

Consiglio di Stato, Sez. IV, 26 settembre 2007, n. 4970

Tale principio [principio della prevalenza della sostanza sulla forma] (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.

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).

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).

[Si devono] ascrivere [all'] ambito [delle materie affidate alla competenza legislativa esclusiva dello Stato e, in particolare, alla tutela della concorrenza] 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.

N.4970/2007

Reg. Dec.

N. 2738-2739-3496

Reg. Ric.

Anno **2007**

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

F.

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;

R.L.C. 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;

A.

non costituitasi;

F.S.

rappresentata e difesa da:

Avv. RAFFAELE BIFULCO con domicilio eletto in Roma

VIA ATTILIO FRIGGERI, 96 presso RAFFAELE BIFULCO;

A. S.P.A.

non costituitasi;

PROVINCIA DI SALERNO

non costituitasi;

Q.T.S. S.R.L.

non costituitasi;

P. S.P.A.

non costituitasi;

C.

non costituitosi;

Interveniente ad Adiuvandum

S. 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

F.A.

rappresentata e difesa da:

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

presso FEDERICO TEDESCHINI;

F.D.

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

A.

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;

R.L.C. 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;

F.

non costituitasi;

F.E.

rappresentata e difesa da:

Avv. RAFFAELE BIFULCO con domicilio eletto in Roma

VIA ATTILIO FRIGGERI, 96 presso RAFFAELE BIFULCO

A. S.P.A.

non costituitasi;

PROVINCIA DI SALERNO

non costituitasi;

Q.T.S. S.R.L.

non costituitasi;

P. S.P.A.

non costituitasi;

C.

non costituitosi;

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

G.C. S.R.L.

R. 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

R.L.C. 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;

A. S.P.A.

non costituitasi;

F.

non costituitasi;

F.S.

rappresentato e difeso da:

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

C.

non costituitasi;

A.

non costituitasi;

Q.T.S. S.P.A.

non costituitasi;

P. 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

C. NAZ.

rappresentata e difesa da:

Avv. FRANCO SCIARRETTA

Avv. MARCO ANNECCHINO

con domicilio eletto in Roma

VIA G. G. BELLINI N.39

presso FRANCO SCIARRETTA

contro

R.L.C. S.R.L.

rappresentata e difesa da:

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

F.S.

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;

F.

non costituitasi;

A.

non costituitasi;

A. SPA

non costituitasi;

PROVINCIA DI SALERNO

non costituitasi;

Q.T.S. S.R.L.

non costituitasi;

P. 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 R.L.C. S.R.L., F., S.S.R.L., F.A., F.D. PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI, MINISTERO DELLE ATTIVITA' PRODUTTIVE, F.S., F.S.-C., 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 R.L.C. s.r.l. (d'ora innanzi: R.) 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 F. (R.G. 2738/07), l'A. (R.G. 2739/07), la G.C. s.r.l. e la R. s.p.a. (R.G. 3496/07) e la C.Naz. (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 R. e la F.S., 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 F.A., la F.D. e la S. 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 R. (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 F. e dell'A., 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.

Senonché, 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, sicché 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 R. ha eccepito l'inammissibilità degli appelli di C. e di G.C. s.r.l., nonché degli interventi *ad adiuvandum* della F.A., della F.D. e della S. s.r.l..

3.1- Quanto alla prima eccezione, con cui si assume che C., quale parte del giudizio di primo grado (alla quale sono stati notificati gli appelli di F. e di A.) 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 G.C. s.r.l., è sufficiente rilevare che tale società, ancorché non avesse acquisito la qualità di parte nel giudizio di prima istanza (per non essere stata intimata dalla R.), 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), sicché 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 R. 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 R., 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 irritualmente 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 G.C. 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 sostitutivi 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 (purché, 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 il 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 R., 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 R. 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 R.) 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 R., 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 (purché 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 R. 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 R., limitatamente all'impugnativa degli 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 R.

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

Depositata in Segreteria

Il 26/9/2007

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

Il Dirigente