

A507C - SERVIZIO RIFORNIMENTO CARBURANTE AVIO AEROPORTO DI BERGAMO

Provvedimento n. 30678

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 28 giugno 2023;

SENTITO il Relatore, Presidente Roberto Rustichelli;

VISTA la legge 10 ottobre 1990, n. 287;

VISTO, in particolare, l'articolo 14-ter, comma 2, della legge 10 ottobre 1990, n. 287, ai sensi del quale l'Autorità, in caso di mancato rispetto degli impegni resi obbligatori ai sensi dell'articolo 14-ter, comma 1, può irrogare una sanzione amministrativa pecuniaria fino al 10 per cento del fatturato;

VISTA la legge 24 novembre 1981, n. 689;

VISTO il D.P.R. 30 aprile 1998, n. 217;

VISTA la propria delibera n. 27089 del 14 marzo 2018, con la quale sono stati resi obbligatori gli impegni presentati da Società per l'Aeroporto civile di Bergamo Orio al Serio S.p.A. - SACBO S.p.A. e Levorato Marcevaggi S.r.l. e, contestualmente, è stato chiuso il procedimento nei confronti delle medesime società senza accertare l'infrazione, ai sensi dell'articolo 14-ter, comma 1, della legge n. 287/1990;

VISTA la propria delibera n. 30433 del 20 dicembre 2022, con la quale l'Autorità ha avviato un procedimento per contestare a Società per l'Aeroporto civile di Bergamo Orio al Serio S.p.A. - SACBO S.p.A. la violazione di cui all'articolo 14-ter, comma 2, della legge n. 287/1990 per presunta inottemperanza alla propria delibera n. 27089 del 14 marzo 2018;

VISTA la Comunicazione delle Risultanze Istruttorie inviata alle Parti in data 20 aprile 2023;

VISTA la memoria conclusiva di Società per l'Aeroporto civile di Bergamo Orio al Serio S.p.A. - SACBO S.p.A., pervenuta in data 18 maggio 2023;

SENTITI in audizione finale, in data 23 maggio 2023, i rappresentanti di Società per l'Aeroporto civile di Bergamo Orio al Serio S.p.A. - SACBO S.p.A.;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

I. PREMESSA

1. Con provvedimento n. 27089 del 14 marzo 2018 l'Autorità ha deliberato la chiusura del procedimento A507, avviato nei confronti di Società per l'Aeroporto Civile di Bergamo Orio al Serio S.p.A. - SACBO S.p.A. (di seguito, SACBO, il gestore totale dell'aeroporto di Bergamo Orio al Serio) e Levorato Marcevaggi S.r.l. (di seguito, Levorato, società attiva nei servizi di stoccaggio e messa a bordo di carburante per aviazione e titolare dell'unico deposito di carburanti presente nel predetto aeroporto) senza accertare l'infrazione, rendendo obbligatori gli impegni da queste proposti ai sensi dell'articolo 14-ter, comma 1, della legge n. 287/1990.

2. L'articolato *set* di impegni prevedeva, in particolare, le seguenti misure:

- a) la risoluzione consensuale della *sub*-concessione tra SACBO e Levorato, con acquisto della proprietà del deposito da parte del gestore aeroportuale;
- b) la costruzione (da parte di Levorato) di una baia di carico esterna al deposito per il rifornimento dei soggetti terzi diversi dal gestore;
- c) la costruzione da parte di SACBO di ulteriori stalli per autobotti, assegnati ai diversi operatori attivi nella messa a bordo di carburante (attività *into plane*) in virtù dei contratti da essi sottoscritti a valle con le compagnie petrolifere;
- d) l'indizione di una gara, da parte di SACBO, per l'affidamento della gestione del deposito (e della baia di carico) e per l'offerta del servizio di stoccaggio, prevedendo essa, tra l'altro, nel bando che la gestione del deposito e della baia di carico "*sia assegnata fino al 31 dicembre 2020, quando sarà entrato in esercizio il nuovo deposito, in modo da evitare proroghe dell'affidamento*";
- e) la costruzione di un nuovo deposito centralizzato di maggiore capacità "*entro 16 mesi dell'approvazione del nuovo Piano di Sviluppo Aeroportuale prevista per la primavera del 2019*", dunque, entro l'estate del 2020.

II. LA PARTE

3. SACBO è il gestore totale dell'aeroporto di Bergamo Orio al Serio in virtù di una concessione stipulata con l'Ente Nazionale per l'Aviazione Civile (di seguito, ENAC) il 1° marzo 2002 e con scadenza al 7 gennaio 2042. Il capitale sociale di SACBO è, attualmente, ripartito tra i seguenti azionisti: S.E.A. S.p.A. (30,98%), Intesa San Paolo S.p.A. (17,9%), Comune di Bergamo (13,84%), C.C.I.A.A. di Bergamo (13,25%), Provincia di Bergamo (10,2%), Banco BPM

S.p.A. (6,96%), Italcementi S.p.A. (3,27%), SACBO (3%), Confindustria Bergamo (0,59%) e Aeroclub Taramelli (0,01%).

III. IL PROCEDIMENTO ISTRUTTORIO

4. In data 20 dicembre 2022, l'Autorità ha avviato un procedimento nei confronti di SACBO, ai sensi dell'articolo 14-ter, comma 2, della legge n. 287/1990, per inottemperanza al provvedimento n. 27089 del 14 marzo 2018.

5. L'avvio dell'inottemperanza ha fatto seguito alle comunicazioni del 9 novembre 2022¹ e 6 dicembre 2022² con cui SACBO ha comunicato, tra l'altro, il ricorso alla proroga dell'affidamento a Levorato della gestione del deposito carburanti esistente nell'aeroporto di Orio al Serio.

6. In particolare, nel richiamato provvedimento di avvio n. 30433 del 20 dicembre 2022 l'Autorità ha ritenuto che *"la condotta posta in essere da SACBO in relazione al ricorso alla proroga per l'affidamento della gestione del deposito carburanti esistente nell'aeroporto di Orio al Serio a partire dal 1° gennaio 2023 non fosse coerente con il contenuto degli impegni resi obbligatori dall'Autorità ai sensi dell'articolo 14-ter, comma 1, della legge n. 287/1990 e con le finalità agli stessi sottese. La suddetta condotta, pertanto, è suscettibile di integrare la violazione di cui all'articolo 14-ter, comma 2, della legge n. 287/1990"*³.

7. In data 1° febbraio 2023, SACBO è stata sentita in audizione⁴.

8. Con comunicazione del 7 febbraio 2023, SACBO ha trasmesso una nota difensiva nonché una bozza di disciplinare di gara per l'affidamento del deposito esistente, chiedendone contestualmente un riscontro per *"avviare quanto prima la nuova procedura di aggiudicazione per la gestione del deposito esistente"*⁵.

9. Con lettera del 2 marzo 2023, l'Autorità *"ha preso atto della bozza di disciplinare di gara in oggetto ai fini della sua pubblicazione, ribadendo tuttavia la necessità di procedere all'indizione della gara per l'affidamento della gestione del deposito"*. Nella medesima lettera, l'Autorità ha, inoltre, esplicitato che: *"rimane impregiudicata ogni valutazione in merito all'eventuale accertamento dei comportamenti posti in essere da SACBO S.p.A. come suscettibili di configurare una violazione degli impegni resi obbligatori dall'Autorità con il provvedimento del 14 marzo 2018, n. 27089"*⁶.

10. In data 8 marzo 2023, SACBO ha comunicato che, il 6 marzo 2023, è stato pubblicato sul proprio sito *internet* istituzionale (<https://www.milanbergamoairport.it/it/gare-in-corso/>) l'estratto del bando unitamente ai suoi allegati e che l'avviso di gara sarebbe stato pubblicato sui quotidiani *Corriere della Sera*, edizione nazionale, e *Sole 24 ore* entro lo stesso giorno⁷.

11. In data 20 aprile 2023, l'Autorità ha trasmesso alla Parte la Comunicazione delle Risultanze Istruttorie (di seguito, anche CRI)⁸. Nella CRI si comunicava che il ricorso alla proroga dell'affidamento della gestione del deposito esistente integrasse inottemperanza al provvedimento n. 27089/2018, in violazione dell'articolo 14-ter, comma 2, della legge n. 287/1990, e che detta violazione fosse cessata solo dopo l'avvio del presente procedimento, con la predisposizione del disciplinare di gara depositato in bozza in data 7 febbraio 2023, cui ha fatto seguito la sua pubblicazione e, quindi, l'indizione della gara per la selezione del gestore in data 6 marzo 2023.

12. In data 24 aprile 2023, SACBO ha presentato istanza di accesso agli atti⁹, che è stata accolta il successivo 26 aprile 2023¹⁰.

13. SACBO ha presentato una memoria conclusiva in data 18 maggio 2023¹¹. La società è stata sentita in audizione finale davanti al Collegio il 23 maggio 2023¹².

IV. LE RISULTANZE ISTRUTTORIE

14. Di seguito sono illustrate le risultanze dell'istruttoria e, in particolare, le difese della Parte, nonché le misure adottate dalla stessa nel corso del presente procedimento.

¹ [Cfr. doc. 1 e doc. 19, allegato 1.]

² [Cfr. doc. 2 e doc. 19, allegato 2.]

³ [Cfr. doc. 3.]

⁴ [Cfr. doc. 10.]

⁵ [Cfr. doc. 11. La Parte ha trasmesso, altresì, il testo della lettera di revisione della proroga della sub-concessione in favore dell'attuale gestore del deposito, Levorato, che, nell'ottica di un maggiore contenimento della durata dell'affidamento esistente, stabilisce il termine di scadenza al verificarsi della prima data tra: (i) il giorno della consegna dell'impianto al gestore che risulterà aggiudicatario della selezione per la gestione dell'attuale deposito e (ii) il 30 giugno 2023.]

⁶ [Cfr. doc. 12.]

⁷ [Cfr. doc. 13.]

⁸ [Cfr. doc. 14.]

⁹ [Cfr. doc. 15.]

¹⁰ [Cfr. doc. 16.]

¹¹ [Cfr. doc. 19.]

¹² [Cfr. doc. 21.]

15. Nell'ambito dell'audizione del 1° febbraio 2023, nonché con la successiva comunicazione del 7 febbraio 2023, SACBO ha chiarito, innanzitutto, di voler prestare la massima collaborazione al fine di rimediare alla situazione in corso, predisponendo e pubblicando, a esito di riscontro positivo dell'Autorità, il disciplinare di gara. Contestualmente, la società ha svolto la propria difesa, argomentando che nessuna inottemperanza può, in ogni caso, esserle contestata. Tale difesa è stata ribadita e precisata nella memoria finale del 18 maggio 2023 e nell'audizione dinanzi al Collegio del 23 maggio 2023, in occasione delle quali SACBO ha, altresì, svolto le proprie argomentazioni in merito alla non applicabilità della sanzione.

Sull'insussistenza dell'inottemperanza

16. SACBO ritiene non sussistente l'inottemperanza in quanto la gestione del deposito esistente è stata affidata a Levorato mediante gara il 31 maggio 2018 e la proroga di tale affidamento da ultimo predisposta da SACBO rientrerebbe nel perimetro dell'impegno¹³. Secondo SACBO, il termine finale dell'affidamento a Levorato veniva individuato al 31 dicembre 2020, ma sull'assunto che in tale data sarebbe divenuto operativo il nuovo deposito. Pertanto, questo evento - che fino a oggi è stato ritardato per ragioni non imputabili a SACBO¹⁴ - dovrebbe intendersi come *condicio sine qua non* per poter ritenere definitivamente spirato il termine di quella *sub*-concessione a Levorato e, quindi, per bandire una nuova gara.

La data del 31 dicembre 2020 deve, dunque, ritenersi superata e l'affidamento della gestione in capo a Levorato avrebbe potuto essere prorogato fino a quando l'esercizio del nuovo deposito non avesse avuto effettivamente inizio, senza bisogno di ulteriori interventi dell'Autorità, per cui nessuna inottemperanza può essere accertata.

17. Peraltro, a detta della Parte, l'assunto secondo cui la proroga dovrebbe intendersi già autorizzata fino a tale momento troverebbe un fondamento anche sulla base della lettera del 18 marzo 2020, con cui l'Autorità prendeva atto della terza relazione di ottemperanza del 30 dicembre 2019 e comunicava, altresì, che *"ogni conseguente eventuale proroga della gestione del deposito già esistente nello scalo di Bergamo, ancorché attribuita con gara, non potrà eccedere la durata minima strettamente necessaria alla realizzazione della nuova infrastruttura centralizzata"*¹⁵.

18. Inoltre, la gara per un'aggiudicazione "ponte" della gestione del deposito esistente, riguardando l'affidamento di un servizio tecnicamente impegnativo ed economicamente oneroso per un lasso di tempo incerto e provvisorio (cioè legato ai tempi di costruzione e di messa in esercizio del nuovo deposito), non risulterebbe profittevole e disincentiverebbe, come di fatto è avvenuto, la partecipazione dei concorrenti di Levorato. Al riguardo, infatti, nella gara bandita lo scorso 6 marzo, oltre a Levorato, solo un altro operatore (Carboil S.r.l.) ha presentato offerta, rendendosi disponibile a effettuare però solo una parte degli investimenti richiesti dal disciplinare¹⁶.

19. Con riferimento poi alla costruzione e all'entrata in esercizio del nuovo deposito, SACBO ha ribadito che ciò non si è verificato per circostanze indipendenti dalla società e dovute ai ritardi (non prevedibili) delle amministrazioni competenti nell'approvazione del Piano di Sviluppo Aeroportuale (di seguito, PSA), condizione necessaria per poter costruire il deposito. Al riguardo, SACBO ha chiarito che la procedura per l'approvazione del PSA, benché sia in uno stadio avanzato, è tuttora in corso.

Inoltre, il tempo di realizzazione ed entrata in funzione del nuovo deposito, originariamente fissato in sedici mesi dall'approvazione del PSA, in ogni caso non può più ritenersi un termine congruo, in quanto SACBO dovrà affidare la costruzione e gestione del nuovo deposito a un soggetto terzo che dovrà, comunque, essere un'impresa sottoposta al controllo di SACBO¹⁷, ancorché partecipata da un socio industriale. Secondo SACBO, tuttavia, non sarebbe a oggi possibile costituire la nuova società e bandire la gara per la selezione del socio industriale, non essendo ancora entrato in vigore il Regolamento ENAC (di cui l'Ente ha annunciato la pubblicazione nel gennaio 2022) che disciplinerà la *governance*, l'organizzazione e le dotazioni dei gestori dei depositi cui dovrà conformarsi la nuova società. Alla luce di ciò, fin quando non sarà emanato il suddetto Regolamento, SACBO non potrà predisporre gli atti per la costituzione della nuova società e l'individuazione del socio industriale¹⁸.

20. In conclusione, secondo SACBO, l'eventuale accertamento dell'inottemperanza:

a) sarebbe illegittimo, essendo la proroga un atto già contemplato dall'impegno fino al momento dell'entrata in esercizio del nuovo deposito, senza bisogno di ulteriori interventi dell'Autorità.

¹³ [Le misure prevedevano infatti gli impegni a: (i) costruire un nuovo deposito (inizialmente entro l'estate 2020, assumendo l'approvazione del Piano di Sviluppo Aeroportuale entro la primavera 2019) e a (ii) bandire una gara per affidare la gestione del deposito esistente e della baia di carico "fino al 31 dicembre 2020, quando sarà entrato in esercizio il nuovo deposito" (sottolineature aggiunte).]

¹⁴ [Cfr. *infra*, paragrafo 19.]

¹⁵ [Cfr. doc. 19, allegato 3.]

¹⁶ [La gara ha portato, quindi, a una nuova aggiudicazione in favore di Levorato.]

¹⁷ [Il quadro normativo vigente, secondo ENAC, postula che i depositi carburante ubicati presso gli aeroporti siano nella disponibilità della società di gestione e da essa gestiti direttamente, avendone le capacità tecniche, ovvero attraverso una società controllata.]

¹⁸ [Per tale ragione, SACBO avrebbe voluto chiedere la revisione dell'impegno relativo all'obbligo di realizzazione del nuovo deposito entro sedici mesi dall'approvazione del PSA e, nelle more della definizione di tale revisione, una ulteriore proroga di sei mesi dell'affidamento del deposito in favore di Levorato (in scadenza il 31 dicembre 2022) al fine di assicurare continuità nell'erogazione del servizio, garantendo così l'operatività dello scalo.]

b) non sarebbe supportato dall'esigenza di una effettiva tutela della concorrenza *per* il mercato.

Sull'inapplicabilità della sanzione

21. SACBO, in ogni caso, ritiene che, nel caso di specie, nessuna sanzione possa essere applicata, considerando che la società ha sempre manifestato massima collaborazione e disponibilità ad avviare un percorso condiviso con l'Autorità, sia in fase preistruttoria, prospettando anche una possibile revisione degli impegni oltre alla comunicazione della proroga, a fronte della quale la società non ha ricevuto alcuna indicazione di fare la gara, sia soprattutto nel corso del procedimento, con l'indizione tempestiva della gara, così ponendo fine all'asserita inottemperanza, come ammesso nella stessa CRI.

22. In particolare, l'indizione della gara da parte di SACBO sulla base di un disciplinare condiviso con l'Autorità e da questa assentito, sarebbe idonea a eliminare le preoccupazioni concorrenziali sollevate in avvio, così facendo venire meno i presupposti dell'asserita inottemperanza e imponendo la chiusura del Procedimento senza l'accertamento di alcuna violazione dell'articolo 14-ter, comma 2, della legge n. 287/1990, o quanto meno senza l'applicazione di sanzione.

23. Ciò sarebbe, del resto, conforme alla prassi decisionale dell'Autorità in relazione a situazioni simili in cui l'asserita inottemperanza ha avuto una durata assai contenuta poiché la Parte ha adottato misure ritenute idonee a ottemperare nel corso del procedimento e non è stata quindi sanzionata (A357C-Telecom/TIM-Vodafone-Wind; A521C- Attività di intermediazione della domanda di servizi taxi nel comune di Torino-Inottemperanza; A428C- Wind-Fastweb/Condotte Telecom Italia).

Il disciplinare di gara

24. In data 7 febbraio 2023, la Parte ha depositato una bozza di disciplinare di gara per l'affidamento della gestione del deposito esistente. Il disciplinare ha un contenuto pressoché identico a quello depositato il 6 aprile 2018 in ottemperanza agli impegni resi obbligatori con il provvedimento n. 27089/2018.

25. Anche nel nuovo disciplinare la gara ha a oggetto l'affidamento in *sub*-concessione, sulla base di criteri di assegnazione oggettivi e non discriminatori, ad impresa specializzata nel settore e in possesso dei requisiti e delle idonee capacità tecniche e organizzative (di seguito specificate), della conduzione e gestione operativa del deposito carburante e della baia di carico esterna e della relativa attività di stoccaggio, a servizio esclusivo dell'Aeroporto di Orio al Serio.

Il disciplinare precisa che l'infrastruttura dovrà essere condotta e gestita secondo criteri trasparenti, obiettivi e non discriminatori: pertanto, l'affidatario dovrà garantire l'accesso a *tutti* gli operatori all'uopo attestati da ENAC, nonché alle società petrolifere loro contraenti le quali intendano avvalersi dell'infrastruttura stessa per depositarvi carburante destinato a rifornire gli aeromobili.

26. Quanto alla durata dell'affidamento, esso decorrerà dalla data di immissione nel deposito con termine al 30 giugno 2025.

27. Per quanto qui interessa, si rappresenta che il disciplinare richiede i seguenti requisiti minimi di partecipazione:

- a) avere un utile finale positivo in almeno due dei cinque esercizi relativi agli anni 2018-2019-2020-2021-2022;
- b) possesso della certificazione ISO 9001;
- c) competenza nella gestione di depositi carburanti aeroportuali da comprovarsi mediante autodichiarazione nella quale dovrà risultare che l'operatore abbia gestito negli ultimi cinque anni (2018-2019-2020-2021-2022) almeno un deposito carburanti, per il periodo continuativo di almeno tre anni, in un aeroporto dell'Unione europea. In tale deposito dovranno essere stati erogati in un anno solare almeno centomila metri cubi di carburante JET A1 per aeromobili dell'aviazione commerciale¹⁹;
- d) attestazione rilasciata dalla Società di Gestione Aeroportuale ove è situato il deposito nella quale viene dichiarato il tipo di contratto in forza del quale è avvenuta la gestione e il corretto adempimento degli oneri contrattuali in ordine alla gestione del deposito carburanti;
- e) possesso delle autorizzazioni per lo svolgimento del servizio di cui alla categoria 7.1, dell'allegato A e secondo le previsioni dell'articolo 13 del D.Lgs. 18/1999 per lo svolgimento del servizio (organizzazione ed esecuzione del rifornimento e del recupero carburante, compreso il magazzinaggio, il controllo della qualità e della quantità delle forniture) o equivalenti autorizzazioni per operatore di altro Stato UE.

Detti requisiti erano richiesti anche dal disciplinare di gara del 2018²⁰.

28. Inoltre, quanto al criterio di aggiudicazione, il disciplinare prevede che la miglior offerta sarà quella che avrà totalizzato il maggior numero di punti come somma tra l'offerta tecnico-qualitativa e l'offerta economica, secondo i seguenti criteri:

- a) Offerta Tecnico-Qualitativa: massimo *[omissis]** punti;

¹⁹ *[Nella autodichiarazione si dovrà indicare: 1) l'aeroporto in cui è ubicato il deposito, 2) la ragione sociale del proprietario del deposito, se diverso dall'operatore.]*

²⁰ *[L'unica differenza risiede nel fatto che nel precedente disciplinare si richiedeva di avere un utile finale positivo in due degli ultimi tre esercizi (anni 2014-2015-2016).]*

* *[Nella presente versione alcuni dati sono omissi, in quanto si sono ritenuti sussistenti elementi di riservatezza o di segretezza delle*

b) Offerta Economica: massimo [omissis] punti.

Anche tali criteri sono rimasti invariati rispetto al 2018.

29. Quanto ai corrispettivi, come nel 2018, è stabilito che l'aggiudicatario pagherà un canone annuale quale corrispettivo regolamentato per l'area occupata e un canone annuale regolamentato (diviso per 12 mensilità) per l'uso dell'impianto.

30. Anche nel presente disciplinare, come nel precedente, si prevede che l'aggiudicatario abbia l'obbligo di separazione contabile tra servizio di stoccaggio e servizio di *into plane*.

31. Infine, quanto alla tempistica, anche questa gara deve essere aggiudicata nei sessanta giorni successivi alla pubblicazione del bando, con immissione dell'aggiudicatario del deposito entro quarantacinque giorni dall'aggiudicazione.

V. VALUTAZIONI

Sull'inottemperanza

32. Il presente procedimento è stato avviato ai sensi dell'articolo 14-ter, comma 2, della legge n. 287/1990, per contestare a SACBO l'inottemperanza al provvedimento n. 27089 del 14 marzo 2018, con cui l'Autorità ha deliberato di rendere obbligatori gli impegni presentati da SACBO e Levorato, chiudendo il procedimento senza accertare l'infrazione, ai sensi dell'articolo 14-ter, comma 1, della legge n. 287/1990.

33. Con la delibera del 20 dicembre 2022 di avvio del presente procedimento, l'Autorità ha ritenuto che il ricorso alla proroga da parte di SACBO, per l'affidamento della gestione del deposito carburanti esistente nell'aeroporto di Orio al Serio a partire dal 1° gennaio 2023, non fosse coerente con il contenuto degli impegni resi obbligatori dall'Autorità con il citato provvedimento del 2018 e, in particolare, con quello di affidare detta gestione con gara.

34. La Parte si è difesa nel merito della contestazione, argomentando che la proroga della *sub*-concessione a Levorato della gestione del deposito esistente, scaduta il 31 dicembre 2022, non configurerebbe un'inottemperanza all'impegno di affidare detta gestione con gara, essendo la proroga un atto già contemplato dall'impegno fino al momento dell'entrata in esercizio del nuovo deposito, senza bisogno di ulteriori interventi da parte dell'Autorità.

35. L'argomento della Parte non è condivisibile, in quanto infondato. L'impegno assunto e reso obbligatorio, di cui si contesta la violazione, prevede l'affidamento della gestione del deposito esistente con gara e l'affidamento in favore di Levorato è scaduto il 31 dicembre 2022. La circostanza che, al momento di bandire la gara, si riteneva che entro la scadenza del relativo affidamento sarebbe entrato in esercizio il nuovo deposito non implica che la Parte, scaduto l'affidamento, sia esentata dall'indire una nuova gara e, quindi, autorizzata automaticamente a prorogare l'affidamento scaduto. Diversamente, vi sarebbe un contrasto con la lettera e con le finalità sottese all'impegno - che, unitamente agli altri, ha determinato la chiusura del procedimento senza accertamento dell'infrazione - di aprire, cioè, la concorrenza per il mercato dello stoccaggio con l'indizione della nuova gara per la gestione del deposito e di porre in essere anche le condizioni strutturali necessarie all'apertura del mercato a valle della messa a bordo di carburante (attività *into plane*).

36. Del resto, la stessa SACBO non riteneva affatto che la gara non fosse necessaria e che la proroga fosse un atto già contemplato dall'impegno e che, dunque, la società fosse autorizzata automaticamente a prorogare l'affidamento a Levorato in scadenza il 31 dicembre 2022, ma, al contrario, era consapevole di essere obbligata a presentare formale istanza di proroga all'Autorità per consentirne la valutazione.

37. Al riguardo, si osserva che, essendo la società consapevole, quantomeno dall'agosto 2022, che alla scadenza del contratto di *sub*-concessione sarebbe stato necessario un nuovo affidamento della gestione del deposito esistente (non essendo mai nemmeno iniziati i lavori per la costruzione del nuovo deposito), nella lettera del 3 agosto 2022, nel richiedere a ENAC nulla osta alla proroga della *sub*-concessione, SACBO dichiarava esplicitamente che l'eventuale proroga avrebbe richiesto un formale assenso da parte dell'Autorità. Nella suddetta lettera, infatti, la società, dopo aver chiarito al Regolatore che per la costruzione del nuovo deposito non si potevano definire tempi certi e che la sua messa in esercizio avrebbe richiesto [omissis] dalla data corrente, rappresentava che "per gli impegni sopra menzionati corre l'obbligo in capo a Sacbo S.p.A. di presentare formale istanza all'AGCM per l'accoglimento della proroga del contratto di gestione del deposito carburanti [...] quale condizione necessaria prima di ogni formalizzazione contrattuale tra Sacbo e l'attuale Gestore"²¹.

38. Nella comunicazione del 9 novembre 2022, con la quale tra l'altro la società ha dato notizia dell'intenzione di voler prorogare la concessione di Levorato, "si chiede, per consentirne la formalizzazione contrattuale, che codesta Autorità voglia esprimere la sua posizione favorevole, sul presupposto che detta proroga non sia incompatibile con gli impegni assunti nel corso del Procedimento e, più in generale, con la disciplina antitrust"²².

informazioni.]

²¹ [Cfr. doc. 1, allegato 3.]

²² [Cfr. doc. 1 e doc. 19, allegato 1. In tale comunicazione si conferma che "la richiesta inoltrata a ENAC, come emerge dalla lettera allegata, prevedeva espressamente, quale condizione necessaria per la formalizzazione contrattuale della proroga tra SACBO e Levorato «l'obbligo di presentare formale istanza all'AGCM per l'accoglimento della proroga [...]»".]

39. Peraltro, nei menzionati documenti, sempre SACBO chiarisce che la formalizzazione della proroga di due anni del contratto di sub-concessione in occasione della sua prima scadenza (cioè al 31 dicembre 2020) era stata consentita in quanto, *“in conseguenza della crisi del settore innescata dall'emergenza epidemiologica da COVID-19, sono stati introdotti aggiornamenti normativi e regolamentari (rif. DL Rilancio e Nota Enac prot. DG-15/06/2020 [...])”*, e non già, quindi, perché il nuovo deposito non era stato realizzato ed entrato in esercizio²³.

40. In conclusione, dai documenti formali emerge univocamente e chiaramente che:

(i) nessun legittimo affidamento poteva sussistere in capo a SACBO in merito alla non necessità di effettuare la gara;
(ii) anzi, dalla documentazione emerge la piena consapevolezza della Parte di dover ottenere un'autorizzazione per effettuare eventuali proroghe ulteriori;
(iii) peraltro, l'unica proroga disposta da SACBO è avvenuta previa autorizzazione dell'Autorità in un contesto eccezionale legato all'emergenza Covid 19 e sulla base della correlata legislazione, europea e nazionale, emergenziale. Ciò posto, sebbene SACBO avesse maturato già ad agosto 2022 il convincimento di dover ricorrere nuovamente a una proroga della concessione, la stessa ne ha dato notizia all'Autorità solo il 9 novembre 2022, di fatto rendendo inevitabile la proroga rispetto alla scadenza fissata (31 dicembre 2022) per consentire il mantenimento dell'operatività dello scalo.

41. Quanto, infine, alla tutela della concorrenza c.d. per il mercato, l'indizione della gara del 6 marzo 2023 ha, comunque, consentito la partecipazione di un altro operatore mostrando la sussistenza di un interesse da parte dei concorrenti.

Sulla misura adottata dalla Parte

42. Solo nel corso della presente istruttoria, subito dopo l'avvio del presente procedimento, in data 7 febbraio 2023 SACBO ha adottato una misura coerente con l'impegno assunto e reso obbligatorio dall'Autorità. In tale data SACBO ha, infatti, depositato una bozza di disciplinare di gara per la selezione del gestore dell'unico deposito esistente, il quale è stato pubblicato il 6 marzo 2023, a esito della comunicazione del 2 marzo 2023 dell'Autorità alla Parte, in tal modo avviando concretamente la gara per la selezione del gestore.

43. Nel merito, deve valutarsi positivamente l'iniziativa di SACBO di indire la gara per la selezione del gestore del deposito, in quanto idonea a ripristinare le necessarie dinamiche di concorrenza per il mercato dello stoccaggio. Inoltre, le condizioni della gara, che sono pressoché identiche a quelle contenute nel disciplinare del 2018, appaiono, al pari di quelle, in linea con i principi e le norme a tutela della concorrenza. Il disciplinare prevede, infatti, che la gara sia aggiudicata sulla base di criteri di assegnazione oggettivi e non discriminatori tali da garantire un'ampia partecipazione, a parità di condizioni per tutti gli operatori interessati, e ancorati, tra gli altri, a parametri che privilegiano la capacità tecnica dell'affidatario, nonché la qualità e la sicurezza del servizio affidato.

44. Con riguardo al caso di specie, rilevano le seguenti specifiche situazioni riconducibili: (i) al contegno collaborativo concretamente manifestato dalla Parte che si è tradotto nell'indizione della gara il 6 marzo 2023; (ii) allo stato di incertezza in ordine, non solo all'approvazione del PSA ma anche, da ultimo, all'entrata in vigore del nuovo Regolamento ENAC, la cui pubblicazione è stata annunciata a gennaio 2022 dal Regolatore, che, dovendo definire le modalità di *governance*, organizzazione e dotazioni dei gestori dei depositi, impedisce a SACBO (fino alla sua entrata in vigore) di predisporre gli atti per la costituzione della nuova società controllata e per la selezione del socio industriale che gestirà il nuovo deposito; nonché (iii) alla necessità di mantenere l'operatività dello scalo.

Tutto ciò premesso e considerato;

RITENUTO, alla luce delle risultanze istruttorie, che il ricorso alla proroga da parte di SACBO per l'affidamento della gestione del deposito carburanti esistente nell'aeroporto di Orio al Serio a partire dal 1° gennaio 2023 costituisca inottemperanza al contenuto degli impegni resi obbligatori dall'Autorità con il provvedimento del n. 27089 del 14 marzo 2018 e, in particolare, a quello di affidare detta gestione con gara;

RITENUTO, tuttavia, che le iniziative assunte ed attuate da SACBO subito dopo l'avvio del presente procedimento, ossia a partire dal 7 febbraio 2023, siano idonee a ottemperare, seppur con ritardo, agli impegni sopra richiamati;

²³ [Cfr. doc. 1, allegato 3, cit.. Vedi anche doc. 1 e doc. 19, allegato 1, in cui si legge che: *“E' altresì noto a codesta Autorità che, a causa della drastica riduzione del traffico aereo come conseguenza della pandemia Covid-19 [...] Sacbo e Levorato hanno formalizzato una proroga di due anni della durata della sub-concessione che scadrà, dunque, il 31 dicembre 2022”*. In merito ai riferimenti normativi e regolamentari contenuti nella lettera di SACBO, si ricorda che, il 15 giugno 2020, ENAC invitava tutti i gestori aeroportuali a valutare una proroga di tre anni delle sub-concessioni in corso per contrastare gli effetti depressivi che si erano sviluppati in quel periodo, citando espressamente il Regolamento comunitario (UE). 696/2020 del 25 maggio 2020 con cui era stata introdotta la possibilità di prorogare fino al 31 dicembre 2022 i contratti che scadevano tra il 25 maggio 2020 e il 31 dicembre 2021. Inoltre, l'articolo 202, comma 1-bis del decreto-legge n. 34 del 19 maggio 2020 (c.d. Decreto Rilancio), come convertito dalla legge n. 77 del 17 luglio 2020, recava *“In considerazione del calo del traffico negli aeroporti italiani derivante dall'emergenza epidemiologica da COVID-19 e dalle misure di contenimento del contagio adottate dallo Stato e dalle regioni, al fine di contenere i conseguenti effetti economici, è prorogata di due anni la durata delle concessioni per la gestione e lo sviluppo dell'attività aeroportuale, in corso alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto”*.]

DELIBERA

che, per le ragioni di cui in motivazione, non sussistono i presupposti per l'irrogazione della sanzione ai sensi dell'articolo 14-ter, comma 2, della legge n. 287/1990.

Il presente provvedimento sarà notificato ai soggetti interessati e pubblicato sul Bollettino dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

Avverso il presente provvedimento può essere presentato ricorso al TAR del Lazio, ai sensi dell'articolo 135, comma 1, lettera b), del Codice del processo amministrativo (Decreto Legislativo 2 luglio 2010, n. 104), entro il termine di sessanta giorni dalla data di notificazione del provvedimento stesso, fatti salvi i maggiori termini di cui all'articolo 41, comma 5, del Codice del processo amministrativo, ovvero può essere proposto ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, ai sensi dell'articolo 8, comma 2, del Decreto del Presidente della Repubblica 24 novembre 1971, n. 1199, entro il termine di centoventi giorni dalla data di notificazione del provvedimento stesso.

IL SEGRETARIO GENERALE

Guido Stazi

IL PRESIDENTE

Roberto Rustichelli