

NOTA A SENTENZA CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V, 26/9/2023 N. 8542

di **Fatima D'ABRONZO***

ABSTRACT

Con la sentenza in esame, il Consiglio di Stato, prendendo le mosse da una giurisprudenza pregressa e consolidata anche di matrice europea, identifica gli elementi costitutivi dell'organismo di diritto pubblico ai fini dell'applicazione della normativa sui contratti pubblici. Afferma il Consiglio di Stato che per poter parlare di organismo di diritto pubblico devono sussistere tre condizioni: deve trattarsi, in particolare, di un soggetto 1) dotato di personalità giuridica/soggettività giuridica; 2) sottoposto ad influenza pubblica dominante; 3) istituito per soddisfare specificamente bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale. Si tratta di una tipologia di amministrazione fondata su parametri oggettivi, ossia sulla tipologia delle attività esercitate e sulla natura delle stesse. Enuncia, altresì, parallelamente, il principio in base al quale i requisiti in questione non sono tra loro alternativi, ma devono essere posseduti cumulativamente e sono valutati dal giudice caso per caso, in quanto l'elenco degli organismi di diritto pubblico - di cui all'allegato IV del Codice dei contratti pubblici - non ha carattere tassativo ma solo esemplificativo.

SOMMARIO

1. Premessa.....	1
2. I fatti di causa.....	1
3. Le argomentazioni del Consiglio di Stato sui presupposti che devono sussistere per la configurazione di un organismo di diritto pubblico, con particolare riguardo al requisito teleologico ...	2
4. Considerazioni finali.....	3

1. PREMESSA

Con la sentenza in esame, il Consiglio di Stato, prendendo le mosse da una giurisprudenza pregressa e consolidata anche di matrice europea, identifica gli elementi costitutivi dell'organismo di diritto pubblico ai fini dell'applicazione della normativa sui contratti pubblici.

Afferma il Consiglio di Stato, nella decisione in esame, che per poter parlare di organismo di diritto pubblico devono sussistere tre condizioni: deve trattarsi, in particolare, di un soggetto 1) dotato di personalità giuridica/soggettività giuridica; 2) sottoposto ad influenza pubblica dominante; 3) istituito per soddisfare specificamente bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale. Si tratta di una tipologia di amministrazione fondata su parametri oggettivi, ossia sulla tipologia delle attività esercitate e sulla natura delle stesse. Enuncia, altresì, parallelamente, il principio in base al quale i requisiti in questione non sono tra loro alternativi, ma devono essere posseduti cumulativamente e sono valutati dal giudice caso per caso, in quanto l'elenco degli organismi di diritto pubblico - di cui all'allegato IV del Codice dei contratti pubblici - non ha carattere tassativo ma solo esemplificativo.

2. I FATTI DI CAUSA

Risulta utile ai fini della comprensione del principio espresso nella sentenza in commento soffermarsi sui quali sono i fatti di causa che hanno rappresentato la base delle argomentazioni elaborate. Nel caso di specie, la società Casinò di Venezia Gioco S.p.A. aveva invitato la Cooperativa Iniziative Venete e altre imprese alla procedura per l'affidamento dei servizi di pulizia e prestazioni connesse, dichiarando nella lettera d'invito di "non essere amministrazione aggiudicatrice o altro soggetto aggiudicatore ai sensi del Codice dei Contratti (D.Lgs. 50/2016)" e precisando che la procedura di selezione rientrava nella propria libertà contrattuale e autonomia privata, trovando applicazione la disciplina del diritto privato.

* Dottore di ricerca in diritto comune patrimoniale - funzionario amministrativo della giustizia amministrativa.

Con ricorso al TAR Veneto la Società Cooperativa Iniziative Venete ha impugnato tutti gli atti della procedura svolta dal Casinò di Venezia chiedendo l'annullamento. Il TAR, con sentenza 1528/2022, ha dichiarato il ricorso inammissibile per difetto di giurisdizione. La sentenza è stata impugnata dalla Società Cooperativa Iniziative Venete, sulla base dei seguenti argomenti: a) la natura della società Casinò di Venezia S.p.A. e la sussistenza dei presupposti per la configurazione di un organismo di diritto pubblico; b) il conseguente obbligo del rispetto della disciplina comunitaria e nazionale sulla concorrenza, ivi compreso il codice dei contratti pubblici.

Il Consiglio di Stato con la sentenza del 26/9/2023 n. 8542 rigetta l'appello, sostenendo che la società Casinò di Venezia Gioco S.p.a non costituisce un organismo di diritto pubblico in quanto opera sul mercato come un soggetto di diritto privato, svolgendo un'attività eminentemente imprenditoriale, esercitabile da qualsiasi società di diritto privato entro i limiti della normativa speciale applicabile alle case da gioco.

3. LE ARGOMENTAZIONI DEL CONSIGLIO DI STATO SUI PRESUPPOSTI CHE DEVONO SUSSISTERE PER LA CONFIGURAZIONE DI UN ORGANISMO DI DIRITTO PUBBLICO, CON PARTICOLARE RIGUARDO AL REQUISITO TELEOLOGICO

Ai fini della disamina della sentenza in commento giova ripercorrere brevemente i dati normativi e giurisprudenziali a nostra disposizione sulla definizione di organismo di diritto pubblico. La nozione di organismo di diritto pubblico è di derivazione comunitaria ed è stata codificata prima dall'art. 3, lett d), del dlgs 50/2016, ed attualmente dall'allegato I.1, art. 1, comma 1, lett. e).

Secondo tale ultima disposizione si intende per organismo di diritto pubblico qualsiasi soggetto, anche avente forma societaria:

1. dotato di capacità giuridica;

2. istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, attraverso lo svolgimento di una attività priva di carattere industriale o commerciale;
3. la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico, oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi, oppure il cui organo di 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.

La figura nasce per individuare i soggetti tenuti all'obbligo di espletare una procedura di evidenza pubblica, al fine di reperire beni o servizi sul mercato. È quindi una nozione che opera solo nell'ambito delle commesse pubbliche, secondo una definizione funzionale e cangiante di pubblica amministrazione. L'obbligo di evidenza pubblica risponde all'esigenza di tutela delle somme erariali, il cui utilizzo deve essere giustificato ai consociati e deve rispondere a logiche di efficienza ed economicità (migliore contraente/qualità al minor prezzo).

Secondo la Commissione europea, la ratio dell'istituto è quella di evitare il rischio che "un ente finanziato con risorse pubbliche o controllato dallo Stato si lasci guidare da considerazioni diverse da quelle economiche." Ulteriore ratio è quella di evitare il rischio che, in una procedura di evidenza pubblica, i candidati nazionali siano preferiti a quelli esteri.

Dati tali presupposti sopra elencati, occorre esaminare come essi siano stati intesi dal diritto vivente.

La giurisprudenza nazionale ha optato per un'interpretazione estensiva, ed ha altresì chiarito che essi debbano sussistere cumulativamente.

In particolare ha precisato che:

- la personalità giuridica può essere intesa anche come soggettività giuridica e, a tal fine, è indifferente se questa sia di diritto pubblico o di diritto privato;
- il requisito teleologico - consistente nel "soddisfare specificamente bisogni di interesse generale, non aventi carattere industriale né

commerciale” - non richiede la prevalenza o la esclusività del perseguimento del fine di interesse generale, potendo l’organismo di diritto pubblico esercitare in parte anche attività di natura privatistica;

- l’influenza pubblica dominante è requisito che può essere integrato, alternativamente: a) dal finanziamento pubblico maggioritario; b) dal controllo pubblico nella *governance* dell’ente;

- dal potere di nomina dell’organo di amministrazione, direzione o vigilanza.

Con riferimento alla società Casinò di Venezia Gioco S.p.A., la tesi che sposa il Consiglio di Stato nella sentenza in commento esclude la natura giuridica di organismo di diritto pubblico, alla luce delle seguenti considerazioni:

a) la stessa Commissione dell’Unione Europea ha affermato che l’attività esercitata dal Casinò di Venezia è “una attività commerciale, sottoposta al libero gioco della concorrenza e quindi rientrante nel campo dell’art. 87 del Trattato ...omissis ... non può essere definita come attività di servizio di interesse economico e generale non avendo le autorità pubbliche imposto obblighi di servizi pubblici di interesse generale per l’attività in questione” (Commissione delle Comunità Europee, decisione 25 novembre 1999, n. 334);

b) il rilievo, secondo cui l’attività di Casinò di Venezia sarebbe stata in perdita negli ultimi anni, non esclude il carattere imprenditoriale della stessa, trattandosi in ogni caso di un’attività economica idonea, da un punto di vista oggettivo, a generare utili;

c) la decisione del Comune di ripianare le perdite subite da Casinò di Venezia negli ultimi anni deriverebbe da valutazioni discrezionali contingenti - al pari di quelle compiute da un socio privato - e non costituisce elemento idoneo a determinare una diversa allocazione del rischio di gestione del servizio.

4. *CONSIDERAZIONI FINALI*

A parere di chi scrive, pur nella consapevolezza che la sentenza in commento trova supporto in un granitico orientamento giurisprudenziale¹, non si può negare che il caso specifico sottoposto all’esame del Consiglio di Stato sia suscettibile di un possibile diverso inquadramento giuridico.

Difatti, la società Casinò di Venezia S.p.A. ad un esame personale sembrerebbe integrare tutti e tre i requisiti richiesti dalla normativa per qualificarsi come organismo di diritto pubblico.

Infatti, con riguardo al primo requisito, la predetta società è dotata di soggettività giuridica di diritto privato (rivestendo forma di società di capitali), e ciò vale ad integrare il requisito di cui al numero 1 dell’art 1 comma 1 lett. E) dell’allegato al codice dei contratti pubblici.

La veste privatistica non è infatti ostativa ad una qualificazione di un ente come PA, alla luce della nozione cangiante di pubblica amministrazione, accolta dalla giurisprudenza comunitaria, secondo una lettura sostanzialista.

In ordine al requisito della influenza pubblica dominante, non può revocarsi in dubbio che lo stesso sia integrato dal controllo pubblico totalitario del Comune di Venezia, più che maggioritario nella *governance* della società, visto che la Casinò di Venezia gioco S.p.A. è partecipata interamente (al 100 per cento) da CMV S.p.A., società *in house* del Comune di Venezia, la quale a sua volta è partecipata al 100% dal Comune di Venezia, come emerge dalla compagine societaria emersa dall’estratto di una visura storica.

Ancora, concorre ad integrare il predetto requisito il finanziamento pubblico della società Casinò Venezia da parte del Comune di Venezia, tramite la CMV S.p.A., cui è affidata la gestione.

¹ Precedenti conformi: sulle condizioni necessarie affinché un soggetto possa essere qualificato come organismo di diritto pubblico: *ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 12 dicembre 2018, n. 7031 (che si è pronunciato anche sulla natura della società Aeroporti di Roma, negando che la stessa potesse qualificarsi organismo diritto pubblico); Cons. Stato, sez. V, 15 luglio 2021, n. 5348 (che si è pronunciato anche sulla natura della F.I.G.C., negando che la stessa potesse qualificarsi organismo di diritto pubblico). Precedenti conformi: sulla natura dell’attività

esercitata dalla società Casinò Venezia: Cons. Stato, sez. V, 22 gennaio 2015, n. 286. In generale, sulla gestione di una casa da gioco da parte di un comune e sulla non ravvisabilità né di un esercizio di una pubblica funzione, né di una prestazione di un pubblico servizio, Cass. pen., sez. un., 23 novembre 1985, n. 45.

Il Comune è intervenuto ripetutamente con operazioni di ricapitalizzazioni indirette a ripianare le perdite della società. Non si tratta invero di un finanziamento o contributo a tantum erogato con risorse pubbliche, ma un intervento dell'ente pubblico sistematico che ripiana le perdite, in modo da modificare la allocazione del rischio di impresa, trasferendolo dalla società all'ente pubblico. Il ripianamento delle perdite con finanziamenti statali è idoneo a modificare la allocazione del rischio di gestione, trasferendolo dalla impresa in capo all'ente pubblico gestore (Comune di Venezia per il tramite di CMV S.p.A.).

Quanto, infine, al requisito teleologico, si osserva come lo stesso richieda il perseguimento di fini di interesse pubblico, anche se non necessariamente in via prevalente o esclusiva.

Non si ignora che la tesi prevalente, accolta dal Consiglio di Stato, nega nel caso di specie la sussistenza del requisito teleologico non ravvisando nell'attività svolta dal Casinò un perseguimento di un pubblico interesse, sulla base che l'attività di gioco d'azzardo sia considerata un'attività commerciale, sottoposta al libero gioco della concorrenza, con finalità lucrative.

Corre l'obbligo osservare, tuttavia, a parere di chi scrive, che proprio la non trascurabile circostanza che l'attività svolta dalla società Casinò di Venezia Gioco S.p.A. sia "autorizzata" sia di per sé dimostrativa della sussistenza di un interesse pubblico perseguito.

Più precisamente, si rammenta che l'area di rilevanza penale delle fattispecie sul gioco d'azzardo è limitata dalla esistenza di un complesso di disposizioni che autorizza il gioco d'azzardo in determinati luoghi e a determinate condizioni (appunto, i Casinò). Si tratta di appositi provvedimenti emanati per sopperire a specifiche esigenze turistiche ed economiche locali, tramite i quali è stata attribuita al Ministro dell'Interno la facoltà di autorizzare, anche in deroga alle leggi vigenti, alcuni Comuni ad adottare tutte le azioni necessarie per addivenire all'assestamento del proprio bilancio e alla esecuzione delle opere pubbliche indilazionabili; facoltà in esercizio della quale è stata autorizzata l'apertura di case da gioco.

Il predetto requisito nel caso di specie è pertanto ravvisabile e integrato non dalla finalità di gioco in sé e per sé, bensì da ulteriori esigenze rispondenti ai bisogni della collettività. Quest'ultimi sono da individuarsi nella valorizzazione del territorio e perseguimento di finalità turistiche, nonché dal rilancio della economia locale, le quali peraltro giustificano la deroga al divieto generale del gioco di azzardo di cui all'art 718 c.p. e l'inserimento del Casinò di Venezia nel circuito del gioco autorizzato.

Nel caso di specie, peraltro, non può negarsi che il flusso finanziario proveniente dal Comune è invero funzionale e strumentale non a conservare l'attività di impresa ma a sostenere il Casinò quale strumento di valorizzazione del territorio, anche in considerazione della rilevanza storico-artistica della sede storica, in cui è allocato il Casinò, attraendo l'interesse dei visitatori/turisti.

Non deve essere trascurato altresì l'interesse (certamente riferibile alla collettività) affinché la struttura in cui storicamente è ubicato il Casinò di Venezia - ovvero la sede sul Canal Grande, "Ca' Vendramin Calergi" - resti a ciò dedicata. Viene in rilievo, nel caso di specie, l'asservimento dell'attività di impresa, svolta in ambito di gioco d'azzardo, alla soddisfazione del desiderio della collettività (sebbene locale), a che quell'immobile, tradizionalmente preposto a quella specifica attività, resti tale.

Del resto è stata la indubbia valenza per la collettività della ubicazione del Casinò di Venezia presso la sede storica sul Canal Grande che ha indotto l'amministrazione comunale a finanziare, più volte, la società pubblica de qua e a ripianarne le continue perdite.

Concludendo, dall'esame dei fatti sembrerebbe, a parere di chi scrive, che ci troviamo di fronte a due possibili scenari: o l'ente locale che si accolla il sostegno del Casinò per evitare il fallimento utilizza le risorse dei contribuenti, avventurandosi in una operazione del tutto illogica ed artatamente elusiva per i conti pubblici, che subiscono certamente perdite; oppure, tale attività di investimento di denaro pubblico è strumentale, non tanto a conservare l'attività imprenditoriale in sé, ma a sostenere il Casinò quale strumento di

valorizzazione del territorio e del turismo, favorendo lo svolgimento di funzioni e attività diverse da quelle del mero gioco d'azzardo, consentendo che nel Casinò si attragga l'interesse storico vivo nell'immaginario dei visitatori.