

Assegnazione di quote a titolo gratuito per emissioni di gas-serra ad una attività di stoccaggio e lavorazione di semi oleosi

T.A.R. Lazio - Roma, Sez. II *ter* 28 giugno 2024, n. 13121 - Scala, pres.; Sinatra, est. - Cereal Docks Marghera S.r.l. (avv. Salvemini) c. Ministero della Transizione Ecologica ed a. (Avv. gen. Stato) ed a.

Ambiente - Stoccaggio e lavorazione di semi oleosi, con produzione di olio di semi raffinato per uso alimentare e farine per uso zootecnico e semi tostati - Assegnazione definitiva di quote di emissione a titolo gratuito di gas-serra.

(Omissis)

FATTO e DIRITTO

1. – Con ricorso notificato e depositato il 24 giugno 2022, la società in epigrafe, attiva nello stoccaggio e lavorazione di semi oleosi, con produzione di olio di semi raffinato per uso alimentare e farine per uso zootecnico e semi tostati, ha impugnato a Deliberazione n. 91/2022 del 27 aprile 2022 rubricata “Assegnazione definitiva di quote di emissione a titolo gratuito agli impianti di cui alla delibera 79/2022”, nella parte in cui 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 ha assegnato un determinato numero di quote a titolo gratuito per emissioni di gas - serra per gli anni dal 2021 al 2025 all’impianto in cui si svolge l’attività produttiva della ricorrente medesima.

2. – La ricorrente espone che presso l’impianto oggetto del provvedimento impugnato vengono svolte attività di stoccaggio e lavorazione di semi oleosi, con produzione di olio di semi raffinato per uso alimentare e farine per uso zootecnico, oltre a semi tostati (dal 2021).

Le unità termiche legate al processo produttivo e alimentate a gas naturale sono:

- tre generatori di vapore con potenza termica nominale complessiva di 34,1 MW;
- una tostatrice con potenza termica nominale complessiva di 3,5 MW;
- un’unità di cogenerazione con potenza nominale di generazione elettrica di 4,4 MW e una potenza termica nominale del combustibile alimentato di 9,7 MW, che produce energia elettrica, vapore e acqua calda impiegati nel processo.

Il tutto conduce a una potenza termica nominale installata complessiva di 49,2 MW, includendo anche le unità minori e dedicate alle emergenze (motopompe antincendio).

L’impianto risulta, pertanto, incluso nel campo di applicazione del sistema ETS per l’attività di combustione di combustibili in impianti con potenza termica superiore ai 20 MW principalmente in ragione delle unità di produzione di vapore e non dell’unità di produzione di energia elettrica. L’unità di produzione di energia elettrica è composta da un gruppo motore a combustione interna-alternatore, dotato di scambiatori di recupero calore a bassa temperatura sui circuiti dell’acqua e dell’olio di raffreddamento e di una caldaia duplex che produce vapore con l’energia residua ad alta temperatura dei gas di scarico, integrando potenza termica, al bisogno, con un bruciatore ausiliario. Il flusso di gas naturale utilizzato nell’impianto per la produzione di elettricità, secondo il Piano della Metodologia di Monitoraggio approvato dall’ANC, sarebbe stato quantificato e correttamente scorporato dalle quantità per le quali si è richiesta l’assegnazione delle quote gratuite. Tutte le caldaie sono dedicate alla produzione di vapore saturo in pressione e, pertanto, sono incluse nel sotto impianto con parametro di riferimento calore. Solo una parte del calore utile impiegato nel processo e ammissibile all’assegnazione di quote gratuite è, però, correlato all’unità di cogenerazione. L’impianto opera, inoltre, in una configurazione che ha consentito l’ottenimento e il mantenimento della qualifica di Sistema Efficienti di Utenza (SEU) ai sensi della Delibera ARERA 578/2013.

3. – Con il provvedimento impugnato –prosegue la ricorrente- le quote gratuite assegnabili all’impianto per il periodo 2021-2025 risultano decurtate rispetto al precedente periodo, e ciò in seguito all’applicazione della nuova interpretazione della definizione di “produttore di elettricità”, ed ammonta in totale a 23.399 quote gratuite, per un controvalore economico di quasi 2.000.000 €, assumendo un prezzo di mercato di 85 €/quota.

4. - Il ricorso è affidato a motivi rubricati come segue.

1) Illegittimità della deliberazione, violazione e falsa applicazione della direttiva 2003/87/CE, eccesso di potere, in particolare per illogicità manifesta, contraddittorietà, errore sui presupposti, difetto di istruttoria e violazione del principio di proporzionalità, violazione del principio di leale cooperazione di cui all’art. 4 comma 3 del TFUE.

Con il primo motivo di ricorso, la ricorrente lamenta l’illegittimità dei provvedimenti impugnati per violazione e falsa applicazione della normativa europea in materia di “emission trading”, sostenendo che il Comitato ETS, con l’adozione della deliberazione 42/2021, in assenza di qualsiasi istruttoria, avrebbe escluso illegittimamente gli impianti della Società dall’assegnazione delle quote di cui in narrativa, facendo proprio, in modo acritico, quanto affermato dalla Corte di Giustizia dell’Unione Europea 20 giugno 2019, resa nella C-682/2017, che ha esposto la nozione di “impianto di produzione di elettricità” o “electricity generator” di cui all’articolo 3, lettera u), della direttiva 2003/87/CE, necessaria



al fine di individuare gli impianti ricadenti nell'esclusione dell'assegnazione di quote a titolo gratuito di cui all'articolo 10-bis, par. 3 della direttiva, con la conseguente assenza del diritto all'assegnazione di quote a titolo gratuito per ogni eventuale sotto-sottoimpianto, ad eccezione di alcuni casi espressamente previsti in direttiva previsti dall'articolo 10-bis, par. 3, che fa salvi "i paragrafi 4 e 8 e l'articolo 10 quater", ovvero: gli impianti di teleriscaldamento e cogenerazione ad alto rendimento (par. 4), i processi a basse emissioni come quelli di cattura, utilizzo e stoccaggio del carbonio (par. 8) e gli impianti per la produzione di energia elettrica ai fini della modernizzazione, diversificazione e trasformazione sostenibile del settore energetico (10-quater).

La ricorrente, in particolare, afferma di non volere "in alcun modo chiedere a Codesto Ill.mo Tribunale Amministrativo di porsi quale improprio organo di appello di una sentenza europea", ma di tendere a dimostrare "come il Comitato ETS, in spregio ai principi di buon andamento della P.A., di cui all'art. 97 Cost., abbia ommesso di valutare la possibilità di procedere ad una differente interpretazione del tema oggetto di valutazione dal Giudice Europeo, integralmente rispondente al dettato normativo europeo e nazionale e rispettosa delle peculiarità del caso concreto".

A questo fine espone che di particolare rilievo sarebbe la definizione che la direttiva 2003/87/CE, alla luce anche della direttiva 2018/410/UE, fornisce di "impianto di produzione di elettricità" ossia: "un impianto che, al primo 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".

Le eccezioni sono previste ai paragrafi 1, 4 e 8 dell'art. 10 bis e, in particolare:

- paragrafo 1, terzo comma, dell'art. 10 bis: è fatto salvo il riconoscimento delle quote gratuite agli impianti che producono elettricità a partire dal gas di scarico;

- paragrafo 4: è fatto salvo il riconoscimento delle quote gratuite agli impianti di teleriscaldamento e cogenerazione ad alto rendimento, in caso di domanda economicamente giustificabile, rispetto alla generazione di energia termica o frigorifera.

Sussisterebbe quindi nella normativa comunitaria vigente il divieto di attribuzione di quote a titolo gratuito agli impianti produttori di elettricità, purché:

- si tratti di impianti che, al primo gennaio 2005 o successivamente, hanno 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"; in caso contrario, l'impianto non potrebbe ritenersi qualificabile di produzione di elettricità e, pertanto, il divieto di assegnazione delle quote gratuite non potrebbe ritenersi applicabile;
- non si tratti di impianti che producono elettricità a partire dal gas di scarico;
- non si tratti di impianti di teleriscaldamento e cogenerazione ad alto rendimento in caso di domanda economicamente giustificabile, rispetto alla generazione di energia termica o frigorifera.

La critica della ricorrente al provvedimento impugnato muove dall'affermazione per cui la CGUE ha qualificato come impianto di produzione di energia anche quel sito che, sebbene non effettui alcuna delle attività previste dalla direttiva e produca energia prevalentemente per uso interno, destini una minima parte di quest'ultima, dietro corrispettivo, al mercato.

Un simile revirement giurisprudenziale avrebbe rappresentato un'integrale e imprevedibile sconfessione di quanto sinora sostenuto dalla Commissione Europea e dai singoli Paesi Membri.

Con specifico riguardo all'impianto in questione, non si potrebbe applicare la definizione di "produttore di energia elettrica", perché l'energia elettrica è prodotta per l'autoconsumo e non per la vendita a terzi, in quanto l'energia elettrica immessa in rete sarebbe marginale rispetto all'energia elettrica prodotta e direttamente consumata nell'impianto, e tale immissione non sarebbe continuativa, atteso che, coerentemente con la qualifica di Cogenerazione ad Alto Rendimento (CAR), il sistema di gestione dell'impianto sarebbe configurato per minimizzare il prelievo dalla rete, inseguendo i carichi elettrici interni e al contempo garantire continuità al recupero di energia termica.

L'immissione di energia elettrica nella rete avverrebbe durante i transitori di spegnimento dei carichi di alcune utenze in consumo dell'impianto particolarmente rilevanti, che portano a temporanei sbilanciamenti a causa del tempo minimo di variazione di regime di produzione del motore dell'unità di cogenerazione rispetto alla riduzione molto più rapida del carico in consumo, con conseguente temporanea eccedenza di energia che viene, per sicurezza intrinseca dell'impianto stesso, ceduta alla rete pubblica.

2) Violazione dei principi di imparzialità e buon andamento, violazione e falsa applicazione di norme di legge (Art. 3, lett. u) Direttiva 2003/87/CE, d.lgs. 47/2020); eccesso di potere sotto il profilo del travisamento dei presupposti, difetto di istruttoria e carenza di motivazione, contraddittorietà e manifesta ingiustizia.

3) Violazione e falsa applicazione di norme di legge (art. 107 e ss. TFUE); eccesso di potere sotto il profilo del travisamento dei presupposti, difetto di istruttoria e carenza di motivazione, contraddittorietà e manifesta ingiustizia.

Con il secondo e il terzo motivo la ricorrente torna a lamentare che il Comitato ETS avrebbe proceduto all'esclusione dell'impianto di Marghera, facendo propria, in modo definito ancora una volta acritico, la citata sentenza della Corte di Giustizia del 20 giugno 2019 (causa C-682/2017), che ha interpretato e chiarito la nozione di "impianto di produzione di elettricità" o "electricity generator" di cui all'articolo 3, lettera u), della direttiva 2003/87/CE.

4) Sospensione del giudizio per rimessione, ai sensi dell'art. 267 del TFUE, alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea

di due questioni pregiudiziali:

- 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;

- 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.

5. – Il Ministero della Transizione Ecologica si è costituito in giudizio chiedendo, con memoria, la declaratoria di inammissibilità o il rigetto del ricorso.

6. – La ricorrente ha depositato una memoria conclusionale nella quale ha insistito per l'accoglimento del gravame. Con ordinanza n. 787/2024 il Collegio ha ritenuto necessario acquisire, dal Ministero dell'ambiente e della sicurezza energetica, copia delle note trasmesse dalla Commissione UE al Comitato ETS e di tutte le interlocuzioni intercorse tra tali organi, incluso l'eventuale elenco di cui all'art. 11, par.1, comma 1 della direttiva (UE) 2003/87, con allegata traduzione in lingua italiana.

7. - Il ricorso è stato trattato alla pubblica udienza del 23 aprile 2024 con riserva di decisione; alla camera di consiglio riconvocata del 2 maggio 2024 è stato trattenuto in decisione.

8. – In via preliminare deve essere deliberata l'eccezione di inammissibilità del ricorso sollevata dal Ministero resistente, il quale sostiene –nel corso di tutte le sue difese, anche di merito- che il Comitato ETS avrebbe acriticamente e pedissequamente uniformato la propria determinazione a quella, preliminare, della Commissione Europea, in tesi vera domina del procedimento; sicchè, 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, e ciò nei termini previsti dalle relative disposizioni.

L'eccezione deve essere respinta perché infondata.

8.1. - 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”.

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 in esame 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”, ossia, in questo caso, una decisione.

8.2. - 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 novembre 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."

8.3. – In particolare, per l'impianto ID unico europeo 210455, nell'elenco trasmesso al Comitato redatto dalla Commissione europea si legge: "Secondo l'interpretazione della Corte di giustizia europea dell'articolo 3, lettera u), della direttiva ETS, un impianto che ha venduto QUALSIASI elettricità a terzi dal 2005 deve essere considerato un produttore di elettricità. In base alla vostra risposta, questo sembra essere il caso. Pertanto, l'impianto deve essere considerato un generatore di elettricità. Si prega di modificare di conseguenza lo stato dell'impianto (nella sezione A.II.1 del rapporto sui dati di riferimento). È stato confermato che l'impianto è dotato di cogenerazione HE. Pertanto, non sono necessarie altre modifiche".

Quanto appena esposto deporrebbe per la natura di decisione dell'atto in questione, come tale immediatamente impugnabile in sede di legittimità davanti al Tribunale dell'Unione, in quanto si potrebbe affermare che nel caso in esame l'atto della Commissione costituisca, secondo la dizione comunemente utilizzata nel diritto nazionale, un atto plurimo, ossia 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 dell'istituzione comunitaria, bensì è costituito da un mero foglio di calcolo elettronico allegato alla comunicazione Email inviata dalla casella CLIMA-ETS-NIMS@ec.europa.eu dalla "DG Climate Action, European Commission Unit B2 – ETS Implementation & IT" del 05/11/2020 ore 20:25, avente ad oggetto "IT - Specific Assessments round 2 and Consistency round 3", 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.

In definitiva, la provenienza di tale atto da un semplice Ufficio della Commissione, e l'essere il medesimo atto contenuto in un mero foglio di calcolo, depongono per l'assenza, nel caso di specie, 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, al vaglio di legittimità del Tribunale dell'Unione.

Il contributo dell'istituzione dell'Unione, piuttosto, deve ritenersi avere 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.

L'eccezione di inammissibilità del ricorso oggi in esame sollevata dal Ministero resistente va dunque respinta.

9. – Nel merito, peraltro, il ricorso è infondato, e va respinto.

I tre motivi, per comodità espositiva, possono essere congiuntamente esaminati, atteso che tutti (anche laddove, nel primo mezzo, la ricorrente adombra un difetto istruttorio), suggeriscono una interpretazione della normativa comunitaria di riferimento diversa da quella adottata dal Comitato ETS nella circostanza.

9.1. - Occorre premettere 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.

L'art. 11 della direttiva 2003/87 CE ("Misure nazionali di attuazione") prevede quanto segue:

"1. Gli Stati membri pubblicano e trasmettono alla Commissione, entro il 30 settembre 2011, l'elenco degli impianti situati nel loro territorio che ricadono nell'ambito di applicazione della presente direttiva e le quote eventualmente assegnate a titolo gratuito a ciascuno dei suddetti impianti e calcolate a norma dell'articolo 10 bis, paragrafo 1 e dell'articolo 10 quater.

2. Entro il 28 febbraio di ogni anno, le autorità competenti rilasciano il quantitativo di quote da assegnare per quell'anno, calcolato a norma degli articoli 10, 10 bis e 10 quater.

3. 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."

In attuazione della citata Direttiva, il Regolamento delegato 2019/331 della Commissione del 19 dicembre 2018 (che stabilisce norme transitorie per l'insieme dell'Unione ai fini dell'armonizzazione delle procedure di assegnazione gratuita delle quote di emissioni ai sensi dell'articolo 10 bis della direttiva 2003/87/CE del Parlamento europeo e del Consiglio) prevede, per quanto qui rileva:

- all'art. 4 ("Domanda di assegnazione gratuita presentata da gestori di impianti esistenti"), che: "1. Il gestore di un impianto ammesso a beneficiare di quote gratuite ai sensi dell'articolo 10 bis della direttiva 2003/87/CE può presentare all'autorità competente domanda di assegnazione gratuita per un periodo di assegnazione. (...) 2. La domanda di assegnazione gratuita presentata conformemente al paragrafo 1 deve essere corredata delle seguenti informazioni: a) la relazione sui dati di riferimento, riconosciuta conforme alle misure adottate a norma dell'articolo 15 della direttiva 2003/87/CE, contenente i dati relativi all'impianto e ai suoi sottoimpianti come specificato all'articolo 10 e negli allegati



I e II del presente regolamento, prendendo in considerazione, per il calcolo dei livelli di attività storica per i parametri di riferimento per prodotti specifici, l'allegato III del presente regolamento, contenente ogni parametro di cui all'allegato IV del presente regolamento e riguardante il periodo di riferimento relativo al periodo di assegnazione a cui si riferisce la domanda; b) il piano della metodologia di monitoraggio che ha costituito la base della relazione sui dati di riferimento e la relazione di verifica, in conformità con l'allegato VI; c) la relazione di verifica, elaborata in conformità alle misure adottate a norma dell'articolo 15 della direttiva 2003/87/CE, sulla relazione sui dati di riferimento e, a meno che non sia già stato approvato dall'autorità competente, sul piano della metodologia di monitoraggio”.

- all'art. 14 (Misure nazionali di attuazione) che “1. L'elenco di cui all'articolo 11, paragrafo 1, della direttiva 2003/87/CE è presentato alla Commissione mediante un modello elettronico fornito dalla Commissione e individua tutti gli impianti di produzione di energia elettrica, gli impianti di dimensioni ridotte che possono essere esclusi dall'EU ETS a norma degli articoli 27 e 27 bis della direttiva 2003/87/CE e gli impianti che saranno inclusi nell'EU ETS a norma dell'articolo 24 di tale direttiva (...) 4. 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.”. E tali norme, come si è detto, nel caso di specie sono state applicate dagli Uffici della Commissione mediante la comunicazione Email inviata dalla casella CLIMA-ETS-NIMS@ec.europa.eu dalla “DG Climate Action, European Commission Unit B2 – ETS Implementation & IT” del 05/11/2020 ore 20:25, avente ad oggetto “IT - Specific Assessments round 2 and Consistency round 3”, 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.

9.2. – La detta comunicazione ha fatto seguito ad una assai articolata istruttoria di carattere tecnico che ha avuto ad oggetto l'approfondito esame, da parte dell'istituzione comunitaria, della natura e delle caratteristiche degli impianti riconducibili alla ricorrente, sempre sulla base delle informazioni fornite alla prima dal gestore stesso.

La rapida disamina normativa su riportata attesta 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.

Nel caso in esame, pertanto, a seguito dell'istanza della ricorrente relativa ai due stabilimenti in questione datata 18 giugno 2019, il Comitato ha fatto sostanzialmente da tramite tra la Commissione Europea e la ricorrente, riportando a quest'ultima i rilievi e le richieste di chiarimenti formulati dalla prima, nonché le risposte della società alla Commissione; ed infine il Comitato ha trasmesso alla ricorrente la nota informativa recante la comunicazione per cui entrambi gli impianti Cereal Docks (aut. n. 1709 e aut. n. 2366), a seguito all'istruttoria condotta in contraddittorio con la Commissione europea, sarebbero stati rimossi dalla c.d. “NIMs List”.

Nell'ambito dell'interlocuzione tra i due organi, nel corso della quale le affermazioni del gestore dell'impianto sono state raccolte e valutate, assumono rilievo le seguenti comunicazioni.

Con Email del 04/12/2019 ore 10:12 la Commissione Ue ha chiesto al Comitato ETS “I seguenti impianti hanno dichiarato di non essere un generatore di energia elettrica, ma hanno segnalato solo l'attività di ‘combustione dei combustibili’ di cui all'allegato I e l'esportazione di energia elettrica in almeno un anno nel periodo 2014 - 2018. Si prega di chiarire” (IT000000000210544 - Cereal Docks Marghera); la richiesta è stata girata alla ricorrente.

Il gestore ha sul punto risposto al Comitato ETS tramite il portale ETS:

“Per quanto riguarda il nostro impianto Aut. n. 2451, specifichiamo che è effettivamente presente un'unità di generazione di energia elettrica per soddisfare direttamente la domanda di energia del processo e che una parte dell'energia elettrica viene esportata in rete (quando la produzione di energia non soddisfa esattamente il consumo del processo); tuttavia, la definizione di “Generatore di energia elettrica” non si applica perché il consumo totale di energia elettrica dell'impianto supera la sua produzione totale di energia elettrica su base annua, in base al criterio 3 citato nel documento della Commissione UE “Guidance to identify electricity generators revised v2 18/03/2010”.

Con Email del 26/05/2020 ore 10:19, la Commissione UE ha allora chiesto al Comitato ETS quanto segue: “Secondo la vostra precedente risposta, questo impianto soddisfa i criteri della guida (ritirata) sui generatori di elettricità utilizzati per la terza fase. Tuttavia, secondo l'interpretazione della Corte di giustizia europea dell'articolo 3, lettera u della direttiva EU ETS, un impianto che ha venduto QUALSIASI elettricità a terzi dal 2005 deve essere considerato un generatore di energia elettrica. La vostra risposta suggerisce che ci sono state tali vendite. Se confermato, l'impianto deve essere considerato un generatore di energia elettrica. Ai sensi dell'articolo 10 bis, comma 4 della direttiva ETS dell'UE, l'assegnazione può essere concessa solo ai produttori di energia elettrica per la cogenerazione o il teleriscaldamento. I dati dell'elenco NIMs suggeriscono che l'impianto non dispone di cogenerazione ad alto rendimento (HE CHP) come definito dalla direttiva 2012/27/UE in questo impianto. Pertanto, tale impianto non sarebbe ammissibile all'assegnazione gratuita. Se del caso, rimuovere l'assegnazione di questo impianto dall'elenco NIMs.”

Il gestore ha ancora una volta risposto al Comitato tramite il portale ETS; dopo avere svolto una serie di considerazioni generali sulla normativa comunitaria vigente, ha precisato: “Nell'impianto Cereal Docks ETS di Marghera (aut. n. 2451), l'unico scopo della produzione di energia elettrica è soddisfare il fabbisogno interno, anche se occasionalmente può essere immessa in rete dell'energia elettrica. Durante il primo anno completo di attività (2019), il consumo totale di elettricità

dell'impianto ha superato la sua produzione totale di energia elettrica; quindi l'impianto rispetta il criterio di cui al paragrafo 11 "Fase 6 (criterio di attuazione 3): vendita di energia elettrica" del "Documento di orientamento per identificare i generatori di energia elettrica" della CE (versione v2 del 18 marzo 2010), a cui si fa esplicito riferimento sia nel documento FAR della Commissione europea (es. Documento di orientamento n. 1 "Guida generale alla metodologia di assegnazione" - Versione finale rilasciata il 31 gennaio 2019; risposta 1.1 delle FAQ Versione 2 pubblicata il 22 luglio 2019) che nelle FAQ dell'Autorità Competente Italiana ("FAQ Generatori di Energia Elettrica"): in questo caso, secondo la guida, "uno Stato membro deve presumere che non vi siano state vendite", pertanto l'impianto non deve essere considerato un generatore di elettricità. Inoltre, l'impianto di cogenerazione ha ottenuto il riconoscimento HE-CHP, con valori PES intorno al 20%."

A questo punto, in data 07/10/2020, la Commissione ha chiesto ulteriori chiarimenti al Comitato ETS: "Grazie per aver confermato che l'installazione è un generatore di energia elettrica e ha HE CHP. Tuttavia, non è ancora chiaro se l'impianto abbia venduto elettricità a terzi dal 2005. In tal caso, l'impianto deve essere considerato un generatore di energia elettrica e i dati delle NMI devono essere corretti."

Il gestore ha risposto ancora una volta tramite il portale ETS: "Non selezioniamo la conformità con la definizione di "generatore di elettricità" nella BDM perché non abbiamo un'esportazione netta e continua di elettricità verso la rete; questo seguendo le linee guida e le FAQ della Commissione UE e dell'ANC. Come detto in precedenza, l'unico scopo della produzione di elettricità nel nostro impianto è quello di soddisfare il fabbisogno interno per il processo di produzione di cereali e oli vegetali. Una parte dell'elettricità può essere immessa in rete, a causa della non esatta uguaglianza tra la produzione di cogenerazione e il consumo dell'impianto; questa quantità si aggira intorno ai 200-300 MWh/anno nel 2019 e nel 2020, ma pesa meno dell'1% sulla produzione annuale. Infine, la comunicazione della Commissione del 7 ottobre 2020: "Secondo l'articolo 10a, paragrafo 4, della direttiva EU ETS, l'assegnazione può essere assegnata solo ai produttori di elettricità per CAR o teleriscaldamento. I dati dell'elenco NIM suggeriscono che l'impianto non è dotato di cogenerazione ad alto rendimento (HE CHP) come definito dalla direttiva 2012/27/UE in questo impianto. Per favore conferma se è corretto. Se non è presente HE CHP, rimuovere l'allocazione di questa installazione dall'elenco dei NIM. Quanto segue si applica solo se è presente un impianto CAR: (1) il sottoimpianto BM di calore può essere mantenuto nell'elenco dei NIM. Tuttavia, i sottoimpianti oggetto di un parametro di riferimento di combustibile possono essere ammissibili solo se direttamente collegati a un processo di cogenerazione, ad esempio quando il calore non misurabile proviene dal processo di produzione di energia elettrica (simile alla cogenerazione) o dove la combustione in torcia di sicurezza dei gas di scarico utilizzati in processi ad alta efficienza si verifica la cogenerazione. Si prega di confermare per questa installazione se esiste tale collegamento a HE CHP. Se non confermato, rimuovere l'assegnazione del sottoimpianto BM di combustibile dall'elenco dei NIM."

A tanto ha fatto seguito, infine, la su citata comunicazione Email inviata dalla casella CLIMA-ETS-NIMS@ec.europa.eu dalla "DG Climate Action, European Commission Unit B2 – ETS Implementation & IT" del 05/11/2020 ore 20:25, avente ad oggetto "IT - Specific Assessments round 2 and Consistency round 3", 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, con cui la Commissione UE ha chiesto al Comitato ETS quanto segue:

"Secondo l'interpretazione della Corte di giustizia europea dell'articolo 3, lettera u), della direttiva ETS, un impianto che ha venduto QUALSIASI elettricità a terzi dal 2005 deve essere considerato un produttore di elettricità. In base alla vostra risposta, questo sembra essere il caso. Pertanto, l'impianto deve essere considerato un generatore di elettricità. Si prega di modificare di conseguenza lo stato dell'impianto (nella sezione A.II.1 del rapporto sui dati di riferimento). È stato confermato che l'impianto è dotato di cogenerazione HE. Pertanto, non sono necessarie altre modifiche."

Dunque, la qui impugnata deliberazione n. 42/2021 si colloca alla fine di una puntuale istruttoria svolta non solo in contraddittorio con la ricorrente, ma anche nel pieno rispetto della normativa in materia.

9.3. - Quanto appena esposto comporta, innanzitutto, l'assenza di qualsiasi difetto istruttorio, in quanto il procedimento si è svolto nella continua interlocuzione dei tre soggetti che, alla luce del diritto comunitario, devono prendervi parte.

Tale procedimento, soprattutto, si è concluso con l'adozione di un atto vincolato, in quanto, come si ripete, il comma 3 dell'art. 11 della Direttiva prevede espressamente che gli Stati membri non possono assegnare quote a titolo gratuito 2 agli impianti per i quali la Commissione ha respinto l'iscrizione nell'elenco.

Tanto milita nel senso del rigetto del motivo.

9.4. -Le restanti censure si soffermano ad illustrare, sotto più profili, la tesi per cui il Comitato ETS avrebbe dovuto e potuto discostarsi dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia; alla quale, invece, si sarebbe acriticamente uniformato.

Da tale acritica adesione discenderebbero i vizi illustrati nei motivi dal secondo al quarto.

Anche tali mezzi sono infondati, e ciò non soltanto per la natura vincolata dell'atto del Comitato ETS in punto di inclusione dei soggetti interessati nel ridetto elenco ma anche per le ragioni ulteriori di seguito illustrate.

9.5. - Occorre premettere che secondo la sentenza della Corte di Giustizia 20 giugno 2019, resa nella C-682/2017:

1) L'articolo 3, lettera u), della direttiva 2003/87/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 ottobre 2003, che

istituisce un sistema per lo scambio di quote di emissioni dei gas a effetto serra nella Comunità e che modifica la direttiva 96/61/CE del Consiglio, nella versione di cui alla direttiva 2009/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 aprile 2009, deve essere interpretato nel senso che un impianto, come quello di cui trattasi nel procedimento principale, che nell'ambito della sua attività di «combustione di carburanti in impianti di potenza termica nominale totale superiore a 20 [megawatts (MW)]», di cui all'allegato I di detta 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 della disposizione succitata, qualora, da un lato, in tale impianto venga effettuata allo stesso tempo un'attività di fabbricazione di un prodotto non rientrante in detto allegato e, dall'altro, lo stesso impianto immetta in modo continuativo, dietro corrispettivo, nella rete elettrica pubblica – alla quale l'impianto in questione deve essere allacciato in modo permanente per motivi tecnici – una parte, sia pur esigua, dell'energia elettrica generata.

2) L'articolo 3, lettera c), della decisione 2011/278/UE della Commissione, del 27 aprile 2011, che stabilisce norme transitorie per l'insieme dell'Unione ai fini dell'armonizzazione delle procedure di assegnazione gratuita delle quote di emissioni ai sensi dell'articolo 10 bis della direttiva 2003/87, deve essere interpretato nel senso che un impianto, come quello di cui trattasi nel procedimento principale, nei limiti in cui deve essere considerato 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 nominale 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 da 4 a 8, della suddetta direttiva.

9.6. - A tali conclusioni il Giudice comunitario è pervenuto, per quanto qui rileva, attraverso i seguenti passaggi della motivazione:

“69 Pertanto, 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 1º 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).”

9.7. – In particolare, 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.”

Per quanto appena riportato, non può essere accolta la doglianza della ricorrente per cui “In quest'ottica, per quanto attiene al primo criterio enunciato nell'articolo 3, lettera u), della direttiva de qua, l'espressione “ai fini della vendita a terzi” può far ritenere che l'elettricità non debba semplicemente essere venduta a terzi, bensì debba essere prodotta esclusivamente ai fini della vendita a terzi”.

9.8. – Al riguardo va poi aggiunto, per completezza, che tale lettera u) (che reca la previsione della produzione di energia per finalità di vendita a terzi) è stata soppressa dall'art. 1, par. 1, punto 3, lettera c), della Direttiva 10 maggio 2023, n. 2023/959/UE, a decorrere dal 5 giugno 2023, ai sensi di quanto disposto dall'art. 5, par. 1 della medesima Direttiva n. 2023/959/UE.

E tuttavia, anche prima dell'entrata in vigore di detta novella, alla luce di quanto affermato dalla Corte di Giustizia, la



differenza tra energia prodotta allo specifico fine di essere commercializzata ed energia prodotta per altri fini, ma comunque immessa nella rete, non aveva il dirimente rilievo, ai fini della ripartizione delle quote, che la ricorrente vorrebbe annetterle in senso inclusivo nell'elenco dei propri impianti.

E' infatti del tutto evidente che tale differenza perde di ogni significato alla luce dello stesso precipuo fine della direttiva 2003/87/CE, la quale come detto, è dichiaratamente, quello di "promuovere la riduzione di dette emissioni secondo criteri di validità in termini di costi e di efficienza economica."

La stessa sentenza della CGUE su richiamata ha affermato (par. 71), invero, che "...secondo una giurisprudenza costante della Corte, per l'interpretazione di una norma del diritto dell'Unione occorre tener conto non soltanto della lettera della stessa, ma anche del suo contesto e degli scopi perseguiti dalla normativa di cui essa fa parte (v., in particolare, sentenza del 31 maggio 2018, Länsförsäkringar Sak Försäkringsaktiebolag e a., C 542/16, EU:C:2018:369, punto 39)."

9.9. - Va in aggiunta osservato che il Regolamento (UE) 2019/331, esecutivo della citata Direttiva, al considerando 3, auspica che "A norma dell'articolo 10 bis, paragrafo 1, della direttiva 2003/87/CE, misure transitorie per l'insieme dell'Unione e interamente armonizzate per l'assegnazione gratuita di quote di emissioni devono, per quanto possibile, definire parametri di riferimento ex ante per garantire che l'assegnazione gratuita delle quote di emissioni avvenga in modo da incentivare riduzioni delle emissioni di gas a effetto serra e tecniche efficienti sotto il profilo energetico (...)"

La vincolatività della sentenza della Corte di Giustizia in tema di applicazione della medesima norma di cui si tratta nel presente giudizio conduce al rigetto della doglianza.

9.10. - Inoltre non può qui sussistere profilo alcuno di affidamento in capo agli operatori per il solo fatto che la precedente delibera del Comitato n. 143/2019, che anche per gli stabilimenti della ricorrente aveva dato luogo all'assegnazione di un maggior numero di quote gratuite.

Il rigetto deriva infatti anche dall'immanente principio di autoresponsabilità, per cui è lasciata alla sfera di autonomia decisionale degli operatori la scelta (in questo caso) di come utilizzare l'energia prodotta, assumendo nella propria sfera giuridica le relative conseguenze (fornendo sul punto, ovviamente, alla Commissione risposte veritiere, come non si ha ragione di dubitare nel caso in esame): alla luce di tanto, dunque, non è possibile invocare un eventuale affidamento, peraltro certamente destinato a recedere davanti all'interpretazione del diritto comunitario fornita dalla CGUE.

La tutela dell'affidamento - che peraltro solo occasionalmente può dare luogo all'invalidità degli atti in caso di sua violazione, stante il principio di differenza tra regole di validità e regole di responsabilità affermato soprattutto in tema di responsabilità precontrattuale - presuppone la legittimità dell'aspettativa del privato alla "stabilità" degli atti dell'amministrazione e a tale riguardo è necessario che l'affidamento da parte del privato sia incolpevole.

E' stato ad esempio affermato in giurisprudenza (nella affine materia della decadenza dagli incentivi per assenza dei presupposti), che l'ipotetica possibilità di riconoscere valenza all'aspettativa del privato presuppone che la causa di illegittimità che ha portato all'esercizio del suddetto potere non sia nota o, comunque, conoscibile sulla base dell'ordinaria diligenza dal privato che confida nella stabilità degli atti posti in essere dall'amministrazione (Cons. Stato n. 11757 del 2022).

Nella materia della assegnazione delle quote gratuita da parte del Comitato ETS, la possibile variazione in diminuzione nell'assegnazione delle quote al medesimo impianto, oltre che dalle possibili trasformazioni dello stesso, è connessa alla stessa previsione di periodicità insita nel meccanismo di assegnazione, per cui gli Stati membri possono disporre di rilasciare quote di emissione valide soltanto per un periodo quinquennale che inizia nel 2008 a persone in relazione a quote soppresse corrispondenti a riduzioni di emissioni effettuate da dette persone sul loro territorio nazionale durante il periodo triennale che inizia nel 2005, come recita il considerando 9 della Direttiva.

Tale possibile riduzione ha funzione servente al fine ultimo dell'atto comunitario in questione, che è volto ad attuare il sesto programma comunitario di azione in materia di ambiente, istituito con decisione n. 1600/2002/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, che impegna la Comunità e i suoi Stati membri a ridurre, nel periodo 2008-2012, le loro emissioni antropiche aggregate dei gas a effetto serra elencate nell'allegato A del protocollo nella misura dell'8 % rispetto al livello del 1990, in consonanza con il protocollo di Kyoto allegato alla convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici e l'adempimento congiunto dei relativi impegni, approvato nell'Unione con decisione 2002/358/CE del Consiglio del 25 aprile 2002.

10. - Infine, alla luce di quanto su affermato -che deriva dalla applicazione espressa di una pronuncia della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, cui la Commissione e, di conseguenza, il Comitato ETS si sono dichiaratamente uniformati- il Collegio non ravvisa i presupposti per disporre del rinvio pregiudiziale richiesto dalla ricorrente.

11. - Il ricorso, in conclusione, va respinto.

Le spese, per la novità della questione, possono essere compensate.

(Omissis)