

L'attività di emissione di buoni pasto consiste nell'attività finalizzata a rendere per il tramite di esercizi convenzionati il servizio sostitutivo di mensa aziendale

Servizi Sostitutivi di mensa: essendo intervenuta la decisione numero 4968 del 26 settembre 2007 emessa dal Consiglio di Stato a parziale riforma della sentenza del T.A.R. del Lazio, Sez. I, 26 gennaio 2007, n. 572 <Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quarta, disattesa ogni diversa istanza, eccezione o deduzione, riunisce gli appelli indicati in epigrafe, li accoglie in parte e, in parziale riforma della decisione di primo grado, respinge il ricorso di primo grado limitatamente all'impugnativa degli artt. 3, commi 1 (in parte qua) e 3, e 8, comma 2, del d.P.C.M. 18 novembre 2005, conferma, per il resto, la sentenza appellata e compensa tra tutte le parti le spese di entrambi i gradi di giudizio> come proposto dal parere 3262 del 17 settembre 2007 del Supremo Giudice Amministrativo sulla bozza di regolamento, le norme di cui all'articolo 294 devono essere rivedute.

Per completezza dell'argomento vengono riportati:

L'articolo 294 della bozza di regolamento

La relazione dell'ufficio legislativo del Ministero delle infrastrutture

Il parere del Consiglio di Stato numero 3262 del 17 settembre 2007

La decisione numero 4968 del 26 settembre 2007 del Consiglio di Stato

La sentenza del T.A.R. del Lazio, Sez. I, 26 gennaio 2007, n. 572

Il testo del Decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 18 novembre 2005 _Affidamento e gestione dei servizi sostitutivi di mensa

A cura di Sonia LAzzini

Il testo dell'articolo 294 della bozza di regolamento:

< Art. 294

Servizi sostitutivi di mensa

(d.P.C.M. 18 novembre 2005)

1. L'attività di emissione di buoni pasto, consistente nell'attività finalizzata a rendere per il tramite di esercizi convenzionati il servizio sostitutivo di mensa aziendale, è svolta esclusivamente da società di capitali che hanno come oggetto sociale l'esercizio dell'attività finalizzata a rendere il servizio sostitutivo di mensa, a mezzo di buoni pasto e di altri titoli di legittimazione rappresentativi di servizi.
2. Le imprese attive nel settore dell'emissione di buoni pasto aventi sede in altri Paesi dell'Unione europea possono esercitare l'attività di cui al comma 1 se a ciò autorizzate in base alle norme del Paese di appartenenza.
3. Il servizio sostitutivo di mensa reso a mezzo dei buoni pasto è erogato, fermo restando il possesso dell'autorizzazione sanitaria di cui all'articolo 2 della legge 30 aprile 1962, n. 283 nel caso di preparazione o manipolazione dei prodotti di gastronomia all'interno dell'esercizio, dagli esercizi che svolgono le seguenti attività:
 - a) le somministrazioni di alimenti e bevande effettuate dagli esercizi di somministrazione di cui alla legge 25 agosto 1991, n. 287, ed alle eventuali leggi regionali in materia di commercio, nonché da mense aziendali ed interaziendali;
 - b) le cessioni di prodotti di gastronomia pronti per il consumo immediato, effettuate, oltre che dagli stessi esercizi di somministrazione, mense aziendali ed interaziendali, da rosticcerie e gastronomie artigianali i cui titolari siano iscritti all'albo di cui all'articolo 5, primo comma, della legge 8 agosto 1985, n. 443, nonché dagli esercizi di vendita di cui al decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 114, ed alle

eventuali leggi regionali in materia di commercio, legittimati a vendere i prodotti appartenenti al settore merceologico alimentare.

4. I buoni pasto:

- a) consentono all'utilizzatore di ricevere un servizio sostitutivo di mensa di importo pari al valore facciale del buono pasto;
- b) costituiscono il documento che consente all'esercizio convenzionato di provare l'avvenuta prestazione nei confronti delle società di emissione;
- c) sono utilizzati, durante la giornata lavorativa anche se domenicale o festiva, esclusivamente dai prestatori di lavoro subordinato, a tempo pieno e parziale, anche qualora l'orario di lavoro non prevede una pausa per il pasto, nonché dai soggetti che hanno instaurato con il cliente un rapporto di collaborazione anche non subordinato;
- d) non sono cedibili, commercializzabili, cumulabili o convertibili in denaro;
- e) sono utilizzabili esclusivamente per l'intero valore facciale.

5. I buoni pasto riportano:

- a) il codice fiscale o la ragione sociale del datore di lavoro;
- b) la ragione sociale e il codice fiscale della società di emissione;
- c) il valore facciale espresso in valuta corrente;
- d) il termine temporale di utilizzo;
- e) uno spazio riservato alla apposizione della data di utilizzo, della firma dell'utilizzatore e del timbro dell'esercizio convenzionato presso il quale il buono pasto viene utilizzato;
- f) la dicitura «Il buono pasto non è cumulabile, né cedibile né commerciabile, né convertibile in denaro; può essere utilizzato solo se datato e sottoscritto dall'utilizzatore».

6. Le società di emissione sono tenute ad adottare idonee misure antifalsificazione e di tracciabilità del buono pasto.

7. Le procedure di scelta del contraente aventi ad oggetto l'affidamento dei servizi sostitutivi di mensa sono aggiudicate di preferenza ai sensi dell'articolo 83 del codice ovvero, ai sensi dell'articolo 82, del codice; in tal caso, le stazioni appaltanti specificano le motivazioni di tale scelta.

8. Ai fini del possesso della rete di esercizi attraverso cui si espleta il servizio sostitutivo di mensa eventualmente richiesto come criterio di partecipazione o di aggiudicazione è sufficiente l'assunzione, da parte del concorrente, dell'impegno all'attivazione della rete stessa entro un congruo termine dal momento dell'aggiudicazione fissato in sede di bando. La mancata attivazione della rete richiesta entro il termine indicato comporta la revoca dell'aggiudicazione.

9. Gli accordi stipulati tra le società di emissione di buoni pasto e i titolari degli esercizi convenzionabili di cui al precedente comma 3 contengono:

- a) l'indicazione del termine di pagamento da parte della società di emissione dei buoni pasto utilizzati presso gli esercizi convenzionati;
- b) la durata del contratto, le condizioni anche economiche, ed il termine del preavviso per l'eventuale rinegoziazione o la disdetta;
- c) le clausole di utilizzabilità del buono pasto, relative alle condizioni di validità ed ai limiti di utilizzo, nonché ai termini di scadenza, specificati in modo espresso ed uniforme;
- d) l'indicazione dello sconto incondizionato e di eventuali altri corrispettivi riconosciuti alle società di emissione;
- e) l'indicazione del termine, non inferiore a sei mesi dalla data di scadenza del buono pasto, entro il quale l'esercizio convenzionato potrà validamente richiedere il pagamento delle prestazioni effettuate.

10. Le stazioni appaltanti che acquistano i buoni pasto, le società di emissione e gli esercizi convenzionati assicurano, ciascuno nell'esercizio della rispettiva attività contrattuale e delle obbligazioni di propria pertinenza, la utilizzabilità del buono pasto per l'intero valore facciale.

11. Il valore facciale del buono pasto è comprensivo dell'imposta sul valore aggiunto prevista per le somministrazioni al pubblico di alimenti e bevande. Le variazioni dell'imposta sul valore aggiunto lasciano inalterato il contenuto economico dei contratti già stipulati.

Tratto dalla relazione dell'Ufficio Legislativo del Ministero delle Infrastrutture

< Articolo 294

L'articolo attua la delega di cui all'articolo 83, comma 5 del codice nella parte in cui rimanda al regolamento la fissazione delle metodologie relative alla ponderazione e all'attribuzione del punteggio per l'affidamento dei servizi sostitutivi di mensa, tenendo conto di quanto stabilito dal d.P.C.M. 18 novembre 2005 e considerato l'articolo 256, comma 1 del codice che ha abrogato parzialmente la norma delega del detto d.P.C.M. (articolo 14 vices ter, comma 1, lettera c) del d.l. n. 115/2005, convertito nella legge n. 168/2005), limitatamente al riferimento ai "criteri per l'aggiudicazione delle gare secondo l'offerta economicamente più vantaggiosa".

Dalla soppressione del detto criterio direttivo concernente l'individuazione dei criteri di aggiudicazione e, dunque, dalla chiara volontà del legislatore di non disciplinare il punto in modo difforme rispetto al quadro normativo generale, valevole per le procedure di affidamento dei servizi – secondo quanto pure chiarito dal T.A.R. del Lazio, Sez. I, 26 gennaio 2007, n. 572 – è derivato il riferimento all'utilizzabilità di entrambi i criteri di aggiudicazione, seppure accompagnato dall'opportuna specificazione che, nel caso di ricorso al criterio del prezzo più basso, la stazione appaltante specifica le motivazioni della scelta effettuata.

Per il resto, l'articolo riproduce, riadattandolo, il contenuto del d.P.C.M. citato, tenendo conto di quanto chiarito dal T.A.R. Lazio nella citata sentenza.

Tratto dal Parere del Consiglio di Stato numero 3262 del 17 settembre 2007

Art. 294 – Servizi sostitutivi di mensa

Viene riprodotto il contenuto del d.P.C.M. 18 novembre 2005, epurato delle norme annullate dalla sentenza del TAR Lazio – sez. I, 26 gennaio 2007 n. 572.

a) Va anzitutto svolta una osservazione di carattere generale in ordine alla possibilità o meno di riprodurre l'intero d.P.C.M. 18 novembre 2005 all'interno del regolamento di attuazione del codice.

Infatti tale d.P.C.M. trova il suo fondamento normativo non già nel codice, bensì nell'art. 14, vices ter, d.l. n. 115/2005, conv. con la l. n. 168/2005, e di tale articolo il codice ha disposto l'abrogazione del solo comma 1, lett. c), nella parte in cui demanda al d.P.C.M. la fissazione dei criteri di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Ciò in quanto i criteri di affidamento dell'appalto sono materia di spettanza del codice degli appalti, e infatti l'art. 83, co. 5, del codice, demanda al regolamento la fissazione dei criteri di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, tra l'altro per il servizio sostitutivo di mensa.

E' bensì vero che il co. 4 dell'art. 256, del codice, elenca le norme che saranno abrogate dal regolamento, tuttavia non dice che va abrogato integralmente il d.P.C.M. 18 novembre 2005, ma solo che ne vanno abrogate le disposizioni pertinenti.

Se il d.P.C.M. 18 novembre 2005 viene riprodotto per intero nel regolamento, con conseguente sua abrogazione, rimane aperta la questione della sorte dell'art. 14, vices ter, d.l. n. 115/2005, che è norma primaria in vigore. Sicché, in teoria, rimane la possibilità di intervento di un atto diverso dal presente regolamento, per disciplinare la materia del servizio sostitutivo di mensa.

Ad avviso della Sezione, la materia del servizio sostitutivo di mensa può essere disciplinata dal presente regolamento solo nei limiti disegnati dall'art. 83, co. 5, del codice, vale a dire quanto ai criteri di ponderazione degli elementi di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Pertanto, solo a seguito di una futura abrogazione dell'intero art. 14 vices ter, d.l. n. 115/2005, tutti gli altri aspetti della disciplina recata dal d.P.C.M. 18 novembre 2005, attinenti ai requisiti delle società che svolgono i servizi sostitutivi degli esercizi convenzionati, e dei buoni pasto, potranno essere disciplinati dal presente schema di regolamento.

b) Quanto ai criteri di aggiudicazione, correttamente lo schema elimina la norma del d.P.C.M. che imponeva l'utilizzo del solo criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, e lascia così alle stazioni appaltanti la scelta tra tale criterio e quello del prezzo più basso.

Occorre però rilevare che l'art. 83, co. 5, del codice, demanda al regolamento la fissazione delle metodologie per individuare l'offerta economicamente più vantaggiosa con un unico parametro numerico finale, e, per quanto riguarda il servizio dei buoni pasto, dispone espressamente che il regolamento deve tener conto dei criteri di valutazione recati dal d.P.C.M. 18 novembre 2005, nei limiti di compatibilità con il codice.

Invece, l'art. 294 dello schema di regolamento, oblitera del tutto l'art. 6, co. 3, d.P.C.M. 18 novembre 2005, che indica in dettaglio la distribuzione del punteggio tra i vari elementi di valutazione.

Secondo la relazione ministeriale, si è ritenuto di non indicare gli elementi di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, alla luce dell'art. 256 del codice, che ha abrogato l'art. 14, vices ter, co. 1, lett. c), nella parte in cui demanda al d.P.C.M. la fissazione dei criteri di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa. La relazione ministeriale trae da tale abrogazione la conclusione che l'intento del codice sarebbe di sottrarre la fissazione di tali criteri alla norma regolamentare. Tuttavia, si deve in contrario osservare che l'art. 256 va letto in combinato disposto con l'art. 83, co. 5, del codice.

Pertanto, secondo la Sezione, per l'affidamento del servizio sostitutivo di mensa mediante buoni pasto con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, non è sufficiente l'applicazione dell'art. 292, co. 1, dello schema di regolamento, ma occorre riprodurre, se del caso con adattamenti, l'art. 6, co. 3, d.P.C.M. 18 novembre 2005.

c) Ove il Ministero delle infrastrutture e il Governo ritengano di dover mantenere nel regolamento di attuazione del codice la riproduzione integrale del d.P.C.M. 18 novembre 2005, valgono le osservazioni che seguono.

Anzitutto il d.P.C.M. citato è stato riprodotto previa obliterazione delle norme che il T.a.r. Lazio, con sentenza n. 572/2007, ha annullato. Tuttavia in relazione a tale sentenza sono stati proposti quattro appelli, passati in decisione all'udienza del 10 luglio 2007 innanzi alla sezione IV del Consiglio di Stato, e la decisione di appello ad oggi non risulta depositata. Ove la decisione di appello riformasse, in tutto o in parte, quella di primo grado, facendo rivivere una o più delle norme annullate, di tanto si dovrebbe tener conto nella formulazione dell'art. 294 dello schema.

Per quanto riguarda il contenuto attuale dell'art. 294, va rilevato che non sono state riprodotte le definizioni, contenute nell'art. 2, d.P.C.M. 18 novembre 2005, e che sarebbe opportuno introdurre (v. p.es. la nozione di buono pasto, servizio sostitutivo, valore facciale).

Va rilevato poi che non è stato riprodotto nell'art. 294 dello schema l'art. 3, co. 6, del citato d.P.C.M., che abilita le società a svolgere l'attività di emissione dei buoni pasto previa d.i.a. Al contempo, è stata riprodotta la parallela norma che riguarda le imprese straniere (v. art. 294, co. 2).

Sembra corretto che il regime autorizzatorio delle imprese che svolgono attività di emissione dei buoni pasto (che è questione diversa dai requisiti soggettivi di qualificazione), o venga trattato per tutte le imprese, sia italiane che straniere, o per nessuna. Per cui o si ripristina l'art. 3, co. 6, del citato d.P.C.M., o si elimina l'attuale art. 294, co. 2.

La decisione numero 4968 del 26 settembre 2007 del Consiglio di Stato

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale

Sezione Quarta

ha pronunciato la seguente

DECISIONE

A) Sul ricorso in appello n. **2738** del **2007**, proposto da

FEDERAZIONE ITALIANA PUBBLICI SERVIZI - F.I.P.E.

rappresentata e difesa da:

Avv. FEDERICO TEDESCHINI e dall' Avv. PIERPAOLO SALVATORE PUGLIANO con domicilio eletto in Roma LARGO MESSICO,7 presso FEDERICO TEDESCHINI;

contro

PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI

non costituitasi;

REPAS LUNCH COUPON S.R.L.

rappresentata e difesa da:

Avv. FRANCESCO SAVERIO MUSSARI con domicilio eletto in Roma L.TEVERE MELLINI, 24 presso FRANCESCO SAVERIO MUSSARI;

MINISTERO DELLE ATTIVITA' PRODUTTIVE

non costituitosi;

ASS. NAZ. SOC. EMISSIONE BUONI PASTO - A.N.S.E.B.

non costituitasi;

FEDERAZIONE IMPRESE DI SERVIZI - FISE

rappresentata e difesa da:

Avv. RAFFAELE BIFULCO con domicilio eletto in Roma VIA ATILIO FRIGGERI, 96 presso RAFFAELE BIFULCO;

ALVI S.P.A.

non costituitasi;

PROVINCIA DI SALERNO

non costituitasi;

QUI TICKET SERVICE S.R.L.

non costituitasi;

PELLEGRINI S.P.A.

non costituitasi;

CONFESERCENTI

non costituitosi;

Interveniente ad Adiuvandum

SERIAL S.R.L.

rappresentata e difesa da:

Avv. DIEGO VAIANO, Avv. FRANCESCO BELLOCCHIO, Avv.
GIUSTINO CIAMPOLI con domicilio eletto in Roma
LUNGOTEVERE MARZIO N. 3 presso DIEGO VAIANO

FEDERAZIONE IT.NA DETTAGLIANTI

DELL'ALIMENTAZIONE (F.I.D.A.)

rappresentata e difesa da:

Avv. FEDERICO TEDESCHINI, Avv. PIERPAOLO SALVATORE
PUGLIANO con domicilio eletto in Roma LARGO MESSICO,7
presso FEDERICO TEDESCHINI;

FEDERDISTRIBUZIONE

rappresentato e difeso da:

Avv. FEDERICO TEDESCHINI, Avv. PIERPAOLO SALVATORE
PUGLIANO, con domicilio eletto in Roma LARGO MESSICO,7
presso FEDERICO TEDESCHINI;

B) Sul ricorso in appello n. **2739** del **2007**, proposto da

ASS. NAZ. SOC. EMETTITRICI BUONI PASTO - A.N.S.E.B.

rappresentata e difesa da:

Avv. FEDERICO TEDESCHINI Avv. PIERPAOLO SALVATORE
PUGLIANO con domicilio eletto in Roma LARGO MESSICO,7
presso FEDERICO TEDESCHINI;

contro

PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI

rappresentata e difesa da:

AVVOCATURA GEN. STATO con domicilio in Roma VIA DEI
PORTOGHESI 12 presso AVVOCATURA GEN. STATO;

REPAS LUNCH COUPON S.R.L.

rappresentata e difesa da:

Avv. FRANCESCO SAVERIO MUSSARI con domicilio eletto in

Roma L.TEVERE MELLINI, 24 presso FRANCESCO SAVERIO
MUSSARI;

MINISTERO DELLE ATTIVITA' PRODUTTIVE

rappresentato e difeso da:

AVVOCATURA GEN. STATO con domicilio in Roma VIA DEI
PORTOGHESI 12 presso AVVOCATURA GEN. STATO;

FEDERAZIONE ITALIANA PUBBLICI RSERCIZI - FIPE

non costituitasi;

FEDERAZIONE IMPRESE DI SERVIZI - FISE

rappresentata e difesa da:

Avv. RAFFAELE BIFULCO con domicilio eletto in Roma
VIA ATTILIO FRIGGERI, 96 presso RAFFAELE BIFULCO

ALVI S.P.A.

non costituitasi;

PROVINCIA DI SALERNO

non costituitasi;

QUI TICKET SERVICE S.R.L.

non costituitasi;

PELLEGRINI S.P.A.

non costituitasi;

CONFESERCENTI

non costituitosi;

C) Sul ricorso in appello n. **3496** del **2007**, proposto da

GEMEAZ CUSIN S.R.L.

RISTOMAT S.P.A.

rappresentate e difese da:

Avv. DIEGO VAIANO Avv. FRANCESCO BELLOCCHIO Avv.
GIUSTINO CIAMPOLI con domicilio eletto in Roma
LUNGOTEVERE MARZIO N. 3 presso DIEGO VAIANO

contro

REPAS LUNCH COUPON S.R.L.

rappresentata e difesa da:

Avv. FRANCESCO SAVERIO MUSSARI

con domicilio eletto in Roma

L.TEVERE MELLINI, 24

presso FRANCESCO SAVERIO MUSSARI

e nei confronti di

PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI

rappresentata e difesa da:

AVVOCATURA GEN. STATO con domicilio in Roma VIA DEI
PORTOGHESI 12 presso AVVOCATURA GEN. STATO;

MINISTERO DELLE ATTIVITA' PRODUTTIVE

non costituitosi;

PROVINCIA DI SALERNO

non costituitasi;

ALVI S.P.A.

non costituitasi;

FEDERAZIONE ITALIANA PUBBLICI ESERCIZI - FIPE-

CONFCOMMERCIO

non costituitasi;

FEDERAZIONE IMPRESE DI SERVIZI-FISE-

CONFINDUSTRIA

rappresentato e difeso da:

Avv. RAFFAELE BIFULCO con domicilio eletto in Roma VIA
ATTILIO FRIGGERI, 96 presso RAFFAELE BIFULCO

CONFESERCENTI

non costituitasi;

ASSOCIAZIONE NAZIONALE SOC. EMISSIONE BUONI

PASTO-ANSEB-FIPE

non costituitasi;

QUI TICKET SERVICE S.P.A.

non costituitasi;

PELLEGRINI S.P.A.

non costituitasi;

MINISTERO DELLO SVILUPPO ECONOMICO

rappresentato e difeso da:

AVVOCATURA GEN. STATO con domicilio in Roma VIA DEI
PORTOGHESI 12 presso AVVOCATURA GEN. STATO;

D) Sul ricorso in appello n. **4377** del **2007**, proposto da

CONFESERCENTI NAZIONALE

rappresentata e difesa da:

Avv. FRANCO SCIARRETTA

Avv. MARCO ANNECCHINO

con domicilio eletto in Roma

VIA G. G. BELLI N.39

presso FRANCO SCIARRETTA

contro

REPAS LUNCH COUPON S.R.L.

rappresentata e difesa da:

Avv. FRANCESCO SAVERIO MUSSARI con domicilio eletto in Roma
L.TEVERE MELLINI, 24 presso FRANCESCO SAVERIO MUSSARI;

FEDERAZIONE IMPRESE DI SERVIZI (FISE)

rappresentata e difesa da:

Avv. RAFFAELE BIFULCO con domicilio eletto in Roma VIA ATTILIO
FRIGGERI, 96 presso RAFFAELE BIFULCO

e nei confronti di

PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI

non costituitasi;

MINISTERO DELLE ATTIVITA' PRODUTTIVE

non costituitosi;

FEDERAZIONE ITALIANA PUBBLICI ESERCIZI

non costituitasi;

ASSOCIAZIONE NAZIONALE SOCIETA' DI EMISSIONE DI BUONI PASTO

non costituitasi;

ALVI SPA

non costituitasi;

PROVINCIA DI SALERNO

non costituitasi;

QUI TICKETE SERVICE S.R.L.

non costituitasi;

PELLEGRINI S.P.A.

non costituitasi;

tutti per la riforma della sentenza del TAR LAZIO – ROMA, Sezione I, n.572 del 2007;

Visti i ricorsi con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di REPAS LUNCH COUPON S.R.L., FEDERAZIONE IMPRESE DI SERVIZI – FISE, SERIAL S.R.L., FEDERAZIONE IT.NA DETTAGLIANTI DELL'ALIMENTAZIONE (F.I.D.A.) , FEDERDISTRIBUZIONE, PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI, MINISTERO DELLE ATTIVITA' PRODUTTIVE , FEDERAZIONE IMPRESE DI SERVIZI – FISE, FEDERAZIONE IMPRESE DI SERVIZI-FISE-CONFINDUSTRIA, MINISTERO DELLO SVILUPPO ECONOMICO;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Alla pubblica udienza del 10 luglio 2007, relatore il Consigliere Carlo Deodato, ed uditi, altresì, I difensori della parti, come da verbale d'udienza;

FATTO

Con la sentenza appellata il T.A.R. del Lazio, in parziale accoglimento del ricorso proposto dalla Repas Lunch Coupon s.r.l. (d'ora innanzi: Repas) avverso diverse disposizioni del d.P.C.M. 18 novembre 2005 recante “affidamento e gestione dei servizi sostitutivi di mensa”, ha: 1) respinto le eccezioni pregiudiziali di inammissibilità formulate dalle controinteressate associazioni di categoria degli

esercenti e dei gestori; 2) dichiarato improcedibile, per sopravvenuta carenza di interesse, la censura indirizzata all'art.6 del suddetto d.P.C.M., per essere state abrogate, dall'art.256 del d.lgs. 12 aprile 2006, n.163, le parole: "i criteri per l'aggiudicazione delle gare secondo l'offerta economicamente più vantaggiosa" contenute nella lett.c) dell'art.14-*viciester* del decreto legge 30 giugno 2005, n.115, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 agosto 2005, n.168 (con conseguente sopravvenuta inefficacia delle disposizioni contenute nella suddetta disposizione); 3) dichiarato inammissibili, per carenza di interesse, le doglianze rivolte alle disposizioni relative alla natura di società di capitali ed ai requisiti degli amministratori delle imprese ammesse allo svolgimento dei suddetti servizi (art.3, commi 1 e 4, del d.P.C.M.); 4) annullato le prescrizioni del d.P.C.M. che stabiliscono: a) un capitale sociale minimo di 750.000 euro delle società che possono essere affidatarie del servizio di emissione di buoni pasto e la certificazione dei bilanci di queste ultime da parte di una società di revisione di cui all'art.161 del d.lgs. 24 febbraio 1998, n.58 ovvero iscritta presso il Ministero della giustizia ai sensi dell'art. 2409-*bis* del codice civile (art.3, comma 1 e 3); b) la nullità dei contratti stipulati in esito ad aste *on-line* (art.7, comma 4); c) la forma scritta delle convenzioni tra queste ultime e gli esercizi (art.8, comma 2); d) i termini di pagamento delle prestazioni (art.9, commi 1, 2 e 3); e) l'applicazione delle nuove disposizioni alle convenzioni in essere (art.10, comma 2); 5) respinto la censura proposta avverso la previsione relativa alla soggezione a d.i.a. dell'attività di emissione di buoni pasto (art.3, comma 6).

Avverso tale decisione proponevano appello, con distinti ricorsi, la Federazione Italiana Pubblici Esercizi - d'ora innanzi: FIPE - (R.G. 2738/07), l'Associazione Nazionale Società Emittitrici Buoni Pasto - d'ora innanzi: ANSEB -

(R.G. 2739/07), la Gemeaz Cusin s.r.l. e la Ristomat s.p.a. (R.G. 3496/07) e la Confesercenti Nazionale (R.G. 4377/07), insistendo (le prime due) nell'eccepire l'inammissibilità, sotto diversi profili, del ricorso di primo grado, criticando (tutte) nel merito la correttezza del gravato giudizio di illegittimità e concludendo per il suo annullamento.

In tutti i ricorsi resistevano la Repas e la Federazione Imprese di Servizi (d'ora innanzi FISE), riproponendo (la prima) i motivi assorbiti in primo grado, eccependo (sempre la prima) l'inammissibilità dei ricorsi nn.3496/07 e 4377/07, contestando (entrambe) nel merito la fondatezza degli appelli e domandandone la reiezione, nel ricorso n.2738/07 intervenivano *ad adiuvandum*, assumendo, quindi, la medesima posizione delle appellanti, la Federazione Italiana Dettaglianti dell'Alimentazione, la Federdistribuzione e la Serial s.r.l. e nei ricorsi nn.2739/07 e 3496/07 si costituivano la Presidenza del Consiglio dei Ministri ed il Ministero dello Sviluppo Economico proponendo appello incidentale inteso ad ottenere la riforma della decisione gravata.

Non si costituivano, invece, le altre parti appellate.

Le parti illustravano ulteriormente le loro difese mediante il deposito di memorie difensive.

Alla pubblica udienza del 10 luglio 2007 il ricorso veniva trattenuto in decisione.

DIRITTO

1.- L'identità della decisione appellata con i ricorsi indicati in epigrafe impone la riunione e la trattazione congiunta dei relativi appelli.

2.- Come già rilevato in fatto, le parti controvertono in ordine alla legittimità di diverse disposizioni del d.P.C.M. 18 novembre 2005, che ha introdotto, in attuazione, dell'art.14-*viciester* del decreto legge 30 giugno 2005, n.115,

convertito, con modificazioni, dalla legge 17 agosto 2005, n.168, la disciplina dell'affidamento e della gestione dei servizi sostituiti di mensa, impugnate dalla Repas (quale società operante nel settore dell'emissione dei buoni pasto) dinanzi al T.A.R. del Lazio e giudicate (in parte) da quest'ultimo illegittime, con conseguente loro annullamento, in quanto adottate al di fuori dei limiti stabiliti dalla norma primaria, ovvero in quanto impropriamente inserite in un atto normativo secondario, ovvero, ancora, in quanto indebitamente restrittive della libertà di iniziativa economica.

Le censure rivolte dalle appellanti al predetto giudizio di illegittimità, ancorché articolate nell'ambito di prospettazioni difensive distinte e, in parte, differenti, esigono, tuttavia, una disamina unitaria, siccome logicamente fondate sui medesimi presupposti e sviluppate secondo schemi argomentativi analoghi.

2.- Occorre, in ogni caso, principiare dall'esame, siccome logicamente antecedenti, delle eccezioni, già disattese in prima istanza e riproposte con gli appelli della FIPE e dell'ANSEB, di inammissibilità del ricorso di primo grado, in quanto (asseritamente) indirizzato avverso un atto legislativo (non impugnabile, ovviamente, dinanzi al giudice amministrativo) e, comunque, privo, come tale, di capacità lesiva (quale provvedimento generale ed astratto).

Entrambe le questioni pregiudiziali appena sintetizzate si rivelano sprovviste di fondamento e devono essere, pertanto, disattese.

2.1- Con la prima eccezione, le appellanti assumono, in particolare, che i primi giudici avrebbero erroneamente qualificato come regolamento il d.P.C.M. controverso e che, al contrario, quest'ultimo andrebbe correttamente classificato come un atto di normazione primaria e, quindi, come un decreto legislativo, emanato in attuazione della legge delega contenuta nell'art.14-*viciester* del

decreto legge n.115/05, presentando tutti i caratteri sostanziali di quest'ultimo tipo di atto normativo.

La tesi non può essere condivisa.

A ben vedere, infatti, la prospettazione difensiva appena riassunta si fonda sulla presupposta (ancorché non affermata) applicazione alla fattispecie in esame del principio della prevalenza della sostanza sulla forma, che consente (anzi: impone) di classificare un atto secondo il suo contenuto sostanziale, anche quando tale qualificazione risulti difforme dal suo nome e dalla sua veste formale, e, quindi, di assegnare e di applicare allo stesso il regime giuridico proprio della tipologia di provvedimenti alla quale lo stesso viene conseguentemente ascritto.

Senonchè, tale principio (utilizzabile in diversi ambiti dell'ordinamento e riferibile a molteplici categorie di atti) non può ritenersi applicabile agli atti di normazione primaria e, cioè, agli atti propriamente legislativi.

Quest'ultima categoria di provvedimenti, infatti, risulta presidiata da un sistema rigido di regole formali, relative alle loro (tipiche e tassative) fonti di produzione ed alla loro (anch'essa vincolata ed indefettibile) procedura di approvazione, che, per il pertinente valore costituzionale della funzione legislativa, che presidia una competenza-funzione cardine dello Stato di diritto, non ammettono di essere derogate, ovvero eluse, ovvero, ancora, pretermesse, come accadrebbe applicando anche agli atti legislativi il principio della prevalenza della sostanza sulla forma.

Non solo, ma, quand'anche si intendessero ricomprendere gli atti di normazione primaria nella categoria di quelli soggetti al predetto principio, si dovrebbe, in ogni caso, riconoscere che, nel d.P.C.M. controverso, difettano alcuni degli elementi essenziali (ed, appunto, indefettibili) del decreto legislativo, quali la

fissazione dei criteri e principi direttivi nella “delega” (tali non potendosi qualificare gli ambiti oggettivi, dell’intervento normativo affidato al d.P.C.M., dettagliati dall’art.14-*viciester* d.l. n.115/05) e l’esplicito (e non surrogabile) mandato al Governo (e non ad un singolo Ministro, come nel caso in esame) di esercitare la potestà legislativa contestualmente delegata, sicchè deve, comunque, escludersi la natura dello stesso di atto di normazione primaria.

2.2- Con la seconda eccezione, le appellanti, insistono, invece, nel sostenere l’inammissibilità, per difetto di interesse, del ricorso di primo grado, siccome rivolto avverso un atto avente contenuto generale e, come tale, sprovvisto di autonoma e diretta capacità lesiva, concretandosi il pregiudizio degli interessi della ricorrente in prima istanza con l’adozione degli atti amministrativi applicativi.

Anche tale assunto si rivela infondato.

E’ vero, infatti, che l’atto amministrativo a contenuto normativo non assume attitudine lesiva di interessi specifici, se non attraverso la mediazione di un provvedimento applicativo che attualizzi il pregiudizio ed insieme al quale soltanto può essere impugnato, ma è anche vero che tale regola non vale nei casi in cui il provvedimento generale disciplini concretamente l’attività dei destinatari, dettando prescrizioni immediatamente e direttamente operative, rispetto alle quali l’atto applicativo riveste funzione meramente ricognitiva, adempitiva e consequenziale, e dovendo, come tale, essere impugnato autonomamente (Cons. St., Sez. V, 8 febbraio 2005, n.342).

Ora, in ossequio al principio appena enunciato, occorre rilevare che, nella fattispecie in esame, il d.P.C.M. controverso configura un sistema di regole sull’affidamento e sulla gestione dei servizi sostitutivi di mensa che, innovando

l'ordinamento con immediata efficacia, concorre a definire le condizioni di operatività delle società del settore ed incide, quindi, in via diretta ed istantanea sulle loro capacità lavorative.

Là dove, infatti, il provvedimento stabilisce i requisiti soggettivi delle imprese che possono svolgere i servizi in questione e le condizioni delle convenzioni che regolano i rapporti tra i gestori e gli esercizi, definisce i termini contrattuali dei diritti e degli obblighi connessi allo svolgimento del servizio e incidendo sulla specifica legittimazione ad essere partecipi del comparto di mercato, descrive le stesse capacità operative delle società destinatarie della regolamentazione, finendo, così, per gravare in via immediata, e senza bisogno di intermediazione di ulteriori atti applicativi, sulla situazione soggettiva di queste ultime.

Ne consegue che la società ricorrente in primo grado era senz'altro provvista di un interesse attuale che la legittimava ad impugnare un atto che, ancorché generale, ne pregiudicava direttamente la posizione soggettiva, restringendone e condizionandone le capacità operative.

3.- Ancora in via preliminare, si devono disattendere le questioni con le quali la Repas ha eccepito l'inammissibilità degli appelli di Confesercenti e di Gemeaz Cusin s.r.l., nonché degli interventi *ad adiuvandum* della Federazione Italiana Dettaglianti dell'Alimentazione, della Federdistribuzione e della Serial s.r.l..

3.1- Quanto alla prima eccezione, con cui si assume che Confesercenti, quale parte del giudizio di primo grado (alla quale sono stati notificati gli appelli di FIPE e di ANSEB) avrebbe dovuto, a pena di decadenza, impugnare la sentenza nelle forme dell'appello incidentale, occorre chiarire che il disposto dell'art.333

c.p.c. è stato interpretato ed applicato al giudizio amministrativo nel senso che la sanzione della decadenza si verifica nella sola ipotesi in cui i diversi ricorsi non vengano riuniti e che, al di fuori di tale evenienza, non sussiste alcuna preclusione alla proposizione di un'impugnazione in forma autonoma ed al suo esame, previa riunione dei giudizi, insieme a quello introdotto con l'appello notificato alla parte che ha inteso proporre un ricorso autonomo (Cons. St., sez. IV, 21 giugno 2005, n.3250).

3.2- In merito alla ritualità del ricorso proposto da Gemeaz Cusin s.r.l., è sufficiente rilevare che tale società, ancorchè non avesse acquisito la qualità di parte nel giudizio di prima istanza (per non essere stata intimata dalla Repas), conserva, nondimeno, quale soggetto che, pur non rivestendo la posizione processuale di controinteressato, ritrae un beneficio diretto dal provvedimento impugnato e può subire dalla sentenza di accoglimento un pregiudizio capace di legittimare il ricorso al rimedio dell'opposizione di terzo, la legittimazione ad impugnare quest'ultima, secondo l'univoco insegnamento giurisprudenziale al riguardo (cfr. *ex multis* Cons. St., sez. IV, 27 giugno 2006, n.4140).

3.3- Quanto, infine, all'ammissibilità dei suddetti interventi *ad adiuvandum*, si rileva che, anche in questa ipotesi, la giurisprudenza ha riconosciuto l'ammissibilità dell'intervento in appello da parte di soggetti privi della qualità di parti formali o necessarie nel giudizio di primo grado (cfr. *ex multis* Cons. St., sez. VI, 2 marzo 2001, n.1187), sicchè non può dubitarsi della ritualità degli interventi contestati.

4.- Sempre in via pregiudiziale, si deve definire il *thema decidendum* del presente giudizio, che resta circoscritto alle censure formulate negli appelli principali ed in quello incidentale della Presidenza del Consiglio dei Ministri e

dello Sviluppo Economico, dovendosi, infatti, intendere passate in giudicato le statuizioni sfavorevoli a Repas contenute nella decisione di prima istanza.

I capi di quest'ultima con cui sono state disattese, con diverse formule, le doglianze svolte con il ricorso di primo grado necessitavano, infatti, per la loro devoluzione al giudice d'appello, di una loro formale e rituale impugnazione, con appello incidentale, da parte della società soccombente in prima istanza, non bastando la riproposizione dei motivi con gli stessi respinti o la loro contestazione con semplice memoria difensiva non notificata (cfr. *ex multis* Cons. St., sez. V, 28 maggio 2004, n.3439).

Ne consegue che, in difetto della proposizione di appello incidentale da parte di Repas, sui capi con cui sono state dichiarate: improcedibile la censura indirizzata alla previsione dei criteri per l'aggiudicazione delle gare (art.6 del d.P.C.M) ed inammissibili, per carenza di interesse, le doglianze rivolte alle disposizioni relative alla natura di società di capitali ed ai requisiti degli amministratori delle imprese ammesse allo svolgimento del servizio (art.3, commi 1 e 4, del d.P.C.M.) deve intendersi formato il giudicato e che le argomentazioni difensive con le quali si criticano le relative statuizioni vanno giudicate inammissibili, siccome irrualmente introdotte, e, pertanto, estranee all'ambito oggettivo del presente giudizio.

Quanto, in particolare, alla prima statuizione (e, cioè, la declaratoria dell'improcedibilità del motivo indirizzato all'art.6 del d.P.C.M.), si deve chiarire che la stessa risulta fondata sull'assorbente rilievo della sopravvenuta inefficacia dell'intera disposizione (e non di una sola sua parte), per l'intervenuta abrogazione della previsione della norma di delega che ne aveva legittimato *in toto* l'adozione, con l'ulteriore conseguenza che deve respingersi il terzo motivo

dell'appello di Gemeaz Cusin s.r.l., siccome fondato sull'erroneo assunto della persistente efficacia delle previsioni dell'art.6 del d.P.C.M. concernenti i criteri di valutazione dell'offerta, che risulta, tuttavia, smentito proprio dal decisivo ed ineccepibile apprezzamento (in termini di inefficacia sopravvenuta) delle conseguenze della successiva abrogazione della disposizione di legge che ne aveva autorizzato l'introduzione sulla capacità della norma secondaria di produrre i suoi effetti.

5.- Così risolte le questioni preliminari e descritti i confini della cognizione riservata al Collegio, si deve premettere, sotto un profilo strettamente metodologico, che il giudizio di legittimità del d.P.C.M. dev'essere condotto essenzialmente alla stregua del criterio della coerenza delle disposizioni censurate con le finalità e gli oggetti descritti nella legge delega (da intendersi quale il principale parametro di legalità dell'esercizio della potestà normativa secondaria).

5.1- In coerenza con il paradigma valutativo appena indicato si deve, allora, rilevare che le previsioni relative alla misura minima del capitale sociale ed alla soggezione ai controlli delle società di revisione di quelle che possono emettere buoni pasto, nonché quella prescrittiva della forma scritta *ad substantiam* delle convenzioni che regolano i rapporti tra esercenti convenzionati ed imprese che erogano i servizi sostitutivi di mensa si rivelano del tutto conformi alle finalità descritte dall'art.14-*viciester* d.l. n.115/05.

In particolare, le prescrizioni relative alla dimensione finanziaria delle società che possono operare nel settore ed ai controlli contabili delle stesse risultano coerenti con gli obiettivi assegnati alla fonte secondaria dall'art. 14-*viciester* lett.a) d.l. n.115/05, siccome esplicitamente finalizzato all'introduzione, con il d.P.C.M., di un regime speciale dei caratteri e dei requisiti, anche finanziari,

che devono possedere le società ammesse ad operare nel mercato dei servizi sostituivi di mensa, mentre la sanzione della forma scritta dei contratti stipulati tra queste ultime e gli esercizi convenzionati deve giudicarsi compresa nella complessiva finalità, sottesa all'intero sistema di quelle singole dettagliate dalla norma di delega, di disciplinare gli aspetti essenziali (quali la struttura formale dei relativi accordi) dei rapporti convenzionali tra i diversi soggetti coinvolti nell'attività di emissione dei buoni pasto, in modo da garantire, con adeguata certezza, il funzionamento della complessa operazione giuridica e finanziaria dalla stessa implicata.

Né può ritenersi, come erroneamente affermato dai primi giudici, che le predette disposizioni esigessero una disciplina propriamente legislativa e che, quindi, non ne tollerassero, per il loro oggetto, una regolamentare, non constando la sussistenza di una riserva di legge che impedisse di affidare ad una fonte secondaria il regime dei profili regolati dalle previsioni in esame.

Così riscontrata la sussistenza di una sicura base legale delle disposizioni in questione e la loro coerenza con il sistema delle fonti, si deve escludere che, con le stesse, sia stata ingiustificatamente conculcata la libertà di iniziativa economica, atteso che, come meglio chiarito *infra*, le rilevanti dimensioni economiche assunte dal mercato dei buoni pasto, esigeva un irrigidimento (che non risulta, nella specie, sproporzionato o eccessivo) delle regole poste a presidio della affidabilità finanziaria e della solvibilità delle società incaricate di prestare servizi sostituivi di mensa finalizzato a garantire una corretta funzionalità del mercato.

Non solo, ma la portata derogatoria, rispetto alla disciplina generale contenuta nel codice civile (in ordine all'ammontare minimo del capitale minimo

ed agli obblighi di certificazione dei bilanci), delle disposizioni regolamentari relative ai requisiti finanziari ed al regime dei controlli contabili delle società di emissione dei buoni pasto non vale in alcun modo ad infirmarne la validità, non essendo dato di rintracciare alcun elemento positivo che attesti la natura imperativa ed inderogabile della regolamentazione codicistica e che impedisca, dunque, di introdurre, per una particolare tipologia di imprese, una disciplina speciale e più rigorosa (purchè, ovviamente, proporzionata e giustificata da esigenze peculiari dello specifico settore nel quale le stesse operano) degli aspetti societari sopra segnalati.

5.2- Al contrario, sempre in ossequio al criterio di giudizio della conformità alla “delega”, le disposizioni concernenti la nullità degli affidamenti relativi ad aste *on-line*, ai termini di pagamento ed all’applicazione delle nuove disposizioni alle convenzioni in essere si rivelano sprovviste di adeguata copertura legislativa, non potendosi rintracciare, dall’analisi delle finalità e dei contenuti della disciplina affidata al d.P.C.M. dalla fonte primaria, alcuna previsione idonea a fondare l’introduzione, con fonte secondaria, della relativa disciplina.

E’ sufficiente, al riguardo, scorrere gli ambiti di disciplina - affidati al d.P.C.M. - descritti e dettagliati dalla norma primaria, per escludere che le anzidette disposizioni risultino legittimate da quest’ultima, siccome del tutto estranee ai confini della potestà normativa delegata, per quanto interpretabili con criteri esegetici estensivi od analogici (peraltro non utilizzabili in operazioni ermeneutiche del tipo della presente).

Più in particolare, non può in alcun modo intendersi l’obiettivo di “garantire il valore della prestazione concordato con i lavoratori dipendenti” come idoneo, di per sé, a legittimare un regime speciale delle condizioni di pagamento dei buoni

pasto alle società di emissione e della validità delle gare telematiche, in quanto capace di autorizzare le sole misure direttamente funzionali ad assicurare il contenuto economico della prestazione e non anche quelle (come quelle in esame) che, solo in via indiretta ed eventuale, perseguono quella finalità.

Ne consegue che, in difetto di un'esplicita e puntuale previsione legislativa che autorizzasse l'introduzione, per via regolamentare, di una disciplina innovativa in merito alla validità delle aste elettroniche, ai termini ed alle condizioni di pagamento delle prestazioni ed alla disciplina transitoria, le relative disposizioni vanno giudicate illegittime, siccome invalidamente introdotte da una fonte secondaria sprovvista, quale titolo legittimante, di una norma di legge che ne consentisse l'adozione.

Il vizio appena riscontrato inficia radicalmente la validità delle predette disposizioni ed esaurisce, pertanto, il relativo giudizio di legittimità, restando, di conseguenza, del tutto irrilevanti le ulteriori argomentazioni con le quali le appellanti criticano il gravato convincimento sfavorevole già formulato in prima istanza.

Si rivelano, in particolare, del tutto ininfluenti, a fronte della riscontrata incoerenza con la delega delle predette disposizioni, le deduzioni relative alle complessive esigenze di regolamentazione del mercato dell'emissione dei buoni pasto, non potendo in alcun modo, le rappresentate necessità normative, fondare l'introduzione delle relative previsioni con una fonte secondaria priva di copertura legislativa.

5.3- Vanno, in conclusione, accolti gli appelli, limitatamente alle disposizioni di cui agli artt.3, commi 1 (*in parte qua*) e 3, e 8, comma 2, del d.P.C.M., con conseguente riforma dei pertinenti capi di decisione, e respinti, con

conseguente conferma del pertinente giudizio di illegittimità pronunciato dal T.A.R., le disposizioni di cui agli artt.7, comma 4, 9, commi 1, 2 e 3, e 10, comma 2, del d.P.C.M.

6.- Così decisi i motivi di gravame dedotti a fondamento degli appelli principali, occorre esaminare le censure validamente riproposte, in quanto meramente assorbite, ma non definite, in prima istanza, dalla Repas, con l'avvertenza che le stesse vanno scrutinate con esclusivo riferimento alle disposizioni del d.P.C.M. *ut supra* giudicate legittime (restando del tutto inammissibili, per difetto di interesse, le censure indirizzate alle disposizioni già annullate).

I motivi riproposti dalla Repas possono essere catalogati secondo tre tipologie: quelli con cui si assume la lesione delle competenze normative regionali; quelli con cui si sostiene l'inosservanza delle disposizioni costituzionali in tema di tutela della libertà di iniziativa economica e quelli con cui si deduce la violazione dei principi contenuti nelle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici.

6.1- Con il primo gruppo di motivi si eccepisce, in sostanza, l'incostituzionalità dell'art.14 *viciester* d.l. n.115/05, in quanto eccedente i confini della potestà legislativa esclusiva dello Stato, e si sostiene, di conseguenza, che le disposizioni censurate sono state invalidamente introdotte con regolamento, in quanto riferite ad ambiti di competenze legislative regionali, nei quali, com'è noto, lo Stato non dispone di potestà regolamentare (in quanto limitata alle materie di sua competenza legislativa esclusiva).

L'assunto è infondato e va disatteso.

In ordine alla prima eccezione, si osserva che la norma primaria si occupa di delegare ad una fonte secondaria la regolamentazione del settore dei servizi

sostituivi di mensa, mediante la definizione, tra l'altro, dei requisiti degli operatori e dei caratteri delle prestazioni, e finisce, così, per disciplinare gli ambiti di accesso delle imprese al mercato ed i contenuti dei servizi, ritraendo, in tal modo, un sicuro titolo legittimante nella competenza statale in tema di tutela della concorrenza (art.117, comma 2, lett.e, Cost.), quanto alla descrizione delle condizioni di accesso agli affidamenti, e di ordinamento civile (art.117, comma 2, lett.l, Cost.), quanto al regime ed all'oggetto delle convenzioni.

In merito, invece, alla seconda doglianza, basti osservare che le disposizioni del d.P.C.M. giudicate illegittime (relative, si ricorda, alla misura minima del capitale sociale, alla soggezione delle imprese che operano nel settore ai controlli delle società di revisione, ed alla prescrizione, a pena di nullità, della forma scritta dei contratti stipulati tra gli esercenti e le società che emettono i buoni pasto) si riferiscono, come già rilevato, a materie affidate alla competenza legislativa esclusiva dello Stato e, in particolare, alla tutela della concorrenza, dovendosi ascrivere a tale ambito i precetti relativi alle condizioni di esercizio di un'attività ed ai requisiti soggettivi per accedere alla contrattazione con le pubbliche amministrazioni, ed all'ordinamento civile, al quale, evidentemente, si riferisce il precetto pertinente ai requisiti di forma di una tipologia di contratti ed alla sanzione stabilita per la sua inosservanza.

Sulla base delle considerazioni che precedono si deve escludere, in sintesi, che le disposizioni considerate attengano a competenze legislative regionali e, al contrario, riconoscere che le stesse rientrano nel perimetro della potestà legislativa esclusiva dello Stato e, quindi, nei limiti della sua competenza regolamentare.

Le conclusioni appena raggiunte impongono, infine, di escludere la

sussistenza della violazione (infondatamente denunciata dalla Repas) del principio di leale collaborazione con le Regioni, in quanto unicamente invocabile nelle ipotesi in cui siano coinvolte competenze legislative di queste ultime.

6.2- Con il secondo gruppo di motivi si assume l'inosservanza delle disposizioni costituzionali in tema di libertà dell'iniziativa economica.

La violazione dell'art.41 della Costituzione viene, in particolare, dedotta sotto un duplice profilo: il carattere sproporzionato e non giustificato delle restrizioni dell'autonomia privata (e, quindi, della libertà di iniziativa economica) prodotte da alcune disposizioni del d.P.C.M.; l'illegittimo utilizzo dello strumento regolamentare per disciplinare una materia coperta da riserva di legge.

Entrambe tali doglianze si rivelano sprovviste di fondamento.

Quanto alla prima, si osserva che l'unica disposizione alla quale la censura risulta ancora utilmente riferibile (e, cioè, la prescrizione della forma scritta delle convenzioni) non appare in alcun modo idonea a comprimere i diritti di iniziativa economica degli operatori del settore, non essendo dato di comprendere in che modo la previsione della forma scritta *ad substantiam* per la stipula dei contratti che regolano i rapporti tra le società di emissione dei buoni pasto e gli esercizi convenzionabili limiti o restringa indebitamente l'autonomia delle prime (risolvendosi in una misura che consacra una prassi ampiamente diffusa e che, al contrario di quanto sostiene la Repas, garantisce alle società di emissione la certezza dei rapporti obbligatori nascenti dai contratti con gli esercizi convenzionati e, quindi, una tutela più pregnante e sicura delle utilità economiche ricavate dalla loro attività d'impresa).

In merito alla seconda argomentazione, è sufficiente rilevare che la riserva di legge contenuta nell'art.41, comma 3, per un verso, copre solo la

programmazione ed il controllo dell'attività economica (e, quindi, aspetti del tutto diversi da quelli disciplinati con il d.P.C.M.) e, per un altro, in quanto relativa e non assoluta (Corte Cost., 21 luglio 1992, n.388), ammette l'introduzione, con fonte secondaria (purchè coperta, come nel caso di specie, da quella primaria), di misure di regolamentazione del mercato e dell'attività d'impresa in specifici settori.

6.3 Con il terzo, ed ultimo, gruppo di censure riproposte dalla Repas viene dedotta la violazione dei principi contenuti nelle direttive comunitarie e nelle disposizioni nazionali di recepimento relative all'affidamento dei servizi pubblici ed alla tutela della concorrenza nell'accesso alla contrattazione pubblica.

Occorre, anzitutto, premettere e ribadire che delle diverse doglianze dedotte con le censure in esame devono essere deliberate solo quelle riferite alle disposizioni del d.P.C.M. sui requisiti delle società, restando, tutte le altre, improcedibili, per sopravvenuto difetto di interesse, siccome rivolte a disposizioni già giudicate illegittime o relative a motivi di primo grado dichiarati inammissibili o improcedibili (con statuizioni rimaste inoppugnate e, quindi, passate in giudicato).

Così definito l'ambito della cognizione riservata a questo Giudice, si deve rilevare che la circostanza che la normativa di riferimento ometta di stabilire un capitale sociale (interamente versato) minimo e di imporre la certificazione dei bilanci quali requisiti per l'esercizio dell'attività nella specie considerata resta del tutto irrilevante ai fini della legittimità delle previsioni censurate.

Anzi, il fatto che nella disciplina asseritamente violata risultino assenti previsioni esplicite sui requisiti soggettivi in questione impedisce di ravvisare quel contrasto con la regolamentazione primaria sul cui presupposto si fondano i

motivi di censura in esame.

Non solo, ma il silenzio, sui requisiti in parola, della disciplina comunitaria e nazionale degli appalti di servizi non può essere in alcun modo interpretato come preclusivo dell'introduzione di un regime speciale, per alcune tipologie di prestazioni, delle condizioni soggettive di legittimazione degli operatori all'erogazione dei relativi servizi.

Così riconosciuta, in astratto, la validità di una regolamentazione speciale dei requisiti soggettivi delle imprese che operano nel mercato dei buoni pasto, si deve rilevare, in concreto, che le prescrizioni censurate (capitale sociale minimo di 750.000,00 euro e certificazione dei bilanci) non appaiono lesive del principio di proporzionalità e si rivelano, al contrario, giustificate dall'esigenza di assicurare adeguata solidità e affidabilità contabile alle società che operano in un settore che, per le rilevanti dimensioni economiche che ha raggiunto negli ultimi anni, necessita di pregnanti garanzie sulla capacità e sulla stabilità finanziaria delle società di emissione.

7.- Alle considerazioni che precedono conseguono, in definitiva, in parziale accoglimento degli appelli riuniti indicati in epigrafe, la reiezione del ricorso di primo grado della Repas, limitatamente all'impugnativa degli artt. artt. 3, commi 1 e 3, e 8, comma 2, del d.P.C.M. 18 novembre 2005, la reiezione degli altri motivi di appello, con conseguente conferma dei relativi capi di decisione della sentenza gravata, e la reiezione delle censure assorbite in prima istanza e riproposte dalla Repas.

8.- La soccombenza reciproca giustifica la compensazione per intero tra tutte le parti delle spese di entrambi i gradi di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quarta, disattesa ogni

diversa istanza, eccezione o deduzione, riunisce gli appelli indicati in epigrafe, li accoglie in parte e, in parziale riforma della decisione di primo grado, respinge il ricorso di primo grado limitatamente all'impugnativa degli artt. 3, commi 1 (*in parte qua*) e 3, e 8, comma 2, del d.P.C.M. 18 novembre 2005, conferma, per il resto, la sentenza appellata e compensa tra tutte le parti le spese di entrambi i gradi di giudizio.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 10 luglio 2007, con l'intervento dei signori:

PAOLO SALVATORE	- Presidente
PIERLUIGI LODI	- Consigliere
BRUNO MOLLICA	- Consigliere
CARLO DEODATO	- Consigliere Estensore
SERGIO DE FELICE	- Consigliere

L'ESTENSORE	IL PRESIDENTE
Carlo Deodato	Paolo Salvatore

IL SEGRETARIO

Rosario Giorgio Carnabuci

Depositata in Segreteria

Il 26/9/2007

(Art. 55, L. 27.4.1982, n. 186)

Il Dirigente

Dott. Antonio Serrao

La sentenza del T.A.R. del Lazio, Sez. I, 26 gennaio 2007, n. 572

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale amministrativo regionale del Lazio, sezione prima, composto dai signori:

Pasquale de Lise	Presidente
Antonino Savo Amodio	Consigliere
Mario Alberto di Nezza	Primo referendario, rel.

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso n. 2885/2006 R.g., con motivi aggiunti, proposto

da

Repas Lunch Coupon s.r.l., in persona del legale rappresentante *p.t.*, rappresentata e difesa dagli avv.ti Francesco Saverio Mussari, Elisa Scotti e Paolo Pittori, presso lo studio dei quali in Roma, Lungotevere dei Mellini n. 24, ha eletto domicilio

contro

la Presidenza del Consiglio dei ministri e il Ministero delle attività produttive, in persona dei rispettivi Ministri in carica, rappresentati e difesi dall'Avvocatura generale dello Stato, presso i cui uffici in Roma, Via dei Portoghesi n. 12, sono domiciliati

e nei confronti di

- Federazione Italiana Pubblici Esercizi (Fipe – Confcommercio), in persona del legale rappresentante *p.t.*, rappresentata e difesa dall'avv. prof. Federico Tedeschini e dall'avv. Pierpaolo Salvatore Pugliano, elettivamente domiciliata presso lo studio del primo in Roma, Largo Messico n. 7;
- Associazione Nazionale Società di Emissione di Buoni Pasto – Anseb, in persona del legale rappresentante *p.t.*, rappresentata e difesa dall'avv. prof. Federico Tedeschini e dall'avv. Pierpaolo Salvatore Pugliano, elettivamente domiciliata presso lo studio del primo in Roma, Largo Messico n. 7;
- Federazione Imprese di Servizi – Fise, in persona del legale rappresentante *p.t.*, rappresentata e difesa dall'avv. prof. Massimo Proto, presso il cui studio in Roma, Via delle Quattro Fontane n. 15, ha eletto

domicilio;

nonché nei confronti di

Alvi s.p.a., Provincia di Salerno, Confesercenti, Qui Ticket Service s.r.l., Pellegrini s.p.a., in persona dei rispettivi legali rappresentanti *p.t.*, non costituite in giudizio

per l'annullamento

del d.P.C.M. 18 novembre 2005, recante "Affidamento e gestione dei servizi sostitutivi di mensa", pubblicato sulla G.U. 17 gennaio 2006, n. 13, nella sua totalità e comunque nei seguenti punti: art. 1; art. 2, comma 1, lett. *f*); art. 3, commi 1, 2, 3, 4, 5 e 6; art. 6; art. 7, comma 4; art. 8; art. 9; art. 10; di ogni altro atto precedente, successivo o comunque connesso.

Visto il ricorso, i motivi aggiunti ed i relativi allegati;

visti gli atti di costituzione in giudizio delle parti intimate;

viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

visti gli atti tutti della causa;

sentiti alla pubblica udienza dell'11 ottobre 2006, relatore il dott. Mario Alberto di Nezza, gli avv.ti Pittori, Pittelli in sostituzione dell'avv. Proto; Pugliano e l'avv. dello Stato Barbieri;

ritenuto e considerato quanto segue in fatto e in diritto

FATTO

Con ricorso notificato il 18 marzo 2006, ritualmente depositato, la società Repas Launch Coupon (in seguito, Repas), impresa attiva nel settore dei sostitutivi di mensa, delineati i profili economici e gli aspetti giuridici del mercato italiano dei buoni pasto, chiedeva l'annullamento del d.P.C.M. 18 novembre 2005 (da ora, d.P.C.M.) sull'"affidamento e gestione dei servizi sostitutivi di mensa" (pubblicato nella Gazzetta ufficiale 17 gennaio 2006, n. 13), emanato in attuazione dell'art. 14-*vicies ter* d.l. 30 giugno 2005, n. 115 (siccome introdotto dalla l. di conversione 17 agosto n. 2005, n. 168).

Con successivi motivi aggiunti notificati il 30 giugno 2006, ritualmente depositati, la ricorrente, muovendo dalla parziale abrogazione del citato art. 14-*vicies ter* disposta dall'art. 256 d.lgs. 12 aprile

2006, n. 163 (recante il “Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17 e 2004/18”; c.d. Cod. contr. pubbl.), instava per la declaratoria di sopravvenuta nullità, abrogazione o caducazione del gravato d.P.C.M. nelle parti concernenti i criteri di aggiudicazione delle gare.

Si costituivano in resistenza le amministrazioni intimata e le associazioni di categoria Fipe – Confcommercio, Associazione Nazionale Società di Emissione di Buoni Pasto (Anseb) nonché la Federazione Imprese di Servizi (Fise).

Successivamente, alla suindicata udienza di merito, depositate dalle parti ulteriori memorie, la causa veniva trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Il ricorso è fondato per quanto di ragione.

1.1. L'art. 14-*vicies ter* d.l. n. 115/05 cit. (“disposizioni in materia di servizi sostitutivi di mensa”) sancisce al 1° comma che “al fine di concorrere al conseguimento di più elevati livelli di produttività, con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, da adottare, su proposta del Ministro delle attività produttive [...], sono disciplinati:

a) le caratteristiche e i requisiti anche finanziari delle società di capitali che svolgono l'attività di gestione dei servizi sostitutivi di mensa mediante buoni pasto;

b) i requisiti degli esercizi di somministrazione al pubblico di alimenti e bevande, delle mense aziendali e interaziendali, nonché degli altri esercizi convenzionabili con le società di cui alla lettera a) per l'erogazione dei servizi sostitutivi di mensa;

c) i criteri per l'aggiudicazione delle gare secondo l'offerta economicamente più vantaggiosa e le modalità per garantire il valore della prestazione concordato con i lavoratori dipendenti;

d) le caratteristiche del buono pasto e la regolamentazione dell'utilizzo dello stesso da parte dei lavoratori dipendenti e delle categorie assimilate”.

In attuazione di questa disposizione è stato emanato il d.P.C.M. 18 novembre 2005, atto avverso il

quale si dirige l'impugnativa di Repas.

Con l'art. 256 d.lgs. n. 163/2006 (c.d. Cod. contr. pubbl.), entrato in vigore il 1° luglio 2007 (art. 257), è stata peraltro disposta l'abrogazione dell'anzidetta lettera c) "limitatamente alle parole «i criteri per l'aggiudicazione delle gare secondo l'offerta economicamente più vantaggiosa e)», sicché il nuovo testo della norma si limita a prevedere "le modalità per garantire il valore della prestazione concordato con i lavoratori dipendenti".

Il 4° comma di tale articolo ha inoltre demandato al regolamento di attuazione del Codice l'elencazione delle "norme abrogate, con decorrenza dall'entrata in vigore del regolamento medesimo, anche in relazione alle disposizioni contenute" (tra le altre) nel citato d.P.C.M..

Il mutato quadro normativo ha indotto la ricorrente a esperire motivi aggiunti, nei quali ha sostenuto che la riportata modifica: a) avrebbe avuto l'effetto di rendere nullo o di caducare *ipso iure* il d.P.C.M. nella parte in cui introduce regole per le gare (artt. 1, 3, 6, 7, 2° e 4° comma; n. I mm. aa.); b) avrebbe comportato l'insorgere di nuove ipotesi di illegittimità; c) avrebbe infine rafforzato le originarie doglianze, stante l'incompatibilità delle disposizioni in esame con i principi introdotti dal sopravvenuto Codice dei contratti.

1.2. L'impugnativa si articola in due parti, l'una intesa a contestare la legittimità, in relazione a norme e principi costituzionali e comunitari, del complessivo intervento normativo (legge e d.P.C.M.) e l'altra precipuamente volta ad ottenere la caducazione del decreto in quanto asseritamente contrastante con l'art. 14-*vicies ter*.

1.2.1. Più in dettaglio, con il primo ordine di censure la società istante lamenta:

a) l'incostituzionalità della disposizione primaria per pretesa violazione della sfera di competenza legislativa delle Regioni, siccome garantita dall'art. 117 Cost. (la materia disciplinata dal provvedimento impugnato non rientrerebbe tra quelle – nominate - riservate allo Stato, né tra quelle c.d. "trasversali", come la "concorrenza" o la "garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali", ad onta delle finalità evidenziate nell'art. 1 del d.P.C.M.), anche con riguardo al canone di leale

collaborazione enunciato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 303 del 2003 (nn. I e II ric.; n. II mm.aa.); l'ulteriore incostituzionalità della norma in relazione all'art. 41 Cost., non ravvisandosi alcuna "utilità sociale" atta a giustificare l'intervento su un settore da ritenere assoggettato alle regole del libero mercato e concretandosi la disposizione censurata in una violazione della riserva di legge fissata da tale norma (stante la totale assenza di adeguati criteri direttivi nell'art. 14-*vicies ter*; nn. III e IV ric.);

b) il contrasto dell'art. 14-*vicies ter*, nella parte in cui pretende di limitare alla sola "offerta economicamente più vantaggiosa" il criterio di aggiudicazione degli appalti nel settore dei buoni pasto, con i principi di diritto comunitario espressi dalla sentenza della Corte di giustizia 7 ottobre 2004, in causa C-247/2002.

1.2.2. Con un'altra serie di doglianze Repas prospetta l'illegittimità di alcune disposizioni del d.P.C.M.:

a) anzitutto (n. V ric.), sarebbero prive di necessaria "copertura" legislativa le prescrizioni:

- sul divieto di indire aste *on line* (art. 7, comma 4, contrastante anche con la disciplina comunitaria in materia di gare);

- sulle ipotesi di incompatibilità degli amministratori delle società che prestano i servizi sostitutivi di mensa (art. 3, comma 4);

- sulla sottoposizione dell'attività di emissione di buoni pasto al regime amministrativo della dichiarazione di inizio attività (art. 3, comma 6);

- sulla nullità dei contratti (artt. 7, comma 4, e 8, comma 2);

- sul regime delle convenzioni tra le società emittenti e gli esercizi convenzionati (art. 8);

- sui termini dei pagamenti (e i relativi ritardi) dei buoni pasto da parte delle società emittenti (art. 9);

- sulla estensione degli effetti del d.P.C.M. alle convenzioni già in essere (art. 10);

b) sarebbero inoltre illegittime (n. VI ric. e n. III mm.aa.) le prescrizioni dell'art. 3 d.P.C.M. cit. in tema di:

- capitale sociale delle società che emettono buoni pasto, risultando il requisito minimo stabilito (750.000 euro, interamente versati; art. 3, comma 1) in contrasto: con le regole in tema di criteri presuntivi di affidabilità finanziaria ed economica degli offerenti, oltre che con la disciplina comunitaria e interna sugli appalti di servizi (artt. 1, 4, 47 e 53 dir. 2004/18/CE e art. 13 d.lgs. n. 157/95); con la riserva di amministrazione delle stazioni appaltanti; con i principi di proporzionalità e ragionevolezza; con le disposizioni civilistiche sulle società di capitali;

- certificazione del bilancio (art. 3, comma 3), alla luce della ingiustificata equiparazione delle società che emettono buoni pasto (in ipotesi anche s.r.l.) alle società “che fanno ricorso al capitale di rischio” e “che sono tenute alla redazione del bilancio consolidato”, laddove sarebbe stata maggiormente idonea una qualsiasi garanzia contrattuale (tanto più che l’art. 2325-*bis* cod. civ. ammetterebbe l’estensione della disciplina delle società quotate solo attraverso modifiche del codice civile o attraverso apposite leggi speciali);

- requisiti personali degli amministratori delle società emittenti (art. 3, comma 4), non essendo comprensibili le ragioni della introduzione di un regime aggravato rispetto a quello delle altre imprese partecipanti a gare pubbliche e risultando altresì violata la riserva di legge dell’art. 24 Cost. (che impedisce di prevedere nuove sanzioni accessorie con norma secondaria);

- natura degli emittenti, non trovando alcuna giustificazione l’imposizione della forma della società di capitali;

c) ancora, sarebbero illegittime le disposizioni dell’art. 6 d.P.C.M. che, in materia di offerta economicamente più vantaggiosa, individuano i criteri per l’aggiudicazione delle gare, in quanto:

- la considerazione riservata al “rimborso dei buoni pasto” e ai “termini di pagamento” agli esercizi convenzionati” (art. 6, comma 3, lett. *b* e *d*) andrebbero al di là di quanto stabilito dalle norme sugli appalti di servizi (art. 53 dir. 2004/18 e art. 23 d.lgs. n. 157/95); le modalità di computo del “prezzo” e del citato “rimborso dei buoni pasto” (art. 6, co. 3, lett. *a* e *d*) violerebbero il canone che richiede l’attribuzione del punteggio in modo proporzionale e continuo rispetto al parametro di riferimento;

l'assegnazione di un ulteriore punteggio correlato alla anticipazione dei rimborsi in favore degli esercenti (art. 6, comma 3, lett. *d*) introdurrebbe un surrettizio finanziamento del tutto esulante dalle finalità dell'appalto (n. VII ric. e n. IV mm.aa.);

- gli anzidetti criteri di valutazione delle offerte contrasterebbero con il principio comunitario della effettiva concorrenza, imponendo una struttura dei costi tale da privilegiare gli sconti agli esercenti (n. VIII ric.);

d) più a monte, la stessa scelta operata dalla legge circa l'imposizione del sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa rifluirebbe sul d.P.C.M. in termini di illegittimità dei criteri di ponderazione; tanto più che il provvedimento impugnato pretenderebbe (agli artt. 2, comma 1, lett. *f*, e 3, comma 2) di disciplinare anche i committenti privati (n. IX ric.), mentre la preclusione all'utilizzo del metodo del "prezzo più basso" si porrebbe in stridente contraddizione con la finalità concorrenziale che lo stesso d.P.C.M. dichiara di perseguire (n. X ric. e n. V mm.aa.);

e) da ultimo, sempre in tema di valutazione delle offerte, la previsione di un punteggio commisurato al più elevato rimborso agli esercenti integrerebbe un aiuto di Stato (pari a circa 200 milioni di euro annui, ossia al 4-5% del mercato delle commesse in questione, complessivamente ammontante a circa 4 miliardi di euro) vietato dall'art. 87 Tratt. CE, sussistendone gli elementi costitutivi (idoneità dell'atto; idoneità della misura economica; origine pubblica delle risorse coinvolte; vantaggio economico di una determinata categoria di soggetti; selettività degli operatori avvantaggiati; distorsione della concorrenza e pregiudizio al commercio fra gli Stati membri); sotto altro profilo, il d.P.C.M. avrebbe la conseguenza di agevolare (o finanche imporre) la costituzione di posizioni dominanti, in spregio agli artt. 10 e 82 Tratt. CE.

2. Tanto premesso, ritiene il Collegio che l'esame delle doglianze concernenti direttamente il d.P.C.M. (*sub* 1.2.2) sia logicamente pregiudiziale rispetto alla delibazione delle questioni di compatibilità costituzionale o comunitaria dell'art. 14-*vicies ter*, derivando la rilevanza di dette questioni dalla sperimentata impossibilità di pervenire a una statuizione di accoglimento della pretesa azionata.

2.1. Prima di affrontare il merito del gravame occorre tuttavia dar conto delle due eccezioni di inammissibilità del ricorso formulate dalle parti interventrici, che vanno entrambe disattese:

a) quella fondata sul rilievo del valore legislativo del d.P.C.M. impugnato (e sul conseguente difetto di giurisdizione del giudice amministrativo), in quanto tale atto ha natura regolamentare; nel nostro ordinamento vige il principio di tipicità delle fonti primarie (si tratta cioè di un sistema “chiuso”, così connotato dalla circostanza che le norme sulla produzione di atti aventi forza e valore di legge hanno rango costituzionale), sicché una norma di legge ordinaria che delegasse a un singolo ministro l’esercizio del potere legislativo si porrebbe in irrimediabile contrasto con l’art. 76 Cost.; al contrario un regolamento (qual è l’atto in esame; v. *infra* punto 2.2.1) può sempre essere impugnato innanzi al competente giudice “comune” (v. Corte cost. 18 ottobre 2000, n. 427, sui regolamenti di delegificazione);

b) quella che muovendo dalla natura generale ed astratta dell’atto in esame assume la carenza di un interesse attuale a ricorrere in capo a Repas, in quanto questa società ha comprovato di essere un’azienda operante nel comparto dei servizi sostitutivi di mensa (essendosi resa aggiudicataria di due lotti dell’ultima gara Consip del 2005 e di un’altra serie di gare in tutt’Italia; mem. 10.6.2006 e all.ti 16 nonché 37 e ss.), la cui posizione verrebbe ad essere immediatamente incisa dalle nuove disposizioni (v. pagg. 3 ss. mem. 10.6.2006, in cui l’istante chiarisce di avere un interesse immediato: a mantenere immutato il suo capitale sociale; a non essere sottoposta a controlli diversi, quali la certificazione del bilancio e i requisiti degli amministratori, rispetto a quelli di altre imprese operanti nel settore; a predisporre offerte che abbiano *chances* di aggiudicazione; a non vedersi illegittimamente pretermessa nella gare per effetto di un generale criterio di attribuzione dei punteggi; a difendere la sua libertà negoziale e i contratti in corso stipulati).

2.2. Nel merito, il ricorso è fondato per quanto di ragione.

2.2.1. Va anzitutto chiarito che l’abrogazione parziale dell’art. 14-*vicies ter* ad opera dell’art. 256 Cod. contr. pubbl. non rimane priva di effetti sul d.P.C.M. 18 novembre 2005, provvedimento che, come già

anticipato, ha natura regolamentare (essendo assimilabile a un regolamento ministeriale *ex* art. 17, 3° comma, l. 23 agosto 1988, n. 400).

Non rileva, in senso contrario, il mancato rispetto delle prescrizioni contenute nell'art. 17, 4° comma, l. n. 400/88, consistenti nell'utilizzo del *nomen juris* "regolamento" e nella sottoposizione dell'atto al Consiglio di Stato per il parere e alla Corte dei conti per il visto e la registrazione.

In tempi recenti si sono invero manifestati molteplici tentativi di eludere i vincoli fissati dalle leggi sulla produzione normativa.

Accanto alla c.d. "fuga dal regolamento", fenomeno insorto all'indomani dell'entrata in vigore della l. n. 400/88 e che consiste nella trasfusione di contenuti regolamentari in meri atti amministrativi, si sono di volta in volta affermati altri moduli di normazione non del tutto coerenti con il sistema delle fonti (si pensi alle leggi che affermano la natura non regolamentare di determinati atti normativi, come lo stesso art. 17, comma 4-*bis*, lett. *e*, l. n. 400/88, o che autorizzano il Governo a decidere discrezionalmente se disciplinare determinati oggetti in via regolamentare o in via amministrativa, ed è quanto accade nelle leggi comunitarie annuali; si possono ancora menzionare, per quanto vi siano differenze in termini di compatibilità costituzionale, i decreti legislativi che operano delegificazioni di intere materie in favore di organi governativi o di autorità amministrative indipendenti, in totale assenza di criteri di delega).

Nondimeno, il mancato rispetto delle indicate prescrizioni della legge n. 400/88 non può assurgere a parametro di legittimità, in quanto il d.P.C.M. è stato emanato in base a una norma derogatoria (in quanto posteriore e speciale) rispetto a quella (anteriore e generale) dell'art. 17 l. n. 400/88.

Non operando cioè il menzionato principio di tipicità delle fonti con riferimento agli atti di normazione secondari (v. *supra* punto 2.1), rimane in capo al legislatore ordinario il potere di introdurre nell'ordinamento ipotesi di fonti regolamentari extra-vaganti.

Per individuare la natura dell'atto si impone allora un'indagine di tipo sostanzialistico (secondo la metodologia costantemente utilizzata anche dalla Corte costituzionale), il cui esito convince, nella

specie, della correttezza dell'ipotesi iniziale: l'impugnato d.P.C.M. reca infatti una serie di prescrizioni che, oltre ad essere generali ed astratte, sono sicuramente innovative dell'ordinamento.

Va al riguardo ricordato che gli atti di natura regolamentare, di qualsiasi livello essi siano, in quanto espressione della potestà attribuita all'amministrazione di incidere, integrandola ed arricchendola, su una precedente disciplina legislativa, non possono che avere natura normativa, in quanto innovano l'ordinamento giuridico con precetti aventi i caratteri della generalità ed astrattezza, a differenza degli atti e provvedimenti amministrativi generali che sono espressione di una semplice potestà amministrativa di natura gestionale e sono rivolti alla cura concreta d'interessi pubblici, seppure a destinatari indeterminati (così Cons. St., sez. Atti norm., 11 luglio 2005, n. 911).

L'esposta conclusione risulta inoltre avvalorata (tornando per un momento sul piano formale) dalle circostanze dell'avvenuta registrazione del d.P.C.M. ad opera della Corte dei conti e della sua intervenuta pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale.

Appurata la natura normativa dell'atto – e pur non volendosi sostenere che nel caso di specie (nel quale il “venir meno” del d.P.C.M. deriverebbe non tanto da una espressa determinazione del legislatore, tale non essendo la norma dell'art. 256, 4° comma, che si limita a rimandare l'abrogazione del d.P.C.M. al successivo regolamento attuativo del Codice, quanto dalla eventuale incompatibilità della nuova disciplina con quella vigente) si sia verificato un effetto abrogativo propriamente detto, alla luce dell'orientamento che reputa operante l'art. 15 preleggi soltanto nei casi di contrasto precettivo tra disposizioni aventi pari forza e valore – è certo che l'eventuale antinomia tra fonte primaria e regolamento può esser risolta attraverso il ricorso alla categoria della inefficacia sopravvenuta (o della inapplicabilità) dell'atto secondario, non essendosi in presenza né di una illegittimità né di un vizio patologico, comunque denominato, del regolamento (v., su tali punti, Cons. Stato, sez. V, 9 dicembre 2004, n. 7899).

Più in dettaglio, la soppressione del principio direttivo concernente l'individuazione dei “criteri per l'aggiudicazione delle gare secondo l'offerta economicamente più vantaggiosa” è espressiva della

sopravvenuta volontà del legislatore di non disciplinare il punto in modo difforme rispetto al quadro normativo generale, con inevitabile venir meno delle disposizioni secondarie che costituivano sviluppo del canone originario, certamente prive della “capacità di resistere ad una norma di legge, cronologicamente successiva e di segno radicalmente contrario” (così Cons. Stato, sez. V, n. 7899/04 cit.).

Ciò consente di condividere il rilievo delle interventrici Anseb e Fipe in ordine alla sopravvenuta carenza di interesse - con consequenziale declaratoria di improcedibilità – dell’impugnazione nella parte in cui viene specificamente censurato l’art. 6 del d.P.C.M., riguardante i “criteri per l’aggiudicazione delle gare” (e precisamente dei motivi di doglianza di cui alle lettere *c*, *d* ed *e* del precedente punto 1.2.2), con l’ulteriore conseguenza che non vi è luogo a provvedere sulle istanze di Repas di sollevare la questione (ormai irrilevante) di legittimità costituzionale (v. *supra*, lett. *b* del punto 1.2.1) ovvero di disporre il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia delle Comunità europee delle norme in argomento.

2.2.2. Sono invece inammissibili, per difetto di interesse, i motivi con i quali Repas contesta per un verso l’imposizione alle imprese emittenti di buoni pasto di operare con veste di società di capitali (art. 3, comma 1, d.P.C.M. e art. 14-*vicies ter*, lett. *a*), e, per altro verso, la fissazione di stringenti requisiti per i relativi amministratori (art. 3, comma 4, d.P.C.M.; v. *supra* lett. *a*, 2° alinea, e lett. *b*, 3° e 4° alinea, del punto 1.2.2).

La ricorrente, infatti, oltre ad essere una società di capitali, non allega che i suoi amministratori sarebbero colpiti dalle menzionate disposizioni, sicché non si vede quale utilità essa potrebbe trarre dall’eventuale annullamento del d.P.C.M. *in parte qua*.

2.2.3. Le rimanenti censure, prospettanti l’“eccesso di delega” in relazione a una serie di norme del d.P.C.M. (*sub* 1.2.2, lett. *a*) e comunque l’illegittimità delle previsioni in tema di capitale sociale e di certificazione del bilancio (*sub* 1.2.2, lett. *b*, primi due alinea), sono al contrario fondate.

A) Giova ricordare che il nuovo testo dell’art. 14-*vicies ter* demanda al d.P.C.M. la disciplina di: a) “caratteristiche e [...] requisiti anche finanziari delle società di capitali che svolgono l’attività di gestione

dei servizi sostitutivi di mensa mediante buoni pasto”; b) “requisiti degli esercizi di somministrazione al pubblico di alimenti e bevande, delle mense aziendali e interaziendali, nonché degli altri esercizi convenzionabili [...]”; c) “modalità per garantire il valore della prestazione concordato con i lavoratori dipendenti”; d) “caratteristiche del buono pasto e la regolamentazione dell’utilizzo dello stesso da parte dei lavoratori dipendenti e delle categorie assimilate”.

L’intento perseguito dal legislatore, palesato dalla finalità espressamente enunciata nella norma primaria di “concorrere al conseguimento di più elevati livelli di produttività” nel settore dei servizi sostitutivi di mensa, è reso chiaro dai ricordati criteri direttivi, volti a disciplinare: a) dal lato soggettivo, sia le imprese emittenti di buoni pasto, le quali svolgono essenzialmente un servizio di intermediazione tra i soggetti, pubblici o privati, che intendono erogare il servizio di mensa in favore dei propri dipendenti e gli “esercizi convenzionati” (quali ristoranti, bar, supermercati, ecc.), sia proprio questi “esercizi”; b) dal lato oggettivo, le caratteristiche del “buono pasto” (definito dall’art. 1, lett. c, d.P.C.M. come “il documento di legittimazione, anche in forma elettronica, avente le caratteristiche di cui al successivo art. 5, che attribuisce al possessore, ai sensi dell’art. 2002 del codice civile, il diritto ad ottenere dagli esercizi convenzionati la somministrazione di alimenti e bevande e la cessione di prodotti di gastronomia pronti per il consumo, con esclusione di qualsiasi prestazione in denaro”), e le sue modalità di utilizzo da parte dei beneficiari, nonché (evidentemente nell’interesse di detti beneficiari) le modalità per “garantire il valore della prestazione concordato”.

Si tratta cioè di una disciplina che muove dal presupposto che il “valore della prestazione” possa nei fatti diminuire, occorrendo per tale ragione assicurare “più elevati livelli di produttività”.

B) In attuazione di questi criteri il decreto impugnato impone anzitutto (per quel che qui rileva) che le società emittenti abbiano un capitale sociale minimo (interamente versato) pari a 750.000 euro (art. 3, comma 1) e sancisce che il loro bilancio sia assoggettato a revisione ad opera di una società iscritta nell’elenco dell’art. 161 del d.lgs. n. 58 del 1998 (c.d. Testo unico della finanza – Tuf) ovvero iscritta nel registro istituito presso il Ministero della giustizia ai sensi dell’art. 2409-*bis* cod. civ. (art. 3,

comma 3).

Ad avviso del Collegio queste prescrizioni non sono in linea con gli scopi avuti di mira dal legislatore, apparendo del tutto irragionevoli, eccessivamente penalizzanti e sproporzionate rispetto all'oggetto sociale di tali imprese.

Sotto il primo aspetto, va ricordato come ogni società di capitali sia tenuta al rispetto della disciplina del codice civile, che nel prevedere, in materia di capitale sociale, un ammontare minimo di 120.000 euro per le s.p.a. e di 10.000 euro per le s.r.l. (artt. 2327 e 2463, n. 4, cod. civ.), giudica questi importi presuntivamente idonei ad assolvere alle funzioni generalmente ricondotte a tale elemento (secondo la migliore opinione, il capitale sociale è sia un vincolo per i soci, attesa la sua indisponibilità e intangibilità per tutta la durata della società, cosa che consente di qualificarlo altresì come garanzia patrimoniale supplementare per i creditori sociali, sia una regola organizzatoria dell'ente, alla luce del suo rilievo nel bilancio di esercizio ai fini del computo di utili e perdite).

Ed allora, eventuali deroghe a dette soglie non possono che derivare dalla legge, che può stabilire direttamente un diverso ammontare (v. ad es. art. 106 d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385, c.d. Testo unico bancario – Tub, che per gli intermediari operanti nel settore finanziario prevede un “capitale sociale versato non inferiore a cinque volte il capitale minimo previsto per la costituzione delle società per azioni”) ovvero può demandarne la determinazione ad una autorità amministrativa (v. ad es. art. 14 Tub nonché, in attuazione di tale norma, le Istruzioni di vigilanza della Banca d'Italia, che al punto I.1, sez. II, richiedono, per le banche, un capitale versato di ammontare non inferiore a 6,3 milioni di euro ovvero a 2 milioni di euro per le banche di credito cooperativo; v. anche art. 19 Tuf).

La previsione di importi più elevati rispetto a quelli fissati dal diritto comune, che ha senso solo se è necessario garantire una maggiore “solidità” (*i.e.* stabilità) delle imprese interessate, non può che derivare perciò, pena la violazione della libertà di iniziativa economica e del principio di uguaglianza, dalla peculiarità delle attività svolta da dette imprese (come sono, generalmente, quelle che operano in settori sottoposti alla vigilanza delle autorità indipendenti), e, più in dettaglio, dalle conseguenze

“sistemiche” dell’insolvenza.

Nessuna giustificazione sembra invece sorreggere la norma in esame, che introduce un vincolo economico di rilevante entità per lo svolgimento di un’attività che non sembra presentare aspetti di rischio esulanti dall’alea tipicamente connotante le ordinarie attività imprenditoriali, non ponendosi problemi di tutela della collettività diversi da quelli risolti dalla normativa comune sulle crisi aziendali (legge fallimentare e, se del caso, amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi).

Il regolatore non ha cioè tenuto conto del fatto, puntualmente documentato dalla ricorrente (v. docc. 39 ss. ric., dep. il 29.10.2006), che i datori di lavoro (anche pubblici) non necessariamente stipulano contratti di rilevante entità, onde non appare congruo escludere da questo segmento di mercato imprese di minori dimensioni ma non per questo meno idonee ad espletare il servizio. La variabilità dei valori economici in gioco dà conto poi della correttezza del rilievo di Repas in ordine alla *ratio* della regola che negli appalti pubblici di servizi attribuisce alle stazioni appaltanti il potere di stabilire, nel rispetto di canoni di ragionevolezza, le caratteristiche economiche e finanziarie dei potenziali contraenti.

Parimenti illogico è l’assoggettamento delle società emittenti i buoni pasto al controllo contabile nelle forme previste per le società quotate (per le quali la revisione è effettuata da società iscritte in un albo speciale tenuto a cura della Consob; v. art. 161 Tuf) o per quelle che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio diverse dalle quotate (*ex art. 2325-bis* cod. civ., per le quali la revisione è effettuata da società iscritte nell’apposito registro istituito presso il Ministero della giustizia; l’estensione del regime delle società quotate risulta anche dalla circostanza che la società di revisione dovrà emettere un “giudizio” sul bilancio secondo quanto prescritto dall’art. 156 Tuf; v. anche artt. 2409-*bis* e 2409-*ter* cod. civ.).

Non è cioè contemplata la facoltà, conferita alle società che “non fanno ricorso al mercato del capitale di rischio” (e a quelle che non sono tenute alla redazione del bilancio consolidato) dall’art. 2409-*bis*, 3° comma, cod. civ., di prevedere nello statuto “che il controllo contabile sia esercitato dal

collegio sindacale”.

A ben vedere, l'aggravamento indotto dal regolamento si traduce in una limitazione dell'autonomia statutaria di enti economici privati che non poggia su basi condivisibili, non risultando chiaro perché le aziende che emettono buoni pasto debbano esser private del diritto di attribuire all'organo di controllo interno l'esame dei conti (cosa che permetterebbe loro di conseguire evidenti risparmi sui costi senza per questo ledere gli interessi collettivi alla cui tutela sono preordinati gli stringenti obblighi in questione).

C) Sono infine illegittime, nei sensi di cui si passa a dire, anche le altre disposizioni censurate da Repas, specificamente attinenti alla disciplina dei rapporti contrattuali tra le parti interessate.

Prima di esaminare le singole doglianze occorre tuttavia procedere a un chiarimento preliminare.

Come ricordato dalla ricorrente, nelle attività in disamina sono coinvolte tre tipologie di soggetti: i datori di lavoro (“clienti” o “committenti”) interessati a erogare servizi sostitutivi di mensa in favore dei propri dipendenti; le aziende “emittenti” di buoni pasto, che espletano essenzialmente un'attività di intermediazione tra il datore di lavoro e gli esercizi che materialmente erogano la prestazione nei confronti del dipendente; gli “esercizi convenzionati”.

La complessa fattispecie in considerazione è dunque regolata da due accordi distinti (pur se verosimilmente avvinti da collegamento negoziale; ma il punto qui non rileva), l'uno tra datori di lavoro ed emittenti (*i.e.* tra clienti e intermediari) e l'altro tra emittenti ed esercizi.

Ora, mentre quest'ultima vicenda (rapporto emittenti/esercizi) si risolve esclusivamente sul terreno del diritto comune in ragione della natura privata delle parti, sull'altro versante (rapporto clienti/emittenti) occorre distinguere a seconda che il datore di lavoro sia o non una pubblica amministrazione. Nella prima ipotesi, infatti, alla disciplina di diritto comune si aggiunge (e si sovrappone) il regime dell'evidenza pubblica, comportante le note deviazioni dagli ordinari schemi di formazione dei contratti.

Si tratta di una distinzione rilevante ai fini di causa, posto che il gravato d.P.C.M. (ma anche l'art.

14-*vicies ter*), oltre a non operare differenziazioni di sorta, dando vita a un contesto disciplinare *in thesi* applicabile a tutti i soggetti del settore (cfr. art. 2, comma 1, lett. *f*, d.P.C.M., che considera “cliente” il datore di lavoro “pubblico o privato”), contiene norme che operano sia sul piano della fase prodromica alla stipulazione dei contratti sia sul piano della disciplina di detti accordi.

C.1) Tanto chiarito, non si vede, anzitutto, come le norme censurate possano incidere sul regime (civilistico) dei contratti tra gli emittenti di buoni pasto e i clienti e di quelli (denominati dall’art. 8 “convenzioni”) tra gli stessi emittenti e gli esercizi.

Cominciando dai requisiti formali, il regolamento in parola non è certamente idoneo né a prevedere ipotesi extra-legislative di “atti che devono farsi per iscritto” (art. 1350 cod. civ.) né ad escludere che la stipulazione possa avvenire con modalità particolari ma comunque rispettose delle regole civilistiche in tema di proposta e accettazione.

Viene in rilievo, sotto il primo profilo, l’art. 8, comma 4, a tenore del quale le “convenzioni” tra gli emittenti e gli esercizi “convenzionabili” “possono essere stipulate e modificate, con specifica accettazione delle parti, esclusivamente in forma scritta”.

L’avverbio “esclusivamente” induce a pensare che la norma richieda per tali pattuizioni (e per le eventuali modificazioni) la forma scritta *ad substantiam*.

Ritiene però il Collegio che questa previsione non trovi adeguato referente primario né nel criterio volto a “garantire il valore della prestazione concordato con i lavoratori dipendenti” né in quello riguardante la regolamentazione dell’utilizzo del buono pasto (art. 14-*vicies ter*, lettere *c* e *d*), essendo indubbio che non è la forma scritta a rendere la pattuizione “più vincolante” (un accordo, ancorché stipulato in forma orale o *per facta concludentia*, ha sempre “forza di legge tra le parti”).

L’introduzione in via regolamentare di una nuova tipologia di contratto solenne contrasta pertanto con il principio di libertà delle forme vigente nel nostro ordinamento (v. art. 1325 cod. civ.; ma arg. anche *ex* artt. 1350, disposizione che alla fine dell’elencazione tassativa contenuta nel 1° comma menziona gli altri atti “specialmente indicati dalla legge”, e 1352, che consente solo alle parti di stabilire,

nell'esercizio della loro autonomia, "forme convenzionali" assistite dalla sanzione della nullità).

Resta fermo, naturalmente, che il requisito in parola è sempre richiesto, ma in virtù di regole affatto diverse, per i contratti con le pubbliche amministrazioni (in materia di principio formalistico, v. *ex plur.* Cass. civ., sez. III, 12 aprile 2006, n. 8621).

C.2) Per le medesime ragioni è illegittima la norma dell'art. 7, comma 4, che prevede la nullità dei contratti (aventi ad oggetto servizi sostitutivi di mensa) "conclusi previa contrattazione telematica con il sistema delle aste *on-line* con rilanci plurimi, anche con l'intervento di intermediari professionisti".

Anche questa previsione non sembra al Collegio costituire sviluppo di alcuno dei criteri previsti nell'art. 14-*vicies ter* (nonostante che la rubrica della norma regolamentare parli di "modalità per garantire il valore delle prestazioni"), non ravvisandosi alcun nesso tra questa forma di contrattazione e il "valore delle prestazioni" (il sistema "a rilanci plurimi" o *multi-round* pare anzi in grado di soddisfare una serie di interessi concorrenti).

Essa non può pertanto certamente applicarsi a parti private.

Ma nemmeno si impone alle pubbliche amministrazioni. Il comma in disamina, pur parlando di nullità dei contratti stipulati con questa tecnica, si traduce essenzialmente in un divieto alle stazioni appaltanti di indire gare aggiudicabili con il sistema delle aste *on line*.

Si tratta però di una preclusione in palese contrasto con i principi comunitari e nazionali che invece incentivano il ricorso a questo sistema di contrattazione. L'art. 85 Cod. contr. pubbl. contempla infatti la possibilità per le stazioni appaltanti di stabilire che l'aggiudicazione avvenga attraverso un'asta elettronica (commi 1 e ss.) e fa salve le disposizioni in tema di gare telematiche di cui al d.P.R. 4 aprile 2002, n. 101 (comma 13).

Di qui, l'illegittimità della norma anche nella parte in cui pretende di disciplinare l'operato delle pubbliche amministrazioni.

C.3) L'articolo 9 del d.P.C.M. contiene regole in materia di termini di pagamento: esso stabilisce un termine di 45 giorni sia per il pagamento dei buoni pasto da parte dei clienti alle società di emissione

(comma 1), sia per il pagamento “delle fatture agli esercizi convenzionati da parte delle società di emissione” (comma 2), e prevede che in caso di mora (comma 3) vadano applicati gli interessi legali nella misura di cui all’art. 5, comma 1, d.lgs. 9 ottobre 2002, n. 231 (recante “attuazione della direttiva 2000/35/CE relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali”); è data comunque alle parti facoltà di stabilire termini superiori “a condizione che le diverse pattuizioni siano stabilite per iscritto e rispettino i limiti concordati nell’ambito di accordi sottoscritti [...] dalle organizzazioni, maggiormente rappresentative a livello nazionale, delle imprese di emissione, degli esercizi convenzionabili e dei datori di lavoro” (comma 4).

Come per le ipotesi trattate in precedenza, anche questa disciplina non è riconducibile ai criteri dell’art. 14-*vicies ter*, donde l’illegittimità dei commi 1 e 2 di detto art. 9, in quanto pretendono di incidere sull’autonomia negoziale delle parti garantita, sul punto, dagli artt. 1183 ss. cod. civ.. Cade, di conseguenza, anche il comma 4, che, oltre a richiedere un requisito di forma solenne per le pattuizioni derogatorie dei commi 1 e 2 (requisito dunque illegittimo per quanto osservato al punto C.1), si regge proprio sulla previsione di un termine *ope legis* (per le medesime ragioni viene travolto anche il comma 3, peraltro ripetitivo degli artt. 4 e 5 del d.lgs. n. 231/2002).

C.4) L’art. 10 del d.P.C.M. (“disposizioni transitorie”) sancisce l’estensione degli effetti della nuova normativa alle convenzioni in essere (comma 2).

In proposito è sufficiente osservare che l’applicazione dello *jus superveniens* ai contratti già stipulati può derivare soltanto da una legge retroattiva, che cioè deroghi, anche implicitamente, all’art. 11 preleggi. È evidente allora come una norma regolamentare non possa produrre tale effetto (né l’art. 14-*vicies ter* prevede alcunché in termini di adeguamento dei rapporti negoziali in essere alla nuova disciplina).

C.5) È invece inammissibile, per carenza di interesse, la doglianza relativa all’art. 8, comma 1, d.P.C.M., disposizione che stabilisce in dettaglio il contenuto delle “convenzioni” tra emittenti e esercizi convenzionati (le quali devono recare: l’indicazione dei termini di pagamento da parte degli emittenti in

favore degli esercizi; la durata del contratto; le condizioni economiche e il termine di preavviso per eventuale rinegoziazione o disdetta; le clausole di utilizzabilità del buono pasto; l'indicazione dello "sconto incondizionato" e di altri eventuali corrispettivi riconosciuti agli emittenti; l'indicazione del termine, non inferiore a sei mesi, dalla data di scadenza del buono pasto, entro il quale l'esercizio convenzionato potrà validamente richiedere il pagamento delle prestazioni effettuate).

Si tratta infatti di una norma che, pur intendendo incidere sull'oggetto dei contratti in questione, non è tuttavia assistita da alcuna sanzione di invalidità o inefficacia, nemmeno desumibile all'esito di una lettura sistematica, potendo perciò esser validamente derogata da parti private (uniche destinatarie del dettato regolamentare). Ne sortisce che la ricorrente non ha interesse a dolersene.

C.6) Ritiene infine il Collegio che sia infondata la censura concernente l'art. 3, comma 6, d.P.C.M., con cui è prevista la sottoposizione dell'attività di emissione di buoni pasto al regime amministrativo della d.i.a..

La norma – che intende assicurare l'affidabilità del soggetto incaricato dell'esecuzione del servizio – costituisce, a differenza delle altre innanzi esaminate, coerente sviluppo della lettera a) dell'art. 14-*vis* *ter*, sicché non merita di essere stigmatizzata.

Per sua parte, la ridetta disposizione primaria non appare per questo profilo in contrasto con i principi costituzionali invocati dalla ricorrente.

A ben vedere, il servizio sostitutivo di mensa altro non è che una modalità con cui il datore di lavoro, non potendo (o non volendo) predisporre una mensa aziendale, adempie all'obbligo normalmente previsto nei contratti collettivi di erogare (o di concorrere alla erogazione di) questo servizio in favore dei propri dipendenti. Si tratta perciò di una prestazione compresa nel sinallagma del rapporto individuale di lavoro, tanto che la sua mancata o inesatta esecuzione può rilevare in termini di inadempimento. Correlativamente, il lavoratore vanta un vero e proprio diritto a fruire di questo servizio.

L'esigenza di tutela dei lavoratori dipendenti consente così di individuare l'interesse che permette

all'art. 14-*vicies ter* di richiedere (sia pure attraverso una norma secondaria) che l'attività di emissione di buoni pasto possa essere intrapresa solo dopo la presentazione di apposita comunicazione all'autorità amministrativa.

Non risulta pertanto violato né l'art. 41 Cost., dal momento che la sottoposizione di attività economiche a un regime (pur se attenuato) di controlli amministrativi è consentita dai successivi commi 2 e 3 dello stesso articolo, né tanto meno l'art. 117, 2° comma, lettera *l*), Cost., che riserva alla potestà legislativa esclusiva dello Stato la materia dell'"ordinamento civile", nella quale è da ritenersi compresa la disciplina dei contratti individuali di lavoro (v. C. cost. 28 gennaio 2005, n. 50).

D) In sintesi, sono illegittime e vanno pertanto annullate le seguenti disposizioni del gravato d.P.C.M.: 3, comma 1, nella parte in cui prevede l'ammontare del capitale sociale; 3, comma 3; 7, comma 4; 8, comma 2; 9; 10, comma 2.

2.2.4. Va da sé che l'accoglimento del ricorso sotto i profili appena evidenziati e la sopravvenuta modifica disposta dal Codice dei contratti determina l'irrilevanza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 14-*vicies ter* per gli aspetti residuali (e cioè in relazione alle altre norme regolamentari impugnate; *sub* 1.2.1, lett. *a*).

3. In considerazione di quanto osservato, il ricorso è in parte improcedibile, in parte inammissibile e in parte fondato, per cui l'impugnato d.P.C.M. 18 novembre 2005 va annullato nei sensi innanzi esposti.

La particolarità della questione induce il Collegio a disporre l'integrale compensazione delle spese di lite tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale amministrativo regionale del Lazio, sezione prima, definitivamente pronunciando, in parte dichiara il ricorso improcedibile, in parte lo dichiara inammissibile e in parte lo accoglie, e, per l'effetto, annulla il provvedimento impugnato nei sensi e nei limiti di cui in motivazione.

Spese compensate.

La presente sentenza sarà eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio dell'11 ottobre 2006.

Il Presidente

L'estensore

Il testo del Decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 18 novembre 2005
Affidamento e gestione dei servizi sostitutivi di mensa

Decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 18 novembre 2005
Affidamento e gestione dei servizi sostitutivi di mensa
(G.U. n. 13 del 17 gennaio 2006)

1. Ambito di applicazione e finalità

1. Il presente decreto ha per oggetto l'attività di emissione dei buoni pasto, le procedure di aggiudicazione del servizio sostitutivo di mensa reso a mezzo di buoni pasto, nonché i rapporti tra le società di emissione e gli esercizi convenzionati, per assicurare l'efficienza e la stabilità economica del mercato dei buoni pasto, garantire la libera ed effettiva concorrenza nel settore ed un efficiente servizio ai consumatori.

2. Definizioni

1. Ai fini del presente decreto si intendono:

- a) per attività di emissione di buoni pasto, l'attività finalizzata a rendere, per il tramite di esercizi convenzionati, il servizio sostitutivo di mensa aziendale;
- b) per servizi sostitutivi di mensa resi a mezzo dei buoni pasto, le somministrazioni di alimenti e bevande e le cessioni di prodotti di gastronomia pronti per il consumo immediato effettuate dagli esercizi elencati all'art. 4;
- c) per buono pasto, il documento di legittimazione, anche in forma elettronica, avente le caratteristiche di cui al successivo art. 5, che attribuisce al possessore, ai sensi dell'art. 2002 del codice civile, il diritto ad ottenere dagli esercizi convenzionati la somministrazione di alimenti e bevande e la cessione di prodotti di gastronomia pronti per il consumo, con esclusione di qualsiasi prestazione in denaro;
- d) per società di emissione, l'impresa che svolge l'attività di emissione di buoni pasto;
- e) per esercizi convenzionati, gli esercizi, elencati all'art. 4, che, in forza di apposita convenzione con la società di emissione, provvedono ad erogare il servizio sostitutivo di mensa;
- f) per cliente, il datore di lavoro, pubblico o privato, che acquista dalla società di emissione i buoni pasto al fine di erogare ai propri dipendenti il servizio sostitutivo di mensa;
- g) per valore facciale, il valore della prestazione, inclusivo dell'imposta sul valore aggiunto prevista per la somministrazione al pubblico di alimenti e bevande, indicato sul buono pasto.

3. Requisiti delle società di emissione

1. L'attività di emissione di buoni pasto è svolta esclusivamente da società di capitali con capitale sociale versato non inferiore a settecentocinquantamila euro.

2. Le società di cui al comma 1 hanno come oggetto sociale l'esercizio dell'attività finalizzata a rendere il servizio sostitutivo di mensa, sia pubblica che privata, a mezzo di buoni pasto e di altri titoli di legittimazione rappresentativi di servizi.

3. Il bilancio delle società di cui al comma 1 deve essere corredato dalla relazione nella quale una società di revisione iscritta nell'elenco di cui all'art. 161 del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, esprime un

giudizio ai sensi dell'art. 156 del citato decreto legislativo, ovvero da una relazione redatta da una società di revisione iscritta nel registro istituito presso il Ministero della giustizia ai sensi dell'art. 2409-bis del codice civile.

4. Le cariche di amministratore, sindaco e direttore generale nelle imprese di emissione non possono essere ricoperte da coloro che:

- 1) si trovano in una delle condizioni di ineleggibilità o decadenza previste dall'art. 2382 del codice civile;
- 2) sono stati sottoposti a misure di prevenzione disposte dall'autorità giudiziaria ai sensi della legge 27 dicembre 1956, n. 1423 o della legge 31 maggio 1965, n. 575, salvi gli effetti della riabilitazione;
- 3) sono stati condannati con sentenza irrevocabile, salvi gli effetti della riabilitazione:

- a) a pena detentiva per uno dei reati previsti dalle norme che disciplinano l'attività bancaria, finanziaria, mobiliare, assicurativa e dalle norme in materia di mercati e valori mobiliari, di strumenti di pagamento;
- b) alla reclusione per uno dei delitti previsto nel titolo XI del libro V del codice civile e nel regio decreto del 16 marzo 1942, n. 267 ;
- c) alla reclusione per delitti contro la pubblica amministrazione, contro la fede pubblica, contro il patrimonio, contro l'ordine pubblico, contro l'economia pubblica ovvero per un delitto in materia tributaria;
- d) alla reclusione per un tempo non inferiore a due anni per un qualunque delitto non colposo.

5. Le pene previste dal comma 4, punto 3, lettere a) e b), non rilevano se inferiori ad un anno.

6. Le società di cui al comma 1 possono svolgere l'attività di emissione dei buoni pasto previa dichiarazione di inizio attività trasmessa ai sensi dell'art. 19 della legge 7 agosto 1990, n. 241 come sostituito dall'art. 3, comma 1, della legge 14 maggio 2005, n. 80, al Ministero delle attività produttive, sotto la responsabilità dei rappresentanti legali, di possesso dei requisiti richiesti dal presente decreto.

7. Le imprese attive nel settore dell'emissione di buoni pasto aventi sede in altri Paesi dell'Unione europea possono esercitare l'attività di cui al comma 1 se a ciò autorizzate in base alle norme del Paese di appartenenza.

4. Requisiti degli esercizi

1. I servizi sostitutivi di mensa resi a mezzo dei buoni pasto sono erogati dagli esercizi che svolgono le seguenti attività:

- a) le somministrazioni di alimenti e bevande effettuate dagli esercizi di somministrazione di cui alla legge 25 agosto 1991, n. 287, ed alle eventuali leggi regionali in materia di commercio, nonché da mense aziendali ed interaziendali;
- b) le cessioni di prodotti di gastronomia pronti per il consumo immediato, effettuate, oltre che dagli stessi esercizi di somministrazione, mense aziendali ed interaziendali, da rosticcerie e gastronomie artigianali i cui titolari siano iscritti all'albo di cui all'art. 5, primo comma, della legge 8 agosto 1985, n. 443, nonché dagli esercizi di vendita di cui al decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 114, ed alle eventuali leggi regionali in materia di commercio, legittimati a vendere i prodotti appartenenti al settore merceologico alimentare.

2. Resta fermo il possesso dell'autorizzazione sanitaria di cui all'art. 2 della legge 30 aprile 1962, n. 283, nel caso di preparazione o manipolazione dei prodotti di gastronomia all'interno dell'esercizio.

5. Requisiti dei buoni pasto

1. Ai sensi del presente decreto i buoni pasto:

- a) consentono all'utilizzatore di ricevere un servizio sostitutivo di mensa di importo pari al valore facciale del buono pasto;
- b) costituiscono il documento che consente all'esercizio convenzionato di provare l'avvenuta prestazione nei confronti delle società di emissione;
- c) sono utilizzati, durante la giornata lavorativa anche se domenicale o festiva, esclusivamente dai prestatori

di lavoro subordinato, a tempo pieno e parziale, anche qualora l'orario di lavoro non prevede una pausa per il pasto, nonché dai soggetti che hanno instaurato con il cliente un rapporto di collaborazione anche non subordinato;

d) non sono cedibili, commercializzabili, cumulabili o convertibili in denaro;

e) sono utilizzabili esclusivamente per l'intero valore facciale.

2. I buoni pasto devono riportare:

a) il codice fiscale o la ragione sociale del datore di lavoro;

b) la ragione sociale e il codice fiscale della società di emissione;

c) il valore facciale espresso in valuta corrente;

d) il termine temporale di utilizzo;

e) uno spazio riservato alla apposizione della data di utilizzo, della firma dell'utilizzatore e del timbro dell'esercizio convenzionato presso il quale il buono pasto viene utilizzato;

f) la dicitura «Il buono pasto non è cumulabile, né cedibile né commerciabile, né convertibile in denaro; può essere utilizzato solo se datato e sottoscritto dall'utilizzatore».

3. Le società di emissione sono tenute ad adottare idonee misure antifalsificazione e di tracciabilità del buono pasto.

6. Criteri per l'aggiudicazione delle gare

1. Gli appalti aventi ad oggetto i servizi sostitutivi di mensa sono aggiudicati ai sensi dell'art. 23, comma 1, lettera b), del decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 157, privilegiando la garanzia e la qualità della prestazione mediante la valutazione dell'aspetto tecnico ed economico dell'offerta.

2. L'offerta è valutata sulla base dei criteri indicati all'art. 53, comma 1, lettera a), della direttiva 2004/18/CE del 31 marzo 2004.

3. L'offerta è valutata sulla base dei seguenti criteri:

a) prezzo.

Il punteggio massimo è attribuito all'offerta con il prezzo più basso. Alle altre offerte è attribuito un minor punteggio determinato dalla formula: prezzo minimo offerto diviso prezzo singola offerta moltiplicato per il punteggio massimo; il risultato è moltiplicato per un coefficiente correttivo da 0,95 a 1. Ai suddetti prezzi si applica l'imposta sul valore aggiunto. Fattore ponderale: 30-40;

b) rimborso dei buoni pasto agli esercizi convenzionati.

Il punteggio massimo è attribuito all'offerta che prevede da parte della società di emissione il rimborso del buono pasto più elevato all'esercizio convenzionato. Alle altre offerte è attribuito un minor punteggio determinato dalla formula: rimborso singola offerta diviso rimborso massimo moltiplicato per il punteggio massimo; il risultato è moltiplicato per un coefficiente correttivo da 0,95 ad 1.

Fattore ponderale 15-30;

c) progetto tecnico.

Il punteggio massimo è attribuito al progetto tecnico che meglio risponde alle specifiche oggettive esigenze organizzative e di innovazione tecnologica indicate dal cliente.

Fattore ponderale 0-20;

d) termini di pagamento agli esercizi convenzionati.

Il punteggio massimo è attribuito all'impresa che si impegna a pagare i corrispettivi delle fatture in un termine inferiore rispetto a quello previsto dal comma 1 dell'art. 9 del presente decreto. Fattore ponderale: 1-10;

e) rete degli esercizi.

Il punteggio massimo è attribuito all'offerta che reca l'impegno espresso all'attivazione, entro un congruo termine dal momento dell'aggiudicazione fissato in sede di bando, del maggior numero di convenzioni con esercizi. La stipula del contratto è subordinata alla circostanza che l'impresa aggiudicataria fornisca prova, entro il congruo termine di cui al primo periodo, di aver attivato il numero di convenzioni indicate in sede di offerta. Se la prova non viene fornita, l'impresa decade dall'aggiudicazione e il servizio viene affidato all'impresa che la segue in graduatoria. Alle altre offerte è attribuito un punteggio direttamente

proporzionale secondo la formula, corretta da un fattore di correzione compreso tra 0,80 e 0,95: numero esercizi singola offerta diviso numero massimo esercizi per punteggio massimo. Fattore ponderale: 5-35.

4. La somma dei fattori ponderali da assegnare per l'insieme degli elementi è pari a 100: in ogni caso i criteri di aggiudicazione dovranno essere coerenti con le specifiche ed oggettive esigenze delle singole amministrazioni aggiudicatrici prevedendosi tempi congrui per la presentazione delle offerte.

5. Il mancato rispetto dei criteri e/o delle condizioni indicate in offerta comporta la revoca dell'aggiudicazione dell'appalto.

6. Le dichiarazioni sono autocertificate ai sensi della vigente normativa.

7. Modalità per garantire il valore della prestazione

1. I datori di lavoro, le società di emissione e gli esercizi convenzionati assicurano, ciascuno nell'esercizio della rispettiva attività contrattuale e delle obbligazioni di propria pertinenza, la utilizzabilità del buono pasto per l'intero valore facciale.

2. Il valore assunto a base d'asta per le gare non può essere inferiore al valore facciale del buono pasto.

3. Il valore facciale del buono pasto è comprensivo dell'imposta sul valore aggiunto prevista per le somministrazioni al pubblico di alimenti e bevande. Le variazioni dell'imposta sul valore aggiunto lasciano inalterato il contenuto economico dei contratti già stipulati.

4. Sono nulli i contratti aventi ad oggetto servizi sostitutivi di mensa conclusi previa contrattazione telematica con il sistema delle aste on-line con rilanci plurimi, anche con l'intervento di intermediari professionali.

8. Convenzioni

1. Le convenzioni stipulate tra le società di emissione di buoni pasto e i titolari degli esercizi convenzionabili di cui all'art. 4 contengono:

- a) l'indicazione del termine di pagamento da parte della società di emissione dei buoni pasto utilizzati presso gli esercizi convenzionati;
- b) la durata del contratto, le condizioni anche economiche, ed il termine del preavviso per l'eventuale rinegoziazione o la disdetta;
- c) le clausole di utilizzabilità del buono pasto, relative alle condizioni di validità ed ai limiti di utilizzo, nonché ai termini di scadenza, specificati in modo espresso ed uniforme;
- d) l'indicazione dello sconto incondizionato e di eventuali altri corrispettivi riconosciuti alle società di emissione;
- e) l'indicazione del termine, non inferiore a sei mesi dalla data di scadenza del buono pasto, entro il quale l'esercizio convenzionato potrà validamente richiedere il pagamento delle prestazioni effettuate.

2. Le convenzioni di cui al comma 1 possono essere stipulate e modificate, con specifica accettazione delle parti, esclusivamente in forma scritta.

9. Termini e ritardi di pagamento

1. Il termine massimo per il pagamento dei buoni pasto da parte dei clienti alle società di emissione è fissato in quarantacinque giorni dalla data di ricevimento della fattura.

2. Il comma 1 si applica anche al pagamento delle fatture agli esercizi convenzionati da parte delle società di emissione.

3. In caso di mancato pagamento entro i termini di cui ai commi 1 e 2 decorrono automaticamente, dal giorno successivo alla scadenza, gli interessi legali nella misura di cui all'art. 5, comma 1, del decreto legislativo 9 ottobre 2002, n. 231.

4. Le parti, nella propria libertà contrattuale, possono stabilire termini superiori rispetto a quelli legali di cui ai commi 1 e 2 a condizione che le diverse pattuizioni siano stabilite per iscritto e rispettino i limiti concordati nell'ambito di accordi sottoscritti presso il Ministero delle attività produttive dalle organizzazioni, maggiormente rappresentative a livello nazionale, delle imprese di emissione, degli esercizi convenzionabili e dei datori di lavoro.

10. Disposizioni transitorie

1. Le società in esercizio alla data di entrata in vigore del presente decreto si adeguano alle prescrizioni del medesimo entro dodici mesi.

2. I contratti in corso alla data di entrata in vigore del presente decreto sono adeguati alle previsioni in esso contenute entro dodici mesi.