

Publicato il 10/01/2020

N. 00024/2020REG.PROV.COLL.
N. 00115/2019 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 115 del 2019, proposto dalla Alitalia – Società Aerea Italiana S.p.A. in A.S., 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 dell'avvocato Domenico Pitruzzella in Palermo, via Nunzio Morello, 40

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 dell'avvocato Giannalberto Mazzei in Roma, via G. Cuboni, 12;

Ges.A.P. Società di Gestione dell'Aeroporto di Palermo S.p.A. non costituita in giudizio

per la riforma della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia (Sezione Terza) n. 2739/2018

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Ryanair Dac;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 14 novembre 2019 il Pres. Claudio Contessa e uditi per le parti gli avvocati Aristide Police e Giannalberto Mazzei;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue

FATTO

Con ricorso proposto dinanzi al T.A.R. della Sicilia e recante il n. 1856/2018 la Ryanair DAC (d'ora innanzi: *'la Ryanair'* o: *'la società appellata'*) ha chiesto l'accertamento del proprio diritto ad accedere ad alcuni atti in possesso della società di gestione dell'aeroporto di Palermo - Ges.A.P. e concernenti i rapporti con il vettore aereo Alitalia – Società Aerea Italiana s.p.a. (d'ora in poi: *'l'Alitalia'* o *'la società appellante'*).

L'accesso a tali atti era stato chiesto da Ryanair con atto in data 3 agosto 2018 al quale la Ges.A.P. non aveva dato favorevole riscontro.

La domanda ostensiva aveva ad oggetto, in particolare:

- (i) "ogni contratto sottoscritto tra [la Ges.A.P.] 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 Ges.A.P.] 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 alla riattivazione di rotte precedentemente dismesse, sottoscritto tra [la Ges.A.P.] 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".

Con la sentenza in epigrafe il Tribunale amministrativo della Sicilia ha accolto il ricorso e ha conseguentemente ordinato alla Ges.A.P. l'esibizione e il rilascio di copia degli atti richiesti in data 3 agosto 2018, sia pure con la fissazione di alcune cautele al fine di impedire la cognizione di (eventuali) informazioni commerciali sensibili.

In particolare il Tribunale amministrativo ha chiarito che, nel consentire il richiesto accesso agli atti, la Ges.A.P. potrà oscurare il contenuto di informazioni commerciali sensibili "a seguito di una puntuale e rigorosa ricognizione".

La sentenza in questione è stata impugnata in appello da Alitalia la quale ne ha chiesto la riforma articolando i seguenti motivi:

- I) *Error in iudicando* – Irragionevolezza ed illogicità della motivazione nella parte in cui è stata indebitamente estesa la disciplina dell'accesso contenuta nella l. 7 agosto 1990, n. 241 e s.m.i. ad atti e documenti estranei all'attività di pubblico servizio svolta da Ges.A.P.
- II) *Error in iudicando* – Irragionevolezza ed illogicità della motivazione nella parte in cui è stata data distorta applicazione del concetto di necessaria pertinenza degli atti oggetto dell'accesso rispetto all'interesse posto a fondamento dell'istanza.

Si è costituita in giudizio la Ryanair la quale ha concluso nel senso dell'irricevibilità, inammissibilità e/o dell'infondatezza dell'appello.

Alla camera di consiglio del 14 novembre 2019 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

1. Giunge alla decisione del Collegio il ricorso in appello proposto da Alitalia – Società Aerea Italiana s.p.a. in amministrazione straordinaria avverso la sentenza del T.A.R. della Sicilia con cui è stato accolto il ricorso proposto dalla società aerea Ryanair DAC e, per l'effetto, è stato ordinato alla società di gestione dell'aeroporto di Palermo Ges.A.P. di consentire l'esibizione e il rilascio di copia degli atti e dei documenti richiesti in data 3 agosto 2018.

2. Con il primo motivo di appello Alitalia lamenta che il primo Giudice, pur muovendo dal richiamo di condivisibili principi in tema di estensione del diritto di accesso agli atti amministrativi, sia pervenuto a conclusioni erranee, per avere ammesso in modo indistinto l'accesso a tutti gli atti richiesti da Ryanair e senza distinguere - come invece sarebbe stato necessario - fra: *i*) atti inerenti l'esercizio di attività c.d. *'aviation'* (che sono funzionali al corretto funzionamento dello scalo e in relazione ai quali l'accesso è pienamente giustificato) e *ii*) atti inerenti l'attività c.d. *'non-aviation'*, di natura commerciale (in relazione ai quali non vi sarebbero ragioni per consentire il richiesto accesso agli atti).

Vero è che, ai sensi dell'articolo 22, comma 1, lettera e) della l. 241 del 1990, anche i soggetti di diritto privato come Ges.A.P. sono sottoposti – entro alcuni limiti – all'applicazione della normativa sull'accesso, ma è anche vero che tale sottoposizione è limitata *“alla loro attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o comunitario”*.

Sotto tale aspetto il T.A.R. avrebbe ommesso di considerare che, in base al richiamato paradigma normativo, l'accesso agli atti di Ges.A.P. sarebbe consentito unicamente in relazione alle procedure ad evidenza pubblica, nonché alle attività c.d. *'aviation'* e di mera assistenza a terra poste in essere ai sensi del decreto legislativo 13 gennaio 1999, n. 18 (*'Attuazione della direttiva 96/67/CE relativa al libero accesso al mercato dei servizi di assistenza a terra negli aeroporti della Comunità'*), mentre non sarebbe consentito in relazione a contratti di natura puramente commerciale quali quelli cui si riferiva la richiesta di accesso all'origine dei fatti di causa.

Nella tesi dell'appellante il primo Giudice, nell'ammettere in modo pressoché indistinto la richiesta stensione documentale, avrebbe erroneamente ampliato il campo applicativo del diritto di accesso, per come delineato da consolidati orientamenti giurisprudenziali.

In particolare, risulterebbe nel caso di specie travisato il nucleo dell'orientamento secondo cui, in relazione all'attività dei soggetti privati gestori di pubblici servizi, il diritto di accesso risulta limitato alle sole attività di rilievo pubblicistico, con espressa esclusione delle attività estranee al servizio pubblico e aventi carattere eminentemente commerciale (vengono richiamate al riguardo le decisioni dell'Adunanza plenaria numm. 22 del 1999 e 14 del 2016).

Né potrebbe essere richiamata in senso contrario – prosegue l'appellante Alitalia – la decisione di questo Consiglio di giustizia amministrativa n. 458 del 2016, resa fra le stesse parti in diverso contenzioso in materia di accesso.

Vero è, infatti, che in quel caso questo Giudice di appello aveva aderito alle conclusioni formulate da Alitalia (in quel caso parte richiedente l'accesso), ma è anche vero che tale decisione si collocava in un ben diverso quadro fattuale nel cui ambito veniva in rilievo l'erogazione in favore di Ryanair di incentivi in via esclusiva – a valere su risorse pubbliche – volti ad indurre tale operatore ad operare su un determinato scalo aeroportuale.

Ben diverso sarebbe il caso – che qui rileva – della richiesta di accesso ai contratti di subconcessione di aree o spazi nello scalo le quali non solo configurano contratti attivi – e non passivi – per l'amministrazione ma, per di più, *“risultano estranei all'ambito dei servizi e delle incentivazioni, appartenendo a settori esposti alla concorrenza (...)”*.

Con il secondo motivo di appello Alitalia lamenta che, nell'ammettere in modo indistinto la richiesta ostensione documentale, il primo Giudice avrebbe travalicato il consueto limite della strumentalità fra la conoscenza degli atti oggetto di accesso e la tutela di *“una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso”* (in tal senso l'art. 22, comma 1, lett. b) della l. 241 del 1990).

Ed infatti, nel formulare la propria richiesta di accesso Ryanair aveva espressamente richiamato l'interesse a “*verificare se le condizioni contrattuali concesse ad Alitalia determin[assero] o meno un ingiustificato vantaggio a favore di tale società*”, in particolare in relazione all'attivazione di nuove rotte.

Ma il punto (che sarebbe stato disatteso dal T.A.R.) è che i documenti il cui accesso era stato concreto richiesto da Ryanair nulla avrebbero a che vedere con l'erogazione di incentivi finalizzati all'attivazione di nuove rotte, incentrandosi – e in modo inammissibile – su aspetti meramente commerciali dell'attività del vettore.

Ed infatti, nessuno dei tre contratti stipulati fra Alitalia e Ges.A.P. (aventi ad oggetto rispettivamente: i) subconcessioni di scalo e nucleo tecnico; ii) utilizzo della sala Vip lounge; iii) incremento dell'utilizzo dei cc.dd. ‘*loading bridges*’) sarebbe connesso – neppure in modo indiretto all'attivazione di nuove rotte.

In definitiva il Tribunale amministrativo avrebbe erroneamente accolto un ricorso inammissibilmente volto a consentire un controllo generalizzato sull'attività di diritto privato del gestore aeroportuale e – in ogni caso – finalizzato all'accesso ad atti la cui conoscenza non era in alcun modo connessa alla tutela di posizioni giuridicamente meritevoli di tutela.

3. I due motivi dinanzi sinteticamente richiamati sono infondati (sia pure, con le precisazioni che si forniranno *infra, sub* 9.1).

3.1. 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.

3.2. Il Collegio ritiene qui di richiamare in particolare la conclusione 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.

3.2.1. 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) l. n. 241/1990).

3.2.2. 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 ad orientamenti più che consolidati – che rinvengono peraltro da espresse previsioni normative -) deve trattarsi di un interesse diretto, concreto, attuale e strumentale.

3.2.3. 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 che, 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 l. 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 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).

4. Ebbene, impostati in tal modo i termini generali della questione (peraltro sulla scorta di orientamenti più che consolidati), deve ritenersi che i richiamati presupposti sussistano in relazione alla richiesta ostensiva formulata da Ryanair in data 3 agosto 2018, la quale risulta sorretta

- dalla allegata posizione di operatore economico in concorrenza attuale per l'accesso ai servizio aeroportuali nello scalo palermitano;

- dall'interesse a verificare il rispetto, da parte delle società di gestione, della parità di trattamento, al fine di escludere (od eventualmente di stigmatizzare nelle competenti sedi) eventuali condotte anticoncorrenziali.

4.1. Sotto tale aspetto 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 risultasse finalizzato a stabilire se l'attivazione di nuove rotte e la riattivazione di una rotta dismessa presso lo scalo palermitano costituissero il frutto di incentivi indiretti accordati alla società appellante dalla società di gestione aeroportuale, *“che possono trovare il loro veicolo nella sottoscrizione di contratti per la fornitura di servizi aeroportuali, di promozione commerciale e marketing”*.

Sotto tale aspetto – 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: *i)* che l'attivazione di tali rotte non doveva necessariamente rappresentare l'oggetto stesso degli accordi commerciali, rappresentando piuttosto un mero – e non necessario – indizio del riconoscimento di particolari condizioni di favore foriere di conseguenze anticoncorrenziali; *ii)* che il ridetto nesso di strumentalità 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 soggetto 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.

4.2. Concludendo sul punto deve concludersi che con la domanda di accesso in data 3 agosto 2018 Ryanair avesse soddisfatto in modo adeguato gli oneri sulla stessa gravanti in termini di allegazione dei presupposti e delle condizioni della richiesta di ostensione, per quanto riguarda in particolare il necessario vincolo di strumentalità.

5. Si osserva poi 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).

Ed infatti la domanda all'origine dei fatti di causa non risultava finalizzata ad operare un controllo generalizzato sull'attività del gestore aeroportuale, delimitando invece in modo adeguato (e in ogni caso secondi quanto in concreto

esigibile) l'ambio oggettivo e temporale dell'esigenza conoscitiva della ricorrente di primo grado.

6. Non può poi trovare accoglimento il motivo di ricorso secondo cui il primo giudice avrebbe inammissibilmente consentito l'accesso ai contratti intercorsi fra Ges.A.P. e Alitalia ben oltre il (limitato) ambito delle attività di pubblico interesse svolte dai gestori dei servizi aeroportuali.

Come si è evidenziato in precedenza l'appellante lamenta in particolare che il primo Giudice 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.

6.1. Al riguardo va qui sottolineato (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 alla applicazione dei principi di parità di trattamento e di trasparenza (cfr. Cons. Stato, sez. III, 17 marzo 2017, n. 1213). Ciò accade (nella prospettiva di cui all'art. 97 Cost.) solo in presenza di 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 l. n. 241/1990).

6.2. Non sussiste, peraltro, 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.

In particolare, 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 quindi 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 l. n. 241 cit.*).

7. Occorre qui svolgere alcune osservazioni in ordine alle attività svolte in ambito aeroportuale.

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.

7.1. 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 le 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).

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 e 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.

7.2. Ciò posto (e si tratta di notazione certamente dirimente ai fini della presente decisione), 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 tal via, a dispetto del carattere obiettivamente commerciale, della natura interamente privatistica dei relativi contratti, della ribadita insussistenza di obblighi evidenziali ai fini del relativo affidamento, devono ritenersi assoggettate, nella loro accessorietà, al generale obbligo di trasparenza, nei riguardi degli operatori in regime di possibile concorrenza.

7.3. Dal riassunto quadro emerge, 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 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.

8. Con la memoria in data 2 novembre 2019 l'appellante Alitalia, nel criticare le conclusioni cui è pervenuto il Consiglio di Stato con la richiamata sentenza n. 6603 del 2019 ha sottolineato trattarsi di una decisione allo stato isolata e distonica rispetto a consolidati orientamenti di senso contrario formati nell'abito della giurisprudenza civile e amministrativa.

Ha quindi osservato che, laddove questo Collegio dovesse condividerne 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.

8.1. L'argomento - e la domanda che ne consegue - non possono essere condivisi.

Le conclusioni cui è di recente giunta la Quinta Sezione (e 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 parte 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) l. proc.).

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.

8.1.1. Si 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 dal Consiglio di Stato con la sentenza n. 7977/2011 (richiamata a pag. 4 della richiamata memoria in data 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 Cons. Stato 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.

8.1.2. Si osserva ancora che la richiamata declinazione applicativa non si pone 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 ci si limita ad osservare che non esiste alcun automatico parallelismo fra (da un lato) l'esenzione della 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 gioverebbero i gestori aeroportuali per l'attività contrattuale avente ad oggetto i servizi commerciali '*non-aviation*'.

8.1.3. Si osserva infine che la ridetta declinazione applicativa non si pone in contrasto con quanto affermato dalle Sezioni Unite della Cassazione con la sentenza n. 4899/2018.

Ci si limita al riguardo ad 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 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 l. 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.

9. Per le ragioni esposte l'appello in epigrafe deve essere respinto, con le precisazioni di cui in motivazione.

9.1. Va conclusivamente osservato 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*”.

9.2. Sussistono giusti ed eccezionali motivi per disporre l'integrale compensazione delle spese fra le parti in relazione al doppio grado del presente giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, in sede giurisdizionale, definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese del doppio grado compensate.

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, Estensore

Silvia La Guardia, Consigliere

Nicola Gaviano, Consigliere

Giuseppe Verde, Consigliere
Antonino Caleca, Consigliere

IL PRESIDENTE, ESTENSORE
Claudio Contessa

IL SEGRETARIO