

Publicato il 20/02/2024

N. 01681/2024REG.PROV.COLL.

N. 05939/2023 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 numero di registro generale 5939 del 2023, proposto da Iniziative Venete Società Cooperativa, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Michela Reggio D'Acì, 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 Lucia De Salvia, Vittorio Domenichelli, Andrea Manzi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Andrea Manzi in Roma, via Alberico II, n. 33;

nei confronti

Papalini S.p.A., non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Prima) n. 616/2023, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

visto l'atto di costituzione in giudizio della Casinò di Venezia Gioco S.p.A.;

visti tutti gli atti della causa;

relatore nella camera di consiglio del giorno 16 novembre 2023 il Cons. Gianluca Rovelli e uditi per le parti gli avvocati Reggio D'Acì e Manzi;
ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Iniziative Venete è una cooperativa che ha partecipato alla selezione indetta dalla Casinò di Venezia Gioco S.p.A. per l'affidamento dei servizi di pulizia e prestazioni connesse.
2. Con istanza trasmessa via pec in data 6 ottobre 2022, la cooperativa ha richiesto accesso a tutti gli atti della procedura di affidamento del contratto (atto di nomina della commissione, tutti i verbali della procedura, tutte le offerte dei concorrenti, verifica di anomalia svolta con il relativo esito).
3. Con nota prot. PG/2022/894 del 7 dicembre 2022, Casinò di Venezia Gioco S.p.A. ha negato l'accesso richiesto.
4. Avverso tale diniego, Iniziative Venete ha proposto ricorso al TAR Veneto che lo ha respinto con sentenza n. 616/2023.
5. Di tale sentenza, Iniziative Venete ha chiesto la riforma con rituale e tempestivo atto di appello alla stregua dei motivi così rubricati: *“1. Erroneità ed inopportunità della sentenza per non aver considerato adeguatamente i documenti depositati tardivamente dal Casinò, da cui risulta come solo 2 concorrenti su 4 si sono opposti al rilascio delle loro offerte; 2. Erroneità ed inopportunità della sentenza per violazione degli artt. 22, 23, 24 e 25 della legge 241/1990 e s.m.i. anche in relazione agli artt. 24 e 97 della Costituzione e rispetto al principio di pubblicità e trasparenza cui all'art. 1 della legge 241/90 e s.m.i. ed alla disciplina sui monopoli in materia di gioco d'azzardo, nonché, infine, in relazione all'art.42 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (diritto ad una buona amministrazione). Eccesso di*

potere per difetto di istruttoria e di motivazione. Sviamento; 3. Erroneità ed inopportunità della sentenza per violazione e falsa applicazione del D.Lgs. n. 33/2013, con specifico riferimento all'art. 5 bis, comma 2, lettera c), anche in relazione agli art. 1, 2, 97 e 117 della Costituzione, all'art. 42 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea pubblicata sulla GUCE n. 83 del 2010, all'art. 10 della CEDU ed al principio di pubblicità e trasparenza cui all'art. 1 della legge 241/90 e s.m.i.. Erroneità della sentenza per difetto di istruttoria e violazione e falsa applicazione dell'art. 10 del "Regolamento disciplinante i procedimenti relativi all'accesso civico e all'accesso civico generalizzato ai dati ed ai documenti detenuti da CMV SpA, Casinò di Venezia SpA e Casinò di Venezia Meeting & Dining services Srl". Erroneità della sentenza per non aver rilevato l'eccesso di potere per difetto di motivazione e dei presupposti, l'eccesso di potere per irragionevolezza e lo sviamento".

6. Ha resistito al gravame Casinò di Venezia Gioco S.p.A. chiedendone il rigetto.

7. Alla camera di consiglio del 16 novembre 2023 il ricorso è stato trattenuto per la decisione.

DIRITTO

8. Viene all'esame del Collegio il ricorso in appello proposto da Iniziative Venete società cooperativa avverso la sentenza del TAR Veneto n. 616/2023 con la quale è stato respinto il ricorso proposto avverso il diniego di accesso della società Casinò di Venezia Gioco S.p.A., di cui alla nota prot. PG/2022/894 del 7 dicembre 2022.

9. La decisione del primo Giudice si articola, in sintesi, nei seguenti punti:

a) la Casinò di Venezia Gioco S.p.A. non rientra nel novero delle pubbliche amministrazioni, indipendentemente dalle modalità adottate per la (contestata) selezione del contrente 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 dei contratti pubblici sia delle disposizioni sull'accesso difensivo (art. 24, L. n. 241 del 1990);

b) 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 e ss. della legge n. 22 del 1990;

c) 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);

d) 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.

10. L'appellante contesta la ricostruzione del TAR sulla base dei seguenti argomenti:

a) in occasione della camera di consiglio dell'8 marzo 2023 la difesa di Iniziative Venete ha eccepito la tardività del deposito della memoria e dei documenti da parte della Casinò di Venezia Gioco S.p.A., avvenuti rispettivamente in data 3 e 4 marzo 2023, pochi giorni prima della camera di consiglio; la sentenza non si è espressa sulla tardività del deposito della memoria e dei documenti, e non avrebbe valutato che i documenti tardivamente depositati avrebbero provato che l'opposizione all'accesso posta a fondamento del diniego era stata espressa solo da due dei quattro concorrenti cui era stato chiesto di esprimersi;

b) a prescindere dalla riconducibilità del Casinò di Venezia alla categoria degli organismi di diritto pubblico, la natura di società *in house* e la gestione di un monopolio rispetto al gioco d'azzardo, sotto il controllo della società *in house* del

Comune di Venezia e con finanziamenti sistematici della attività, attraverso ricapitalizzazioni dovrebbe tradursi nella assoggettabilità della stessa persona giuridica alla disciplina dell'art. 22 della legge n. 241/1990 e smi.;

c) l'art. 2 del d.lgs. n. 33/2013 prevede che la disciplina dell'accesso civico si applichi a una platea più ampia di soggetti, che comprende anche i soggetti di cui all'art. 2 *bis*, cioè gli enti economici e gli ordini professionali, le società in controllo pubblico e le associazioni, fondazioni e enti di diritto privato che siano finanziati in modo maggioritario da pubbliche amministrazioni;

d) il Giudice di primo grado non avrebbe considerato che parte dei documenti richiesti non si riferisce a terzi e non possono essere logicamente considerati assoggettabili a una tutela rispetto ad interessi economici/commerciali dei terzi: trattasi in particolare dell'atto di nomina della commissione e dei verbali della commissione;

e) le opposizioni tardivamente depositate in giudizio dalla Casinò di Venezia Gioco S.p.A. sono state espresse solo da due concorrenti.

11. La ricostruzione dell'appellante non merita condivisione e la sentenza impugnata deve essere confermata.

12. Intanto, va precisato che la domanda di accesso di Iniziative Venete S.p.A. è stata proposta in ragione della selezione indetta dalla Casinò di Venezia Gioco S.p.A. per l'affidamento dei servizi di pulizia.

13. La controversia qui esaminata si innesta, pertanto, nell'ambito della medesima vicenda risolta da questa Sezione con sentenza n. 8542/2023.

14. Nella decisione appena citata si è statuito, in via di estrema sintesi, che la società Casinò Venezia Gioco opera sul mercato come un soggetto di diritto privato svolgendo un'attività di impresa, che si rivolge a clientela sia nazionale che

internazionale, esercitabile da qualsiasi società di diritto privato entro i limiti della normativa speciale applicabile alle case da gioco.

15. Contrariamente a quanto sostenuto dall'appellante nella memoria depositata il 30 ottobre 2023, la sentenza n. 8542/2023 ha riflessi immediati e diretti sulla questione qui all'esame.

16. Non sbaglia il primo Giudice quando afferma che l'istanza di accesso riguarda documenti formati o detenuti nell'ambito dell'attività privatistica svolta dalla società Casinò Venezia. Difatti, al di là della complessa prospettazione dell'appellante, la vicenda riguarda l'affidamento del servizio di pulizia. Se il criterio per ritenere applicabile la normativa sull'accesso agli atti è quello della rilevanza dell'attività in relazione all'interesse pubblico, come peraltro sottolineato dalla stessa appellante, è agevole concludere che, siccome la Casinò di Venezia Gioco S.p.A. svolge pura attività di impresa, l'affidamento del servizio di pulizia non segue le regole dell'evidenza pubblica e l'accesso agli atti dell'affidamento è sottratto alla disciplina pubblicistica.

17. L'appellante insiste, anche in questa sede, nell'argomentare tesi che non sono state ritenute meritevoli di positiva considerazione già nel giudizio R.G. 410/2023, giudizio in cui si è analizzata a fondo la questione rammentando anche:

a) la natura delle entrate derivanti ai Comuni di Venezia (e Sanremo) dalla gestione delle case da gioco richiamando anche il noto precedente della Corte di cassazione (sentenza 25 febbraio 1998, n. 2055);

b) il fatto che, anche in questo caso contrariamente a quanto affermato dall'appellante, questa Sezione si era già pronunciata sulla natura del Casinò di Venezia, nell'ambito del contenzioso per la ripartizione del patrimonio tra il Comune di Cavallino Treporti e il Comune di Venezia, affermando che (...) “*la*

gestione della nota casa da gioco non costituisce attività di servizio pubblico, essendo del tutto palese la finalizzazione di questa nozione ai bisogni fondamentali della collettività, ma si sostanzia in realtà nell'esercizio di un'attività di impresa commerciale”(...) (Consiglio di Stato, Sez. V, 22 gennaio 2015, n. 286);

c) che la selezione svolta per la scelta dell'operatore economico cui affidare il servizio di pulizia rientra nell'attività privatistica della società Casinò.

18. Va ancora osservato che la domanda di accesso presentata da Iniziative Venete S.p.A. era, all'evidenza, strumentale alla difesa in giudizio nel procedimento instaurato dinanzi al TAR Veneto R.G. 1170/2022 (concluso con la sentenza 1528/2022, confermata con la già citata sentenza di questa Sezione n. 8542/2023) tanto è vero che la domanda di accesso del 6 ottobre 2022 è formulata letteralmente in questo senso (documento 2 dell'appellante).

19. È allora necessario rammentare, *ad abundantiam*, che al fine dell'esercizio del diritto di accesso nell'ambito di un procedimento per l'affidamento di contratti pubblici (procedimento che qui non si configura per tutte le ragioni ampiamente esposte), laddove l'accesso integrale potrebbe disvelare segreti tecnici o commerciali, il richiedente l'accesso deve dimostrare non già un generico interesse alla tutela dei propri interessi giuridicamente rilevanti, ma la concreta necessità dell'utilizzazione della documentazione richiesta in uno specifico giudizio, atteso che, nel quadro del bilanciamento tra il diritto alla tutela della riservatezza ed il diritto all'esercizio del cosiddetto accesso difensivo, risulta necessario accertare l'effettiva sussistenza o meno del nesso di strumentalità esistente tra la documentazione oggetto dell'istanza di accesso e le censure formulate (Consiglio di Stato sez. V, 14 gennaio 2022, n. 263).

20. Per le ragioni esposte l'appello va respinto. L'infondatezza dell'appello, alla stregua delle osservazioni svolte, cui consegue la conferma della sentenza impugnata e la legittimità del diniego di accesso opposto all'appellante, esclude in radice la fondatezza della domanda risarcitoria proposta in prime cure e riproposta in sede di appello.

Le spese del presente grado di giudizio devono essere compensate per metà tenuto conto che, al momento della proposizione dell'appello, non era ancora stata decisa la controversia principale iscritta al R.G. 410/2023, e per metà devono seguire la soccombenza per la medesima ragione.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge e, per l'effetto, conferma la sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto n. 616/2023.

Compensa per metà le spese di lite e condanna l'appellante alla rifusione delle spese di giudizio residue a favore della Casinò di Venezia Gioco S.p.A. liquidate in complessivi € 2.000,00 (duemila/00), oltre accessori di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 16 novembre 2023 con l'intervento dei magistrati:

Rosanna De Nictolis, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere

Elena Quadri, Consigliere

Gianluca Rovelli, Consigliere, Estensore

Antonino Masaracchia, Consigliere

L'ESTENSORE
Gianluca Rovelli

IL PRESIDENTE
Rosanna De Nictolis

IL SEGRETARIO