



N. Reg. Sent.
N. 2885/2006 Reg. Ric.

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 intimare;

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 intimare 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 intervenienti, 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-*vicies 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'irrelevanza 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