



N.308/2006

Reg. Dec.

N. 5466 - 5587

Reg. Ric.

Anno 2004

R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta) ha pronunciato la seguente

D E C I S I O N E

sui ricorsi in appello riuniti:

1) n. 5466 del 2004, proposto da

ONCEAS S.p.A.,

rappresentata e difesa dagli avv.ti Luigi Decio, Filippo Satta e Filippo Lattanzi ed elettivamente domiciliata presso lo studio di questi ultimi, in Roma, via Giovanni Pierluigi da Palestrina, 47,

c o n t r o

SOCIETA' SIM 92 SVILUPPO IMMOBILIARE S.p.A.,

in persona del legale rappresentante p.t.,

costituitasi in giudizio, rappresentata e difesa dagli avv.ti Giuseppe Franco Ferrari e Paolo Quattrocchi ed elettivamente domiciliata presso lo studio degli stessi, in Roma, via Santa Maria in Via, 12

e nei confronti di

- MINISTERO DELL'ECONOMIA E DELLE FINANZE,

in persona del Ministro p.t.,

costituitosi in giudizio, *ex lege* rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato e domiciliato presso gli uffici della stessa, in Roma, via de' Portoghesi, 12;

- I.N.P.S.,

in persona del legale rappresentante p.t.,

costituitosi in giudizio, rappresentato e difeso dagli avv.ti Pietro Collina e Gaetano De Ruvo ed elettivamente domiciliato presso l'Avvocatura Centrale dell'Ente, in Roma, via della Frezza, 17;

- GABETTI S.p.A.,

in persona del legale rappresentante p.t.,

costituitasi in giudizio, rappresentata e difesa dall'avv.to Maria Teresa Loiacono Romagnoli ed elettivamente domiciliata presso lo studio della stessa, in Roma, via Livio Andronico, 24;

- CONSORZIO G1 ASTE INDIVIDUALI,

in persona del Presidente p.t.,

costituitosi in giudizio, rappresentato e difeso dagli avv.ti Francesco Scanzano ed Angelo Clarizia ed elettivamente domiciliato presso lo studio del secondo, in Roma, via Principessa Clotilde, 2;

2) n. 5587 del 2004, proposto da

CONSORZIO G1 ASTE INDIVIDUALI,

in persona del Presidente p.t.,

in proprio e quale mandatario di SCIP – SOCIETA' CARTOLARIZZAZIONE

IMMOBILI PUBBLICI,

rappresentato e difeso dagli avv.ti Francesco Scanzano ed Angelo Clarizia ed elettivamente domiciliato presso lo studio del secondo, in Roma, via Principessa Clotilde, 2,

c o n t r o

SOCIETA' SIM 92 SVILUPPO IMMOBILIARE S.p.A.,

in persona del legale rappresentante p.t.,

costituitasi in giudizio, rappresentata e difesa dagli avv.ti Giuseppe Franco Ferrari e Paolo Quattrocchi ed elettivamente domiciliata presso lo studio degli stessi, in Roma, via Santa Maria in Via, 12

e nei confronti di

- MINISTERO DELL'ECONOMIA E DELLE FINANZE,

in persona del Ministro p.t.,

costituitosi in giudizio, *ex lege* rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato e domiciliato presso gli uffici della stessa, in Roma, via de' Portoghesi, 12;

- I.N.P.S.,

in persona del legale rappresentante p.t.,

costituitosi in giudizio, rappresentato e difeso dagli avv.ti Pietro Collina e Gaetano De Ruvo ed elettivamente domiciliato presso l'Avvocatura Centrale dell'Ente, in Roma, via della Frezza, 17;

- GABETTI S.p.A.,

in persona del legale rappresentante p.t.,

costituitasi in giudizio, rappresentata e difesa dall'avv.to Maria Teresa Loiacono Romagnoli ed elettivamente domiciliata presso lo studio della stessa, in Roma, via Livio Andronico, 24;

- ONCEAS S.p.A.,

costituitasi in giudizio, rappresentata e difesa dagli avv.ti Luigi Decio, Filippo Satta e Filippo Lattanzi ed elettivamente domiciliata presso lo studio di questi ultimi, in Roma, via Giovanni Pierluigi da Palestrina, 47,

entrambi per l'annullamento

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, sede di Roma, sez. II, 19 aprile 2004, n. 3367.

Visti i ricorsi, con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione, in entrambi i giudizi, con appello incidentale, della Gabetti S.p.A.;

Visti gli atti di costituzione in entrambi i giudizi dell'I.N.P.S. e del Ministero dell'Economia e delle Finanze;

Visti gli atti di costituzione, nel giudizio promosso da Onceas S.p.A., del Consorzio G1 Aste individuali e, nel giudizio da quest'ultimo promosso, di Onceas S.p.A.;

Viste le Ordinanze n. 3627/2004 e n. 3632/04, pronunciate nella Camera di Consiglio del 30 luglio 2004, di accoglimento della domanda di sospensione dell'efficacia della sentenza impugnata;

Vista la decisione interlocutoria n. 315/2005;

Vista l'Ordinanza Presidenziale n. 1/2005;

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

Visti gli atti tutti della causa;

Data per letta, alla pubblica udienza del 6 dicembre 2005, la relazione del Consigliere Salvatore Cacace;

Uditi, alla stessa udienza, l'avv. Angelo Clarizia per l'appellante principale Consorzio G1 Aste Individuali, gli avv.ti Filippo Satta e Luigi Decio per l'appellante principale Onceas S.p.A., l'avv. Ilaria Romagnoli, in sostituzione dell'avv. Maria Loiacono Romagnoli, per l'appellante incidentale, l'avv. Giuseppe Franco Ferrari per SIM 92 e l'avv. Gaetano De Ruvo per l'I.N.P.S., nessuno essendo comparso per il Ministero dell'Economia e delle Finanze;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

F A T T O

Con la sentenza appellata è stato accolto il ricorso, proposto da SOCIETA' SIM 92 SVILUPPO IMMOBILIARE S.p.A. (d'ora innanzi SIM 92) dinanzi al T.A.R. per il Lazio, sede di Roma, inteso a conseguire la declaratoria della illegittimità dell'esclusione della stessa da un'asta pubblica gestita dal Consorzio G1 Aste Individuali e dalla Gabetti S.p.A. per conto della S.C.I.P. Società Cartolarizzazione Immobili Pubblici S.r.l. (d'ora innanzi SCIP), finalizzata ad attuare la dismissione di patrimonio immobiliare dell'I.N.P.S.

Avverso tale pronuncia hanno proposto separati appelli principali (rispettivamente n. r.g. 5466/04 e n. r.g. 5587/04) Onceas S.p.A. (risultata aggiudicataria dell'asta in discussione) ed il CONSORZIO G1 ASTE INDIVIDUALI (d'ora innanzi Consorzio G1), in proprio e quale mandatario di SCIP, nonché appello incidentale, in entrambi i giudizi, la Gabetti S.p.A..

Sia gli appelli principali che quelli incidentali contestano anzitutto la correttezza del convincimento espresso dal Giudice di primo grado in merito all'appartenenza della giurisdizione sulla presente controversia al Giudice amministrativo.

Ribadiscono, poi, nel merito, la piena legittimità delle prescrizioni di gara e dell'operato della Commissione, che ha disposto l'esclusione dalla gara

dell'odierna appellata in applicazione del punto 3.1 del Regolamento d'Asta, che stabilisce che, ai fini della partecipazione all'asta, "... gli interessati [dovevano] consegnare, a pena di esclusione, ... i documenti di cui in appresso contenuti in un plico chiuso e sigillato su entrambi i lembi di chiusura, senza indicazioni che possano ricondurre all'identificazione dell'offerente" (la società ha subito l'esclusione in relazione alle modalità da essa seguite per la presentazione della busta contenente la documentazione sopra elencata, che è risultata controfirmata sui lembi di chiusura e, quindi, ritenuta in contrasto con quanto prescritto dal punto 3.1 del regolamento di gara).

Resiste la SIM 92, difendendo le statuizioni del Tribunale Amministrativo Regionale, all'uopo ribadendo, in particolare, l'appartenenza della controversia alla sfera di giurisdizione riservata al Giudice amministrativo e l'illegittimità della veduta clausola del regolamento d'asta e concludendo per la reiezione dell'appello.

Si sono costituiti, in entrambi i giudizi, il Ministero dell'Economia e delle Finanze e l'I.N.P.S., entrambi aderendo alle ragioni degli appellanti.

Si sono costituiti, nel giudizio promosso da Onceas S.p.A., il Consorzio G1 Aste individuali e, nel giudizio da quest'ultimo promosso, Onceas S.p.A., entrambi per aderire alle richieste dell'appellante di turno.

Le parti hanno ulteriormente illustrato le loro tesi mediante memorie difensive.

Con decisione interlocutoria n. 315/2005, disposta la riunione dei due giudizi, sono stati ordinati, a carico del Ministero dell'Economia e delle Finanze e della SCIP, incumbenti istruttori, fissandone il termine per l'adempimento al 31 marzo 2005.

In parziale adempimento della stessa, in data 31 marzo 2005, il Consorzio G1 ha depositato una prima, analitica, relazione, con allegata documentazione rilevante. Con Ordinanza Presidenziale n. 1/2005 in data 15 luglio 2005, è stato rinnovato l'ordine istruttorio.

In esecuzione delle dette esigenze istruttorie, in data 29 settembre 2005, il Ministero dell'Economia e delle Finanze ha prodotto una relazione corredata da documentazione.

A seguito delle risultanze dell'istruttoria depositata, in data 30 novembre 2005 SIM 92, Consorzio G1 ed Onceas S.p.A. hanno prodotto distinte memorie, ciascuna traendone elementi per insistere sulle rispettive tesi.

Le cause sono state chiamate e trattenute in decisione alla udienza pubblica del 6 dicembre 2005.

DIRITTO

1. – Deve essere preliminarmente fatta oggetto di disamina la questione di giurisdizione posta con entrambi gli atti di appello.

La ricorrente originaria ha azionato la propria posizione giuridica soggettiva di concorrente in un'asta pubblica gestita dal Consorzio G1 Aste Individuali e dalla Gabetti S.p.A. per conto della S.C.I.P. Società Cartolarizzazione Immobili Pubblici S.r.l., finalizzata ad attuare la dismissione di patrimonio immobiliare dell'I.N.P.S. Essa si è doluta, con il ricorso di primo grado, della lesione della posizione medesima, per effetto dell'alterazione delle regole che presiedono alla trasparenza ed all'imparzialità del confronto concorrenziale, a sua volta conseguita alla asserita contraddittorietà, manifesta ingiustizia, irragionevolezza ed illogicità della norma del regolamento di gara, la cui applicazione ha portato alla sua esclusione dalla gara.

Alla stregua di tale ricostruzione, come già osservato nella decisione interlocutoria n. 315/2005, si deve scrutinare la questione della sussistenza della giurisdizione amministrativa non tanto con riferimento alla verifica dell'ascrivibilità della controversia *de qua* all'ambito della giurisdizione esclusiva (ed in particolare entro l'ambito applicativo dell'art. 23 bis, lett. e), della legge n. 1034/71, a proposito del quale è tuttora controverso in dottrina e giurisprudenza se esso debba intendersi come disposizione regolatrice del solo rito, avente valore meramente ricognitivo della già esistente giurisdizione generale di legittimità in materia di privatizzazioni di imprese o beni pubblici, senza alcuna valenza costitutiva di nuove potestà giurisdizionali nelle controversie ivi elencate, ovvero se la stessa comporti invece l'estensione della giurisdizione amministrativa alla conoscenza di tutte le posizioni soggettive direttamente coinvolte nel complesso fenomeno della privatizzazione di beni o imprese pubblici, anche laddove siano configurabili diritti), quanto con riguardo alla pertinenza o meno della lite all'esercizio di una funzione pubblicistica incidente sull'interesse legittimo (nella specie azionato) al rispetto delle regole poste a presidio della concorrenza ed alla correttezza nella contrattazione delle pubbliche amministrazioni e dunque all'esistenza ed individuazione di vincoli legali dell'azione di queste ultime in ordine alla selezione del contraente privato.

Può, quindi, concludersi che la controversia in esame resterebbe validamente radicata davanti al giudice adito se ed in quanto possa intendersi riferita alla giurisdizione generale di legittimità, agevolmente riconoscibile nell'esercizio della funzione della contrattazione della pubblica amministrazione con i privati, dalla quale esulano i soli atti o comportamenti, dei quali non si fa qui peraltro questione, relativi alla fase propriamente esecutiva del rapporto generato dalla

stipula del contratto (fase peraltro non configurabile ontologicamente nella materia delle dismissioni di beni pubblici, posto che il procedimento finalizzato alla cessione del bene o dell'impresa esaurisce i suoi effetti con la stipula del contratto di rivendita, che produce i relativi e definitivi effetti traslativi della proprietà e che, successivamente a tale momento, non è dato ravvisare alcun ulteriore segmento del rapporto da sottrarre alla cognizione del giudice amministrativo: v. Cons. St., 14 luglio 2003, n. 4167).

Orbene, i provvedimenti impugnati in primo grado sono stati emessi in attuazione della normativa primaria (D.L. 25 settembre 2001, n. 351, “Disposizioni urgenti in materia di privatizzazione e valorizzazione del patrimonio immobiliare pubblico e di sviluppo dei fondi comuni di investimento immobiliare”, pubblicato nella Gazz. Uff. 26 settembre 2001, n. 224 e convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, L. 23 novembre 2001, n. 410), che ha previsto la privatizzazione del patrimonio immobiliare pubblico mediante trasferimento a titolo oneroso, con uno o più decreti di natura non regolamentare del Ministro dell'Economia e delle Finanze (art. 3, comma 1), alle società costituite ai sensi del primo periodo del comma 1 dell'art. 2 (“Il Ministro dell'economia e delle finanze è autorizzato a costituire o a promuovere la costituzione, anche attraverso soggetti terzi, di più società a responsabilità limitata con capitale iniziale di 10.000 euro, aventi ad oggetto esclusivo la realizzazione di una o più operazioni di cartolarizzazione dei proventi derivanti dalla dismissione del patrimonio immobiliare dello Stato e degli altri enti pubblici di cui all'articolo 1”), ai fini della successiva rivendita.

Lo stesso art. 3 citato prevede, infatti, che “con gli stessi decreti sono determinati:

- a) il prezzo iniziale che le società corrispondono a titolo definitivo a fronte del trasferimento dei beni immobili e le modalità di pagamento dell'eventuale residuo, che può anche essere rappresentato da titoli;
- b) le caratteristiche dell'operazione di cartolarizzazione che le società realizzano per finanziare il pagamento del prezzo. All'atto di ogni operazione di cartolarizzazione è nominato un rappresentante comune dei portatori dei titoli, il quale, oltre ai poteri stabiliti in sede di nomina a tutela dell'interesse dei portatori dei titoli, approva le modificazioni delle condizioni dell'operazione;
- c) l'immissione delle società nel possesso dei beni immobili trasferiti;
- d) la gestione dei beni immobili trasferiti e dei contratti accessori, da regolarsi in via convenzionale con criteri di remuneratività;
- e) le modalità per la valorizzazione e la rivendita dei beni immobili trasferiti”.

Occorre, allora, in sostanza qui accertare se gli atti della procedura di vendita *de qua*, emessi dal Consorzio G1 all'uopo incaricato dalla SCIP (*ex art. 4 D.M. 21 novembre 2002*), siano qualificabili come formali provvedimenti amministrativi, emessi nell'ambito e nell'esercizio di poteri autoritativi e discrezionali ad essa spettanti (di fronte ai quali le posizioni soggettive del privato hanno natura non di diritto soggettivo, bensì di interessi legittimi, tutelabili, quindi, davanti al giudice amministrativo).

E' all'uopo da verificarsi, dunque, se la SCIP, nell'attività di alienazione dei beni immobili trasferibile con DD.MM. 30 novembre 2001 e 21 novembre 2002, agisca come soggetto privato e, quindi, nell'esercizio di corrispondenti potestà (dove la esclusione della giurisdizione del G.A.), oppure in esecuzione di poteri pubblici e cioè come autorità, nei confronti della quale è accordata tutela al cittadino davanti al Giudice amministrativo (v. Corte cost., 6 luglio 2004, n. 204).

Si pone, pertanto, un problema di individuazione della effettiva natura del soggetto SCIP (costituito ai sensi dell'art. 2, comma 1, citato), al di là della sua formale qualificazione come persona giuridica privata in quanto società a responsabilità limitata, ai fini della cui risoluzione rilevano tanto il carattere strumentale o meno dell'ente societario rispetto al perseguimento di finalità pubblicistiche (e dunque se esso agisca o meno in forza di poteri autoritativi delegatili dalla P.A. e nella fedele esecuzione di disposizioni e provvedimenti da questa emanati), quanto l'esistenza o meno di una disciplina derogatoria rispetto a quella propria dello schema societario, sintomatica, in particolare, della strumentalità della società rispetto al conseguimento di finalità pubblicistiche (v. Cons. St., VI, 17 settembre 2002, n. 4711): pagg. 8 – 12 dec. cit.

La stessa, citata, decisione interlocutoria, al fine di “decidere della natura pubblica di una compagine (quale la SCIP) costituita secondo il comune modello della società di capitali e dunque per appurare se ci si trovi dinanzi ad un caso di privatizzazione solo formale dell'esercizio di pubbliche funzioni, tale da sottrarre la SCIP ad un inquadramento nella sfera del diritto privato e da configurare, in definitiva, la società stessa come una *longa manus* ed una portatrice di poteri autoritativi proprii”, riteneva necessaria una adeguata attività istruttoria, volta ad indagare, in estremo dettaglio, le qualità soggettivo/oggettive dell'attività, oggetto di controversia, posta in essere da SCIP, all'uopo ordinando al Ministero dell'Economia e delle Finanze ed alla SCIP medesima di provvedere ciascuno al deposito di relazione illustrativa di tutti gli elementi nella stessa decisione analiticamente indicati, corredata di tutti gli atti dei quali sia ivi fatta menzione, nonché di ogni altro atto ritenuto utile ai fini del decidere, fissandone il termine per l'adempimento al 31 marzo 2005.

In parziale adempimento della stessa, in data 31 marzo 2005, il Consorzio G1 ha depositato una prima, analitica, relazione, con allegata documentazione rilevante. Con Ordinanza Presidenziale n. 1/2005 in data 15 luglio 2005, è stato rinnovato l'ordine istruttorio.

In esecuzione delle dette esigenze istruttorie, in data 29 settembre 2005, il Ministero dell'Economia e delle Finanze ha prodotto una relazione corredata da documentazione.

Alla luce delle risultanze della attività istruttoria espletata, il Collegio ritiene che gli atti della procedura di vendita *de qua*, emessi dal Consorzio G1 all'uopo incaricato dalla SCIP (*ex art. 4 D.M. 21 novembre 2002*), costituiscano espressione di attività pubblicistica provvedimentoale, in relazione alla quale sussiste la giurisdizione del Giudice amministrativo.

Invero, in tema di dismissione degli immobili pubblici *ex artt. 2 e 3 del d.l. 25 settembre 2001, n. 351, convertito, con modificazioni, in legge 23 novembre 2001, n. 410*, tanto le dette disposizioni legislative, quanto i successivi decreti del Ministero dell'economia e delle finanze (con cui sono stati disciplinati il trasferimento degli immobili alla SCIP, le caratteristiche delle operazioni di cartolarizzazione e le procedure di vendita degli immobili trasferiti) consentono di ritenere che la SCIP stessa svolga una attività, che, sia per le sue oggettive caratteristiche, sia per i vincoli posti al suo esercizio con i detti atti normativi e non, deve considerarsi strettamente funzionalizzata al perseguimento delle finalità di interesse pubblico, che sono alla base dell'indicata regolamentazione legislativa.

A tale società sono infatti attribuiti *ex lege*:

- i beni “trasferiti” dal patrimonio immobiliare dello Stato e degli altri enti pubblici di cui all’art. 1 del d.l. n. 351 cit. (previa loro individuazione e conseguente passaggio al “patrimonio disponibile”, che costituiscono “patrimonio separato a tutti gli effetti” da quello della società) a fronte del pagamento di un prezzo iniziale, più un eventuale residuo (art. 2, commi 1 e 2; art. 3, comma 1, del d.l. n. 351 cit.);
- il compito di effettuare, per finanziare il pagamento del prezzo suddetto, “le operazioni di cartolarizzazione, anche in più fasi, mediante l’emissione di titoli o l’assunzione di finanziamenti”, i diritti derivanti dalle quali i predetti beni immobili, specificamente individuati per ogni operazione, sono destinati a soddisfare (art. 2, comma 2; art. 3, comma 1, del d.l. n. 351 cit.);
- l’ulteriore compito, che rappresenta il vero obiettivo politico – economico dell’intera operazione, di rivendere i beni immobili oggetto del trasferimento, vendita il cui ricavo (così come quello derivante dalla gestione temporanea degli immobili medesimi) è in prima battuta destinato al rimborso dei titoli di cui sopra (oltre che al pagamento degli altri oneri e costi connessi all’operazione di cartolarizzazione) e, per la parte eventualmente residua, al pagamento di un “prezzo differito”, da allocarsi tra i soggetti pubblici originarii proprietari degli immobili (art. 3, commi 2 e ss. del d.l. n. 351 cit.; art. 3 D.M. 21 novembre 2002 “Trasferimento alla società di cartolarizzazione dei beni immobili appartenenti agli enti previdenziali e allo Stato italiano”).

Orbene, sebbene tale società abbia natura formalmente privatistica (essendo costituita secondo il modello comune delle società di capitali), evidenti sono il suo carattere strumentale rispetto al perseguimento di finalità pubblicistiche e

l'esistenza di una disciplina derogatoria rispetto a quella propria dello schema societario.

Quanto al primo indice, valga notare che la società in questione, per espressa volontà del legislatore ha "ad oggetto esclusivo la realizzazione di una o più operazioni di cartolarizzazione dei proventi derivanti dalla dismissione del patrimonio immobiliare dello Stato e degli altri enti pubblici di cui all'articolo 1" (art. 2, comma 1, del D.L. 25-9-2001 n. 351).

In sostanza, dunque, al di là delle pur brillanti prospettazioni contrarie delle odierne appellanti, essa rappresenta lo strumento operativo in concreto individuato dal legislatore per il soddisfacimento della esigenza pubblicistica, posta alla base delle operazioni di cartolarizzazione ad essa affidate, di dismissione di una parte non indifferente del patrimonio immobiliare pubblico, garantendo al tempo stesso speditezza, efficacia ed efficienza di quell'operazione di reperimento di introiti per l'erario, cui in fin dei conti l'intera manovra è finalizzata.

Del resto, elemento decisivo per decidere della natura pubblica della compagine *de qua* è la qualificazione, alla società medesima attribuita dal Ministero dell'Economia e delle Finanze, di "società veicolo" (v. D.M. 18-12-2001 "Operazione di cartolarizzazione degli immobili degli enti previdenziali, nonché emissione dei titoli da parte della Società veicolo") e cioè di ente societario, che costituisce mezzo e strumento per la realizzazione delle politiche e delle finalità dal legislatore dettate all'Amministrazione; sì che, nella fattispecie, gli enti pubblici possono cartolarizzare il loro patrimonio immobiliare, una volta svincolato dalla sua destinazione pubblica, solo per il tramite della società veicolo, cui i beni stessi vengono "trasferiti", si badi, all'unico fine della "rivendita"

funzionale ad una operazione di cartolarizzazione effettuata, in definitiva, esclusivamente nell'interesse dell'Amministrazione, alla quale è infatti corrisposta, a titolo di prezzo differito, la eventuale differenza "se positiva, tra (a) il ricavo netto effettivo per la S.C.I.P. Società Cartolarizzazione Immobili Pubblici S.r.l. derivante dalla gestione e vendita degli immobili trasferiti ai sensi del presente decreto e dalle altre operazioni accessorie all'operazione di cartolarizzazione relativa ai medesimi immobili e (b) quanto dovuto a titolo di capitale ed interessi per il rimborso dei titoli di cui all'articolo 14 e per il pagamento degli altri oneri e costi connessi all'operazione di cartolarizzazione regolata dal presente decreto" (art. 3, comma 3, del D.M. 21-11-2002 "Trasferimento alla società di cartolarizzazione dei beni immobili appartenenti agli enti previdenziali e allo Stato italiano").

Quanto al secondo degli indici sopra individuati, la pur suggestiva formula prescelta, nel caso di specie, per il controllo della società veicolo di cui si tratta (e cioè l'utilizzo di due fondazioni costituite ai sensi del diritto olandese nella forma di Stichting), che pare rappresentare l'estremo esito della forte spinta verso la privatizzazione di pubbliche funzioni caratteristica della legislazione degli ultimi venticinque anni, non pare, invero, sufficiente alla affermazione della natura sostanzialmente (oltre che formalmente) privata dell'ente di cui si tratta, atteso che:

- "il Ministero dell'Economia e delle Finanze ha richiesto alle banche incaricate di curare l'operazione di cartolarizzazione sino al collocamento dei titoli per finanziare il pagamento da parte della società di cartolarizzazione del prezzo iniziale di acquisto dei beni immobili, di provvedere, tra i vari adempimenti connessi all'operazione, anche alla

costituzione di una società avente le caratteristiche indicate dal d.l. 25 settembre 2001 n. 351” (pagg. 10 – 11 nota illustrativa del Consorzio G1 in data 29 marzo 2005): tale richiesta (della quale non vengono peraltro specificati né la forma, né gli estremi, né i termini e nemmeno, infine, gli effettivi destinatari, né le loro modalità di selezione) consente di ricondurre *in toto* al Ministero stesso la fase costitutiva della società in questione al di là dell'intervento, meramente formale, in sede di costituzione, delle due Stichting;

- “il Ministero ha promosso la costituzione della SCIP S.r.l. versando il capitale sociale iniziale di 10.000 euro, ripartito equamente tra due fondazioni olandesi” (pag. 4 Relazione del Ministero dell'Economia e delle Finanze in data 28 settembre 2005), il che consente di imputare alla Pubblica Amministrazione la materiale erogazione dell'intero capitale sociale necessario per la costituzione della società, erogazione che pertanto, non essendone in alcun modo precisato il titolo, se di sovvenzione, contributo, finanziamento od altro (così come non vengono indicati né il documento amministrativo utilizzato per la sua autorizzazione né le modalità di copertura della spesa), pare più che altro doversi ascrivere all'ipotesi del socio occulto, che eroghi la provvista finanziaria di una società;
- i vincoli posti alla attività della società veicolo, così come delineati dal legislatore e poi concretamente configurati dai decreti ministeriali di attuazione (privi, per espressa volontà del legislatore stesso, dei caratteri della generalità e dell'astrattezza propri degli atti normativi secondari e per questo non soggetti al parere del Consiglio di Stato), paiono sicuramente

idonei a condizionare, regolandone anche minuziosamente la gran parte delle attività, la vita dell'ente veicolo, incidendo in misura decisiva su quel parametro della "autonomia imprenditoriale e patrimoniale", che, pur avendo consentito a questo Consiglio in sede consultiva di considerare la società di cui si tratta come "completamente estranea alla pubblica amministrazione" (Cons. St., sez. III, n. 2342/03), si rivela invece, ad una attenta analisi, quasi inesistente.

I penetranti poteri riservati dal legislatore al Ministero dell'Economia e delle Finanze, così come poi da questi concretamente esercitati con i decreti menzionati, vanificano, invero, del tutto detto elemento di autonomia (tipico della forma societaria), facendo emergere peraltro in modo palese l'intento di avvalersi di tale strumento per esercitare con più ampia libertà gestionale le funzioni proprie dell'Amministrazione medesima.

La società in argomento opera, infatti, completamente secondo gli indirizzi e le direttive specifiche e puntuali impartiti dal Ministero predetto.

Quanto sopra risulta evidente laddove si consideri che:

- a) il prezzo dovuto dalla SCIP a fronte del trasferimento degli immobili in suo favore è determinato con il decreto ministeriale di trasferimento (art. 3, comma 1, lett. a) del d.l. n. 351 cit. ed art. 3 del D.M. 21 novembre 2002 cit.);
- b) il capitale necessario per tale operazione viene reperito dalla SCIP tramite l'emissione di titoli su mercati regolamentati (ovvero mediante aperture di credito da parte del settore bancario e finanziario), le cui caratteristiche e le cui modalità di collocamento sono dettagliatamente disciplinate dal Ministero dell'Economia e delle Finanze (art. 2, comma 2 ed art. 3, comma 1, lett. b), del d.l. n. 351 cit.; artt. 3, 12, 14 e 17 del D.M. 21 novembre 2002 cit.), fino ad imputare al

Ministero stesso l'attività di collocamento dei titoli emessi dalla SCIP e ad addossare al medesimo la "copertura dei rischi connessi alla variabilità del tasso di interesse e dell'eventuale tasso di cambio" sui titoli stessi;

c) la SCIP procede alla rivendita sul mercato degli immobili trasferibile, secondo criteri vari definiti dal legislatore (v. art. 3 d.l. n. 351 cit.), ma, soprattutto, secondo dettagliate modalità e procedure (per le quali vedansi l'art. 3, comma 1, lett. e) del d.l. n. 351 cit., l'art. 3 del D.M. 21 novembre 2002 cit. ed il D.M. 21-11-2002 "Modalità e procedure di vendita dei beni immobili trasferiti alla società di cartolarizzazione"), che giungono a regolare nei dettagli, tra l'altro, il concreto esperimento delle aste da tenersi per la vendita, il prezzo da porsi a base d'asta (differenziando tra la prima e le successive), la partecipazione ad esse dei soggetti interessati, i casi di aggiudicazione provvisoria e definitiva, l'esercizio dei diritti di prelazione, le ipotesi di decadenza dall'aggiudicazione, i termini per la stipula dei contratti conseguenti, i modi di individuazione ("con procedura competitiva") degli operatori, cui la SCIP affidi la vendita degli immobili non abitativi;

d) la SCIP, benché formalmente titolare degli immobili trasferibile, delega ogni atto di gestione degli immobili agli enti originarii proprietari (che peraltro "fino alla rivendita ... sono responsabili a tutti gli effetti ed a proprie spese per gli interventi necessari di manutenzione ordinaria e straordinaria, nonché per l'adeguamento dei beni alla normativa vigente: art. 3, comma 2, d.l. n. 351 cit.), in forza di contratti di mandato non devoluti alla sua autonomia, in quanto da stipularsi secondo la puntuale individuazione di contenuti effettuata dal Ministero dell'Economia e delle Finanze (v. art. 4 del D.M. 21 novembre 2002 "Trasferimento alla società di cartolarizzazione dei beni immobili appartenenti agli

enti previdenziali e allo Stato italiano”), o, comunque, in forza di una apposita delega *ex lege* (art. 3, comma 1, lett. d), del d.l. n. 351 cit.);

e) la SCIP non ha nemmeno autonomia alcuna circa le modalità di gestione della propria liquidità, in quanto, ai sensi dell’art. 5 del D.M. 21 novembre 2002 “Trasferimento alla società di cartolarizzazione dei beni immobili appartenenti agli enti previdenziali e allo Stato italiano”, accende “un nuovo conto presso la Tesoreria centrale dello Stato, diverso ed ulteriore rispetto a quello dalla medesima acceso in virtù dell'articolo 5 del D.M. 30 novembre 2001 ..., nel quale sono versate le somme specificate all'articolo 16. Sulla giacenza media del medesimo conto il Ministero dell'economia e delle finanze corrisponde semestralmente alla S.C.I.P. Società Cartolarizzazione Immobili Pubblici S.r.l. interessi calcolati ad un tasso pari a quello corrisposto dalla Banca d'Italia sul conto «disponibilità del Tesoro per il servizio di Tesoreria» ai sensi della legge 26 novembre 1993, n. 483” (primi due periodi del comma 1 dell’art. 5 citato);

f) a scapito ulteriore della sua autonomia imprenditoriale, nelle procedure per la vendita dei beni immobili a carattere commerciale facenti parte del piano straordinario di dismissione di cui all'art. 7 del decreto-legge 28 marzo 1997, n. 79, trasferiti alla società di cartolarizzazione ai sensi del primo decreto del Ministro dell'economia e modalità di esercizio dell'eventuale diritto di prelazione in relazione a detti immobili (v. allegato 3 al D.M. 18-12-2001 cit.), la SCIP, nei turni di aste senza prezzo base, può, esercitare la facoltà di non accettare le offerte ritenute non congrue e di non procedere all'aggiudicazione definitiva dandone comunicazione al notaio incaricato dell'espletamento della relativa asta a mezzo lettera raccomandata con ricevuta di ritorno da inviarsi entro i sette giorni successivi all'aggiudicazione provvisoria, ma “deve” preventivamente

acquisire il parere in merito della Patrimonio della Stato S.p.A.; mentre, al fine di ottimizzare il prezzo complessivo di vendita degli immobili rimasti invenduti ad esito di aste in cui sia previsto un prezzo base d'asta, in alternativa alla previsione precedente in merito ad una offerta in vendita degli immobili senza prezzo base d'asta, può provvedere a suddividere tali immobili rimasti invenduti in diversi lotti comprensivi di uno o più immobili secondo criteri di omogeneità strutturale e/o di ubicazione geografica, ma la composizione e la strategia di vendita, ivi inclusa la connessa determinazione di un eventuale prezzo base d'asta, sono sottoposte, con la necessaria documentazione di supporto, alla preventiva approvazione della Patrimonio dello Stato S.p.A., che è tenuta a fornire le proprie indicazioni entro venti giorni, inutilmente decorsi i quali l'approvazione si dà per ottenuta (e si badi che la Patrimonio dello Stato S.p.a. rientra a sua volta nella categoria degli enti pubblici a struttura societaria, alla stregua della giurisprudenza, che ha riconosciuto la natura di soggetto pubblico alle società per azioni, che: siano istituite direttamente dalla legge; siano regolate da norme, che pongono deroghe al regime societario tipico ed in tal senso la Patrimonio S.p.a. è sottoposta ad un potere di indirizzo strategico del Ministero dell'Economia e delle Finanze ed al potere di direttive di massima del C.I.P.E.; siano partecipate in via maggioritaria da soggetti pubblici, come appunto previsto per la stessa dal comma 3 dell'art. 7 del d.l. 15 aprile 2002, n. 63, convertito in legge 15 giugno 2002, n. 112).

1.1 – Se è vero, allora, che, come è stato già più volte sottolineato dalla stessa Corte di Cassazione (Cass., Sez. Un.: 6.5.1995, n. 4989; 6.6.1997, n. 5085; 26.8.1998, n. 8454; da ultimo, 15 aprile 2005, n. 7799), la società per azioni con partecipazione pubblica non muta la sua natura di soggetto di diritto privato solo

perché lo Stato o gli enti pubblici (Comune, Provincia, etc.) ne posseggano le azioni in tutto o in parte (non assumendo rilievo alcuno, per le vicende della medesima, la persona dell'azionista, dato che tale società, quale persona giuridica privata, opera "nell'esercizio della propria autonomia negoziale, senza alcun collegamento con l'ente pubblico"), dall'analisi degli elementi di cui sopra (necessariamente, peraltro, sintetica anche se adeguata ai fini che nella specie rilevano) emerge chiaro, a parere del Collegio, come sia proprio tale assoluta autonomia ad essere del tutto assente nella posizione funzionale della SCIP e nell'esercizio delle attività demandate dal legislatore, apparendo, al contrario, la stessa soggetta, in tale ambito, all'esercizio del potere gestionale discrezionale e totalizzante dell'Amministrazione di riferimento (il Ministero dell'Economia e delle Finanze) di incidere in maniera del tutto pervasiva sulla sua sola astratta e presunta autonomia, così divenendo di fatto essa stessa strumento per l'esercizio di poteri pubblicistici.

Non occorre, dunque, far luogo ad una rivalutazione della teoria dell'organo indiretto per ritenere le controversie inerenti tale esercizio riconducibili nell'alveo della giurisdizione di legittimità di questo Giudice, versandosi in un'ipotesi di traslazione delle istituzionali funzioni amministrative in favore di un nuovo soggetto, che lo schermo formale del diritto privato non può valere a sottrarre ai precisi vincoli pubblicistici derivanti dalla posizione di subordinazione alla legge, che spetta all'attività amministrativa.

2. – Vincoli di siffatta natura, e veniamo così al mérito della questione posta con gli appelli all'esame, risultano esser stati, nella fattispecie che ne occupa, effettivamente violati nell'attività posta in essere da Consorzio G1 e da Gabetti S.p.A. per conto e nell'interesse della SCIP (e dunque del tutto strumentale alle

funzioni ed ai poteri pubblicistici ad essa attribuiti), sì che gli appelli stessi sono da respingere e la sentenza di primo grado va confermata.

Premesso, invero, che la clausola della *lex specialis* impugnata con il ricorso originario non rivestiva carattere immediatamente preclusivo dell'ammissione del concorrente alla selezione e che, dunque, da un lato la partecipazione alla gara con la presentazione della domanda non costituisce acquiescenza e non impedisce la proposizione del successivo gravame, dall'altro va escluso l'onere dell'immediata impugnazione delle clausole del bando riguardanti gli oneri formali di partecipazione (v. Cons. St., Ad. Plen., 29 gennaio 2003, n. 1), la clausola del bando di cui si discute (punto 3.1 del Regolamento d'Asta, che stabilisce che, ai fini della partecipazione all'asta, "... gli interessati [dovevano] consegnare, a pena di esclusione, ... i documenti di cui in appresso contenuti in un plico chiuso e sigillato su entrambi i lembi di chiusura, senza indicazioni che possano ricondurre all'identificazione dell'offerente"), in applicazione della quale l'odierna appellata ha subito la esclusione dalla gara (in relazione alle modalità da essa seguite per la presentazione della busta contenente la documentazione sopra elencata, che è risultata controfirmata sui lembi di chiusura e, quindi, ritenuta in contrasto con quanto prescritto dal veduto punto 3.1), si appalesa effettivamente, come ha rilevato il giudice di primo grado, "sprovvista di un'idonea giustificazione" (pag. 9 sent.).

Com'è noto, in materia di procedimenti ad evidenza pubblica finalizzati all'aggiudicazione di contratti o comunque all'individuazione di soggetti aspiranti a conseguire un beneficio pubblico, si ritiene che le formalità prescritte dal bando di gara debbano risultare dirette ad assicurare un particolare interesse dell'amministrazione (cfr. CdS: sez.IV, 14 maggio 1995, n. 167; sez.V, 17 gennaio

2000, n. 290), al fine di evitare di cadere in un eccessivo formalismo, che finirebbe col risolversi nel pretendere una accurata diligenza da parte dei concorrenti per finalità non degne di nota o di rilievo.

Ne discende che le formalità richieste dal bando a pena di esclusione dalla gara devono rispondere al comune canone di ragionevolezza, in stretta relazione con le precitate esigenze.

Al riguardo, occorre allora precisare che il bando di gara *de quo*, laddove prevede, al punto 3.1, la consegna dei documenti costituenti l'offerta "in un plico chiuso e sigillato su entrambi i lembi di chiusura, senza indicazioni che possano ricondurre all'identificazione dell'offerente", se risponde indubbiamente ad un interesse essenziale per il proficuo svolgimento delle operazioni concorsuali (quello della segretezza delle offerte) nella parte in cui stabilisce che il detto plico deve risultare "chiuso e sigillato su entrambi i lembi di chiusura" (interesse cui peraltro mira anche la classica previsione della firma sui lembi di sigillatura del plico, firma invece preclusa dal Regolamento all'esame, che dunque, nel tutelare, come si vedrà, l'esigenza di anonimato, sacrifica incongruamente quello ben più rilevante della garanzia di segretezza), pone a carico dei partecipanti oneri del tutto ingiustificati con l'ulteriore prescrizione, che vieta qualsiasi indicazione, sul plico medesimo, suscettibile di "ricondurre all'identificazione dell'offerente".

Alla stregua, invero, del principio, secondo cui devono ritenersi in contrasto con il principio di ragionevolezza e, pertanto, illegittime quelle prescrizioni del bando di gara, che aggravino immotivatamente le condizioni della stessa, ponendo a carico dei partecipanti a pena di esclusione oneri non necessari (in tal senso Cons. St., Sez. IV, 20 settembre 2000, n. 4934 e 5 aprile 2003, n. 1785), il veduto divieto,

aggravando immotivatamente le condizioni di gara, sfugge al necessario scrutinio di ragionevolezza.

Se, infatti, la tutela dell'anonimato dell'offerta, cui detta clausola con tutta evidenza mira, può sicuramente considerarsi meritevole se e nella misura in cui sia volta ad impedire ai terzi l'accesso alle informazioni riguardanti i soggetti partecipanti alla procedura con misure assimilabili a quella del pur inconferente, *ratione materiae*, art. 22 della legge 11-2-1994 n. 109 (Legge quadro in materia di lavori pubblici), lo stesso non può dirsi di una misura di tutela dell'anonimato, che, lungi dall'incidere, come la disposizione appena sopra richiamata, sull'accesso dei terzi, sia volta invece, come appunto accade nel caso di specie, ad impedire detta conoscenza agli agenti della stessa Amministrazione procedente (addetti alla ricezione, smistamento e collazione delle offerte pervenute) e, addirittura, ai membri della stessa Commissione Aggiudicatrice, la cui "previa conoscenza del nominativo dell'offerente" potrebbe, secondo l'appellante Onceas S.p.A., "favorire azioni finalizzate all'alterazione del contenuto" dei plichi (pag. 25 mem. del 28 novembre 2005).

Ordunque, se questo è lo scopo specifico della clausola in argomento, la stessa risulta anzitutto contraddetta (e dunque lo scopo vanificato), come pertinentemente rilevato dal T.A.R., da altre prescrizioni del regolamento di gara, che, con lo stabilire la libertà di scelta del mezzo di trasmissione delle offerte, consentivano per altra, semplice, via all'*intraneus* di risalire all'identità del presentatore dell'offerta (e si pensi non solo alla spedizione tramite corriere, ma anche alla stessa tradizionale modalità della Racc. A.R. tramite servizio postale pubblico).

Ma, peraltro, la stessa *ratio*, attribuita dalle appellanti alla disposizione di gara di cui si discute, di evitare possibili effetti pregiudizievoli per l'Amministrazione derivanti da un "inquinamento" interno della procedura non regge ad una corretta analisi logica, dal momento che il particolare interesse dell'Amministrazione ad evitare l'alterazione dei plichi è garantito dalla clausola che prevede la chiusura e sigillatura degli stessi (ed anzi detto preminente interesse è addirittura, come s'è visto, messo in pericolo proprio dalla particolare ulteriore prescrizione della cui legittimità qui si controverte), mentre quello alla non diffusione di notizie circa l'identità dei partecipanti alla gara ad opera di soggetti interni all'Amministrazione stessa è garantito a sufficienza dalle norme penali poste a tutela del segreto d'ufficio e della libertà degli incanti, oltre che dal connesso riconoscimento della qualifica di pubblico ufficiale, secondo la attuale formulazione dell'art. 357 c.p., a tutti i soggetti, che, pubblici dipendenti o semplici privati, quale che sia la loro posizione soggettiva, possono e debbono, nell'ambito di una potestà regolata dal diritto pubblico, formare e manifestare la volontà della P.A., ovvero esercitare poteri autoritativi o certificativi (laddove il diritto pubblico comprende il genere tutto ciò che attiene agli interessi pubblici e alla loro attuazione, a prescindere dai soggetti cui essa è affidata; la formazione e la manifestazione della volontà della P.A. implicano cooperazione ai procedimenti amministrativi con cui si deliberano e/o si rendono efficaci all'esterno gli atti inerenti alle pubbliche funzioni; i poteri autoritativi fanno riferimento ai c.d. atti d'imperio, con cui si modificano unilateralmente situazioni giuridiche di terzi; i poteri certificativi attengono alla formazione dei documenti originariamente destinati a costituire prova dei fatti in essi rappresentati: Cass. SS.UU. 27-3-1992, Delogu; Cass. Pen., sez. VI, 4 luglio 1997, n. 7972).

3. - Sulla scorta delle osservazioni che precedono, gli appelli principali ed incidentali all'esame vanno respinti.

4. - La particolarità e novità di alcune delle questioni trattate inducono il Collegio a disporre la totale compensazione, tra le parti tutte, delle spese ed onorarii del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sui ricorsi indicati in epigrafe, respinge gli appelli principali ed incidentali e, per l'effetto, conferma la sentenza impugnata.

Spese del presente grado compensate.

Cessano gli effetti delle ordinanze cautelari n. 3627/2004 e n. 3632/04, pronunciate nella Camera di Consiglio del 30 luglio 2004, di accoglimento della domanda di sospensione dell'efficacia della sentenza impugnata.

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

Così deciso in Roma, addì 6 dicembre 2005, dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale – Sezione Quarta – riunito in Camera di consiglio con l'intervento dei seguenti Magistrati:

Paolo Salvatore - Presidente

Aldo Scola - Consigliere

Bruno Mollica - Consigliere

Salvatore Cacace - Consigliere, rel.

Sergio De Felice - Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Salvatore Cacace

Paolo Salvatore

IL SEGRETARIO

Rosario Giorgio Carnabuci

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

30 gennaio 2006

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

Il Dirigente

Giuseppe Testa