

Pubblicato il 10/01/2020

N. 00025/2020REG.PROV.COLL.
N. 00701/2019 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

**II CONSIGLIO DI GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA PER LA REGIONE
SICILIANA**

Sezione giurisdizionale

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 701 del 2019, proposto dalla S.A.C. Società Aeroporto Catania s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Felice Alberto Giuffrè, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Ryanair Dac, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Giannalberto Mazzei, Arcangelo Pecchia e Matteo Castioni, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Giannalberto Mazzei in Roma, via G. Cuboni 12;

nei confronti

Alitalia – Società Aerea Italiana s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Aristide Police e Filippo Degni, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Domenico Pitruzzella in Palermo, via Nunzio Morello 40;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia - Sezione di Catania (Sez. III) n. 1128 del 14 maggio 2019, resa tra le parti, concernente la pretesa di accesso avanzata dall'appellata soc. Ryanair con istanza del 3 agosto 2018.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'appello incidentale presentato dalla soc. ALITALIA per l'annullamento e la riforma della medesima sentenza del T.A.R. n. 1128/2019;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Ryanair Dac e di Alitalia – Società Aerea Italiana s.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella Camera di consiglio del giorno 14 novembre 2019 il Cons. Nicola Gaviano e uditi per le parti gli avvocati Pietro Paterniti, su delega di Felice Alberto Giuffrè, e altresì Giannalberto Mazzei e Aristide Police;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1 Con istanza del 3 agosto 2018 la Ryanair DAC (di seguito, Ryanair) chiedeva alla S.A.C. - Società Aeroporto Catania s.p.a. di poter prendere visione ed estrarre copia dei seguenti atti:

“(i) ogni contratto sottoscritto tra la SAC e Alitalia e/o Cityliner a partire dall’ 1 gennaio 2017 avente ad oggetto l'erogazione di servizi aeroportuali, nonché ogni contratto avente il medesimo oggetto già in vigore tra le medesime parti alla data dell’1 gennaio 2017;

(ii) ogni contratto di marketing, co-marketing, comunicazione e promozione commerciale sottoscritto tra la SAC e Alitalia e/o Cityliner a partire dall’1 gennaio 2017, nonché ogni contratto avente il medesimo oggetto già in vigore tra le medesime parti alla data dell’1 gennaio 2017;

(iii) ogni contratto avente ad oggetto incentivi all’apertura di nuove rotte o all’aumento di frequenze giornaliere, sottoscritto tra la SAC e Alitalia e/o Cityliner a partire dall’1

gennaio 2017, nonché ogni contratto avente il medesimo oggetto già in vigore tra le medesime parti alla data dell'1 gennaio 2017;

(iv) copia del contratto di riorganizzazione degli spazi operativi relativo a “Casa Alitalia Catania””.

La richiedente, premesso di essere concorrente di Alitalia presso lo scalo di Catania - Fontanarossa, deduceva la propria legittimazione alla presentazione dell'istanza di accesso quale titolare di un interesse diretto, concreto e attuale ad accedere alla documentazione relativa ai predetti contratti in essere tra la S.A.C. e l'Alitalia al 1° gennaio 2017, nonché a quelli conclusi dopo tale data, al fine di valutare la fondatezza di un'eventuale azione per condotte anticoncorrenziali.

La stessa istante allegava, infatti, di avere avuto conoscenza dell'attivazione, nel 2017 e nel 2018, di nuove rotte della concorrente, anche tramite la società controllata Alitalia Cityliner s.p.a., da e verso l'aeroporto di Catania-Fontanarossa, nonché dell'aumento di frequenze giornaliere di rotte già attive presso il medesimo scalo, e rappresentava il sospetto che tale attività potesse ricollegarsi ad eventuali condizioni economiche di favore inserite nei contratti commerciali conclusi tra la S.A.C. e l'Alitalia, in quanto questa seconda versava in stato di dissesto finanziario, era stata posta in amministrazione straordinaria e dichiarata insolvente con sentenza del Tribunale di Civitavecchia- sez. Fallimentare n. 17 dell'11 maggio 2017.

La Ryanair in seguito era pertanto insorta, con il proprio ricorso al T.A.R. per la Sicilia, contro il silenzio formatosi sull'istanza di accesso, deducendone l'illegittimità per violazione e falsa applicazione degli artt. 1, 2, 3, 22 e 24, comma 7, della legge n. 241/1990, nonché degli artt. 3, 24, 97 e 113 della Costituzione.

La ricorrente si richiamava a numerosi precedenti giurisprudenziali di recente formati, a parti invertite, su ricorsi della stessa Alitalia avverso dinieghi di accesso opposte da vari gestori aeroportuali in merito a istanze ostensive aventi a oggetto, fra l'altro, i contratti da loro stipulati con la Ryanair, in

vicende in cui la concorrente avrebbe similmente agito sulla base di notizie di stampa inerenti a presunte condotte dei gestori aeroportuali volte ad attribuire alla Ryanair indebiti benefici che avrebbero potendo astrattamente integrare atti di concorrenza sleale, e la giurisprudenza aveva conclusivamente riconosciuto, in condizioni dunque simili, la sussistenza di un interesse qualificato, concreto e attuale del vettore aereo operante in concorrenza ad accedere ai documenti richiesti.

Le società S.A.C. e Alitalia si costituivano in giudizio in resistenza al ricorso chiedendone il rigetto.

2 All'esito del giudizio di primo grado il Tribunale adito con la sentenza n. 1128/2019 in epigrafe accoglieva il ricorso, ordinando al gestore l'esibizione dei documenti richiesti (pur con le cautele se del caso occorrenti in corrispondenza degli eventuali dati sensibili contenutivi).

Il T.A.R., in particolare, dopo avere respinto l'eccezione di difetto di legittimazione sollevata dalla S.A.C. (per la mancanza di sottoscrizione societaria dell'istanza di accesso, presentata a firma dei legali senza procura specifica, in forza di una semplice procura generale giudiziale), ed escluso che la domanda ostensiva fosse preordinata a un generico intento di controllo dell'operato dell'Amministrazione, o dettata da meri fini emulativi, osservava nel merito, in sintesi, che non era possibile affermare l'estraneità degli elementi richiesti in ostensione al servizio pubblico erogato dal gestore aeroportuale per il fatto che essi sarebbero stati afferenti all'attività commerciale intercorrente tra gestore e vettore aereo, in quanto:

- tutta l'attività funzionale alla cura di interessi pubblici, ancorché eventualmente disciplinata dal diritto privato, è sottoposta al regime della trasparenza a favore dei terzi interessati;
- l'art. 705 del codice della navigazione assegna al gestore aeroportuale il preciso compito di amministrare e gestire secondo criteri di trasparenza e non discriminazione le infrastrutture aeroportuali, e di coordinare e controllare le attività dei vari operatori privati presenti nel sistema aeroportuale.

3 Seguiva avverso tale sentenza la proposizione dei presenti appelli, rispettivamente, principale e incidentale, da parte delle soccombenti S.A.C. e Alitalia, le quali sottoponevano a critica sotto più profili gli argomenti con cui il Tribunale aveva accolto il ricorso avversario.

La Ryanair si costituiva nel nuovo grado di giudizio in resistenza agli altrui appelli deducendone l'infondatezza e concludendo per la conferma della sentenza di prime cure.

L'Alitalia con successivi scritti, anche in replica, riprendeva e sviluppava ulteriormente i propri argomenti e controdeduceva alle obiezioni avversarie, insistendo per l'accoglimento del proprio appello.

Alla Camera di consiglio del 14 novembre 2019 la causa è stata trattenuta in decisione.

4 Gli appelli, suscettibili di trattazione congiunta in ragione della loro sostanziale sovrapponibilità, devono essere respinti.

5 La S.A.C. ripropone, in primo luogo, le proprie precedenti eccezioni relative al difetto di procura alla base dell'istanza avversaria di accesso e al carattere massivo e solo esplorativo di questa seconda, che avrebbe in realtà avuto una funzione di generalizzato controllo delle attività altrui.

5a A supporto della prima eccezione non viene però svolta alcuna disamina e specifica confutazione critica della precisa motivazione spesa sul punto dal T.A.R.: sicché la relativa contestazione, alla stregua di una consolidata giurisprudenza sull'onere di specificità dei motivi d'impugnazione, risulta inammissibile.

5b Nemmeno la seconda eccezione –condivisa, come si vedrà, anche da Alitalia- viene supportata da parte della S.A.C. da specifiche argomentazioni, *in primis* debitamente critiche della motivazione espressa al riguardo dal T.A.R..

Nell'economia dell'appello principale tutto è affidato, in pratica, al richiamo delle enunciazioni del precedente giurisprudenziale costituito da T.A.R. Lazio n. 11875/2018 (cfr. le pagg. 4-5 dell'appello), che in una vicenda analoga

aveva accolto un'eccezione simile. Sicché in questa sede sarebbe sufficiente rilevare che nel relativo giudizio di appello il Consiglio di Stato, con la sentenza n. 6603/2019, ha concluso proprio sul punto in senso diametralmente opposto (se ne veda segnatamente il paragr. 4) riformando la decisione di prime cure invocata dalla S.A.C., perché si evidenzi già con ciò stesso la carenza di base dell'eccezione.

Ad ogni buon conto, è il caso di aggiungere che la domanda di accesso del presente caso concreto riguardava, in realtà, come si desume da quanto qui premesso nel paragr. 1, delle specifiche categorie di contratti, e aveva quindi un oggetto sufficientemente delimitato, sì da mettere pertanto il gestore in condizione di individuare agevolmente quanto gli era stato richiesto in ostensione.

Come ha già rettamente osservato il T.A.R., la relativa genericità dei termini della richiesta di accesso era semplicemente dovuta al fatto che la richiedente non poteva sapere se effettivamente dei contratti riconducibili alle tipologie indicate fossero stati stipulati dalle odierne appellanti, e con quali precise pattuizioni.

5c Più ampia è la traiettoria argomentativa a sostegno delle contestazioni preliminari mosse da Alitalia, la quale, insistendo anche sulla natura emulativa dell'iniziativa dell'avversaria, eccepisce in sintesi che:

- la richiesta ostensiva sarebbe preordinata esclusivamente ad acquisire informazioni commerciali riservate sulle strategie di un concorrente;
- vi sarebbe, inoltre, un palese difetto di pertinenza/strumentalità della documentazione richiesta in ostensione rispetto all'interesse speso in occasione della domanda di accesso;

A quanto qui già esposto sull'infondatezza delle eccezioni in disamina occorre, allora, aggiungere sin d'ora quanto segue.

5d Il primo aspetto dedotto da Alitalia si basa sull'indimostrata tesi che lo scopo della domanda di trasparenza sarebbe diverso da quello con essa allegato dalla richiedente (e da questa allegato, occorre aggiungere, in termini

che rispetto alla fattispecie concreta non si presentano affatto *ictu oculi* pretestuosi, né manifestamente implausibili). Senza poi dire che, come ha già fatto ben notare il primo Giudice, nella specie si ravvisa *“l’assenza di una chiara indicazione di quali sarebbero in concreto i dati sensibili richiedenti particolare tutela”*, e, comunque, *“ove SAC dovesse riscontrare dati di tal genere, a seguito di una puntuale e rigorosa ricognizione, ne potrà comunque oscurare lo specifico contenuto.”*

5e Quanto al secondo aspetto da essa sollevato, Alitalia identifica l’interesse addotto in occasione della domanda di accesso affermando che Ryanair nella propria istanza aveva esplicitato il solo interesse a verificare se le rotte fossero state *“attivate (o riattivate) per effetto di presunti accordi di incentivazione e/o i termini economici dell’utilizzo della Sala Vip possano celare condotte anticoncorrenziali. La conoscenza di atti utili a verificare tali circostanze sarebbe, in tesi, necessaria a consentire al Vettore di valutare eventuali iniziative giurisdizionali per condotte anticoncorrenziali (p. 2 dell’istanza).”*

E’ muovendo da questa premessa che l’appellante incidentale perviene ad affermare che Ryanair non avrebbe dimostrato la pertinenza tra la generalità degli atti chiesti in accesso e l’interesse sottostante all’istanza, e che numerosi indici rivelatori deporrebbero per l’assenza di qualsivoglia collegamento tra i detti termini.

Osserva tuttavia il Collegio che la primitiva ricorrente, richiamandosi al tenore della propria istanza di accesso, ha fatto fondatamente notare come questa si manifestasse determinata dal più ampio intento di verificare il sospetto che il gestore potesse aver riconosciuto al vettore aereo di bandiera delle condizioni di favore nell’ambito di una o più delle tipologie contrattuali indicate nell’istanza stessa, in funzione, dunque, del successivo esperimento, da parte della richiedente, di possibili rimedi avverso eventuali atti di concorrenza sleale, o comunque *“per condotte anticoncorrenziali”* (istanza cit., pag. 3).

Poiché, pertanto, rispetto alle categorie di atti sulle quali è stata appuntata la richiesta di trasparenza l’istante ha espresso il sospetto che i relativi contratti potessero essere stati veicolo d’incentivi distorsivi della concorrenza, anche il

requisito della strumentalità della documentazione richiesta rispetto all'interesse speso in occasione della domanda di accesso deve ritenersi soddisfatto.

6 Venendo al merito della controversia, è opportuno ricordare preliminarmente il nucleo delle principali critiche sollevate dalle appellanti contro la sentenza in epigrafe.

Le appellanti addebitano al primo Giudice l'errore di aver ritenuto suscettibili di ostensione anche dei documenti che nulla avevano a che vedere con l'attività speciale del gestore (“*aviation*”), rientrando invece nell'ambito delle sue attività privatistiche, svincolate dall'erogazione dei servizi di assistenza a terra intesi in senso proprio.

Il T.A.R. non avrebbe quindi colto la differenza di natura (pubblicistica o privatistica) esistente tra i contratti richiesti in accesso, a seconda che essi attenessero al settore oggetto del “*diritto speciale o di esclusiva*” proprio del gestore aeroportuale, o invece ad attività commerciali non strettamente connesse al settore stesso.

Più in dettaglio, l'appellante principale ha osservato quanto segue.

“Il discrimine tra l'applicabilità o meno dell'istituto dell'accesso agli atti è, dunque, costituito dal settore di attività del gestore.

Quando il medesimo opera nell'ambito della propria attività speciale avvierà le procedure di gara ai sensi del codice degli appalti, la giurisdizione appartiene al G.A. e potrà essere destinatario di istanze di accesso agli atti.

Al contrario, nell'ambito della propria attività non aviation (non legata, dunque, all'attività speciale di cui si è detto) non sarà tenuto all'avvio di procedure ad evidenza pubbliche negli affidamenti, la giurisdizione sarà riservata al G.O. e, come logica conseguenza, non potrà essere destinatario di istanze di accesso agli atti.

Orbene, se così è, nel caso che ci occupa è di immediata evidenza come i provvedimenti richiesti (rectius: i contratti) dall'odierna appellata, altro non sono che accordi commerciali che si pongono del tutto al di fuori dell'attività speciale di SAC s.p.a.. e per i quali, dunque, non può sorgere alcun obbligo di ostensione.”

E questa impostazione ha indotto la stessa S.A.C. a censurare anche l'implicita affermazione resa dal T.A.R. nel senso della sussistenza della giurisdizione amministrativa sulla controversia. Tale giurisdizione farebbe a suo avviso, invece, difetto, in quanto gli atti formanti oggetto della richiesta ostensiva non si riferirebbero né all'attività amministrativa né ad attività di pubblico interesse, bensì all'attività commerciale c.d. "*non aviation*", ossia ad attività di carattere imprenditoriale con natura esclusivamente privatistica.

L'Alitalia, dal canto suo, con l'appello incidentale, dopo aver sottolineato che il concetto di attività di pubblico interesse svolta dai gestori aeroportuali deve intendersi in senso ragionevolmente restrittivo, onde l'istituto dell'accesso non può estendersi alle iniziative di natura commerciale svolte in settori aperti alla concorrenza, ha specificamente insistito sul perimetro di applicazione delle norme sull'evidenza pubblica, sul presupposto che quest'ultima e l'accesso agli atti concorrerebbero a garantire il rispetto dei canoni di imparzialità e buon andamento. E da questa angolazione ha dedotto come le "*attività di pubblico interesse disciplinate dal diritto*" europeo coincidano, in generale, con il perimetro di operatività delle norme sull'evidenza pubblica, ambito cui sarebbe appunto estraneo l'affidamento di servizi di natura commerciale sulla base di un rapporto tra concessionario e terzo cui l'Amministrazione concedente resti estranea.

7 Le deduzioni delle appellanti, che per le loro organiche connessioni si rivelano suscettibili di trattazione congiunta, non sono suscettibili di adesione. Conviene introduttivamente rammentare che la questione relativa al contenuto e ai limiti del diritto di accesso ai contratti stipulati fra i vettori aerei e gli operatori di gestione aeroportuale ha dato luogo in tempi recenti a un cospicuo filone contenzioso, i cui esiti risultano essenziali anche ai fini della definizione della presente vicenda.

Tale filone contenzioso (che spesso è scaturito da vicende che vedevano contrapposte le parti odiernamente in lite) può qui essere quindi richiamato,

sia pure nella consapevolezza delle peculiarità che contraddistinguono ogni singola vicenda.

Il Collegio ritiene qui di richiamare, in particolare, le conclusioni cui è pervenuta la Quinta Sezione del Consiglio di Stato con la sentenza 2 ottobre 2019, n. 6603 avente ad oggetto la domanda di accesso proposta da Ryanair in relazione ad alcuni contratti relativi ai rapporti fra Alitalia e alcuni gestori aeroportuali.

Nell'occasione il Consiglio di Stato ha in primo luogo sottolineato che il riconoscimento del diritto di accesso e la legittimazione alla correlata pretesa ostensiva postulano, in quanto riferiti a *“soggetti privati”* (ancorché portatori di interessi superindividuali), la sussistenza di un *“interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso”* (cfr. art. 22, comma 1 lett. b) legge n. 241/1990).

Sono stati altresì richiamati in via preliminare i caratteri che l'interesse deve presentare al fine di consentire il diritto all'ostensione documentale: in base a orientamenti più che consolidati, che rinvergono peraltro da espresse previsioni normative, deve trattarsi di un interesse diretto, concreto, attuale e strumentale.

Con particolare riguardo al carattere della strumentalità è stato sottolineato che tale carattere deve essere esaminato avuto riguardo sia, sul piano soggettivo, alla necessaria correlazione con situazioni soggettive meritevoli di protezione alla luce dei vigenti valori ordinamentali, sia, sul piano oggettivo, alla specifica connessione con il documento materialmente idoneo ad veicolare le informazioni. Non risultano infatti tutelate iniziative che per un verso risultino ispirate da meri intenti emulativi (peraltro di per sé espressive, sotto concorrente profilo, di un uso distorto ed abusivo della pretesa ostensiva), e, per altro verso, risultino finalizzate alla raccolta, elaborazione o trasformazione di dati conoscitivi destrutturati e non incorporati in *“documenti”* (nel senso lato di cui all'art. 22 cit.).

E' stato altresì sottolineato (con notazione che assume particolare rilevanza ai fini della presente decisione) che – come fatto palese dall'art. 24, comma 7 della legge cit. – l'accesso deve essere riconosciuto e garantito nella sua strumentalità rispetto ad ogni forma di “tutela”, sia giudiziale che stragiudiziale, anche solo meramente prospettica e potenziale.

Ciò in quanto, per un verso, l'accesso costituisce di per sé un bene della vita, meritevole di riconoscimento e salvaguardia indipendentemente dalla lesione della correlata e sottostante posizione giuridica (cfr. Cons. Stato, sez. III, 17 marzo 2017, n. 1213), e, per altro verso, l'opzione in ordine ai rimedi da attivare ove l'interessato ritenesse, nella sua autonomia decisionale, lesa la propria situazione giuridica soggettiva, non può essere certo rimessa - per giunta in via anticipata - all'Amministrazione o al soggetto depositario dei documenti (in tal senso: Cons. Stato, sez. V, 27 giugno 2018, n. 3953, nonché Id., sez. IV, 20 ottobre 2016, n. 4372).

8 Ebbene, impostati in tal modo i termini generali della questione (peraltro sulla scorta di orientamenti più che consolidati), deve ritenersi che tutti i richiamati presupposti assistano la richiesta ostensiva formulata da Ryanair in data 3 agosto 2018, la quale risulta difatti sorretta:

- dalla allegata posizione di operatore economico in concorrenza attuale per l'accesso ai servizi aeroportuali nello scalo catanese;
- dall'interesse a verificare il rispetto, da parte delle società di gestione, della parità di trattamento, al fine di escludere (o eventualmente di stigmatizzare nelle competenti sedi) eventuali condotte anticoncorrenziali.

8a Sotto tale aspetto, come si è già accennato, il necessario carattere di strumentalità fra gli atti cui è riferita la domanda ostensiva e gli interessi della società richiedente risulta adeguatamente fondato su quanto indicato nella medesima domanda: nell'occasione l'appellata aveva affermato che l'accesso era finalizzato a verificare l'eventuale esistenza di incentivi indiretti accordati alla società appellante dalla società di gestione aeroportuale.

In questa debita prospettiva – e a prescindere dal puntuale riferimento al rapporto fra i contratti oggetto di ostensione e l'attivazione di particolari rotte aeree – non può negarsi la sussistenza nel caso in esame del più volte richiamato nesso di strumentalità, se solo si consideri che il suddetto nesso deve essere necessariamente inteso in senso condizionalistico, onde evitare di gravare il soggetto richiedente di un onere di allegazione evidentemente inesigibile: quello di dimostrare *ex ante* in modo pieno e dettagliato il rapporto fra il contenuto (ignoto) dell'atto oggetto di istanza e le conseguenze (solo in parte note) che il presumibile contenuto di quell'atto può sortire – o aver sortito - sulla sfera di interessi del medesimo richiedente.

Del resto, l'allegato interesse a conoscere e verificare il rispetto della legge e la correttezza non disparitaria nella gestione dei contratti è sufficiente a legittimare la richiesta ostensiva (essendo un non rilevante *posterius* l'effettiva fondatezza dei ventilati sospetti di irregolarità e di anticoncorrenzialità).

Che, poi, le condizioni economiche fossero predefinite e sottratte alla libera contrattazione, rappresenta solo (e semmai) un motivo ulteriore per legittimare, da parte di un concorrente anche solo potenziale, la verifica a posteriori del loro effettivo e concreto rispetto.

Si aggiunge infine, per completezza, che deve essere il gestore destinatario della richiesta di accesso, e non il relativo controinteressato, a riscontrare la medesima, pronunciandosi sull'esistenza o meno di contratti rientranti nelle singole categorie oggetto della domanda ostensiva; e che non compete ad Alitalia, e, più in generale, sfugge all'ambito proprio del presente giudizio, ogni valutazione di merito sulla consistenza e incidenza delle condizioni economiche dei contratti in discussione che dovessero rivelarsi effettivamente conclusi tra le due attuali appellanti (C.d.S., IV, 29 gennaio 2014, n. 461: il destinatario della domanda di accesso deve limitarsi a valutare il "collegamento" della situazione giuridica da tutelare con il documento del quale è richiesta l'ostensione, e, una volta accertato tale collegamento, ogni altra indagine sull'utilità ed efficacia in chiave difensiva del documento, od

ancora, sull'ammissibilità o tempestività della domanda di tutela prospettata, è sicuramente ultronea).

8b Concludendo sul punto, deve dunque ritenersi che con la propria domanda di accesso Ryanair avesse soddisfatto in modo adeguato gli oneri inerenti all'allegazione dei presupposti e delle condizioni della richiesta di ostensione, e questo anche per quanto riguarda, in particolare, il necessario vincolo di strumentalità.

9 Giova poi ribadire che l'istanza per cui è causa non risulta né generica (in quanto indicava con sufficiente precisione, ancorata al dato temporale di riferimento, la documentazione richiesta, non potendo, con ogni evidenza, pretendersi dall'*extraneus* la precisa e preventiva individuazione del numero e della tipologia dei contratti stipulati né la analitica individuazione dei documenti contabili rilevanti), né esplorativa (se non nel senso del legittimo interesse a conoscere, verificare e controllare, in un contesto economico soggetto al divieto di condotte lesive della *par condicio* tra gli aspiranti al mercato, le modalità di formalizzazione e gestione dei rapporti convenzionali).

Né la domanda all'origine dei fatti di causa risultava finalizzata a operare un controllo generalizzato sull'attività del gestore aeroportuale, delimitando invece in modo adeguato (e in ogni caso secondo quanto in concreto esigibile) l'ambito oggettivo e temporale dell'esigenza conoscitiva della ricorrente di primo grado.

10a Tutto ciò posto, il Collegio rileva che non può trovare accoglimento il centrale motivo di appello secondo il quale il primo giudice avrebbe inammissibilmente consentito l'accesso ai contratti intercorsi fra la S.A.C. e Alitalia ben oltre il (limitato) ambito delle attività di pubblico interesse svolte dai gestori dei servizi aeroportuali.

Come si è evidenziato in precedenza, le appellanti lamentano, in particolare, che il Tribunale avrebbe erroneamente ammesso l'accesso ad atti relativi all'attività "*non-aviation*" e di natura commerciale del gestore dei servizi

aeroportuali (decreto legislativo n. 18 del 1999), sino ad ammettere l'ostensibilità di atti in alcun modo connessi ai profili propri del corretto funzionamento dello scalo.

10b Al riguardo deve però qui sottolinearsi (richiamando ancora una volta le conclusioni cui è giunto il Consiglio di Stato con la richiamata sentenza n. 6603 del 2019) che il riconoscimento del diritto di accesso postula – indipendentemente dalla natura formalmente pubblica del soggetto che ha formato o che detiene i documenti di interesse, e dalla consistenza pubblicistica o privatistica del relativo regime operativo – che si versi in un contesto assoggettato all'applicazione dei principi di parità di trattamento e di trasparenza (cfr. Cons. Stato, sez. III, 17 marzo 2017, n. 1213). Il che accade (nella prospettiva di cui all'art. 97 Cost.) in presenza di ogni attività (autoritativa o paritetica, esercitata in forma pubblicistica o mercé il ricorso alle regole del diritto privato) “*di interesse pubblico*” (cfr. art. 22, comma 1 lett. e) l. n. 241/1990, che scolpisce una nozione “lata” di “pubblica amministrazione”.

Più specificamente, il diritto di accesso può essere senz'altro esercitato nei confronti di soggetti privati “*gestori di pubblici servizi*” (cfr. art. 23 legge n. 241/1990).

10c Non sussiste, inoltre, necessaria coincidenza tra le attività di pubblico interesse ai fini dell'accesso e quelle rientranti nel perimetro di applicazione delle norme sull'evidenza pubblica, dettate dal d. lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

11 Deve ricordarsi, anche a quest'ultimo proposito, che la gestione dell'infrastruttura aeroportuale:

- a) si colloca nell'ambito di un mercato concorrenziale, dove il singolo operatore si trova a competere con i gestori di aeroporti vicini aventi caratteristiche simili, mirando ad incentivare l'afflusso di vettori aerei (e quindi di passeggeri), attraverso la leva dei servizi offerti e dei diritti;
- b) è caratterizzata da una tipologia di attività che incontra un'offerta di servizi di carattere commerciale proveniente dagli operatori del settore (*in primis* le

compagnie aeree, e indi gli utenti di queste ultime) ed è quindi suscettibile di essere assicurata in condizioni di equilibrio economico, senza la necessità di sovvenzioni pubbliche o di interventi di eventuale ripianamento delle perdite che preservino dal rischio di impresa;

d) risulta in ogni caso, in quanto correlata alla erogazione di pubblico servizio, soggetta all'esercizio del diritto di accesso (ex art. 23 legge n. 241 cit.).

Si manifestano poi utili delle ulteriori osservazioni d'insieme in ordine alle attività svolte in ambito aeroportuale.

11a Gli aeroporti civili statali della navigazione aerea fanno, invero, parte del demanio aeronautico (art. 822, comma 2 cod. civ.) che, ai sensi dell'art. 693 cod. nav., è assegnato in uso gratuito all'Ente Nazionale per l'Aviazione Civile per il successivo affidamento in concessione al gestore aeroportuale, che l'art. 705 definisce come *“il soggetto cui è affidato, sotto il controllo e la vigilanza dell'ENAC, insieme ad altre attività o in via esclusiva, il compito di amministrare e di gestire, secondo criteri di trasparenza e non discriminazione, le infrastrutture aeroportuali e di coordinare e controllare le attività dei vari operatori privati presenti nell'aeroporto o nel sistema aeroportuale considerato”*.

Ai sensi dell'art. 703 cod. nav., il gestore organizza l'attività aeroportuale al fine di garantire l'efficiente ed ottimale utilizzazione delle risorse per la fornitura di attività e di servizi di livello qualitativo adeguato, nonché la pianificazione degli interventi in relazione alla tipologia di traffico.

11b Le attività svolte in ambito aeroportuale si distinguono tra attività c.d. *aviation* (inerenti alle operazioni di volo ed ai servizi strumentali e collegati) e attività c.d. *non aviation* (relative a servizi commerciali offerti ai passeggeri all'interno dell'area aeroportuale).

In particolare, le attività *aviation* comprendono:

a) l'*aviation* in senso stretto, relativa alla gestione, allo sviluppo ed alla manutenzione delle infrastrutture e degli impianti (elencate all'all. B del d. lgs. n. 18/1999), l'offerta di servizi e delle attività connesse all'approdo ed alla partenza degli aeromobili e i servizi di sicurezza aeroportuale;

b) l'*handling* (o servizi di assistenza a terra, elencati nell'all. A del d. lgs. n. 18 cit.), inerente alle attività commerciali complementari, accessorie e strumentali alla prestazione di trasporto aereo, svolte in ambito aeroportuale, nonché le operazioni funzionali al decollo ed all'approdo degli aeromobili nonché alla partenza e all'arrivo dei passeggeri, svolte sia "*airside*" (imbarco/sbarco di passeggeri, bagagli e merci; bilanciamento degli aeromobili; smistamento e riconcilio dei bagagli; guida al parcheggio; rifornimenti etc.) sia in "area passeggeri" (servizi di biglietteria, informazioni, *check in*, *lost & found*, informazioni etc.): attività assoggettate, con il d. lgs. n. 18 cit., ad un regime di liberalizzazione regolamentata, in coerenza con la politica comunitaria di apertura alla concorrenza del mercato del trasporto aereo.

Per contro, rientrano nelle attività *non aviation*:

c) il *travel retail* (cioè a dire il complesso delle attività commerciali al dettaglio offerte ai passeggeri, agli operatori ed ai visitatori all'interno dell'aeroporto: negozi, bar, ristoranti etc.);

d) le altre attività, svolte sia all'interno dell'area aeroportuale (affissioni pubblicitarie, banche, farmacie, lavanderie, alberghi, *slot machines* etc.) sia all'esterno (gestione dei parcheggi).

Ciò detto, rientrano nei ricavi generati dalla attività *aviation*:

a) i diritti aeroportuali (diritti di approdo, di sosta o di ricovero per gli aeromobili e le tasse di imbarco passeggeri);

b) i corrispettivi per l'uso delle infrastrutture centralizzate e dei beni di uso comune;

c) i corrispettivi per la sicurezza;

d) le tariffe per l'uso di spazi da parte di vettori e di *handlers*.

Le relative tariffe sono regolamentate o dalle concessioni o dai contratti di programma tra i gestori e l'ENAC, ove stipulati. La legge n. 248 del 2005 ha disposto che la misura dei diritti aeroportuali, della tassa di imbarco e sbarco sulle merci trasportate per via aerea, dei corrispettivi per i servizi di sicurezza, è determinata per i singoli aeroporti, sulla base dei criteri stabiliti dal C.I.P.E.,

con decreti del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze.

Sono, peraltro, sottoposti a regolazione tariffaria anche i corrispettivi per l'uso di infrastrutture centralizzate, dei beni di uso comune e dei beni di uso esclusivo nonché i corrispettivi per le attività di assistenza a terra, quando queste siano svolte da un unico prestatore. Per tali servizi e per quelli non regolamentati si richiede al gestore di tenere una contabilità analitica idonea a ricostruire i costi e i ricavi di competenza di ciascun servizio, al fine di procedere poi ad un corretto calcolo della tariffa riconosciuta per la copertura dei costi, seguendo un modello di regolazione tariffaria del tipo price-cap o tetto massimo di aumento, differenziata per i singoli aeroporti. Trattasi di una regolazione tariffaria di tipo incentivante nella quale il controllo del regolatore non ha ad oggetto i profitti conseguiti dal monopolista quanto piuttosto i prezzi.

Qualora il gestore non svolga direttamente il servizio di *handling*, esso formalizza a vantaggio dei vettori ed degli *handlers* la subconcessione degli spazi, delle aree e dei locali necessari per lo svolgimento della loro attività (uffici, banchi *check in*, aree tecniche, piazzole etc.).

Le subconcessioni delle aree e dei locali generano ricavi per il concessionario. Le relative tariffe sono definite nelle concessioni o nei contratti di programma, e non sono pertanto soggette a determinazione secondo criteri di libero mercato.

Per contro, per le attività di *travel retail* (svolte direttamente dal gestore o da soggetti terzi), i prezzi al pubblico sono determinati da logiche strettamente commerciali e non sono assoggettati a forme di controllo. L'eventuale scelta di subconcessionari avviene senza specifiche procedure ad evidenza pubblica (cfr. Cass., SS.UU., 18 aprile 2016, n. 7663).

In ogni caso, a favore dei gestori può essere prevista, a vario titolo, l'erogazione di contributi pubblici sia in conto esercizio (per fronteggiare

esigenze di gestione), sia in conto capitale (per incrementare i mezzi patrimoniali dell'impresa), sia in conto impianti.

12 Orbene, alla luce della disamina di cui al precedente paragrafo può pervenirsi alla dirimente notazione che anche i servizi commerciali *non aviation* devono ritenersi complessivamente strumentali all'infrastruttura aeroportuale (avuto riguardo alla loro attitudine a valorizzare lo scalo, a generare ricavi e ad incidere, in concreto, sulla definizione dei profili tariffari relativi ai servizi *aviation*): per questa via, a dispetto del carattere obiettivamente commerciale e della natura interamente privatistica dei relativi contratti, e della pur ribadita insussistenza di obblighi evidenziali ai fini del relativo affidamento, gli stessi devono quindi ritenersi assoggettati, nella loro accessorietà, al generale obbligo di trasparenza nei riguardi degli operatori in regime di possibile concorrenza. Dal riassunto quadro emerge invero, relativamente al caso in esame, che anche relativamente alla attività *non aviation*, per quanto esercitata in regime di libero mercato, non sono assenti profili di tutela della concorrenza e della parità di trattamento.

Pertanto, non può ritenersi che il contenuto commerciale dei contratti cui è riferita la presente domanda ostensiva consenta di giustificare l'invocata sottrazione all'ambito delle attività di pubblico interesse e – in via mediata – l'attrazione delle pattuizioni contrattuali all'ambito della disciplina in materia di accesso agli atti ai sensi del Capo V della legge generale sul procedimento.

Dal che consegue l'infondatezza anche dei dubbi espressi dall'appellante principale sulla pertinenza della controversia all'ambito della giurisdizione amministrativa.

13a L'appellante incidentale, per parte sua, con il suo scritto di replica del 2 novembre 2019, nel criticare le conclusioni cui è pervenuto il Consiglio di Stato con la richiamata sentenza n. 6603/2019 ha affermato trattarsi di una decisione allo stato isolata e distonica rispetto a consolidati orientamenti di senso contrario formati nell'abito della giurisprudenza civile e amministrativa.

Alitalia ha quindi osservato che, laddove questo Collegio dovesse dividerne gli assunti, non potrebbe esimersi dal rilevare un contrasto di giudicati nell'ambito della giurisprudenza amministrativa in relazione a un profilo di diritto determinante ai fini del decidere, procedendo conseguentemente a rimettere la questione all'Adunanza plenaria ai sensi dell'articolo 99 del cod. proc. amm.

13b L'argomento - e la domanda che ne consegue - non possono però essere condivisi.

Le conclusioni cui è di recente giunta la Quinta Sezione (che il Collegio condivide per le ragioni dinanzi esposte) non palesano contrasti rispetto a pregressi orientamenti giurisprudenziali, ma rappresentano, piuttosto, la declinazione di orientamenti – che la stessa appellante riconosce essere “*pacifici e condivisibili*” – relativi all'applicabilità della normativa in materia di accesso ai soggetti di diritto privato “*limitatamente alla loro attività di pubblico interesse*” (articolo 22, comma 1, lettera e) legge n. 241/1990).

Ciò che in particolare l'appellante contesta è la qualificabilità delle attività commerciali cc.dd. ‘*non aviation*’ come “*attività di pubblico interesse*” a fini della richiamata disciplina.

Ma il punto è che la critica dell'appellante non si innesta su un principio di diritto (in relazione al quale sussisterebbe un contrasto in giurisprudenza), bensì sulle declinazioni qualificatorie di un principio (quello desumibile dal richiamato articolo 22, comma 1, lettera e)) sul quale non esistono invero contrasti di sorta.

13c Il Collegio osserva, in particolare, che la declinazione applicativa individuata dalla Quinta Sezione del Consiglio di Stato (e qui condivisa) non si pone in contrasto con quanto affermato dallo stesso Consiglio di Stato con la sentenza n. 7977/2011 (richiamata a pag. 4 della richiamata memoria del 2 novembre 2019).

E' infatti evidente che non possa individuarsi alcun parallelismo interpretativo fra i principi di diritto enunciati dalla sentenza da ultimo richiamata e quelli di

cui alla sentenza dello stesso Consiglio di Stato n. 6603/2019.

Ci si limita ad osservare che nel primo caso (e non anche nel secondo) veniva in rilievo la questione dell'applicabilità della normativa sull'accesso ad attività inerenti i soli profili organizzativi o le modalità gestorie del servizio.

13d Si osserva ancora che la richiamata declinazione applicativa non si pone neppure in contrasto con quanto affermato dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato con la sentenza n. 16/2011.

Ci si limita al riguardo ad osservare che la decisione da ultimo richiamata non potrebbe essere assunta quale adeguato *tertium comparationis* ai fini dell'individuazione di un possibile contrasto fra giudicati dal momento che tale decisione non aveva segnatamente ad oggetto il settore aeroportuale, e non implicava – almeno in via diretta – profili relativi alla disciplina in tema di accesso.

Ai limitati fini che qui rilevano vale difatti ribadire che non esiste alcun automatico parallelismo fra (da un lato) l'esenzione dalla normativa sugli appalti pubblici che è stata riconosciuta per l'attività contrattuale degli enti aggiudicatori dei settori speciali in ambiti diversi dalle attività dei settori speciali, e (dall'altro) la pretesa esenzione dalla normativa in materia di accesso di cui in tesi si gioverebbero i gestori aeroportuali per l'attività contrattuale avente a oggetto i servizi commerciali '*non-aviation*'.

13e Il Collegio osserva, infine, che la ridetta declinazione applicativa non si pone in contrasto nemmeno con quanto affermato dalle Sezioni Unite della Cassazione con la sentenza n. 4899/2018.

Al riguardo sembra sufficiente osservare che la decisione da ultimo richiamata tratta in particolare della questione (che qui non viene in rilievo) dell'assoggettamento alle regole dell'evidenza pubblica dell'appalto del servizio sostitutivo di mensa, reso mediante buoni pasto cartacei, per i dipendenti di Poste Italiane s.p.a.

Il paventato contrasto di giurisprudenza postula allora una – invero non dimostrata – assimilazione fra i presupposti e le condizioni di

assoggettamento alle regole di evidenza pubblica e quelli di assoggettamento alle regole in tema di accesso agli atti amministrativi ai sensi del Capo V della legge n. 241 del 1990.

Al contrario, è qui appena il caso di ribadire che – in base ad orientamenti più che consolidati – gli ambiti oggettuali di applicazione dei due settori disciplinari e gli stessi ambiti soggettivi di riferimento sono del tutto peculiari e non ammettono automatici parallelismi di sorta.

14a Per le ragioni complessivamente esposte, dunque, gli appelli principale e incidentale in epigrafe, risultando infondati, devono essere respinti, con le precisazioni di cui in motivazione.

14b Va conclusivamente soggiunto che non è stato fatto oggetto di appello e risulta quindi passato in cosa giudicata il capo della sentenza in epigrafe (peraltro condivisibile nel merito) in cui il primo Giudice ha sottolineato che, laddove in sede di concreto esercizio dell'accesso taluno dei contenuti dei contratti oggetto di ostensione risulti idoneo a rivelare informazioni commerciali sensibili, la società di gestione potrà (*rectius*, dovrà) procedere all'oscuramento del relativo contenuto. Tali determinazioni di carattere limitativo dovranno in ogni caso – secondo quanto condivisibilmente stabilito dal primo Giudice – essere assunte “*a seguito di una puntuale e rigorosa ricognizione*” (occorre però contestualmente precisare che non trova riscontro in atti l'affermazione che nella sentenza impugnata si direbbe che anche “*tutti i documenti utili a ricostruire la remuneratività delle rotte operate da Alitalia devono ritenersi dati sensibili, da oscurare in sede di eventuale ostensione*”).

14c Sussistono giusti ed eccezionali motivi per disporre l'integrale compensazione delle spese fra le parti anche in relazione al presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, in sede giurisdizionale, definitivamente pronunciando sugli appelli principale ed incidentale in epigrafe, li respinge.

Compensa le spese processuali tra le parti in causa.

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

Così deciso in Palermo nella Camera di consiglio del giorno 14 novembre 2019 con l'intervento dei magistrati:

Claudio Contessa, Presidente

Silvia La Guardia, Consigliere

Nicola Gaviano, Consigliere, Estensore

Giuseppe Verde, Consigliere

Antonino Caleca, Consigliere

L'ESTENSORE

Nicola Gaviano

IL PRESIDENTE

Claudio Contessa

IL SEGRETARIO