

Pubblicato il 11/05/2023

N. 00616/2023 REG.PROV.COLL.

N. 01548/2022 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 Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1548 del 2022, proposto da Iniziative Venete Soc. Coop., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocato Michela Reggio D'Aci, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Casinò di Venezia Gioco s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Vittorio Domenichelli e Lucia De Salvia, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Papalini s.p.a., non costituita in giudizio;

per l'annullamento

a) del diniego di accesso della società Casinò di Venezia Gioco SpA, di cui alla nota prot. PG/2022/894 del 7 dicembre 2022 a firma del Presidente On. Gianluca Forcolin, trasmessa via pec in pari data alla ricorrente;

b) di ogni ulteriore atto consequenziale, successivo o presupposto, ancorché non conosciuto;

c) per quanto occorrer possa, per l'annullamento del Regolamento del Casinò di Venezia Gioco Spa in ordine all'accesso civico ed all'accesso civico generalizzato (all. 9);

e per la declaratoria

del diritto della ricorrente al rilascio della documentazione richiesta;

nonché per la condanna

dell'amministrazione resistente al risarcimento del danno subito e subendo dal ricorrente a causa del provvedimento impugnato e del comportamento illegittimo tenuto dall'amministrazione, con riserva di specificazione ed ulteriore quantificazione in corso di causa, o da quantificarsi comunque secondo equità.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Casinò di Venezia Gioco s.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 8 marzo 2023 il dott. Nicola Bardino e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La ricorrente ha partecipato alla selezione “per l’individuazione di un fornitore di servizi di pulizia e prestazioni connesse” per il periodo 1 luglio 2022 – 30 giugno 2025, indetta dalla società Casinò di Venezia Gioco s.p.a. (in seguito, Casinò di Venezia) con lettera del 6 maggio 2022.

Casinò di Venezia precisava che *“la sottoscritta non è qualificabile come amministrazione aggiudicatrice o altro soggetto aggiudicatore ai sensi del Codice dei Contratti (D. Lgs. 50/2016): la procedura di selezione di cui all’oggetto viene quindi posta in essere dal Casinò di Venezia nell’ambito della propria libertà contrattuale e autonomia privata con riserva di modifica,*

sospensione o annullamento della procedura di selezione intrapresa e del presente invito e ciò senza particolari formalità, trovando applicazione la disciplina del diritto privato”.

All’esito della procedura, con nota del 25 agosto 2022, Casinò di Venezia comunicava l’affidamento del servizio in favore della società Papalini s.p.a., odierna controinteressata.

In data 29 agosto 2022 la ricorrente, precedente gestore del servizio, ha chiesto di accedere agli atti della procedura, istanza che veniva respinta da Casinò di Venezia, con nota del 31 agosto 2022, la quale ribadiva di non essere un organismo di diritto pubblico e che *“in adesione al principio di trasparenza da Voi richiamato, la sottoscritta Casinò di Venezia Gioco s.p.a. manifesta la propria disponibilità a un incontro con la spettabile Società in indirizzo in occasione del quale potrete prendere visione, presso la sede legale del Casinò di Venezia, in Ca’ Vendramin Calergi, della documentazione afferente alla procedura di selezione in oggetto, che, preme ricordare, non è, in alcun modo qualificabile come ‘bando di gara”.*

Con ricorso notificato e depositato in data 28 settembre 2022, la ricorrente impugnava gli atti della procedura lamentando la violazione dei principi e delle disposizioni concernenti l’affidamento dei contratti pubblici.

2. Con sentenza n. 1528 del 2022, il Tribunale dichiarava il difetto di giurisdizione e la conseguente inammissibilità del suddetto gravame, in quanto la Società Casinò di Venezia *“non costituisce [...] un organismo di diritto pubblico e pertanto non è sottoposta alle disposizioni di cui al d.lgs. n. 50 del 2016 né alla consequenziale giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sulle relative controversie ai sensi dell’art. 133, comma 1, lett. e) del d.lgs. n. 104 del 2010”*; inoltre, secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, *“la volontaria sottoposizione a una procedura ad evidenza pubblica non è idonea a determinare uno spostamento della giurisdizione (Cass., Sez. unite, 1 aprile 2020, n. 7646; Cons. Stato,*

Sez. IV, 22 maggio 2022, n. 1197)”. La controversia avrebbe dovuto essere instaurata, dunque, innanzi al giudice ordinario.

Detta decisione è stata impugnata dalla ricorrente innanzi al Consiglio di Stato, presso il quale pende tuttora il giudizio di appello.

3. Nel frattempo, con istanza trasmessa via pec il 6 ottobre 2022, la ricorrente ha chiesto nuovamente a Casinò di Venezia l’accesso, ai sensi dell’art. 22 della legge n. 241 del 1990, nonché l’accesso generalizzato di cui alla legge n. 33 del 2013 agli atti della procedura. Precisava, in tale sede, di essere mossa da *“un interesse diretto, concreto ed attuale a prendere conoscenza dei documenti richiesti per tutelare la propria posizione giuridica nel giudizio al TAR Venezia RG 1170/2022 [ora pendente in grado di appello] ovvero nel giudizio promuovendo davanti al giudice ordinario”*.

Con nota del 15 novembre 2022, Casinò di Venezia rendeva noto alla ricorrente di aver provveduto a *“fornire comunicazione ai soggetti controinteressati ai sensi degli artt. 11 3 13 del Regolamento. Ne consegue che i termini per la conclusione del procedimento di accesso restano sospesi”*.

Successivamente, Casinò di Venezia - con nota del 7 dicembre 2022 in epigrafe descritta – comunicava la reiezione dell’istanza, *“considerato che alcuni soggetti controinteressati, nei termini previsti dall’art. 13 del Regolamento, hanno esercitato la facoltà di proporre richiesta di riesame; le motivazioni addotte dai soggetti controinteressati sono risultate accoglibili in relazione alla necessità di tutela degli interessi di cui all’art. 5 bis, comma 2, lettera c) del D. Lgs. n. 33/2013, Tutto ciò ritenuto si comunica che l’accesso agli atti di cui trattasi è rifiutato al fine di evitare un pregiudizio concreto alla tutela degli interessi economici e commerciali dei soggetti controinteressati”*.

4. La ricorrente impugna in questa sede il diniego opposto alla propria istanza, insistendo per l’accertamento del diritto al rilascio dell’intera documentazione richiesta.

A fondamento del gravame, sotto un primo profilo, la ricorrente rileva come la richiesta di ostensione degli atti della procedura di selezione del contraente vada ricondotta alla figura dell'accesso difensivo preordinato all'esercizio della tutela giurisdizionale, che, in considerazione della sua particolare funzione, prevale di per sé sulle esigenze di riservatezza genericamente palesate dai controinteressati (1° motivo). Sotto un secondo profilo, la ricorrente, dopo avere ricordato come la propria istanza sia stata formulata anche ai sensi dell'art. 5 del d. lgs. n. 33 del 2013 (costituendo quindi manifestazione di accesso civico), osserva che il diniego si pone contrasto (oltreché con i canoni di buona fede e correttezza) con il dovere, incombente sulla pubblica amministrazione, di rendere disponibili le informazioni detenute secondo i principi enunciati nella disposizione richiamata, *“al fine di assicurare un esercizio effettivo del diritto individuale di esprimersi e per alimentare il dibattito pubblico su materie di interesse generale”* (p. 9 del ricorso – 2° motivo).

5. Costituitasi in giudizio, Casinò di Venezia ha resistito nel merito in relazione ad entrambi i motivi di ricorso, eccependone l'inammissibilità e l'infondatezza.

Chiamata infine alla camera di consiglio dell'8 marzo 2023, la causa è stata trattenuta in decisione.

6. Il ricorso è infondato.

6.1 Quanto al primo profilo di censura, il Collegio deve richiamare le considerazioni espresse nella propria sentenza n. 1528 del 2022, dovendo ancora una volta constatare che Casinò di Venezia non rientra – come già statuito - nel novero delle pubbliche amministrazioni, indipendentemente dalle modalità adottate per la (contestata) selezione del contraente cui affidare il servizio. L'istanza di accesso riguarda pertanto documenti formati o detenuti nell'ambito dell'attività privatistica svolta dalla società, attività che come tale è esclusa sia dall'applicazione

del codice degli appalti sia delle richiamate disposizioni sull'accesso difensivo (art. 24, l. n. 241 del 1990).

Tale conclusione, del resto, appare in linea con l'indirizzo assunto dalla giurisprudenza allorché ha esaminato vicende analoghe. Basti ricordare, in proposito, quanto osservato dal T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. IV, 25 maggio 2022, n. 1197, secondo cui *“la domanda relativa al parziale diniego di accesso agli atti scaturito dall'istanza formulata dalla ricorrente in data 4 novembre 2021 (all. 7 al ricorso) e riscontrata in data 3 dicembre 2021 da Casinò di Campione S.p.A., in quanto il diritto di accesso non può estendersi anche alle società partecipate da Enti pubblici, quando tali società non svolgano attività di gestione di servizi pubblici, come è stato appurato con riguardo alla citata società resistente (Consiglio di Stato, Ad. plen., 28 giugno 2016, n. 13; III, 16 gennaio 2019, n. 9 412; V, 9 novembre 2017, n. 5176; V, 17 gennaio 2014, n. 200)”*.

Ebbene, nel caso di specie, la richiesta della ricorrente si pone al di fuori del perimetro della gestione di servizi pubblici e – di conseguenza – della sfera applicativa del diritto di accesso come configurato dagli art. 22 s. della legge n. 22 del 1990. Essa appare dunque priva di base normativa e, come tale, è infondata.

6.2 Quanto al secondo profilo di censura, si deve ricordare che l'esercizio dell'accesso civico generalizzato incontra quale limite invalicabile la necessità di evitare un pregiudizio agli *“interessi economici e commerciali di una persona fisica o giuridica, ivi compresi la proprietà intellettuale, il diritto d'autore e i segreti commerciali”* (art. 5 bis, lett. c), d. lgs. n. 33 del 2013). Come già osservato dalla Sezione, il legislatore, *“non avendo correlato l'accesso civico generalizzato ad alcuna posizione sostanziale legittimante, ammettendo la tutela di pretese meno incisive rispetto all'accesso documentale, in presenza di interessi antagonisti rilevanti, ha previsto che lo scrutinio di necessità e proporzionalità debba essere ‘orientato dalla massimizzazione della tutela della riservatezza e della segretezza, in danno della trasparenza (Cons. St. sez. V, 20 marzo 2019, n. 1817)’ (in questo senso T.A.R.*

Friuli Venezia Giulia, 11 febbraio 2022, n. 95, punto 8.1; cfr. altresì T.A.R. Sardegna, 9 aprile 2021 n. 254). Infatti l'art. 5 bis, comma 2, del D.lgs. n. 33 del 2013, pone come limite all'esercizio dell'accesso civico, non la più pregnante tutela del segreto commerciale o industriale contemplata dall'art. 53, comma 5, del D.lgs. n. 50 del 2016, ma in senso più ampio la tutela degli "interessi economici e commerciali di una persona fisica o giuridica", dizione che nella sua estensione può comprendere anche la tutela del know how aziendale [...] (così TAR Veneto, Sez. I, 6 febbraio 2023, n. 166).

Alla stregua di tali principi, cui il Collegio intende attenersi e dare continuità, la manifestazione delle opposizioni dei soggetti controinteressati, assume quindi valenza ostativa, così da precludere il rilascio della documentazione richiesta dalla ricorrente nelle particolari forme dell'accesso civico.

7. Per quanto precede, il ricorso deve essere respinto.

Le spese vanno compensate in considerazione della particolarità della questione esaminata.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 8 marzo 2023 con l'intervento dei magistrati:

Stefano Mielli, Presidente FF

Nicola Bardino, Primo Referendario, Estensore

Filippo Dallari, Referendario

L'ESTENSORE
Nicola Bardino

IL PRESIDENTE
Stefano Mielli

IL SEGRETARIO