Pubblicato il 07/02/2020

N. 00964/2020REG.PROV.COLL.
N. 05588/2019 REG.RIC.

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 Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 5588 del 2019, proposto da

Pessina Costruzioni s.p.a., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avvocati Antonia Giovanna Negri e Avilio Presutti, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Avilio Presutti in Roma, piazza San Salvatore in Lauro, 10;

contro

C.D.P. Investimenti s.g.r. s.p.a., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avvocati Damiano Lipani, Francesca Sbrana, Fabio Baglivo e Antonio Catricalà, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Damiano Lipani in Roma, via Vittoria Colonna, 40;

nei confronti

C.M.B. – Società Cooperativa Muratori e Braccianti di Carpi, in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avvocato Carmen Leo, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Riccardo Delli Santi in Roma, via di Monserrato, 25;

per l'annullamento

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, sezione staccata di Brescia (Sezione Prima) n. 00293/2019, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio di CDP Investimenti s.g.r. s.p.a. e di C.M.B. – Società Cooperativa Muratori e Braccianti di Carpi;
Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;
Visti tutti gli atti della causa;
Visti gli artt. 105, comma 2 e 87, comma 3, Cod. proc. amm.;
Relatore nella camera di consiglio del giorno 16 gennaio 2020 il Cons. Federico Di Matteo e uditi per le parti gli avvocati Presutti, Sbrana, Baglivo, Delli Santi su delega di Leo Carmen;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. *CDP Investimenti SGR s.p.a.* è una società di gestione del risparmio (*SGR*), costituita il 24 febbraio 2009 da *Cassa Depositi e Prestiti s.p.a.* (controllata in ampia maggioranza dal Ministero dell'economia e delle finanze e per una parte minoritaria da più fondazioni ex bancarie) unitamente ad *ACRI – Associazione tra le Fondazioni e le Casse di risparmio s.p.a.* (associazione privata di casse di risparmio e fondazioni di origine bancaria) e *ABI – Associazione bancaria italiana* (associazione privata di banche e intermediari finanziari).
Cassa Depositi e Prestiti s.p.a. detiene in ampia maggioranza il capitale sociale di *CDP Investimenti SGR s.p.a.*.
CDP Investimenti SGR s.p.a. ha istituito e gestisce fondi immobiliari di tipo chiuso, riservati ad investitori qualificati, tra i quali, di specifico interesse per l'odierno giudizio, il *Fondo investimenti per la valorizzazione – Comparto Extra.*
Tale fondo ha acquisito l'immobile di Largo Barozzi, Bergamo, già sede degli Ospedali riuniti di Bergamo, nella prospettiva, previa esecuzione delle opere di ristrutturazione necessarie a rendere l'immobile idoneo all'uso, della sua

concessione in locazione di mercato alla Guardia di Finanza, che ne avrebbe fatto la nuova sede della sua Accademia.

1.1. CDP Investimenti SGR s.p.a. avviava, così, una procedura di gara finalizzata all'affidamento dei lavori di ristrutturazione suddivisa in due lotti.

Il primo lotto venne affidato a Pessina costruzioni s.p.a., con la quale venne stipulato contratto d'appalto il 27 gennaio 2017 (cui faceva seguito atto aggiuntivo e transattivo del 21 giugno 2017).

Per il lotto 2, con lettera di invito del 31 maggio 2017, la stazione appaltante, precisato di aver con avviso pubblicato sui maggiori quotidiani nazionali indetto una procedura di gara per l'affidamento dei lavori di riqualificazione, invitava Pessina costruzioni s.p.a., in qualità di impresa prequalificata, a formulare un'offerta economica, che veniva effettivamente presentata il 16 aprile 2018.

Seguiva la richiesta di chiarimenti con nota del 23 aprile 2018, evasa con la documentazione rimessa il 10 maggio 2018. Infine, con nota 12 luglio 2018 CDP Investimenti comunicava a Pessina Costruzioni s.p.a. la non ammissione dell'offerta ai fini di aggiudicazione dei lavori in ragione della presenza, nella sua articolazione, di elementi anomali che non avevano trovano giustificazione nei chiarimenti forniti e per la volontà di subappaltare più del 30% dei lavori, nonché, infine, per le gravi carenze riscontrate nell'esecuzione del contratto avente ad oggetto il lotto 1.

2. Con ricorso al Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia – sezione staccata di Brescia Pessina Costruzioni s.p.a. impugnava la determinazione della stazione appaltante che aveva disposto la sua esclusione dalla procedura nonché la successiva nota del 26 luglio 2018 con cui CDP Investimenti meglio precisava che l'esclusione era in applicazione dell'art. 3.2. lett. *f)* del disciplinare relativo ai lavori del lotto 2 per *"gravi carenze nell'esecuzione di un precedente appalto con società del gruppo Cassa Depositi e Prestiti"* che venivano puntualmente specificate.

Con successivi motivi aggiunti era impugnata la nota del 12 luglio 2018 di aggiudicazione del contratto di appalto a *C.M.B. – Società cooperativa muratori e braccianti di Carpi.*

Si costituivano in giudizio CDP Investimenti SGR s.p.a. e la controinteressata aggiudicataria.

Il giudizio era concluso dalla sentenza, sez. I, 1 aprile 2019, n. 293, che dichiarava l'inammissibilità del ricorso per difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, di spettanza del giudice ordinario.

3. Propone appello Pessina costruzioni s.p.a.; si è costituita CDP Investimenti SGR s.p.a. nonché C.M.B. società cooperativa muratori e braccianti di Carpi.

Le parti hanno presentato memorie e repliche.

All'udienza camerale del 16 gennaio 2020 la causa è stata trattenuta in decisione.

4. Preliminarmente va esaminata l'eccezione di inammissibilità dell'appello per difetto di valida procura conferita al difensore di Pessina Costruzioni s.p.a. formulata da C.M.B. nella memoria depositata in vista dell'udienza.

La controinteressata sostiene l'invalidità della procura speciale in quanto anteriore sia alla data del ricorso come indicata nella sua epigrafe, 20 giugno 2019, sia alla sottoscrizione digitale dello stesso, 24 giugno 2019, essendo stata sottoscritta il 19 giugno 2019; a suo dire dall'art. 40, comma 1, lett. *g)*, Cod. proc. amm. si trarrebbe la regola per cui la procura deve essere conferita successivamente alla proposizione dell'appello poiché la parte deve avere contezza del contenuto dell'atto oggetto del potere rappresentativo.

4.1. L'eccezione è infondata.

Per la proposizione di ricorso dinanzi al giudice amministrativo è necessario il conferimento al difensore di una procura speciale, conformemente all'art. 40, comma 1, Cod. proc. amm., che, disciplinando il contenuto del ricorso prevede alla lett. *g)*, *«la sottoscrizione del ricorrente, se esso sta in giudizio personalmente, oppure del difensore, con indicazione in questo caso, della procura speciale»* (cfr. Cons. Stato, VI, 23 novembre 2016, n. 4921).

Dalla stessa disposizione si ricava, altresì, che la procura speciale va conferita anteriormente o contestualmente alla data di sottoscrizione del ricorso (cfr. Cons. Stato, V, 13 novembre 2019, n. 7795; V, 15 maggio 2019, n. 3147; V, 27 agosto 2014, n. 4383).

Che la procura sia rilasciata anteriormente alla sottoscrizione del ricorso è logico e coerente, poiché la redazione del ricorso costituisce esercizio dell'attività professionale del difensore, cui è legittimato proprio dal conferimento del potere rappresentativo insito nel mandato difensivo.

5. Può essere affrontata ora la questione posta dai motivi di appello.

5.1. Premesso che la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in relazione alle procedure di affidamento di contratti di lavori, servizi e forniture, ricorre, ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. *e)*, n. *1)* Cod. proc. amm., solamente in caso di soggetti appaltanti *«comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale»*, la sentenza appellata ha ritenuto la controversia appartenente alla giurisdizione ordinaria perché ha escluso che CDP Investimenti SGR s.p.a. sia un'*«amministrazione aggiudicatrice»*, *sub specie* di «*organismo di diritto pubblico»*, come tale tenuto al rispetto delle regole dell'evidenza pubblica (alle quali segue la giurisdizione amministrativa sulle controversie).

Queste le ragioni a base di tale statuizione:

- per stabilire la natura di *organismo di diritto pubblico* di CDP Investimenti SGR s.p.a. è indispensabile verificare se sia stata istituita per soddisfare bisogni di interesse generale aventi carattere diverso da quello industriale o commerciale;
- a tal fine, per giurisprudenza consolidata occorre accertare se il soggetto operi con metodo economico, ovvero assumendo il rischio di impresa: indice significativo ne è la circostanza che la sua attività sia esercitata in un mercato concorrenziale, nel quale persegue uno scopo di lucro e assume le perdite collegate all'esercizio di dette attività;

- nel caso di specie, dagli elementi versati in atti dalle parti, risultava che CDP Investimenti SGR s.p.a.: *a)* esercita la sua missione in un contesto concorrenziale con i privati; *b)* non usufruisce di sovvenzioni pubbliche; *c)* sopporta il rischio di impresa; *d)* sostanzialmente agisce nel mercato immobiliare e dei fondi comuni di investimento, acquistando patrimoni immobiliari e immettendoli nel mercato privato esclusivamente al fine di ottenere una remunerazione per i propri sottoscrittori.

In conclusione, per la sentenza CDP Investimenti SGR s.p.a. non svolge attività finalizzata a soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale, quanto, piuttosto, un'attività economica esercitata in regime di concorrenza nel libero mercato.

Ulteriori considerazioni sono espresse dalla sentenza sulla non incidenza della circostanza che CDP Investimenti SGR s.p.a. sia impegnata anche in interventi di valorizzazione, riqualificazione e dismissione di immobili di proprietà pubblica, perché il perseguimento di obiettivi di interesse generale non esclude il carattere "*commerciale e industriale*" dell'attività; come il fatto che per alcuni fondi gestiti l'unico investitore risulta Cassa depositi e prestiti, poiché i regolamenti dei fondi aprono, comunque, ad investitori qualificati come banche, assicurazioni ed enti di previdenza.

5.2. Pessina costruzioni s.p.a., nei due motivi di appello proposti (con il terzo richiede il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione europea) contesta il ragionamento della sentenza con varie argomentazioni: *a)* per essere l'istituzione di CDP Investimenti SGR s.p.a. (al pari di Invimit SGR s.p.a. istituita con decreto del Ministro dell'economia e finanze, dal Ministero controllata e già qualificata dalla giurisprudenza organismo di diritto pubblico) rientrante nello scenario di valorizzazione del patrimonio immobiliare pubblico mediante la gestione di fondi immobiliari, a sua volta attività di interesse generale, avente carattere non industriale o commerciale, come confermato dalla giurisprudenza sul processo di "cartolarizzazione" degli immobili appartenenti allo Stato o ad enti pubblici; *b)* per la necessità di

far applicazione della c.d. *teoria del contagio* che riconosce la natura di *organismo di diritto pubblico* a un soggetto che, anche se solo per una parte della sua attività, persegue interessi di rilevanza pubblicistica: nel caso di specie, ciò accadrebbe a mezzo dei fondi immobiliari (Fondo FIA 2 "*Smart Housing*", FIA "*Fondo investimenti per l'Abitare*" e FIT "*Fondo investimenti per il turismo*"), diretti alla valorizzazione degli immobili con il precipuo scopo di creare condizioni di vita migliori per le fasce più deboli della popolazione; *c)* per l'assenza di un mercato concorrenziale nel quale la società appellata si trova ad operare, non potendo riconoscersi l'esistenza di un mercato concorrenziale nella gestione dei beni immobili di proprietà pubblica, che, invece, deve essere considerato espressione di funzione pubblica primariamente svolta dal Ministero dell'economia e delle finanze ai sensi dell'art. 4 l. 4 settembre 2001, n. 351 e degli artt. 33 e 33-*bis* d.-l. 6 luglio 2011, n. 98; *d)* per essere Cassa depositi e prestiti (che è, insieme, socio di maggioranza e investitore di maggioranza nonché in alcuni fondi, unico investitore), il soggetto che riceve la remunerazione delle attività svolte; *e)* perché CDP Investimenti SGR s.p.a. è sottoposta al controllo della Corte dei conti.

6. L'appello, ritiene il Collegio, è fondato; la sentenza di primo grado va riformata per essere la controversia appartenente alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in quanto CDP Investimenti SGR s.p.a. riveste i caratteri dell'*organismo di diritto pubblico*.

6.1. Le controversie sulle procedure per l'affidamento dei contratti di lavori, servizi e forniture rientrano nella giurisdizione amministrativa esclusiva (art. 7 Cod. proc. amm.) al ricorrere delle due condizioni dell'art. 133, comma 1, lett. *e)*, n. *1)*, Cod. proc. amm., vale a dire, quanto al profilo soggettivo, che la procedura di scelta del contraente sia espletata da soggetti *«comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale»* e, quanto al profilo oggettivo, che il contratto da affidare rientri nella tipologia

contrattuale per la quale è previsto l'espletamento di una procedura di gara, dunque che abbia ad oggetto *«lavori, servizi e forniture»*.

Non è, pertanto, sufficiente un'autonoma determinazione di fare applicazione delle disposizioni del Codice dei contratti pubblici per la selezione del contraente (c.d. autovincolo), ma è necessario un obbligo oggettivo e di legge (cfr. Cass., SS.UU., 20 settembre 2019, n. 23541; Cons. Stato, Ad. plen., 1 agosto 2011, n. 16).

I soggetti tenuti all'applicazione del Codice dei contratti pubblici nella scelta del contraente sono le «*amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori*» (art. 1, comma 1, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50), la cui definizione è contenuta nell'art. 3, comma 1, dello stesso d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

Tra le «*amministrazioni aggiudicatrici*» sono ricompresi anche gli *«organismi di diritto pubblico»*. Bene, pertanto, l'appellata sentenza ha stimato l'accertamento della qualificazione di CDP Investimenti SGR s.p.a. quale *organismo di diritto pubblico* come questione pregiudiziale ai fini della risoluzione della questione di giurisdizione posta dalle parti.

6.2. Tre sono i requisiti dell'*organismo di diritto pubblico* ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. *d)* d.lgs. n. 50 del 2016 (che è in ciò conforme alla corrispondente disposizione comunitaria), cumulativamente richiesti: *a)* che sia istituto per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale (c.d. *requisito teleologico*); *b)* che sia dotato di personalità giuridica (c.d. *requisito personalistico*); *c)* che l'attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismo di diritto pubblico oppure la gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi oppure l'organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico.

Nel presente giudizio, per CDP Investimenti SGR s.p.a., si discute della sola sussistenza del *requisito teleologico*, escluso dall'appellata sentenza e ritenuto, invece, sussistente dall'appellante.

Il *requisito teleologico* è stato oggetto di approfondimenti della giurisprudenza, specie comunitaria, in quanto di non facile identificazione.

Superato l'orientamento rivolto a ricostruire il carattere *«non industriale o commerciale»* dell'attività in base al suo destinatario, la giurisprudenza comunitaria si è orientata nel senso di considerare la natura dei bisogni che le prestazioni o i servizi resi dall'ente sono diretti a soddisfare. Si è così affermato che, affinché si possa dire diretta a soddisfare un bisogno avente carattere *«non industriale o commerciale»*, l'attività dell'ente deve rispondere a un interesse primario della collettività, come la salute, l'ambiente, la sicurezza e così via (cfr. Corte di Giustizia CE, 10 novembre 1998, nella causa C-360/96 *BFI Holding*).

Molti di questi bisogni generali, tuttavia, sono soddisfatti anche da privati in regime di libera concorrenza, e non sono riservati in esclusiva a soggetti riconducibili in qualche modo alle pubbliche amministrazioni. Sicché la giurisprudenza comunitaria ha precisato che non è esclusa la qualificazione di *organismo di diritto pubblico* dal fatto che l'ente offra prestazioni o servizi insieme a soggetti privati in un mercato concorrenziale: ma il regime concorrenziale del mercato è un forte indizio del fatto che esso, pur soddisfacendo bisogni collettivi, in realtà cerca specialmente di conseguire un proprio lucro.

Altri indici, oltre al fatto che le prestazioni siano rese in un normale mercato concorrenziale, sono stati poi individuati: in particolare, il perseguimento dello scopo di lucro e l'assunzione del rischio imprenditoriale, nel senso di subire le perdite connesse all'esercizio dell'attività (cfr. Corte di Giustizia UE, V, 22 maggio 2003 in causa C-18/01 *Taitotalo* e, più recentemente, sez. IV, 5 ottobre 2017 in causa C-567/15 *LitSpecMet*).

In sostanza, la giurisprudenza, anche nazionale, ha dato rilievo a un approccio funzionale: dalle concrete modalità con cui si esplica l'attività dell'ente, come emergono da una serie di elementi significativi, trae convincimento della rispondenza dell'azione a un interesse della collettività non industriale o

commerciale (per le pronunce più recenti, cfr. Cass., SS.UU, 28 giugno 2019, n. 17567; Cons. Stato, V, 10 giugno 2019, n. 3884).

In tale contesto, perché ricorra la figura dell'organismo di diritto pubblico si è detto che occorre che il soggetto non fondi la sua attività principale solo su criteri di rendimento, efficacia e redditività e che non assuma su di sé i rischi collegati allo svolgimento dell'attività (i quali devono ricadere sulla pubblica amministrazione controllante), e che il servizio d'interesse generale, oggetto dell'attività, non possa essere rifiutato per mere ragioni di convenienza economica (da ultimo, Cass. SS.UU., 28 marzo 2019, n. 8673; Cons. Stato, V, 19 novembre 2018, n. 6534).

6.3. La tendenza della giurisprudenza a identificare il *requisito teleologico* attraverso indici presuntivi (come del resto ampiamente praticato per gli *enti pubblici*, pur in difetto di una precisa definizione di legge,: cfr. Cons. Stato, IV, 4 aprile 2019, n. 2217), porta di volta in volta a semplificare l'attività interpretativa. Nondimeno comporta il rischio ultimo della progressiva creazione giurisprudenziale di una figura che in realtà finisce per risultare diversa da quella direttamente emergente dal dato normativo.

Occorre, dunque, non discostarsi dal dato normativo.

Per l'art. 3, comma 1, lett. *d)* del Codice dei contratti pubblici, il *requisito teologico* è presente se l'organismo è «*istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale*».

Il Collegio considera che, con l'evidenziare il dato dell'istituzione unitariamente alle finalità, la disposizione pone anzitutto l'accento sulle ragioni istitutive del soggetto.

Ricorre, dunque, il *requisito teleologico* se l'organismo è stato costituito da un soggetto pubblico appartenente al perimetro allargato della pubblica amministrazione, per dare esecuzione ad un servizio che è necessario perché è strettamente connesso alla finalità pubblica di quest'ultimo (cfr. Cass. , SS.UU.,, 28 marzo 2019, n. 8673 sullo scopo per il quale è istituito l'ente e la natura essenziale del servizio rispetto alla realizzazione della funzione

pubblica di carattere generale cui è istituzionalmente chiamato l'ente controllante: così venne qualificato *organismo di diritto pubblico* Aci Global s.p.a., controllata di Aci; sebbene, poi, si dia carico di controllare anche le modalità di svolgimento dell'attività, secondo la richiamata ricostruzione degli indici presuntivi).

In questa prospettiva, la caratterizzazione segnata dai compiti assegnati all'organismo, che sono a base della sua istituzione, risulta per volontà della norma preminente sulle modalità con le quali poi l'attività viene svolta.

Infatti, mentre i primi (i compiti, cioè) sono alla base della nuova modalità organizzativa scelta per perseguire finalità amministrative di interesse generale, dunque concretizzano un particolare modo di autoorganizzarsi della pubblica amministrazione in riferimento al perseguimento di finalità che comunque le appartengono, le seconde riflettono il modo di porsi dell'organismo in rapporto al mercato (tale per cui l'organismo sarebbe esonerato dal rispetto delle regole di legge che garantiscono il mercato nei propri contratti - il Codice dei contratti pubblici -, se si pone in atteggiamento imprenditoriale verso i terzi suoi competitori: come dire che se agisce paritariamente in un mercato competitivo, non gli è dalla legge imposto il rispetto del mercato nel contrarre, come invece alle pubbliche amministrazioni).

Ma le modalità con le quali l'attività viene svolta cedono rispetto ai compiti assegnati perché le prime: *a)* non sono espressamente citate dalle disposizioni, neppure quelle eurounitarie; *b)* sono in realtà inidonee a differenziare con chiarezza l'azione pubblica da quella di un operatore economico privato (com'è acquisito dalla ricordata tendenza giurisprudenziale che nega che l'offerta di prestazione in un mercato concorrenziale aperto anche a private imprese escluda la qualificazione come *organismo di diritto pubblico*, cfr. Cons. Stato, V, 12 febbraio 2018, n. 858); *c)* sono potenzialmente mutevoli nel tempo, perché non si può escludere che *de facto* un'attività originariamente non remunerativa lo divenga nel tempo; e viceversa, perda, per l'andamento dei

mercati – il cui grado di concorrenzialità buon ben variare -, tale effettiva capacità: sicché si tratta di un indicatore in realtà instabile perché soggetto a contingenti circostanze esterne, dunque non preciso e dirimente.

D'altronde, si può notare che il caso presenta più di un'analogia di sistema, in termini di articolazione dell'attività operativa di una figura pubblicistica, con quello in cui un ente pubblico si serve di un soggetto formalmente privato per realizzare propri compiti istituzionali; come avviene col mezzo di una società *in house*, dove la società è *longa manus* dell'ente pubblico affidante secondo un modello di organizzazione interno, articolato nel modo stimato più adatto per giungere a operare. Se l'affidamento del servizio al soggetto così creato è sottratto alle regole dell'evidenza pubblica, nondimeno l'affidamento di opere o servizi che poi con quel mezzo si intenda fare a terzi privati non può che esservi sottoposto.

Inoltre, nel caso di specie, non può non notarsi che, diversamente opinando, la creazione di CDP Investimenti SGR s.p.a. si presterebbe ad essere interpretata come un sottrazione alle regole di evidenza pubblica di una branca operativa di Cassa Depositi e Prestiti s.p.a. una volta che questa è stata qualificata organismo di diritto pubblico e dunque a quelle regole è stata riconosciuta soggetta.

6.4. Alla luce di queste considerazioni, CDP Investimenti SGR s.p.a. va qualificata come *organismo di diritto pubblico*.

CDP Investimenti SGR s.p.a. come detto è stata costituita il 24 febbraio 2009 da Cassa depositi e prestiti, che detiene il capitale nella misura maggioritaria del 70%, e da ACRI e ABI.

Cassa Depositi e Prestiti s.p.a. è a sua volta un *organismo di diritto pubblico* (Cons. Stato, V, 2007 n. 550): era disciplinata originariamente dalla l. 13 maggio 1983, n.197 quale ente pubblico dotato di personalità giuridica (per effetto della modifica operata dall'art. 22 d.-l. 18 gennaio 1993, n. 8 conv. dalla l. 19 marzo 1993, n. 68) e, poi trasformato in società per azioni dall'art. 5 d.-l. 30 settembre 2003, n. 269 conv. dalla l. 24 novembre 2003, n. 326, con il compito

principale (altri ve ne sono, propri di una banca pubblica, ma qui non interessano specificatamente) di raccolta e gestione del risparmio postale (cfr. decreto del Ministro dell'economia e delle finanze 5 dicembre 2003).

A CDP Investimenti SGR s.p.a. sono stati assegnati dai soggetti promotori i compiti così descritti dall'art. 2 dello Statuto:

"*1.1. La società, ai sensi del Decreto Legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 e successive modificazioni ed integrazioni e in conformità alla regolamentazione di attuazione vigente ha per oggetto: (a) la prestazione del servizio di gestione collettiva del risparmio realizzata attraverso la gestione del patrimonio e dei relativi rischi, anche in regime di delega, di fondi comuni di investimento di propria o altrui istituzione, e di altri organismi di investimento collettivo, italiani ed esteri, ivi comprese le funzioni di natura amministrativa e le attività di commercializzazione degli Organismi di Investimento collettivo del Risparmio (OICR) gestiti; (b) le prestazioni delle attività connesse e/o strumentali previste dalla normativa di legge e regolamentare tempo per tempo vigente…; (c) la prestazione del servizio di ricezione e trasmissione di ordini; (d) nei limiti consentiti dalla normativa di legge e regolamentare tempo per tempo vigente, la consulenza in materia immobiliare*".

Attraverso CDP Investimenti SGR s.p.a., pertanto, è investito il risparmio collettivo ovvero è data attuazione alla funzione pubblica assegnata dall'ordinamento a Cassa Depositi e Prestiti s.p.a..

A questo punto non può non essere ricordato che, secondo un principio cardine della costituzione economica, *«la Repubblica incoraggia e tutela il risparmio in tutte le sue forme»* (art. 47 Cost.) e che questo enunciato fa della salvaguardia del risparmio una funzione pubblica di rilevanza costituzionale: dunque un compito di cui – quando è anche operativamente svolto da una pubblica amministrazione o da una sua articolazione - resta innegabile e pregnante il carattere pubblicistico. Essendo l'oculato e garantito investimento del risparmio, anche attraverso l'adozione della forma dei fondi comuni di investimento gestiti da *società di gestione del risparmio* (*SGR*), una delle modalità con le quali questa finalità si può inverare quando avviene ad opera dell'apparato pubblico, rimane ben difficile affermare che le ragioni per le

quali Cassa depositi e prestiti s.p.a. ha costituito questa società non siano riconducibili all'espletamento dei suoi compiti pubblicistici istituzionali: dunque che non siano connesse a un interesse generale che dal suo punto di vista si presenta come necessario. Si tratta solo di un fenomeno organizzativo che non cambia la natura dell'attività, perché il soggetto pubblico Cassa Depositi e Prestiti s.p.a., attraverso una scelta discrezionale, ha stimato preferibile agire con la modalità organizzativa di CDP Investimenti SGR s.p.a., (non diversamente, dagli enti previdenziali che investono i contributi raccolti dagli iscritti in immobili a garanzia della futura erogazione delle pensioni).

In questa prospettiva, non assumono rilievo:

a) la provenienza, pubblica o privata, degli immobili che costituiscono il patrimonio dei fondi di investimento, poiché - in mancanza di espressa riserva in tal senso contenuta nello statuto e nel regolamento dei fondi – gli immobili potrebbero essere anche acquisiti da soggetti privati;

b) se il singolo fondo immobiliare, attraverso cui CDP Investimenti SGR s.p.a. opera, sia stato costituito per finalità anch'esse pubblicistiche o, comunque, se la sua attività possa avere risvolti pubblicistici- È un profilo per un verso eccessivamente generico, per un altro verso contingente. Se valorizzato, come ben evidenzia l'appellata, rischierebbe di condizionare la qualificazione giuridica del soggetto che lo utilizza a un elemento variabile e perciò anch'esso non dirimente;

c) la circostanza che i fondi siano aperti anche ad investitori privati (banche, assicurazioni) è connaturato a tale strumento di gestione del risparmio: il che comporta che il fondo possa essere aperto a investitori qualificati e che ad essi sia riconosciuta una remunerazione, essendo naturale che il risparmiatore investe per ritrarne un utile: come del resto fa la stessa Cassa depositi e prestiti s.p.a., che ha istituito la società di cui si discute;

d) per ovvie e naturali ragioni, l'attività non si può che positivamente orientare verso *asset* patrimoniali reputati maggiormente appetibili, secondo quanto

richiesto dalla diligenza propria del gestore del fondo;

e) per conseguenza, la possibilità che l'investimento non dia i frutti sperati, o non risulti pienamente remunerativo (o, addirittura, che comporti perdite) è evenienza connaturata alla stessa attività di gestione di fondi ed è connessa alle scelte strategiche operate dai gestori;

f) CDP Investimenti s.g.r. s.p.a., nell'attività di investitore qualificato, compete con altri soggetti che svolgono simile attività – di investimento del risparmio collettivo – e con simili modalità: cioè investendo in acquisizione e valorizzazione di immobili (che, peraltro, in assenza di espresso divieto possono essere di provenienza pubblica). Ma, come detto, l'espletamento di un'attività in concorrenza con privati non fa le perdere la connotazione pubblicistica quando attua un compito proprio di una pubblica amministrazione.

6.5. In conclusione, CDP Investimenti SGR s.p.a. è un investitore qualificato nel settore dei fondi immobiliari, che assolve a un compito proprio di Cassa depositi e prestiti (soggetto pubblico che la ha istituita) che gestisce mediante fondi risparmio collettivo, È, altrimenti detto, lo strumento attraverso il quale la pubblicistica Cassa depositi e prestiti s.p.a. gestisce direttamente risparmio del pubblico mediante fondi comuni di investimento immobiliare. È naturale pertanto che abbia anch'essa natura di *organismo di diritto pubblico* anche se analoghi fondi comuni di investimento immobiliare, in competizione con quelli, sono gestiti da soggetti senz'altro privati.

CDP Investimenti s.g.r. s.p.a. è, dunque, tenuta, nella scelta del contraente cui affidare il contratto di appalto dei lavori, ad applicare il Codice dei contratti pubblici, con conseguente appartenenza delle controversie insorte alla giurisdizione amministrativa esclusiva *ex* art. 133, comma 1, lett. *e)*, n. *1)*, Cod. proc. amm.. E tale era la controversia per la quale è qui appello.

7. La sentenza di primo grado va, dunque, annullata e la causa rimessa al giudice di primo grado ai sensi dell'art. 105, comma 1, Cod. proc. amm..

8. La chiusura in rito della controversia giustifica la compensazione delle spese di lite tra le parti in causa.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie, e per l'effetto, annulla con rinvio la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, sez. staccata di Brescia, 1 aprile 2019, n. 293.

Compensa tra tutte le parti in causa le spese del presente grado di giudizio.

Ordina che la pubblica amministrazione dia esecuzione alla presente decisione.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 16 gennaio 2020 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Raffaele Prosperi, Consigliere

Federico Di Matteo, Consigliere, Estensore

Stefano Fantini, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere

L'ESTENSORE	IL PRESIDENTE
Federico Di Matteo	**Giuseppe Severini**

IL SEGRETARIO