citato art. 28-bis – ai fini della valutazione della sussistenza dell'*an* e del *quantum*;

con nota prot. n. 410 del 2.03.2022 la Italian Vending Group S.r.l. faceva pervenire a questo Ufficio nota riportante “dati economici finanziari” del servizio per l'anno 2021, con cui evidenziava un calo del fatturato del 45% assumendo come parametro di riferimento – in mancanza di altri parametri, trattandosi del primo anno di contratto – la stima dei ricavi ragionevolmente generabili dalla gestione del servizio per il tramite della “utenza media giornaliera”, sulla base del numero dei dipendenti indicati nel capitolato speciale in fase di affidamento;

con nota prot. 1649 del 1.12.2023 la Italian Vending Group S.r.l. faceva pervenire a questo Ufficio ulteriore nota riportante “dati economici finanziari” del servizio per l'intero triennio di

contratto, chiedendo rimodulazione del canone per tutte le annualità 2021, 2022 e 2023 ai sensi dell'art. 28-bis del D.L. 34/2020 e dell'art. 165 comma 6 D.Lgs. 50/2016, evidenziando:

- per l'anno 2021 una perdita media del 45% ed una proposta di riequilibrio del 50%;
- per l'anno 2022 una perdita media del 51% ed una proposta di riequilibrio del 55%;
- per l'anno 2023 una perdita media del 47% ed una proposta di riequilibrio del 50%;

con nota prot. 1651 del 1.12.2023 la scrivente amministrazione trasmetteva le allegate tabelle all'ufficio territorialmente competente dell'Agenzia delle Entrate ai fini della verifica ex art. 2, comma 2 del D.Lgs. n. 127 del 05/08/2015 ("trasmissione telematica delle operazioni IVA e di controllo delle cessioni di beni effettuate attraverso distributori automatici, in attuazione dell'art. 9, comma 1, lettere d) e g) della legge 11 marzo 2014, n. 23);

con nota acquisita al prot. 156 del 29.01.2024 l'Agenzia delle Entrate riscontrava, previa ulteriore interlocuzione documentale con l'amministrazione, la predetta richiesta allegando le tabelle risultanti dagli invii telematici effettuati dal fornitore in relazione ai due distributori in parola.

Rimodulazione canone periodo emergenziale (Gennaio 2021 – Marzo 2022)

Ciò premesso, la questione della riduzione degli incassi dei soggetti operanti nel settore della distribuzione automatica dovuta all'emergenza Covid-19 è stata oggetto di specifica disciplina da parte della legislazione emergenziale in quanto il D.L. 19/05/2020, n. 34 ha previsto una disposizione ad hoc in materia, ossia l'art. 28-bis rubricato "disposizioni in materia di concessioni per il servizio di ristoro tramite distributori automatici", il quale dispone che "In caso di contratti di appalto e di concessione che prevedono la corresponsione di un canone a favore dell'appaltante o del concedente e che hanno come oggetto il servizio di somministrazione di alimenti e bevande mediante distributori automatici presso gli istituti scolastici di ogni ordine e grado, le università e gli uffici e le amministrazioni pubblici, qualora i relativi dati trasmessi all'Agenzia delle Entrate ai sensi dell'articolo 2, comma 2, del decreto legislativo 5 agosto 2015, n. 127, e dei relativi decreti, disposizioni e provvedimenti attuativi, mostrino un calo del fatturato conseguito dal concessionario per i singoli mesi interessati dall'emergenza epidemiologica da COVID-19 superiore al 33 per cento, le amministrazioni concedenti attivano la procedura di revisione del piano economico finanziario prevista dall'articolo 165, comma 6, del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, al fine di rideterminare, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica e per il solo periodo interessato dalla citata emergenza, le condizioni di equilibrio economico delle singole concessioni".

Alla luce di siffatta normativa, come sopra anticipato, la ditta ha evidenziato un calo del fatturato del 45% nell'anno 2021, assumendo come parametro di riferimento – in mancanza di altri parametri, trattandosi del primo anno di contratto – la stima dei ricavi ragionevolmente generabili dalla gestione del servizio per il tramite della "utenza media giornaliera", indicata nel capitolato speciale in fase di affidamento, di circa 20/24 bevande calde al giorno, computando in particolare 21 unità di personale, oltre occasionali accessi di utenza esterna.

Il parametro utilizzato dall'Italian Vending Group S.r.l., in mancanza, come si è detto di altri parametri di riferimento, può ritenersi congruo e ragionevole, avuto riguardo anche all'applicazione dei criteri di buona fede e correttezza nell'esecuzione del contratto anche in capo alla p.a., atteso che la situazione emergenziale è perdurata per tutto il primo anno di contratto fino al 31.03.2022 (data in cui è cessato lo stato di emergenza con D.L. n. 24 del 24.3.2022) e che il citato art. 28-bis D.L. 4/22 discorre di calo del fatturato superiore al 33% *tout court* senza indicare specifici e tipizzati parametri di riferimento.

Pertanto, dall'istruttoria può ragionevolmente concludersi come il calo del fatturato conseguito dalla Italian Vending Group S.r.l. nel periodo interessato dall'emergenza epidemiologica

da COVID-19 (che ricomprende tutto l'anno 2021 e fino al mese di marzo 2022) risulti essere superiore – alla luce del parametro ragionevolmente adottato – al 33 per cento, ai fini dell'applicazione della disciplina di cui all'art. 28-bis D.L. 34/20, potendosi dunque accogliere la richiesta del fornitore di rimodulazione del canone nel periodo emergenziale, anche alla stregua di analoghe determinazioni di altre pp.aa. al riguardo.

In ordine al *quantum* della rimodulazione, premesso che i dati indicati dal fornitore risultano veridici in quanto coincidenti – salvo scostamento di pochi centesimi di euro in relazione al distributore di bevande calde per il primo trimestre 2021 – con quelli risultanti dai prospetti trasmessi a questa amministrazione dal competente ufficio dell'Agenzia delle Entrate (nota prot. 156 del 29.01.2024), l'operatore ha messo in luce, computando il criterio dell'utenza media-giornaliera, un calo del fatturato del 45% per l'anno 2021 e del 53% per i primi tre mesi dell'anno 2022, pertanto si ritiene di accordare una riduzione del canone di gestione in proporzione nelle rispettive misure del 45% del contributo per il periodo da gennaio a dicembre 2021 e del 53% per il periodo dal gennaio a marzo 2022, computando in quest'ultimo caso la percentuale applicata sul canone rivalutata ISTAT per l'anno 2022.

Rimodulazione canone periodo non emergenziale (Aprile 2022 – Dicembre 2023)

Considerato che la situazione emergenziale è perdurata, come evidenziato, fino al 31.03.2022, data in cui è cessato lo stato di emergenza con D.L. n. 24 del 24.3.2022 e che il citato art. 28-bis D.L. 4/22 ha introdotto una disciplina di favore per i contratti in parola limitatamente ai singoli mesi interessati dall'emergenza, per la richiesta di revisione per i mesi successivi trova applicazione la disciplina generale, applicabile *ratione temporis* alla procedura contrattuale in parola, di cui all'art. 165, comma 6 D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, che ai fini della revisione richiede il verificarsi di fatti non riconducibili al concessionario incidenti sull'equilibrio economico-finanziario del contratto.

Ciò che distingue i rapporti contrattuali in parola è l'assunzione, da parte del concessionario, del rischio di domanda, cosicché mentre l'appalto ha struttura bifasica tra appaltante ed appaltatore ed il compenso di quest'ultimo grava interamente sull'appaltante, nella concessione, connotata da una dimensione triadica, il concessionario ha rapporti negoziali diretti con l'utenza finale, dalla cui richiesta di servizi trae la propria remunerazione.

Tuttavia, come evidenziato, anche recentemente dalla giurisprudenza (Cons. Stato 22-03-2021, n. 2426), essendo insito nel meccanismo causale della concessione che la fluttuazione della domanda del servizio costituisce un rischio traslato in capo al concessionario, affinché possa farsi luogo a una revisione dei profili economici concordati con il concedente è necessaria la comprovata ricorrenza di eventi eccezionali e straordinari, oggettivamente esterni ed estranei al funzionamento del mercato di settore, non essendo invece sufficienti all'uopo mere fluttuazioni della domanda, dato fisiologico di ogni mercato, che l'operatore economico non può non considerare come aspetto caratterizzante, intrinseco ed ineliminabile del contesto in cui opera.

Tale giurisprudenza è in linea con Linee Guida n. 9 dell'ANAC (applicabili *ratione temporis* al caso di specie), che indicano tra gli eventi non imputabili all'operatore economico che danno diritto a una revisione del PEF gli eventi di forza maggiore tali da rendere oggettivamente impossibile o eccessivamente oneroso, in tutto o in parte, l'adempimento delle obbligazioni contrattuali", tra le quali, a titolo esemplificativo: scioperi o manifestazioni di protesta; guerre o atti di ostilità; esplosioni, radiazioni e contaminazioni chimiche; fenomeni naturali avversi di particolare gravità ed eccezionalità; epidemie e contagi; indisponibilità eccezionale di alimentazione elettrica, gas o acqua per cause non imputabili; impossibilità eccezionale, imprevedibile e imprevedibile, per fatto del terzo, di accedere a materie prime e/o servizi necessari alla realizzazione dell'intervento.

Ciò premesso, Italian Vending adduce, quali circostanze che hanno influito sul preteso calo del fatturato nei periodi successivi all'emergenza Covid-19, il periodo post-emergenziale, la lenta ripresa delle udienze in presenza, i provvedimenti volti ad incentivare il lavoro a distanza e in generale le ripercussioni sociali dovute all'evento pandemico trascorso.

Le suddette circostanze, nemmeno supportate da alcun elemento probatorio da parte della società affidataria, non appaiono integrare anche alla luce di quanto sopra evidenziato la fattispecie di cui all'art. 165 precitato e gli elementi e presupposti ivi previsti.

D'altronde, il più volte citato art. 28-bis D.L. 34/20 fa espresso riferimento ai fini della revisione ai "singoli mesi interessati dall'emergenza epidemiologica da COVID-19" e "senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica e per il solo periodo interessato dalla citata emergenza" e non è pertanto applicabile al periodo non emergenziale.

Tenuto conto di tutto quanto sopra esposto, gli elementi invocati dal fornitore ai fini della revisione del canone anche per il periodo post-emergenziale (in particolare, i provvedimenti volti ad incentivare il lavoro a distanza e in generale le ripercussioni sociali dovute all'evento pandemico trascorso) oltre a costituire al momento dell'offerta (datata 28.09.2020) fatti non imprevedibili alla luce di quel contesto economico-sociale, rientrano in ogni caso nel rischio di impresa che il fornitore si è assunto con la stipula del contratto, tali da non potersi ritenere, per come esposti e in assenza di supporto probatorio, incidenti sull'equilibrio economico-finanziario del contratto, sì che la misura del contributo per il periodo successivo all'emergenza Covid-19 resta quella pattuita in sede di stipula, avuto riguardo anche alla necessità di rispettare il criterio della *par condicio* tra gli offerenti e al rispetto dei criteri di affidamento in ordine alla procedura di scelta del contraente.

Considerato che la stima massima dei consumi energetici a carico dell'amministrazione risulta pari a € 500,00 e che quindi l'amministrazione non sopporta comunque oneri nel caso di specie;

Tenuta doverosamente in considerazione la complessiva esecuzione del contratto nel totale arco temporale di riferimento di 36 mesi;

Per questi motivi si accoglie la domanda del Fornitore per l'anno 2021; si accoglie la domanda del Fornitore per i primi tre mesi dell'anno 2022; si respinge la domanda per l'anno 2023;

Si ridetermina come segue nel dettaglio l'importo del canone complessivo del triennio di contratto originariamente previsto in € 3.600 (oltre rivalutazione ISTAT dal secondo anno):

- importo canone annuo 2021: € 1.200,00 con decurtazione del 45%, in relazione ai 12 mesi interessati dall'emergenza, in accoglimento della richiesta del fornitore = € 660,00;

- importo canone annuo 2022 con rivalutazione ISTAT (€ 1.200 rivalutati su apposita tabella di calcolo disponibile sulla piattaforma ISTAT): € 1.316,40, dai quali vengono decurtati € 174,42, ossia il 53% dell'ammontare del primo trimestre (gennaio-marzo interessati dall'emergenza € 329,10), per un importo complessivo dovuto dal fornitore per l'intero anno 2022 di € 1.141,98;

- importo canone annuo 2023 con rivalutazione ISTAT (sull'importo già rivalutato nell'anno 2022 di € 1.316,40 con aggiunta rivalutazione su apposita tabella di calcolo disponibile sulla piattaforma ISTAT): € 1.322,98 dovuti dal fornitore.

Quindi, dalla somma dei predetti importi risulta il canone rideterminato per l'intero triennio di contratto 2021-2023 per l'importo complessivo di € **3.124,96**, che dovrà essere corrisposto dalla Società Italian Vending Group S.r.l. all'amministrazione secondo le modalità e i termini che saranno comunicati dallo scrivente ufficio.

La presente sarà pubblicata ai sensi di legge a cura del RUP entro il 10.03.2024.

Il R.U.P. e Funzionario Istruttore
(dr. Nicola Mazzarelli)

Il Segretario Generale
(dr.ssa Maria Teresa Greci)