

Publicato il 03/07/2024

N. 13415/2024 REG.PROV.COLL.
N. 06397/2021 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

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Seconda Ter)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 6397 del 2021, proposto da Fenice Spa, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Riccardo Montanaro, Laura Ferrua Magliani, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Ministero dell'Ambiente e della Sicurezza Energetica, in persona del legale rappresentante pro tempore (per quanto occorrer possa, deducente anche per il Comitato nazionale per la gestione della direttiva 2003/87/CE e supporto gestione delle attività di progetto Protocollo di Kyoto), rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12;

Ministero dello Sviluppo Economico, non costituito in giudizio;

nei confronti

Hera Spa, Fca Italy Spa, non costituiti in giudizio;

Fca Italy S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore,

rappresentato e difeso dagli avvocati Claudio Vivani, Francesca Triveri, Silvia Giani, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento, previ provvedimenti cautelari:

- della Deliberazione n. 42/2021, emanata 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, pubblicata in data 12 aprile 2021, avente ad oggetto “*Aggiornamento della tabella nazionale di allocazione di cui all’articolo 11 della direttiva 2003/87/CE come modificato dalla Direttiva 2018/410/UE di cui alla Delibera 143/2019*”, nella parte in cui non attribuisce alcuna quota gratuita di emissione all’impianto autorizzato di Mirafiori (aut. n. 26);
 - della nota trasmessa a mezzo pec dal Comitato ETS in data 21 ottobre 2020, relativa all’impianto Mirafiori autorizzazione n. 26;
- nonché di ogni altro atto presupposto, connesso e conseguente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Ministero dell’Ambiente e della Sicurezza Energetica e di Fca Italy S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell’udienza pubblica del giorno 23 aprile 2024 la dott.ssa Francesca Mariani e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La ricorrente – attiva nel settore delle attività ambientali e delle energie alternative, che gestisce, tra gli altri, l’impianto termoelettrico denominato “Mirafiori” (autorizzazione n. 26), di potenza termica nominale totale superiore a 20 MW – ha impugnato la Deliberazione n. 42/2021 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, nella parte in cui non attribuisce alcuna “quota gratuita di emissione” a tale impianto.

2. Molto brevemente, al riguardo si ricorda che le quote gratuite di emissione rientrano nel sistema dell'*emission trading*, nato a livello europeo al fine di garantire il raggiungimento da parte dell'Unione europea (e dei suoi Stati membri) degli impegni di “decarbonizzazione”, cioè di riduzione delle proprie emissioni di gas a effetto serra, nell'ambito delle politiche di mitigazione del cambiamento climatico.

La disciplina europea in materia di ETS è contenuta nella direttiva 2003/87/CE, come modificata, per quanto qui interessa, dalla direttiva 2018/410/UE, che è stata recepita nel nostro ordinamento dapprima con il d.lgs. n. 216/2006, poi abrogato e sostituito dal D. Lgs. 30/2013, anch'esso abrogato e sostituito dal d.lgs. n. 47/2020.

Il sistema, come noto, è centralizzato a livello europeo e articolato in fasi pluriennali di adempimento, di tipo “*cap&trade*”: in sostanza, infatti, è prevista la fissazione di un tetto massimo complessivo di emissioni consentite sul territorio europeo (*cap*) riferito ad alcuni settori altamente emissivi (industria “*energy intensive*” e comparto aviazione civile), cui corrisponde un equivalente numero “quote” (ogni tonnellata di CO₂ equivale ad 1 quota) che possono essere acquistate/vendute su un apposito mercato (*trade*). Ogni soggetto rientrante nell'ambito di applicazione del sistema (in Italia circa 1.100 gestori di impianti industriali e 30 operatori aerei) è quindi tenuto a comunicare annualmente (entro il 31 marzo) la quantità di emissioni di CO₂ rilasciate in atmosfera nel corso dell'anno precedente, e a compensarle (entro il 30 aprile dello stesso anno) mediante la restituzione di un corrispondente quantitativo di quote.

In questo quadro, gli impianti appartenenti a determinati settori indicati dalla Direttiva 2003/87/CE ricevono un certo quantitativo di “quote gratuite”, che possono poi utilizzare per il commercio o la restituzione; tali quote sono rilasciate in applicazione di regole europee armonizzate, uguali per tutti gli Stati membri, in riferimento a determinati periodi pluriennali, secondo quanto oggi previsto dalla direttiva 2018/410/UE (in pratica, ci si basa sulla

definizione dei valori dei parametri di riferimento di settore, cd. “*benchmarks*”, calcolati ai sensi dell’articolo 10-*bis* della direttiva come t-CO₂/t-prodotto, in vista delle migliori prestazioni emissive degli impianti europei di ciascun settore).

3. Nel presente giudizio si discute dell’attuale periodo 2021-2030, che comprende due fasi di assegnazione: 2021-2025 (il periodo di riferimento preso in considerazione è quello compreso tra il 2014 e il 2018), nonché 2026-2030; le relative attività di raccolta dati sono iniziate nella prima metà del 2019, ai sensi di quanto previsto dall’articolo 11, par. 1, della direttiva 2018/410/UE e del Regolamento delegato 2019/331/UE della Commissione del 19.12.2018.

In estrema sintesi, per quanto qui di interesse, la procedura prevede che l’Autorità nazionale (per l’Italia, il Comitato ETS in epigrafe) presenta alla Commissione un elenco mediante modello elettronico predefinito, contenente tutte le principali informazioni relative agli impianti sottoposti alla disciplina, che la Commissione sottopone a controlli di completezza e coerenza e che, dopo eventuali revisioni ed esclusioni, viene usato per definire i quantitativi annuali preliminari di quote gratuite per ciascun impianto.

In quest’ottica procedimentale, quindi, il Comitato ETS, con le Deliberazioni nn. 70 e 92/2019, ha dato inizio alla raccolta dati e i gestori degli impianti (tra cui la ricorrente) hanno conseguentemente presentato istanza di assegnazione di quote gratuite mediante la trasmissione dei cosiddetti “*Baseline Data Report (BDR)*”, ovvero moduli excel redatti secondo un formato standard e contenenti dati e informazioni previamente verificate da autorità di verifica accreditate (si consideri sin da ora che, all’inserimento dei dati da parte dell’operatore, il foglio di lavoro genera il numero di quote teoricamente spettanti al medesimo sulla base dei dati inseriti).

Raccolti i dati, il Comitato li ha successivamente organizzati su un modello elettronico (cd. “*NIMs list*”, *National Implementation Measures*) e li ha inoltrati alla Commissione europea (la prima volta a fine settembre 2019) sulla

apposita piattaforma informatica “DECLARE”, nonché per il tramite della Rappresentanza Permanente dell’Italia a Bruxelles (valga sin da ora osservare che nella prima versione inviata, di cui alla Deliberazione n. 143/2019, la NIMs list indicava un certo numero di quote gratuite assegnabili all’impianto della ricorrente).

Di lì è iniziato un iter interlocutorio tra la Commissione europea e il Comitato ETS da una parte, nonché tra il Comitato ETS e i singoli operatori economici dall’altra parte (tra cui anche la ricorrente), per verificare i dati caricati sulla piattaforma DECLARE e per giungere alla versione definitiva della lista degli impianti beneficiari di assegnazione gratuita e della quantità di quote spettante a ciascun impianto; in pratica, durante questo iter, ogni richiesta di chiarimento e/o rettifica da parte della Commissione è stata inviata tramite la piattaforma apposita al Comitato che, a sua volta, la ha inoltrata all’operatore economico, invitandolo a correggere e/o rettificare dati e procedere a una nuova trasmissione di BDR, ovvero a fornire chiarimenti sui dati già trasmessi con il precedente modulo BDR; in conseguenza di ciò, come spiegato dal Ministero resistente, il Comitato ha più volte (ri)compilato la lista, caricando ulteriormente i dati sulla piattaforma “DECLARE”, ai fini dell’acquisizione da parte della Commissione europea.

4. Con riferimento all’impianto Mirafiori di cui si discute, risulta in atti che, dopo alcuni scambi effettuati con le modalità sopra descritte, la Commissione ha chiesto al Comitato ETS di procedere alla cancellazione dell’impianto dalla NIMs list, in quanto ritenuto “impianto produttore di energia elettrica” che non è “cogenerativo ad alto rendimento”, non rientrando dunque, nell’ottica della Commissione, nell’unica tipologia di impianto produttore di energia elettrica che può essere assegnatario di quote gratuite, ai sensi dell’art. 10 *bis* della direttiva 2003/87/CE (cfr. art. 24, comma 2, del D.Lgs. 47/2020, che ha recepito le modifiche alla direttiva, secondo cui “2. *Il Comitato: a) non assegna quote a titolo gratuito per la produzione di elettricità, fatta eccezione per l’elettricità prodotta a partire dai gas di scarico; (...); c) assegna quote a titolo gratuito al*

teleriscaldamento e alla cogenerazione ad alto rendimento definita dalla direttiva 2012/27/UE, in caso di domanda economicamente giustificabile, rispetto alla generazione di energia termica e frigorifera. (...).); risulta, inoltre, che il Comitato ha provveduto nel senso indicato dalla Commissione con la Deliberazione 42/2021, qui impugnata, previa comunicazione via pec alla ricorrente.

4. Avverso tale Deliberazione e gli atti presupposti la ricorrente ha lamentato:

- 1. *Violazione ed erronea applicazione di leggi e norme regolamentari: art. 3 Legge 241/1990 e s.m.i.- Eccesso di potere per errore e difetto dei presupposti, travisamento, difetto ed errore di motivazione, contraddittorietà.- Ingiustizia manifesta.-* In sintesi, secondo la ricorrente, la Deliberazione impugnata sarebbe carente di motivazione sul punto della esclusione dell'impianto Mirafiori dalla lista di impianti assegnatari di quote gratuite, tanto più in considerazione del fatto che con la precedente Deliberazione n. 143/2019 (che in parte risulta, quindi, revocata) era stata prevista la assegnazione di quote.

- 2. *Violazione ed erronea applicazione di leggi e norme regolamentari: art. 10 bis Legge 241/1990 e s.m.i.- Eccesso di potere per errore e difetto dei presupposti, travisamento, difetto ed errore di motivazione, contraddittorietà.- Ingiustizia manifesta.-* Il provvedimento sarebbe viziato anche per non essere stato preceduto dal preavviso di rigetto.

- 3. *Violazione ed erronea applicazione di leggi e norme regolamentari: art. 97 Costituzione; art. 11 Preleggi- Eccesso di potere per errore e difetto dei presupposti, travisamento, difetto ed errore di motivazione, contraddittorietà.- Ingiustizia manifesta.-* Sarebbero inoltre stati violati i principi del legittimo affidamento e della irretroattività delle leggi. In sostanza, sul punto la ricorrente ha dedotto che, sulla base del modulo di raccolta dati utilizzato nel 2019 (predisposto secondo la normativa all'epoca vigente di cui al D.Lgs. 30/2013), all'impianto Mirafiori sarebbero spettate delle quote gratuite, mentre soltanto con il nuovo D.Lgs. 47/2020 sono state recepite le ultime specificazioni europee sulla tipologia di impianto che hanno poi, infine, condotto alla esclusione dell'impianto predetto dalla NIMs list, con la conseguenza che il Comitato avrebbe

illegittimamente applicato in via retroattiva il D.Lgs. 47/2020, violando, altresì, il legittimo affidamento maturato dalla ricorrente.

- 4. *Violazione ed erronea applicazione di leggi e norme regolamentari: Direttiva 2003/87/CE; Direttiva 2018/410/UE; D.Lgs. 9 giugno 2020, n. 47.- Eccesso di potere per errore e difetto dei presupposti, travisamento, difetto ed errore di motivazione, contraddittorietà.- Ingiustizia manifesta.-* In sostanza, posto che l'impianto Mirafiori è stato escluso dalla assegnazione di quote gratuite in quanto ritenuto impianto produttore di energia elettrica "non cogenerativo ad alto rendimento", l'Amministrazione avrebbe errato nel considerare l'impianto nel suo complesso, poiché – come precisato dalla ricorrente nel corso dell'istruttoria – il sito di Mirafiori è costituito da una pluralità di fonti di combustione diverse da cogenerazione, che avrebbero potuto essere considerate ai fini della assegnazione delle quote gratuite; quanto sopra, peraltro, risulterebbe da documentazione già in possesso della P.A..

5. Il Ministero intimato si è costituito in data 23.06.2021, chiedendo il rigetto del ricorso.

6. In data 16.07.2021 si è costituita *ad adiuvandum* FCA Italy S.p.A..

7. Con ordinanza n. 8749/2021 il Tribunale, rilevata "*una possibile causa di inammissibilità del ricorso per difetto di giurisdizione, tenuto conto della incidenza dispiegata dalla determinazione della Commissione europea di esclusione della ricorrente dal beneficio dell'assegnazione di quote gratuite, che appare tale da elidere la sussistenza di residui margini valutativi da parte del Comitato Nazionale*", ha concesso termine per deduzioni alle parti, ai sensi dell'art. 73, comma 3, c.p.a..

Le parti hanno ottemperato alla suddetta ordinanza, concludendo la ricorrente per la sussistenza della giurisdizione amministrativa, mentre il Ministero ha insistito per il difetto di giurisdizione.

8. Con successiva ordinanza n. 4895/2021 il Tribunale ha fissato l'udienza di discussione del ricorso ai sensi dell'art. 55, comma 10, c.p.a. e, al contempo, in via istruttoria ha ordinato al Ministero resistente la produzione delle note

trasmesse dalla Commissione UE al Comitato ETS e di tutte le interlocuzioni intercorse tra tali organi.

9. In esito alla pubblica udienza del 17.12.2021, con ordinanza n. 827/2022 il Tribunale – descritte le questioni controverse – ha rimesso alla Corte di Giustizia dell’Unione Europea, ai sensi dell’art. **267** del **TFUE**, le seguenti questioni pregiudiziali:

“- 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 in minima parte energia elettrica cogenerativa, non ad alto rendimento, caratterizzandosi per una pluralità di fonti di energia termica diverse dalla cogenerazione aventi le caratteristiche*

per il riconoscimento delle quote gratuite di emissione; 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 esclude totalmente un impianto connotato da una pluralità di fonti di energia, senza scorporazione dei valori di emissione riferiti alle fonti di calore diverse dalla cogenerazione aventi pieno titolo a ricevere i benefici previsti?».

10. Con ordinanza del 1.03.2023 della Corte di giustizia dell'Unione Europea, alle cui motivazioni si rimanda, la domanda di pronuncia pregiudiziale è stata dichiarata irricevibile.

11. Il Tribunale ha dunque fissato la discussione del ricorso alla pubblica udienza del 5.12.2023 e, in esito alla stessa, con ordinanza n. 19053/2023 ha disposto l'acquisizione della traduzione in lingua italiana delle note trasmesse dalla Commissione UE al Comitato ETS e di tutte le interlocuzioni intercorse tra tali organi.

12. Successivamente, previo scambio di scritti difensivi, il ricorso è stato trattato alla pubblica udienza del 23.04.2024 con riserva di decisione; alla camera di consiglio riconvocata del 2.05.2024 è stato trattenuto in decisione.

13. In via preliminare, il Collegio ritiene di respingere l'eccezione di inammissibilità del ricorso sollevata del Ministero resistente, che ha sostenuto che il Comitato ETS avrebbe acriticamente e pedissequamente uniformato la propria determinazione a quella, preliminare, della Commissione Europea, in tesi vera *domina* del procedimento; sicché, in punto di rito, ai fini dell'ammissibilità del presente gravame sarebbe stato necessario preventivamente impugnare la decisione della Commissione davanti al Giudice fornito di giurisdizione su tale atto, ossia davanti al Tribunale dell'Unione, nei termini previsti dalle relative disposizioni (ovvero, comunque, nella denegata ipotesi in cui il Collegio ritenesse di condividere le perplessità esposte nel ricorso in merito alla legittimità del parere/decisione della

Commissione, non potrebbe che disporre il rinvio pregiudiziale di validità di cui all'art 267 TFUE, lettera b).

Al riguardo si ricorda che l'art. 263 del TFUE dispone che, nel termine di due mesi dalla piena conoscenza, i soggetti interessati possano chiedere l'esercizio del controllo di legittimità *“degli atti legislativi, degli atti del Consiglio, della Commissione e della Banca centrale europea, esclusi raccomandazioni e pareri, e degli atti del Parlamento europeo e del Consiglio europeo destinati a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi”* o *“degli atti degli organi o degli organismi dell'Unione destinati a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi”* e che l'art. 256 attribuisce tale competenza, in primo grado, al Tribunale dell'Unione.

L'argomento per cui, nel caso in esame, sarebbe stata necessaria la preventiva impugnazione dell'atto della Commissione davanti a tale organo di giustizia comunitario si rivela infondato, in quanto privo del necessario presupposto giuridico, ossia che quanto affermato nella specie dalla Commissione Europea in rapporto alla decisione che l'Autorità nazionale (il Comitato ETS) avrebbe dovuto adottare fosse qualificabile come un *“atto destinato a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi”* (in questo caso, si tratterebbe di una decisione).

Come noto, infatti, l'art. 297 del TFUE, per quanto qui interessa, dispone che *“2. Gli atti non legislativi adottati sotto forma di regolamenti, direttive o decisioni, quando queste non specificano il destinatario, sono firmati dal presidente dell'istituzione che li ha adottati.”*.

La Corte di Giustizia dell'Unione, con la sentenza della Grande Sezione del 23.11.2021, n. 833/19, ha sul punto affermato i seguenti principi (si trattava, in quel caso, di una decisione del Consiglio e non della Commissione):

“64 Ai sensi dell'articolo 297, paragrafo 2, primo comma, TFUE, gli atti non legislativi adottati sotto forma di regolamenti, di direttive e di decisioni, quando queste ultime non designano i destinatari, sono firmati dal presidente dell'istituzione che li ha adottati. L'articolo 297, paragrafo 2, secondo comma, del TFUE prevede, tra l'altro, che i regolamenti e le decisioni che non designano i destinatari sono pubblicati nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea. Infine, ai sensi dell'articolo 297, paragrafo 2, terzo comma,

del TFUE, le decisioni che designano i destinatari sono, dal canto loro, soggette unicamente all'obbligo di notifica.

(...) 66 Pertanto, come rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 55 delle sue conclusioni, dalla norma enunciata all'articolo 297, paragrafo 2, primo comma, TFUE discende che atti quali gli atti controversi, che costituiscono atti non legislativi adottati sotto forma di regolamenti o di decisioni che non designano i destinatari, devono essere firmati dal presidente del Consiglio, in quanto essi sono riconducibili ad atti di portata generale, ai sensi della giurisprudenza ricordata al punto precedente.

(...) 68 Per contro, nei limiti in cui gli atti controversi sono riconducibili a un insieme di decisioni individuali, essi non sono soggetti all'obbligo di firma da parte del presidente del Consiglio risultante dall'articolo 297, paragrafo 2, primo comma, TFUE, bensì unicamente all'obbligo di notifica risultante dall'articolo 297, paragrafo 2, terzo comma, TFUE, il quale, come ricordato al punto 64 della presente sentenza, riguarda le decisioni che designano i destinatari e hanno quindi carattere individuale.

(...) 70 Dall'analisi che precede risulta che nel caso di atti che instaurano o mantengono misure restrittive, come gli atti controversi, (...) l'articolo 297, paragrafo 2, primo comma, TFUE non impone al presidente del Consiglio di firmare, oltre all'atto contenente una motivazione a carattere generale di tali misure restrittive, la motivazione individuale che giustifica l'iscrizione di una persona, di un gruppo o di un'entità negli elenchi delle persone, dei gruppi e delle entità da esse considerati. È sufficiente che tale motivazione sia debitamente autenticata con altri mezzi.”.

Nella fattispecie, si rileva che la Commissione con la ultima Email del 7.10.2020, contenuta nel file excel di scambio tra Commissione e Comitato, dopo aver già ricevuto conferma che l'impianto Mirafiori non è di cogenerazione ad alto rendimento, ha così scritto: “La questione non era se il cogeneratore produca calore per soddisfare una domanda economicamente giustificabile, ma se si tratti di cogenerazione ad alto rendimento. Come avete già confermato in precedenza, si prega di considerare l'impianto come generatori di energia elettrica non idonei per l'assegnazione gratuita.”.

Conseguentemente, secondo il Ministero la comunicazione di cui sopra dovrebbe essere considerata, in sostanza, una decisione della Commissione, come tale immediatamente impugnabile in sede di legittimità davanti al Tribunale dell'Unione (nella specie, si potrebbe trattare di un atto plurimo, secondo la dizione comunemente utilizzata nel diritto nazionale, ossia di una serie di atti aventi, ciascuno, uno specifico destinatario individuato, ma documentati nel medesimo provvedimento).

Tuttavia, il Collegio non può esimersi dal rilevare che un siffatto atto non è stato documentato in un atto formale della Istituzione comunitaria, bensì è costituito da un mero foglio di calcolo elettronico allegato alla comunicazione Email inviata (nella specie, il 07.10.2020 alle ore 15:31), con cui la Commissione UE ha trasmesso al Comitato ETS un file di formato excel recante le determinazioni dell'organo dell'Unione relativa a ciascun impianto sito sul territorio nazionale interessato al rilascio delle emissioni, ivi compreso – per esclusione – l'impianto gestito dalla ricorrente, qui di interesse.

In definitiva, la provenienza di tale atto da un semplice Ufficio della Commissione e il fatto di essere contenuto in un mero foglio di calcolo depongono per l'assenza di uno degli atti qualificabili ai sensi dell'art. 297, comma 2, del Trattato e dunque suscettibili di essere posti, nei modi e termini stabiliti dal **TFUE** e dai relativi atti applicativi, sopra ricordati, al vaglio di legittimità del Tribunale dell'Unione.

Pertanto, nella fattispecie, il contributo della Istituzione dell'Unione ha, piuttosto, natura meramente istruttoria, come tale non immediatamente lesiva, sebbene vincolante per l'Autorità nazionale in punto di inclusione dei singoli impianti nell'elenco degli assegnatari di quote gratuite, con conseguente reiezione della eccezione di inammissibilità del ricorso sollevata dal Ministero resistente.

14. Fermo quanto sopra, nel merito il ricorso è infondato e deve essere respinto.

14.1. Non è persuasivo, invero, il primo motivo sul denunciato difetto di motivazione della deliberazione impugnata, innanzitutto in considerazione del fatto che, stante la specifica natura di provvedimento plurimo redatto sotto forma di tabella/elenco, è evidente che la motivazione delle singole determinazioni riferite a ciascun impianto ivi inserito – o meno, come quello gestito dalla ricorrente – deve essere rinvenuta nei prodromici atti istruttori, infatti appositamente richiamati nelle premesse della Deliberazione impugnata.

A ciò si aggiunga che la disamina dei predetti atti istruttori chiarisce le ragioni della esclusione dell'impianto della ricorrente dalla NIMs list, la quale, peraltro, ne è stata debitamente informata sia in virtù degli scambi di Email intervenuti nel corso della procedura, documentati in atti, sia con apposita pec del 21.10.2020.

Il Comitato, invero, prima della adozione definitiva dell'elenco di impianti aventi diritto alla assegnazione delle quote gratuite, ha chiaramente illustrato alla ricorrente l'esito dell'istruttoria e le ragioni della esclusione, con comunicazione del seguente tenore: *“Con la presente siamo a comunicarvi l'esito dell'istruttoria condotta in contraddittorio con la Commissione europea nell'ambito del processo di raccolta dati preliminare all'avvio della fase quarta dell'EU ETS. Come noto, le informazioni predisposte da Codesta società all'interno delle NIMs e sottoposte a verifica sono state trasmesse a questo Comitato ai fini della trasmissione alla Commissione europea. In occasione del riscontro della Commissione europea dello scorso giugno è stato chiesto di chiarire la situazione dell'impianto rispetto alla qualifica di “electricity generator” a seguito della sentenza della Corte Europea di Giustizia, causa C-682/17. E' seguita la trasmissione da parte di Codesta Società delle risposte al questionario e delle NIMs verificate, entrambe inoltrate alla Commissione europea il giorno 24 settembre u.s.. A fronte di tale trasmissione, la Commissione europea ha espressamente dichiarato, con riferimento a Codesto impianto, che “[in inglese nel testo della pec] La questione non era se il cogeneratore produca calore per soddisfare una domanda economicamente giustificabile, ma se si tratti di cogenerazione ad alto rendimento. Come avete già confermato*

in precedenza, si prega di considerare l'impianto come generatori di energia elettrica non idonei per l'assegnazione gratuita.”. Con la presente nota, lo scrivente Comitato intende fornire opportuna e trasparente informazione di quanto stabilito dalla Commissione europea, a cui il Comitato, preso atto, è in procinto di dar seguito”.

Ne consegue che non sussiste la denunciata carenza di motivazione, posto che il provvedimento adottato sotto forma di elenco è debitamente motivato *per relationem* agli atti istruttori, come sopra anche riassunti in apposita comunicazione individuale.

14.2. In vista di quanto sopra, va peraltro respinto anche il secondo motivo di ricorso sulla lamentata carenza della comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento della istanza di assegnazione di quote gratuite.

Sul punto, infatti, il Collegio non soltanto rileva che, come correttamente evidenziato dalla resistente Amministrazione, il procedimento è puntualmente disciplinato a livello di normativa europea, con la conseguenza che non sono dovuti adempimenti diversi da quelli ivi stabiliti (si vedano art. 4 e ss. Regolamento 2019/331/UE), ma che, soprattutto, la sequenza procedimentale documentata in atti conferma che la ricorrente ha comunque goduto, direttamente, della dialettica endoprocedimentale che la comunicazione dei motivi ostativi ha lo scopo di sollecitare. Infatti:

- risulta in atti, ed è confermato dalla stessa ricorrente, che la società, nel trasmettere i dati, ha indicato che l'impianto Mirafiori è produttore di energia elettrica;
- è quindi seguita una prima Email del 4.12.2019, con la quale la Commissione Ue ha richiesto al Comitato ETS quanto segue: *“I seguenti impianti sono generatori di elettricità che non producono teleriscaldamento né hanno una cogenerazione ad alto rendimento come definito dalla Direttiva 2012/27/UE. Si prega di confermare.”;*
- a seguito di tale richiesta, la ricorrente ha risposto al Comitato ETS tramite il portale ETS come segue *“Confermiamo.”;*
- con successiva Email del 26.05.2020 la Commissione UE ha richiesto al Comitato ETS quanto segue: *“Poiché la risposta precedente ha confermato che questo*

generatore di energia elettrica non dispone di cogenerazione ad alta efficienza né di teleriscaldamento, si prega di eliminare la sua assegnazione dall'elenco NIMs.”;

- la ricorrente ha quindi risposto al Comitato tramite il portale ETS come segue: *“L'impianto è dotato di un impianto di cogenerazione che ha fornito o fornisce calore utile in conformità alla direttiva 2012/27/UE e che tale produzione di calore è economicamente giustificabile in quanto soddisfa i requisiti del sito.”;*

- con Email del 7.10.2020 la Commissione UE ha comunicato al Comitato ETS quanto segue: *“La questione non era se il cogeneratore produca calore per soddisfare una domanda economicamente giustificabile, ma se si tratti di cogenerazione ad alto rendimento. Come avete già confermato in precedenza, si prega di considerare l'impianto come generatori di energia elettrica non idonei per l'assegnazione gratuita.”;*

- la ricorrente ha infine risposto al Comitato in data 27.10.2020 come segue: *“Ringraziandovi per le vostre indicazioni sul tema, comprendiamo quindi che nel modello NIMs i dati di produzione relativi alla cogenerazione negli anni 2014 e 2015 non andavano inseriti poiché non ad alto rendimento. Ricordiamo che l'impianto è costituito da una pluralità di fonti di combustione diverse da cogenerazione, per cui la non assegnazione di quote da voi indicata supponiamo sia riferita alla sola quota di energia termica prodotta dalla cogenerazione e non all'impianto generale. Con riferimento a quanto da noi inteso, prendiamo atto della decisione”.*

Alla luce di tanto, il Collegio ritiene che la partecipazione e il contraddittorio endoprocedimentale siano stati garantiti, fermo restando che, come si dirà, trattandosi di azione amministrativa vincolata (al parere della Commissione), in ogni caso alcun rilievo avrebbe potuto avere, in ipotesi, la mancanza della comunicazione dei motivi ostativi, ai sensi dell'art. 21 *octies*, secondo comma, primo periodo, della legge n. 241/1990.

14.3. Alla luce di quanto documentato in atti, è poi da respingere anche il terzo motivo di ricorso sulla pretesa lesione del legittimo affidamento maturato dalla ricorrente in merito alla spettanza di quote gratuite (anche in ragione delle voci inserite nel modulo da compilare) e sulla ritenuta applicazione retroattiva della disciplina di cui al D.Lgs. n. 47/2020, che ha

recepito le modifiche apportate alla direttiva 2003/87/CE dalla direttiva 2018/410/UE.

In primo luogo, invero, il fatto che il modulo da compilare fosse predisposto secondo la disciplina previgente risulta irrilevante, tenuto conto che alla ricorrente è stata data, come sopra, la possibilità di precisare le proprie dichiarazioni, affinché la Commissione potesse conoscere le specifiche qualità dell'impianto e comprendere se esso dispone di cogenerazione ad alta efficienza o di teleriscaldamento, così da rientrare nelle eccezioni al generale divieto di assegnazione di quote gratuite agli impianti di produzione di energia.

Inoltre, come costantemente ribadito dalla giurisprudenza, nei procedimenti amministrativi la corretta applicazione del generale principio *tempus regit actum* comporta che la Pubblica Amministrazione deve considerare anche le modifiche normative intervenute durante il procedimento, non potendo considerare l'assetto normativo cristallizzato in via definitiva alla data dell'atto che vi ha dato avvio (nella specie, il procedimento disciplinato a livello europeo per l'assegnazione delle quote gratuite per il quarto periodo ha avuto inizio nell'anno 2019 ed è stato svolto secondo quanto previsto dagli artt. 4 e ss. del Regolamento europeo citato, per poi concludersi nell'anno 2021); va quindi in proposito ricordato che *“la legittimità del provvedimento adottato al termine di un procedimento avviato ad istanza di parte deve essere valutata con riferimento alla disciplina vigente al tempo in cui è stato adottato il provvedimento finale, e non al tempo della presentazione della domanda da parte del privato, dovendo ogni atto del procedimento amministrativo essere regolato dalla legge del tempo in cui è emanato in dipendenza della circostanza che lo jus superveniens reca sempre una diversa valutazione degli interessi pubblici; il succitato principio si completa con il presupposto di diritto secondo cui, fintantoché l'amministrazione non ha approvato il provvedimento definitivo, il privato richiedente non è titolare di una situazione sostanziale consolidata meritevole di tutela sotto il profilo del legittimo affidamento, ma di una mera aspettativa.”* (in questi termini, fra le più recenti, Consiglio di Stato sez. III, 19/04/2024, n.3552).

In questa stessa ottica, dunque, non assume rilievo il fatto che la ricorrente avesse confidato sulla spettanza di quote gratuite sulla base della prima NIMs list compilata dal Comitato (Delibera 143/2019), proprio perché si trattava del primo atto (stilato in esito alla iniziale raccolta dati) di un procedimento complesso, nell'ambito del quale, in base alla normativa europea, la Commissione può respingere l'iscrizione nella lista presentata dall'Autorità nazionale (cfr. art. 11 *“Misure nazionali di attuazione”*, paragrafo 3, della Direttiva 2003/87/CE, secondo cui *“Gli Stati membri non possono assegnare quote a titolo gratuito ai sensi del paragrafo 2 agli impianti per i quali la Commissione ha respinto l'iscrizione nell'elenco di cui al paragrafo 1”*, nonché il correlato art. 14 *“Misure nazionali di attuazione”*, paragrafo 4, del Regolamento 2019/331/UE, sulle regole procedurali, secondo cui *“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”*).

14.4. Sulla base di quanto da ultimo precisato deve, infine, essere respinto anche il quarto motivo di ricorso, con cui la Società ha lamentato, in sostanza, difetto di istruttoria ed erronea interpretazione delle norme, perché il Comitato non avrebbe debitamente chiarito la peculiare situazione fattuale che caratterizza l'impianto Mirafiori, costituito da una pluralità di fonti di combustione diverse da cogenerazione, che avrebbero potuto essere considerate ai fini della assegnazione delle quote gratuite (tesi esposta, *in nuce*, anche nella pec inviata dalla ricorrente per prendere atto degli esiti dell'istruttoria).

Sul punto, infatti, il Collegio innanzitutto ricorda che il diritto comunitario prevede, nella materia in esame, una continua interlocuzione tra la Commissione e le Autorità nazionali competenti e tra queste ultime e gli operatori, con le modalità più sopra già descritte, e che nella fattispecie vi è stata la già descritta istruttoria di carattere tecnico che ha avuto ad oggetto l'approfondito esame, da parte della Istituzione comunitaria, della natura e

delle caratteristiche dell'impianto, proprio sulla base delle informazioni fornite dalla ricorrente.

Inoltre, dal chiaro dato testuale delle norme appena richiamate (art. 11 paragrafo 3, della direttiva 2003/87/CE, nonché art. 14, paragrafo 4, del Regolamento 2019/331/UE) risulta che ogni determinazione circa l'inclusione nell'elenco dei singoli impianti è totalmente rimessa alla Commissione, con valore vincolante per l'Autorità nazionale, che non può discostarsi da quanto deciso dall'organismo comunitario.

Nella fattispecie, dunque, il Comitato ha fatto sostanzialmente da tramite tra la Commissione Europea e la ricorrente, la quale ha potuto formulare le proprie osservazioni (*“L'impianto è dotato di un impianto di cogenerazione che ha fornito o fornisce calore utile in conformità alla direttiva 2012/27/UE e che tale produzione di calore è economicamente giustificabile in quanto soddisfa i requisiti del sito.”*), che tuttavia sono state, come sopra, respinte dalla Istituzione, la quale, come visto, ha chiarito in maniera puntuale che il discrimine per la assegnazione di quote gratuite ad un impianto che produce elettricità risiede nella qualità di impianto di cogenerazione ad alto rendimento (cfr. ultima mail della Commissione: *“La questione non era se il cogeneratore produca calore per soddisfare una domanda economicamente giustificabile, ma se si tratti di cogenerazione ad alto rendimento. Come avete già confermato in precedenza, si prega di considerare l'impianto come generatori di energia elettrica non idonei per l'assegnazione gratuita.”*).

La mancanza di cogenerazione ad alto rendimento è un dato incontrovertibile, ammesso dalla stessa ricorrente (la quale ha precisato che *“sul sito produttivo risulta essere una turbina a vapore per la quale non è stata richiesta da Fenice la qualifica CAR secondo il DM 4 agosto 2011”*), pertanto alcun tipo di istruttoria sul punto avrebbe dovuto essere svolta dal Comitato.

14.5. A ciò si aggiunga che, in ogni caso, alla luce della sentenza della Corte di Giustizia UE del 20.06.2019, resa nella C-682/2017 (richiamata anche nella comunicazione individuale inviata dal Comitato alla Società), non poteva avere rilievo la circostanza, lamentata dalla ricorrente, per cui l'impianto è costituito

da una pluralità di fonti di combustione diverse da cogenerazione, che avrebbero potuto essere considerate ai fini della assegnazione delle quote gratuite, *“essendo la componente di produzione di energia elettrica assolutamente marginale e comunque scorporabile dalle altre fonti di combustione”*, tenuto anche conto che *“la nozione di «impianto di produzione di elettricità», ai sensi dell’Articolo 3(u) della Direttiva 2003/87/CE, non può ricomprendere anche situazioni in cui l’impianto non sia nato fin dall’origine con la finalità di produrre energia elettrica da vendere a terzi, ma produca in minima parte energia elettrica cogenerativa, non ad alto rendimento, caratterizzandosi per una pluralità di fonti di energia termica diverse dalla cogenerazione, aventi le caratteristiche per il riconoscimento delle quote gratuite di emissione”*.

In realtà, invero, risulta in atti che nel periodo di riferimento (2014-2018) l’impianto Mirafiori ha esportato tra i 5 e 10 Gwh/anno di energia elettrica (dunque con cessione alla rete non occasionale o discontinua) e la Corte, sul punto, nella sentenza citata, ha chiarito, per quanto qui di interesse, che *“69. per stabilire in quale misura un impianto, come quello di cui trattasi nel procedimento principale, sia escluso dall’assegnazione delle quote di emissioni a titolo gratuito in forza dell’articolo 10 bis, paragrafo 3, della direttiva 2003/87, occorre verificare se tale impianto debba essere considerato un «impianto di produzione di elettricità», ai sensi di tale direttiva. 70. A tal riguardo, va rilevato che la nozione di «impianto di produzione di elettricità», di cui all’articolo 10 bis, paragrafo 3, della direttiva 2003/87, è definita all’articolo 3, lettera u), di tale direttiva. (...) 72 Dall’articolo 3, lettera u), della direttiva 2003/87 risulta che un impianto che, da un lato, abbia prodotto elettricità «ai fini della vendita a terzi» in un momento qualsiasi successivo al 1 gennaio 2005 e, dall’altro, in cui non venga effettuata alcuna delle attività elencate nell’allegato I di detta direttiva diversa dalla combustione di carburanti di potenza termica nominale totale superiore a 20 MW, deve essere qualificato come «impianto di produzione di elettricità» (v. in tal senso, sentenze dell’8 settembre 2016, Borealis e a., C 180/15, EU:C:2016:647, punto 33, nonché del 26 ottobre 2016, Yara Suomi e a., C 506/14, EU:C:2016:799, punto 23).”*.

In particolare, poi, le seguenti considerazioni della Corte devono ritenersi dirimenti anche nel caso di specie: *“74 Per quanto riguarda la prima delle condizioni*

enunciate all'articolo 3, lettera u), della direttiva 2003/87, vale a dire la produzione di elettricità «ai fini della vendita a terzi», si deve constatare che dal testo della prima questione emerge del pari che l'impianto di cui trattasi nel procedimento principale soddisfa anche tale condizione, poiché immette in modo continuativo nella rete elettrica pubblica, dietro corrispettivo, una parte dell'elettricità dallo stesso prodotta per il proprio fabbisogno. 75 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 (...). 77 In particolare si deve osservare, a tal riguardo, che la disposizione in esame non subordina la qualità di impianto di produzione di elettricità ad alcuna soglia di produzione di elettricità, laddove tale qualità viene inoltre attribuita, come rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 58 delle sue conclusioni, indipendentemente da ogni variazione nel tempo del rapporto tra la quantità di elettricità venduta e quella prodotta per il fabbisogno dell'impianto di produzione interessato. 78 Di conseguenza deve ritenersi che un impianto, come quello di cui trattasi nel procedimento principale, nonostante la maggior parte dell'elettricità da esso prodotta sia destinata al proprio fabbisogno, soddisfi anche la prima condizione di cui all'articolo 3, lettera u), della direttiva 2003/87, qualora abbia venduto una parte, sia pur esigua, dell'elettricità da esso prodotta a terzi, immettendo in modo continuativo, dietro corrispettivo, tale parte di elettricità nella rete elettrica pubblica”.

In vista di quanto come sopra chiarito dalla Corte in punto di irrilevanza della quantità di energia immessa nella rete pubblica ai fini della qualità di impianto di produzione di elettricità, e considerato, peraltro, che la ricorrente non ha fornito, neanche durante il procedimento, alcun elemento per escludere la circostanza della vendita a terzi, si ritiene che le argomentazioni finali svolte sul punto non siano persuasive.

15. In conclusione, per quanto detto, il ricorso deve essere integralmente respinto. Le spese di lite, per la novità della questione, possono essere compensate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda Ter), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nelle camere di consiglio dei giorni 23 aprile 2024 e del 2 maggio 2024, con l'intervento dei magistrati:

Donatella Scala, Presidente

Francesca Mariani, Primo Referendario, Estensore

Maria Rosaria Oliva, Referendario

L'ESTENSORE
Francesca Mariani

IL PRESIDENTE
Donatella Scala

IL SEGRETARIO