Numero di ruolo pubblicato	:	C-94/22
Numero dell'atto	:	1
Numero di registro	:	1213617
Data di deposito	:	09/02/2022
Data di iscrizione nel registro	:	11/02/2022
Tipo di atto	:	Domanda di pronuncia pregiudiziale
	:	Atto
Riferimento del deposito effettuato tramite e-Curia	:	DC161472
Numero del file	:	1
Autore del deposito	:	Consoli (2) Luigi (J360986)

Pubblicato il 25/01/2022

N. 00836/2022 REG.PROV.COLL.
N. 06737/2021 REG.RIC.

Firmato digitalmente

R E P U B B L I C A I T A L I A N A

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Seconda Bis)

ha pronunciato la presente

ORDINANZA

sul ricorso numero di registro generale 6737 del 2021, proposto da

Gruppo Mauro Saviola S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Gianluca Gariboldi, Maria Chiara Malaguti, Donatella Di Gregorio, Andrea Taurozzi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Ministero della Transizione Ecologica, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12;

Comitato Nazionale per la Gestione della Direttiva 2003/87/Ce e per il Supporto Nella Gestione delle Attività di Progett, non costituito in giudizio;

nei confronti

Rappresentanza della Commissione Europea in Italia, non costituito in giudizio;

per l'annullamento

della deliberazione prot. n. 42/2021 del 12 aprile 2021, pubblicata sul sito del

Ministero della Transizione Ecologica in data 12 aprile 2021, nella parte in cui, con riferimento al quinquennio 2021-2025 (cd. Fase 4) assegna 0 (zero) quote di emissione a titolo gratuito al Gruppo Mauro Saviola S.r.l., con riferimento all'impianto denominato “Gruppo Mauro Saviola S.r.l. (SAMA)” (IT000000000000638), oggetto di autorizzazione n. 946, ivi compresa, per quanto occorrer possa, la nota del Comitato ETS del 12 novembre 2020, nonché di ogni altro atto presupposto, conseguente e comunque connesso.

Visti il ricorso e i relativi allegati;
Visti tutti gli atti della causa;
Visto l'atto di costituzione in giudizio di Ministero della Transizione Ecologica;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 dicembre 2021 la dott.ssa Virginia Arata e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

L’oggetto del procedimento principale e i fatti pertinenti
Con il ricorso in epigrafe il Gruppo Mauro Saviola S.r.l., ha chiesto al Tribunale di annullare la deliberazione del Comitato Nazionale per la Gestione della Direttiva 2003/87/CE e per il Supporto nella Gestione delle Attività di Progetto del Protocollo di Kyoto, prot. n. 42/2021 del 12 aprile 2021, pubblicata sul sito del Ministero della Transizione Ecologica in data 12 aprile 2021, nella parte in cui, con riferimento al quinquennio 2021-2025 (cd. Fase 4) assegna 0 (zero) quote di emissione a titolo gratuito al Gruppo Mauro Saviola S.r.l., con riferimento all’impianto denominato “Gruppo Mauro Saviola S.r.l. (SAMA)” (IT000000000000638), oggetto di autorizzazione n. 946 (doc. 1), ivi compresa, per quanto occorrer possa, la nota del Comitato ETS del 12 novembre 2020 (doc. 2) nonché di ogni altro atto presupposto, conseguente e comunque connesso.
Il Gruppo Mauro Saviola S.r.l., società operante nel campo della produzione ecosostenibile, realizzando pannelli truciolari con il 100% di legno riciclato in vari stabilimenti, tra i quali quello ubicato in Sustinente (MN), via don Martini, 1709

(l'"Impianto di Sustinente") ha dedotto che:

a) la produzione di pannelli di legno truciolare effettuata nell'Impianto di Sustinente richiede energia termica, principalmente per le fasi di essiccazione e pressatura, per le quali sono state installate 3 caldaie della potenza complessiva di 17,4 MW e un essiccatoio da 41,3 MW. I materiali di scarto derivanti dal processo di produzione vengono utilizzati come combustibile per l'autoproduzione di energia elettrica nel sito;

b) l'impianto di Sustinente, svolgendo l'attività di combustione di combustibili con potenza termica superiore ai 20 MW, rientra nell'ambito di applicazione di tale sistema ETS di cui alla direttiva 2003/87/CE, come modificata dalla direttiva 2009/29/UE e, più recentemente, dalla direttiva 2018/410/UE (la "Direttiva ETS"), recepita nel nostro ordinamento dal D.lgs. 9 giugno 2020, n. 47 (il "D.lgs. 47/2020");

c) l'Impianto Sustinente, in conformità a quanto disposto dalla normativa ETS, è dotato di autorizzazione alle emissioni di gas a effetto serra n. 946, rilasciata dal Comitato ETS. Inoltre, come sopra riportato, rientra tra quelli per i quali la Direttiva ETS prevede l'assegnazione gratuita di parte delle quote di emissione ed infatti ha sempre beneficiato delle stesse, fino all'emissione del provvedimento oggetto del presente ricorso;

d) in occasione dell'avvio della cd. "Fase 4", che si sviluppa dal 1 gennaio 2021 al 31 dicembre 2030, a seguito della pubblicazione in Gazzetta Ufficiale (GU n. 126 del 31.5.2019) della deliberazione n. 70/2019, il gruppo Saviola ha trasmesso al Comitato ETS, in data 19 giugno 2019, la domanda per l'assegnazione di quote a titolo gratuito con riferimento a tre dei suoi stabilimenti tra cui l'Impianto di Sustinente. Senonché, in data 20 giugno 2019, è stata emessa dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea ("CGUE") la sentenza C-682/17 (la "Sentenza Exxon" - doc. 4), che ha indotto il Comitato ETS a rivedere - erroneamente - i criteri di assegnazione delle quote gratuite ed a riaprire l'istruttoria, in accordo con la Commissione Europea, in base al fatto che l'Impianto di Sustinente, alla luce

della nuova sentenza, rientrerebbe nella definizione di «impianto di produzione di elettricità» ai sensi della Direttiva ETS;

e) il Comitato ETS, con nota endoprocedimentale ricevuta via pec da Saviola in data 12 novembre 2020, ha comunicato l'esito dell'istruttoria condotta in accordo con la Commissione Europea, riferendo che l'Impianto di Sustinente si qualificherebbe dunque come "produttore di elettricità" e, pertanto, non sarebbe idoneo a beneficiare delle quote di emissione a titolo gratuito.

f) (i) le quote gratuite di CO2 sono state richieste con esclusivo riferimento alle emissioni derivanti dall'attività produttiva dell'Impianto di Sustinente e non con riferimento alle emissioni generate per alimentare, tramite il recupero degli scarti di legno, l'impianto di produzione di elettricità; (ii) la produzione di energia elettrica derivante dall'Impianto Energetico risulta notevolmente inferiore ai consumi interni dello stabilimento, tant'è vero che Saviola deve ricorrere all'acquisto di ulteriori quantitativi di energia elettrica (superiori sia a quelli prodotti sia a quelli venduti) per completare il proprio ciclo produttivo; (iii) l'energia elettrica non viene immessa nella rete pubblica in via continuativa e, in ogni caso, (iv) la fattispecie esaminata dalla CGUE è radicalmente diversa da quella de quo.

g) il Comitato ETS, nonostante le Osservazioni presentate dalla Società, con la deliberazione prot. n. 42/2021 del 12 aprile 2021 (la "Deliberazione") ha aggiornato la tabella nazionale di cui all'art. 11 della Direttiva ETS e non ha attribuito nessuna quota di emissione all'Impianto di Sustinente.

Alla luce dei suddetti fatti la ricorrente ha dedotto i seguenti motivi di ricorso:

1) Violazione ed errata applicazione degli artt. 3, lett. u) della direttiva 2003/87/CE e 3, lett. bb) del D.lgs. 47/2020. Eccesso di potere per ingiustizia manifesta, erroneità dei presupposti, travisamento dei fatti e difetto d'istruttoria. Manifesta illogicità e irragionevolezza. Violazione del principio di legittimo affidamento. Violazione del principio di proporzionalità;

2) Violazione ed errata applicazione degli artt. 3, lett. u) della direttiva 2003/87/CE

e 3, lett. bb) del D.lgs. 47/2020 sotto diverso profilo. Eccesso di potere per erroneità dei presupposti, difetto di istruttoria, manifesta illogicità e irragionevolezza. Carenza di motivazione.

3) Eccesso di potere per violazione della ratio e dei fini della Direttiva ETS e dell'intero sistema ETS. Manifesta illogicità e irragionevolezza.

4) Violazione dei principi generali di diritto dell'Unione del rispetto delle condizioni concorrenziali tra operatori in caso di concessione di incentivi, proporzionalità delle misure e legittimo affidamento.

Si è costituito in giudizio il Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare, chiedendo il rigetto del ricorso, in quanto infondato.

Nel corso della Camera di Consiglio del 20 luglio 2021 il Tribunale ha sollevato d'ufficio un possibile profilo di inammissibilità del ricorso per difetto di giurisdizione, ai sensi dell'art. 73, comma 3, c.p.a. e, il giorno seguente, ha emesso l'ordinanza cautelare n. 4034/2021 con cui ha assegnato alle parti un termine di venti giorni per argomentare a tal proposito.

Ad esito della Camera di Consiglio dell'8 settembre 2021, il Tribunale ha emesso l'ordinanza istruttoria n. 4901/2021 del 10 settembre 2021 a mezzo della quale ha ordinato all'Amministrazione "la produzione delle note trasmesse dalla Commissione UE al Comitato ETS e di tutte le interlocuzioni intercorse tra tali organi entro il termine di trenta giorni decorrenti dalla comunicazione in forma amministrativa della presente ordinanza o dalla notifica della stessa a cura della parte più diligente". In conformità a quanto prescritto dall'ordinanza istruttoria, il Ministero della Transizione Ecologica ha depositato la documentazione attestante le interlocuzioni tra la Commissione UE e il Comitato ETS, occorse tra il 4 dicembre 2019 e il 5 novembre 2020.

All'udienza pubblica del 17.12.2021 la causa è stata, infine, trattenuta in decisione.

La normativa di riferimento

Il sistema di scambio di quote di emissione dell'UE (European Union Emissions

Trading Scheme - UE ETS) è una delle pietre angolari su cui si fonda la politica dell'UE per contrastare i cambiamenti climatici e uno strumento essenziale per ridurre in maniera economicamente efficiente le emissioni di gas a effetto serra. È il primo mercato mondiale della CO2 e continua a essere il più esteso.

Tale sistema, attivo in 31 Paesi (i 28 dell'UE, più l'Islanda, il Liechtenstein e la Norvegia) coinvolge le emissioni prodotte da oltre 11.000 impianti ad alto consumo di energia (centrali energetiche e impianti industriali) e dalle compagnie aeree che collegano tali Paesi e circa il 45% delle emissioni di gas a effetto serra dell'UE ed opera secondo il principio della limitazione e dello scambio delle emissioni.

Viene fissato un tetto alla quantità totale di alcuni gas serra che possono essere emessi dagli impianti che rientrano nel sistema e questo tetto si riduce nel tempo di modo che le emissioni totali diminuiscano.

Entro questo limite, le imprese ricevono o acquistano quote di emissione che, se necessario, possono scambiare. Le imprese possono anche acquistare quantità limitate di crediti internazionali da progetti di riduzione delle emissioni di tutto il mondo. La limitazione del numero totale garantisce che le quote disponibili abbiano un valore.

Alla fine di ogni anno le società devono restituire un numero di quote sufficiente a coprire le loro emissioni se non vogliono subire pesanti multe. Se un’impresa riduce le proprie emissioni, può mantenere le quote inutilizzate per coprire il fabbisogno futuro, oppure venderle a un’altra impresa che ne sia a corto.

Lo scambio crea flessibilità e garantisce che le riduzioni delle emissioni avvengano quando sono più convenienti. Un solido prezzo della CO2 favorisce inoltre gli investimenti in tecnologie pulite e a basso rilascio di CO2.

La Direttiva 2003/87/CE (Direttiva ETS – successivamente modificata dalla direttiva 2009/29/CE e, da ultimo, dalla direttiva 2018/410/UE), che è la base del sistema ETS prevede, quindi, che dal 1° gennaio 2005 gli impianti grandi emettitori dell’Unione Europa non possano funzionare senza un’autorizzazione alle emissioni di gas serra. Ogni impianto autorizzato deve compensare annualmente le proprie

emissioni con quote (European Union Allowances – EUA, equivalenti a 1 tonnellata di CO2eq) che possono, come detto, essere comprate e vendute dai singoli operatori interessati. Gli impianti possono acquistare le quote nell'ambito di aste pubbliche europee o riceverne a titolo gratuito. In alternativa, possono approvvigionarsene sul mercato.

La Direttiva ETS stabilisce che dal 2013 gli impianti di produzione di energia elettrica e gli impianti che svolgono attività di cattura, trasporto e stoccaggio del carbonio (CCS) devono approvvigionarsi all'asta di quote per l'intero del proprio fabbisogno (assegnazione a titolo oneroso). Al contrario, gli impianti afferenti i settori manifatturieri hanno diritto all'assegnazione a titolo gratuito, sulla base del loro livello di attività e di standard di riferimento (benchmark) elaborati dalla Commissione europea e validi a livello europeo.

I settori ad elevato rischio di carbon leakage, ossia esposti al rischio delocalizzazione a causa dei costi del carbonio verso paesi con politiche ambientali meno rigorose, beneficiano di un'assegnazione di quote a titolo gratuito pari al 100% del proprio benchmark di riferimento.

L'articolo 10 bis, paragrafo 6, della direttiva ETS prevede che gli Stati membri possano adottare "misure finanziarie a favore di settori o sottosettori considerati esposti a un rischio elevato di rilocalizzazione delle emissioni di carbonio a causa dei costi connessi alle emissioni di gas a effetto serra trasferiti sui prezzi dell'energia elettrica, al fine di compensare tali costi e ove tali misure finanziarie siano conformi alle norme sugli aiuti di Stato applicabili e da adottare in tale ambito". Tali norme sono pubblicate sulla Gazzetta ufficiale dell'Unione europea n. 158 del 5 giugno 2012.

In Italia, col decreto legislativo n. 216/2006 e successivamente col decreto legislativo n. 30/2013 il Comitato Nazionale per la gestione della direttiva 2003/87/CE e per la gestione delle attività di progetto del Protocollo di Kyoto (Comitato ETS) è stato individuato come l'Autorità nazionale competente per

l’attuazione dell’ETS.

Il Comitato ETS è un organo interministeriale presieduto dal Ministero dell’Ambiente e partecipato dai Ministeri dello Sviluppo Economico e delle Infrastrutture. Tra le altre funzioni, il Comitato ETS determina il quantitativo annuo di quote da assegnare a titolo gratuito ai gestori eleggibili conformemente alle norme unionali, con particolare riferimento alle regole per l’assegnazione gratuita delle quote (art. 24 D.lgs. 47/2020).

Il Comitato ETS, in quanto autorità nazionale preposta all’attuazione della direttiva europea 2003/87/CE e della successiva Direttiva 2018/410 è dotato di compiti istruttori e decisionali (cfr. artt. 4 e ss., D.lgs. 47/2020).

Al riguardo, si rammenta che i membri del Comitato ETS sono scelti, ai sensi dell’art. 4, comma 3, del D.lgs. 47/2020, “tra persone di elevata qualifica professionale e comprovata esperienza nei settori interessati dal presente decreto”. Inoltre, ai sensi dell’art. 4, comma 6, del vigente D.lgs. 47/2020, proprio al fine di espletare una corretta attività istruttoria preliminare (prima di emettere le deliberazioni definitive sugli impianti fissi), è stata istituita un’apposita “Segreteria tecnica”, composta da cinque funzionari del Ministero della Transizione Ecologica, aventi competenze di settore tali da poter gestire le complessità e le criticità del sistema ETS.

Il Comitato cura l’inoltro alla Commissione EU dell’apposito elenco di cui all’art. 11, paragrafo 1, della direttiva 2003/87/CE. L'elenco di cui al paragrafo 1 contiene le seguenti informazioni per ciascun impianto esistente che richiede l'assegnazione gratuita di quote: a) l'identificativo dell'impianto e dei suoi limiti, utilizzando il codice identificativo dell'impianto del catalogo delle operazioni dell'Unione europea (EUTL); b) informazioni sulle attività e informazioni sull'ammissibilità per l'assegnazione gratuita; c) l'identificativo di ogni sottoimpianto dell'impianto; d) per ogni sottoimpianto, il livello annuale di attività e le emissioni annue in ogni anno del periodo di riferimento pertinente; e) per ogni sottoimpianto, informazioni che consentano di stabilire se appartiene ad un settore o sottosettore ritenuto esposto a

un rischio elevato di rilocalizzazione delle emissioni di carbonio in conformità all'articolo 10 ter, paragrafo 5, della direttiva 2003/87/CE, compresi i codici PRODCOM dei prodotti che vi vengono prodotti, se del caso; f) per ogni sottoimpianto, i dati comunicati in conformità dell'allegato IV.

Non appena ricevuto l'elenco di cui al paragrafo 1, la Commissione esamina l'inclusione di ogni impianto nell'elenco e i relativi dati comunicati in conformità del paragrafo e, qualora la Commissione non rifiuti l'inclusione dell'impianto nell'elenco, i dati sono usati per il calcolo dei valori riveduti dei parametri di riferimento di cui all'articolo 10 bis, paragrafo 2, della direttiva 2003/87/CE. Su richiesta, ogni Stato membro mette a disposizione della Commissione le relazioni ricevute contenenti i dati relativi all'impianto e ai suoi sottoimpianti e le relazioni di verifica.

Il sistema ETS UE ha dimostrato che fissare un prezzo per la CO2 e scambiarla può funzionare: le emissioni degli impianti che partecipano al sistema stanno diminuendo come auspicato, di poco più del 5% rispetto all'inizio della fase 3 (2013-2020).

Nel 2020 le emissioni dei settori disciplinati dal sistema saranno inferiori del 21% rispetto al 2005.

Il sistema riguarda i seguenti settori e gas e presta particolare attenzione alle emissioni delle quali è possibile effettuare misurazioni, relazioni e verifiche con un elevato grado di precisione:

• anidride carbonica (CO2) derivante da

◦produzione di energia elettrica e di calore

◦settori industriali ad alta intensità energetica, comprese raffinerie di petrolio, acciaierie e produzione di ferro, metalli, alluminio, cemento, calce, vetro, ceramica, pasta di legno, carta, cartone, acidi e prodotti chimici organici su larga scala

◦aviazione civile

•ossido di azoto (N2O) derivante dalla produzione di acido nitrico, adipico e

gliossilico e gliossale

•perfluorocarburi (PFC) derivanti dalla produzione di alluminio.

La partecipazione all'ETS UE è obbligatoria per le imprese che operano in questi settori, ma:

•in alcuni settori sono inclusi soltanto gli impianti al di sopra di una certa dimensione;

•alcuni impianti di dimensioni ridotte possono essere esclusi qualora le amministrazioni mettano in atto misure fiscali o di altro genere che ne riducano le emissioni di un quantitativo equivalente;

•nel settore dell'aviazione, fino al 31 dicembre 2023 il sistema ETS UE si applica unicamente ai voli tra aeroporti situati nello Spazio economico europeo (SEE).

Con riferimento al periodo in corso (di seguito anche "quarta fase ETS"), che copre gli anni dal 2021 al 2030, le interazioni tra la Commissione, gli Stati membri e gli operatori economici coinvolti, finalizzate a raccogliere le informazioni utili a determinare i soggetti beneficiari di assegnazione e il quantitativo di quote gratuitamente assegnate a ciascuno di essi (procedimento noto come "raccolta dati"), sono iniziate nella prima metà del 2019.

Le informazioni richieste agli impianti ricadenti nel campo di applicazione della direttiva, nonché le modalità e le procedure di invio dei dati alla Commissione da parte degli Stati membri (tramite le rispettive autorità nazionali competenti, che per l'Italia è il Comitato ETS), sono previste dal Regolamento delegato (UE) 2019/331 della Commissione del 19 dicembre 2018.

L'articolo 14 del Regolamento (recante "Misure nazionali di attuazione") individua i seguenti passaggi, necessari per la predisposizione dell'elenco degli operatori beneficiari di assegnazione gratuita:

- l'autorità nazionale competente presenta alla Commissione un elenco mediante modello elettronico predefinito, contenente tutte le principali informazioni relative agli impianti sottoposti (elementi identificativi, descrizione delle attività, livelli di attività per ogni sottoimpianto, emissioni annue nel periodo di riferimento, codici

prodcom per ogni prodotto, par. 2);

- l’elenco viene sottoposto a controlli di completezza e coerenza da parte della Commissione e, dopo eventuali revisioni ed esclusioni, viene usato per definire i quantitativi annuali preliminari di quote gratuite per ciascun impianto.

L’oggetto della controversia

La società, alla quale non è stata assegnata alcuna quota gratuita, ha lamentato, in primo luogo, un’erronea interpretazione della sentenza Exxon alla luce della quale l’impianto è stato ritenuto per il quinquiennio 2021-2025 della cd. “Fase 4”, quale “impianto di produzione di elettricità”, come definito dall’art. 3, lett. u) della Direttiva ETS nonché dall’art. 3, lett. bb) del D.lgs. 47/2020, secondo cui si qualifica tale «un impianto che, al 1° gennaio 2005 o successivamente, ha prodotto elettricità ai fini della vendita a terzi e nel quale non si effettua alcuna attività elencata all’allegato I diversa dalla "combustione di carburanti”».

Secondo la ricorrente, il Comitato ETS ha indebitamente assimilato l’impianto oggetto della Sentenza Exxon (l’“Impianto Exxon”) all’impianto di Sustinente, senza rilevare che nell’Impianto Exxon, diversamente dall’impianto di Sustinente vengono effettuate contemporaneamente l’attività di fabbricazione di un prodotto non rientrante nell’Allegato I alla Direttiva ETS e l’immissione, in modo continuativo, dell’energia elettrica prodotta nella rete pubblica; in taluni anni è stata consumata meno energia di quanta ne sia stata prodotta.

In secondo luogo, la ricorrente rileva che parimenti l’impianto in esame non potrebbe essere assimilato all’impianto Exxon dal momento che non immetterebbe in modo continuativo neppure minime quantità di corrente nella rete elettrica pubblica, essendo la vendita episodica ed interamente destinata ad essere impiegata per il fabbisogno interno. Difetterebbe quindi, la condizione fondamentale statuito nella richiamata sentenza, a mente della quale deve considerarsi “impianto di produzione di elettricità” un impianto in cui “venga effettuata allo stesso tempo un’attività di fabbricazione di un prodotto non rientrante in detto allegato [I della

Direttiva ETS] e, dall'altro, lo stesso impianto immetta in modo continuativo, dietro corrispettivo, nella rete pubblica […]".

La società evidenzia, poi, che aderendo all'interpretazione fornita dal Comitato ETS si addiverrebbe al paradosso per cui, per il solo fatto che la ricorrente abbia deciso di recuperare i propri rifiuti destinandoli alla produzione di elettricità per l'autoconsumo, quest'ultima viene escluso dai benefici attribuiti dal sistema ETS. Viceversa, altri impianti - che non utilizzano alcun meccanismo di ecosostenibilità a livello energetico – possono essere ammessi al beneficio perché estranei alla produzione di energia elettrica.

Infine, la ricorrente lamenta che una tale applicazione della Direttiva ETS risulterebbe in evidente contrasto con alcuni tra i principi generali di diritto a cardine del Mercato Unico. Essa determinerebbe una evidente distorsione della concorrenza tra operatori nel medesimo mercato a seconda che essi acquistino energia dalla rete (legittimati al beneficio) o la producano per autoconsumo (invece esclusi). Senza che tale discrimine trovi idonea spiegazione in termini di tutela ambientale, considerato che l'emissione nociva per l'ambiente è esattamente la medesima sia che l'energia si acquisti o la si autoproduca.

Quanto all'attribuzione della giurisdizione in ordine alla definizione della presente controversia, secondo parte ricorrente il Comitato Nazionale per la Gestione della Direttiva 2003/87/CE e per il Supporto nella Gestione delle Attività di Progetto del Protocollo di Kyoto non è un'istituzione dell'Unione Europea bensì "un organo interministeriale presieduto dal Ministero dell'Ambiente e partecipato dai Ministeri dello Sviluppo Economico e delle Infrastrutture" (TAR Lazio - Roma, Sez. II-bis, sent. n. 9951/2019 del 24 luglio 2019). È il Comitato ETS a determinare l'inserimento dell'impianto all'interno dell'elenco ed a deliberare – come espressamente statuito dall'art. 25, comma 6, del D.lgs. 47/2020 – l'assegnazione finale delle quote assegnate a titolo gratuito a ciascuno degli impianti ricompresi in detto elenco.

Lo stesso agisce come organo del MTE e, trattandosi di organo nazionale e non eurounitario, tutti gli atti emanati dallo stesso sono dotati di efficacia provvedimentale e spetta allo Stato membro – e nella specie al giudice amministrativo – sindacarne la legittimità.

Pertanto, il controllo sulla legittimità degli atti di organi degli Stati membri è espressamente precluso alla Corte di Giustizia dell'Unione europea, salvo che nel caso in cui il provvedimento sia solo formalmente adottato da un organo nazionale ma, in ultima analisi, risulti sostanzialmente il prodotto di un processo deliberativo esitato a livello sovranazionale, nel qual caso, come affermato nella pronuncia della Corte di Giustizia (Grande Sezione) del 3 dicembre 2019 nella causa pregiudiziale C-414/18 (ICCREA contro Banca d'Italia), il privato che dallo stesso si veda leso può impugnarlo entro i prescritti termini di decadenza innanzi al Tribunale dell'Unione Europea, al pari di un provvedimento adottato direttamente dagli organi UE.

Costituendosi in giudizio, l'Amministrazione ha dedotto che al fine di comprendere il merito della decisione della Commissione occorre partire dalla sentenza della Corte di Giustizia del 20 giugno 2019, causa C-682/17, nella quale è stata fornita l'interpretazione della nozione di "impianto di produzione di elettricità" o "electricity generator" di cui all'articolo 3, lettera u), della direttiva 2003/87/CE.

Nella sentenza si legge che "un impianto che nell'ambito della sua attività di combustione di carburanti in impianti di potenza termica nominale totale superiore a 20MW di cui all'allegato I della direttiva, produce elettricità destinata essenzialmente ad essere impiegata per il fabbisogno dell'impianto stesso, deve essere considerato un "impianto di produzione di elettricità" ai sensi dell'articolo 3, lettera u) della direttiva ("electricity generator"), qualora, da un lato, in tale impianto venga effettuata allo stesso tempo un'attività non rientrante nel campo di applicazione ETS, e dall'altro, lo stesso impianto immetta in modo continuativo, dietro corrispettivo, nella rete elettrica pubblica (alla quale l'impianto deve essere allacciato in modo permanente per motivi tecnici) una parte, sia pure esigua,

dell'energia elettrica generata". E la conseguenza della qualificazione di un impianto come "electricity generator" è il venir meno del diritto all'assegnazione di quote a titolo gratuito per ogni eventuale sottoimpianto, ad eccezione di alcuni casi espressamente previsti in direttiva.

Pertanto, secondo la tesi della resistente, un impianto qualificabile come "electricity generator", per il quale non ricorra alcuna delle eccezioni richiamate dalla normativa sopra ricordata, non ha diritto ad assegnazione gratuita se vende elettricità a soggetti terzi, anche in parte esigua.

Ha ribadito l'Amministrazione, poi, che la Corte di Giustizia (C-682/17, par. 75-78) riferendosi all'impianto Exxon ha precisato che "è vero che, nel caso di specie, solo una parte esigua di tale elettricità prodotta viene venduta a terzi, dal momento che il conferimento della stessa nella rete elettrica pubblica è giustificato da motivi tecnici, con lo scopo di garantire l'ininterrotta fornitura di energia elettrica dell'impianto di cui trattasi nell'eventualità di un guasto agli impianti Claus. Tuttavia, dal tenore letterale dell'articolo 3, lettera u) della direttiva 2003/87/CE non risulta che, affinchè un impianto sia sussumibile nella nozione di "impianto di produzione dielettricità", l'elettricità da esso generata debba unicamente o principalmente servire all'approvvigionamento di terzi.

Pertanto, a prescindere dal fatto che l'elettricità immessa nella rete sia residuale rispetto a quella destinata all'autoproduzione, la società ricorrente ha effettivamente venduto nel corso degli anni parte dell'energia elettrica prodotta, il che vale comunque a ricondurre l'impianto nella nozione di electricity generator.

Quanto ai profili attinenti alla giurisdizione, secondo l'Amministrazione, invece, l'esclusione dell'impianto della società ricorrente dalla tabella nazionale di allocazione di cui all'articolo 11 della direttiva 2003/87/CE, e il conseguente mancato riconoscimento di quote a titolo gratuito, risultano essere atti del tutto vincolati alle valutazioni compiute dalla Commissione.

Nel caso di specie, infatti, la Commissione conserva per legge un potere

valutazione conclusiva vincolante nei confronti degli Stati, e le conseguenze di legge derivanti dalla mancata iscrizione (mancata assegnazione di quote) non sono soggette a valutazione discrezionale da parte del Comitato.

Deriva da ciò che l'impugnazione degli stessi, senza un'autonoma censura delle presupposte vincolanti valutazioni operate dalla Commissione, deve ritenersi comunque inammissibile. Valutazioni il cui sindacato non apparterrebbe alla giurisdizione del giudice nazionale bensì dovrebbe essere devoluto alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

Le questioni pregiudiziali

Così esposte le principali problematiche poste dalla presente controversia e le posizioni assunte su ciascun motivo di ricorso dalle parti, vertendosi in tema di interpretazione del diritto comunitario, si ritiene, per la rilevanza degli interessi coinvolti e per la complessità dei valori in gioco, di sottoporre al Giudice comunitario i seguenti quesiti:

1) Se la deliberazione assunta dal Comitato Nazionale per la Gestione della Direttiva 2003/87/CE e per il Supporto nella Gestione delle Attività di Progetto del Protocollo di Kyoto, in considerazione della procedura di adozione e, in particolare, del meccanismo di interlocuzione con la Commissione europea previsto dal Regolamento delegato (UE) 2019/331 in merito all'inclusione degli impianti all'interno dell'elenco per l'assegnazione di quote CO2 possa formare oggetto di autonoma impugnazione innanzi al Tribunale dell'Unione europea ai sensi dell'art. 263, comma 4, TFUE laddove l'atto impugnato sia produttivo di effetti giuridici vincolanti e riguardi direttamente l'operatore economico ricorrente;

2) Se, in caso contrario, possa il privato operatore economico direttamente leso dall'esclusione dalle assegnazioni di quote CO2 sulla scorta dell'istruttoria condotta di concerto dalla Commissione europea e dal Comitato Nazionale per la Gestione della Direttiva 2003/87/CE e per il Supporto nella Gestione delle Attività di Progetto del Protocollo di Kyoto impugnare la decisione assunta dalla

Commissione europea di rifiutare l'inclusione dell'impianto nell'elenco ai sensi dell'art. 14 comma 4 del dal Regolamento delegato (UE) 2019/331 innanzi al Tribunale dell'Unione europea ai sensi dell'art. 263, comma 4, TFUE;

3) Se la nozione di «impianto di produzione di elettricità» ai sensi dell'Articolo 3(u) della Direttiva 2003/87/CE, come risultante dalla sentenza della Corte (Quinta Sezione) 20 giugno 2019, Nella causa C-682/17, ExxonMobil Production Deutschland GmbH contro Bundesrepublik Deutschland, avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'articolo 267 TFUE, dal Verwaltungsgericht Berlin (Tribunale amministrativo di Berlino, Germania), con decisione del 28 novembre 2017, ricomprenda anche situazioni in cui l'impianto produca energia che è interamente destinata all'autoconsumo, laddove se ne riversi nella rete pubblica in modo intermittente solo quando gli impianti destinati a ricevere l'energia sono interrotti a garanzia del funzionamento dell'impianto;

4) Se una tale interpretazione della definizione di «impianto di produzione di elettricità» sia compatibile con i principi generali di diritto dell'Unione del rispetto delle condizioni concorrenziali tra operatori in caso di concessione di incentivi e di proporzionalità della misura laddove non incentiva l'autoconsumo di energia elettrica attraverso il riconoscimento di quote di emissione CO2 gratuite per quegli impianti che ne facciano utilizzo;

Ai sensi della Nota informativa riguardante la proposizione di domande di pronuncia pregiudiziale da parte dei giudici nazionali» 2011/C 160/01 in G.U.C.E. 28 maggio 2011 e delle nuove Raccomandazioni all'attenzione dei giudici nazionali relative alla presentazione di domande di pronuncia pregiudiziale 2016/C 439/01 in G.U.C.E. 25.11.2016, vanno trasmessi alla Cancelleria della Corte mediante plico raccomandato gli atti del giudizio in copia, comprensivi della presente ordinanza.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda Bis)

1) rimette, ai sensi dell’art. 267 del TFUE, alla Corte di Giustizia dell’Unione Europea le questioni pregiudiziali indicate in motivazione;

2) dispone che, a cura della Segreteria, siano trasmessi gli atti alla Corte di Giustizia dell’Unione Europea ai sensi dell’art. 267 del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea;

3) sospende il processo fino alla definizione del giudizio sulle questioni pregiudiziali e con riserva, all’esito, di ogni ulteriore statuizione in rito, in merito e in ordine alle spese.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 17 dicembre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Elena Stanizzi, Presidente

Salvatore Gatto Costantino, Consigliere

Virginia Arata, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Virginia Arata

IL PRESIDENTE
Elena Stanizzi

IL SEGRETARIO