

ENERGIA: Impianti di produzione di elettricità - Assegnazione di quote di anidride carbonica – Inclusione nell’elenco di cui al Reg. delegato UE n. 2019/331 - Rimessione alla Corte di Giustizia Ue.

Tar Lazio - Roma, Sez. II bis, ord. 25 gennaio 2022, n. 827

- in *Riv. giur. dell'edilizia*, 2, 2022, pag. 526 e ss.;

- in *Riv. giur. dell'edilizia*, 3, 2022, pag. 797 e ss., con commento di M.F. Tropea, *La nozione di impianto di produzione di elettricità nuovamente al vaglio del Giudice europeo, tra tutela della concorrenza e transizione ecologica.*

“[...] 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, ricomprensiva 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 2 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 [...]».*

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero della Transizione Ecologica e della Fca Italy S.p.A.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 dicembre 2021 il dott. Salvatore Gatto Costantino 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 la società Fenice – Qualità per l'ambiente S.p.a., 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, con riferimento all'impianto di Mirafiori (IT0000000000000023), oggetto di autorizzazione n. 26, ivi compresa la nota del Comitato ETS del 21 ottobre 2020, nonché di ogni altro atto presupposto, conseguente e comunque connesso.

La FENICE – Qualità per l'ambiente S.p.a., società operante nel settore delle attività ambientali e delle energie alternative, premesso di gestire tra impianti con potenza termica nominale totale superiore a 20 MW a servizio di impianti industriali di terzi, tra i quali quello sopra indicato, ha rappresentato che:

- a) l'impianto in argomento 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");
- b) nel mese di giugno 2019, in qualità di gestore del detto impianto, in quanto partecipante all'EU ETS, la società ha trasmesso al Comitato la documentazione inerente alla richiesta di assegnazione di quote gratuite di emissione con riferimento alla quarta fase (2021-2025), utilizzando il portale

AGES e compilando il modello NIMS (National Implementation Measures) in cui sono stati inseriti dati sull'andamento storico delle emissioni e delle attività per l'impianto autorizzato, in particolare rispetto al periodo 2014-2018. Il sistema ha quindi generato automaticamente, sulla base dei detti dati, una simulazione delle quote gratuite spettanti che prevedeva l'assegnazione all'impianto "Mirafiori" di una certa quantità di queste quote;

c) nel corso della procedura, nel mese di marzo 2020, sono pervenute alla ricorrente, direttamente dalla Commissione Europea, richieste di chiarimenti, tramite questionario da compilare sul portale AGES, con le quali si richiedeva di specificare se l'impianto in questione, essendo stato qualificato come produttore di energia elettrica, fosse cogenerativo ad alto rendimento (High Efficiency CHP) secondo la Direttiva 2012/27/EU. La società provvedeva, quindi, a riscontrare tali richieste dichiarando che il sito Mirafiori non è, allo stato attuale, cogenerativo ad alto rendimento;

e) con mail del 26 maggio 2020, la Commissione europea ha rilevato che secondo l'elenco all'uopo previsto ("the NIMs list"), l'impianto in questione è un generatore di elettricità, con richiesta, dunque, di confermare se l'impianto è dotato di cogenerazione ad alto rendimento (HE CHP) come definito dalla Direttiva 2012/27/EU. Ai sensi dell'articolo 10 bis, paragrafo 4, della direttiva ETS dell'UE, l'assegnazione può essere riconosciuta; in assenza di HE CHP, la Commissione ha evidenziato la necessità di rimuovere l'impianto dalla NIMs list ("If there is no HE CHP, please remove this installation's allocation from the NIMs List"). Tale indicazione è stata trasmessa dal Comitato ETS alla società, la quale, nel fornire riscontro, ha precisato che il sito di Mirafiori è in realtà costituito da una pluralità di fonti di combustione diverse dalla cogenerazione, con conseguente spettanza dell'assegnazione di quote gratuite all'impianto nel suo complesso;

f) la società ricorrente ha specificato in giudizio che nell'impianto di Mirafiori esistono una pluralità di fonti di energia termica diverse dalla cogenerazione che, come tali, dovrebbero beneficiare dell'assegnazione delle rispettive quote, essendo la componente di produzione di energia elettrica assolutamente marginale e comunque scorporabile dalle altre fonti di combustione. La ricorrente precisa che attualmente l'unico impianto di produzione di energia elettrica presente e attivo 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. La centrale termoelettrica utilizza come combustibile solo gas naturale ed ha una potenzialità termica pari a 382, 1 MWt ed una elettrica pari a 59,86 MWe. L'impianto ha goduto nella terza fase (periodo 2013-2020) della assegnazione di quote a titolo gratuito;

g) successivamente agli approfondimenti svolti ed alle ulteriori interlocuzioni intercorse, il Comitato ETS, con nota endoprocedimentale trasmessa a mezzo p.e.c. in data 21 ottobre 2020, ha

comunicato alla società l'esito dell'istruttoria condotta in accordo con la Commissione Europea, riferendo che l'impianto in questione si qualificerebbe dunque come "produttore di elettricità" e, pertanto, non sarebbe idoneo a beneficiare delle quote di emissione a titolo gratuito;

f) il Comitato ETS, 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 "Centrale termoelettrica Mirafiori".

Alla luce dei suddetti fatti la ricorrente ha lamentato di essere rimasta ingiustamente non assegnataria di alcuna quota di emissione e contro l'atto ha, quindi, dedotto i seguenti motivi di ricorso:

1) Violazione ed erronea applicazione di leggi e norme regolamentari: art. 3 Legge 241/1990. Eccesso di potere per errore e difetto dei presupposti, travisamento, difetto ed errore di motivazione, contraddittorietà. Ingiustizia manifesta;

2) Violazione ed erronea applicazione di leggi e norme regolamentari: art. 10 bis Legge 241/1990. Eccesso di potere per errore e difetto dei presupposti, travisamento, difetto ed errore di motivazione, contraddittorietà. Ingiustizia manifesta;

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.

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..

Il Ministero della Transizione Ecologica si è costituito in giudizio, chiedendo il rigetto del ricorso, in quanto infondato, deducendo circa l'infondatezza delle censure di difetto di motivazione e violazione delle garanzie di giusto procedimento; evidenzia, in particolare, che la società ricorrente avrebbe partecipato attivamente alla raccolta dati che ha preceduto la deliberazione di esclusione; quest'ultima sarebbe scaturita da valutazioni della Commissione, rispetto alle quali la decisione del CTS sarebbe meramente vincolata; nel merito, non sussisterebbero i presupposti per l'assegnazione di quote gratuite, attesa la circostanza che l'impianto di cui trattasi non rientra nelle ipotesi eccezionali in cui è possibile riconoscere tali quote ad impianti di produzione di energia elettrica come meglio definiti dalla giurisprudenza dell'Unione.

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. 8749/2021 con cui ha assegnato alle parti un termine di venti giorni per articolare le proprie deduzioni.

Le parti hanno ottemperato alla suddetta ordinanza, concludendo la ricorrente circa la sussistenza della giurisdizione amministrativa, mentre il Ministero della Transizione Ecologica ha sostenuto il difetto di giurisdizione.

Con ordinanza n. 4895 del 9 settembre 2021, emessa in esito alla camera di consiglio celebrata in data 8 settembre 2021, il Tribunale ha fissato la data dell'udienza pubblica del 17 dicembre 2021 per la definizione del giudizio, ordinando al Ministero resistente "la produzione delle note trasmesse dalla Commissione UE al Comitato ETS e di tutte le interlocuzioni intercorse tra tali organi, incluso l'elenco di cui all'art. 11, par.1, comma 1 della direttiva (UE) 2018/410".

In data 11 ottobre 2021 il Ministero resistente ha prodotto documentazione in adempimento della sopra indicata ordinanza.

Si è costituita in giudizio anche la società FCA Italy spa, in qualità di cointeressata, concludendo per l'accoglimento del ricorso, in adesione alle deduzioni articolate dalla società Fenice – Qualità per l'ambiente S.p.a..

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 sottosectore 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, ritiene che tale circostanza sia dipesa dall'errata considerazione della peculiare situazione di fatto in cui si trova l'impianto termoelettrico gestito da Fenice.

L'art. 10 bis, comma 3 della Dir. 2003/87/CE sarebbe stato erroneamente applicato all'impianto di Fenice sulla base di un'erronea interpretazione della 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", che si concretizza nella immissione "in modo continuativo, dietro corrispettivo, nella rete elettrica pubblica una parte, seppur esigua, dell'energia elettrica generate". L'impianto di cui alla presente fattispecie non potrebbe essere considerato come "produttore di elettricità" nel senso reso esplicito dalla sentenza della Corte di Giustizia del 20 giugno 2019, causa C 682/17, poiché quest'ultima non ha preso in esame lo specifico caso di impianti (come quello d'interesse) nei quali sono compresenti più fonti.

Infatti, la società evidenzia che nella centrale termoelettrica di Mirafiori (autorizzazione n. 26) erano presenti, storicamente, diversi impianti di cogenerazione, ora dismessi, di cui alcuni considerati ad alto rendimento. Attualmente l'unico impianto di produzione di energia elettrica presente e attivo 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. La centrale termoelettrica utilizza come combustibile solo gas naturale ed ha una potenzialità termica pari a 382, 1 MWt ed una elettrica pari a 59,86 MWe. L'impianto ha goduto nella terza fase (periodo 2013-2020) della assegnazione di quote a titolo gratuito.

La Commissione Europea e il Comitato avrebbero dunque dovuto distinguere l'energia termica prodotta dalla centrale termica (che avrebbe potuto ricevere quote gratuite) da quella prodotta dall'impianto di cogenerazione non ad alto rendimento. Infatti, indipendentemente dal contenuto delle comunicazioni intercorse tra la ricorrente e il Comitato e tra quest'ultimo e la Commissione, tale suddivisione sarebbe stata facilmente verificabile ed individuabile da diversi documenti in possesso delle Autorità. In particolare, all'interno dei moduli NIMS raccolti dati 2014-2018: - il calore in uscita dall'unità di cogenerazione è indicato nel foglio D riga 93; - Il calore totale dell'impianto è invece indicato nel foglio E, riga 84. È dunque evidente che la differenza tra i due valori indica il calore proveniente dalla Centrale termica (tutto ciò che non è calore da cogenerazione) che era idoneo a ricevere le quote gratuite di emissione.

I dati di riferimento risulterebbero:

- dalle autorizzazioni ETS in cui viene dettagliatamente descritto ogni impianto e le fonti presenti;
- dai Piani di monitoraggio caricati sul portale Emission Trading del Mite dove emerge chiaramente la suddivisione dell'impianto tra cogenerazione e altre fonti di calore.

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 provvedimentoale 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 lesa 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, ovvero il teleriscaldamento e la cogenerazione ad alto rendimento definita dalla direttiva 2012/27/UE del Parlamento europeo e del Consiglio in caso di domanda economicamente giustificabile, rispetto alla generazione di energia termica o frigorifera.

Con riferimento ai "sottoimpianti oggetto di parametro di riferimento calore" all'interno di un impianto qualificato come "electricity generator", nella già citata sentenza si legge che: "un impianto di produzione di elettricità ai sensi dell'articolo 3, lettera u) della direttiva 2003/87 non ha il diritto che gli siano assegnate quote di emissioni a titolo gratuito per il calore prodotto nell'ambito dell'attività in esso svolta di combustione di carburanti in impianti di potenza termica totale superiore a 20 MW di cui all'allegato I di tale direttiva, qualora detto calore sia utilizzato per fini diversi rispetto alla produzione di elettricità, dal momento che un siffatto impianto non soddisfa le condizioni poste dall'articolo 10-bis, paragrafi 4 e 8 della direttiva" (par. 126 della sentenza). Le conseguenze operative di tale sentenza sono che un impianto qualificabile come "electricity generator", come Fenice-Mirafiori, non ha diritto ad assegnazione gratuita, perché non rientra in nessuna delle casistiche che fanno eccezione a tale esclusione.

L'Amministrazione rammenta che la Commissione presentava, in data 23 aprile 2020, un powerpoint del gruppo esperti CCEG – Climate Change Expert Group che chiariva gli aspetti appena indicati. In tale quadro di riferimento, a seguito dell'avvenuto caricamento dei dati (file BDR) da parte di Fenice con riferimento all'impianto aut. n. 26 in data 25 giugno 2019, la Commissione formulava tre successive richieste di chiarimenti in altrettante "interazioni" con il Comitato ETS. All'esito delle interlocuzioni, la Commissione riteneva che non trattandosi di impianto di cogenerazione ad alto rendimento, non ricorresse nessuna delle fattispecie menzionate dall'articolo 10-bis, par. 3, costituenti eccezioni alla regola che vieta l'assegnazione di quote a titolo gratuito agli electricity generator in quanto l'impianto aut. n. 26 è qualificabile come impianto di produzione di elettricità, e quindi ricade nel divieto di cui all'articolo 10-bis, par. 3 della direttiva.

A fronte di tale argomentata e netta posizione della Commissione europea, il Comitato ETS si limitava ad informarne l'operatore con PEC del 21 ottobre 2021, anche alla luce del già ricordato articolo 11 della direttiva, 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".

Precisa la difesa dell'Amministrazione che, dalla ricostruzione degli scambi avvenuti sulla piattaforma DECLARE messa a disposizione dalla Commissione per il caricamento dei dati, la società Fenice non soltanto ha attivamente partecipato all'attività istruttoria, in contraddittorio con il Comitato ETS e indirettamente con la Commissione, ma ha avuto l'occasione di replicare alle criticità riscontrate dalla Commissione europea ed era ben a conoscenza delle ragioni per le quali in ultimo la stessa ha deciso di non includerla tra gli impianti beneficiari di assegnazione di quote a titolo gratuito. Pertanto, in punto di giurisdizione, l'Amministrazione evidenzia che la Commissione conserva per legge un potere valutazione conclusiva vincolante nei confronti degli Stati, ai sensi dell'articolo 11, par. 2 della direttiva 2003/87/CE ("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"). Nel caso di specie è stata la Commissione a chiedere l'annullamento dell'allocazione/assegnazione gratuita relativa all'impianto della ricorrente, e il Comitato ETS ha dovuto dare seguito a tale richiesta della Commissione, con atto totalmente vincolato.

Pertanto, secondo l'Amministrazione, 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.

Ne deriverebbe la insussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo italiano sulla controversia che spetterebbe alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea; l'impugnazione degli atti del Comitato, senza un'autonoma censura delle presupposte vincolanti valutazioni operate dalla Commissione (che apparterrebbe alla cognizione della Corte di Giustizia), dovrebbe ritenersi comunque inammissibile.

Le questioni pregiudiziali

Così esposte le principali problematiche poste dalla presente controversia e le posizioni assunte 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 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.

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, Estensore

Virginia Arata, Referendario

L'ESTENSORE

Salvatore Gatto Costantino

IL PRESIDENTE

Elena Stanizzi

IL SEGRETARIO