

Publicato il 19/04/2022

**N. 02915/2022REG.PROV.COLL.
N. 08813/2018 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 8813 del 2018, proposto dalla società Alpha Trading s.p.a. unipersonale (nella qualità di società incorporante la Oil.B s.r.l. unipersonale), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Carlo Emanuele Rossi e Francesco Paolo Francica, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Francesco Paolo Francica in Milano, via Principe Amedeo, n. 3;

contro

il Ministero dell'economia e delle finanze, il Ministero dello sviluppo economico, il Ministero delle politiche agricole alimentari forestali e del turismo, il Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare,

l'Agenzia delle dogane e dei monopoli, in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi *ex lege* dall'Avvocatura generale dello Stato, presso i cui uffici sono domiciliati in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

nei confronti

del fallimento della società Mythen s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Ottavio Grandinetti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, viale Bruno Buozzi, n. 87;

la società Ital Bi-Oil s.r.l. e la società Cereal Docks s.p.a., in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, non costituite in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, sede di Roma (sezione seconda), n. 8483 del 26 luglio 2018, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero dell'economia e delle finanze, del Ministero dello sviluppo economico, del Ministero delle politiche agricole alimentari forestali e del turismo, del Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, dell'Agenzia delle dogane e dei monopoli nonché del fallimento della società Mythen s.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 marzo 2022 il consigliere Michele Conforti e uditi per le parti gli avvocati Francesco Paolo Francica, Ottavio Grandinetti e l'avvocato dello Stato Anna Collabolletta;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Giunge all'esame del Consiglio di Stato l'appello proposto dalla società Alpha Trading s.p.a. unipersonale (incorporante per fusione la società Oil.B. s.r.l. unipersonale, ricorrente in primo grado) avverso la sentenza del T.a.r. per il Lazio, sez. II, 26 luglio 2018 n. 8483, che ha respinto il suo ricorso di primo grado.

2. L'odierna controversia ha ad oggetto la legittimità del d.m. del 17 febbraio 2015 n. 37 – “Regolamento recante modalità di applicazione dell'accisa agevolata sul prodotto denominato biodiesel, nell'ambito del programma pluriennale 2007-2010, da adottare ai sensi dell'articolo 22-bis del decreto legislativo 26 ottobre 1995, n. 504” - emanato:

i) all'esito di due giudicati di questo Consiglio, nn. 812/2012 e 1120/2012, recanti l'annullamento dell'art. 4, comma 2, del regolamento del 25 luglio 2003 n. 256, e dell'art. 3, comma 4, del regolamento del 3 settembre 2008 n. 156, disciplinanti i criteri di assegnazione delle quote di biodiesel in regime fiscale di esonero;

ii) in attuazione della sentenza n. 998/2014, sempre di questo Consiglio, che ha ordinato di concludere il procedimento di adozione della nuova disciplina regolamentare.

3. Si riassumono i fatti salienti dell'odierna controversia.

3.1. Per agevolare l'avviamento del mercato nazionale del biodiesel, sono stati predisposti tre programmi di agevolazioni fiscali di durata pluriennale, che hanno ricevuto l'approvazione preventiva della Commissione europea, ai sensi dell'art. 108, par. 3, T.F.U.E.

3.2. Con due sentenze, la n. 812/2012 e la n. 1120/2012, il Consiglio di Stato ha annullato talune disposizioni della relativa disciplina e, segnatamente, l'art. 4, comma 2, del d.m. n. 25 luglio 2003 n. 256 e l'art. 3, comma 4, del d.m. n. 156 del 3 settembre 2008, entrambe riguardanti i

criteri di assegnazione ai produttori di biodiesel dei quantitativi di prodotto esenti dall'accisa prevista dalla legislazione vigente.

3.3. Il Ministero dell'economia e delle finanze ha adottato il d.m. n. 37 del 17 febbraio 2015, che ha riformulato le disposizioni annullate, nel dichiarato intento di conformarsi a queste sentenze, e ha previsto all'art. 3, la rideterminazione delle quote alle ditte precedentemente ammesse all'agevolazione, tenuto conto dei nuovi criteri individuati.

3.4. L'odierna appellante, nella qualità di beneficiaria delle quote agevolate di biodiesel, nell'ambito dei suddetti programmi di agevolazione fiscale, temendo di ricevere un'assegnazione minore di quote di biodiesel esonerato dall'accisa, ha impugnato il regolamento n. 37/2015 innanzi al T.a.r. per il Lazio, sede di Roma.

4. Con il ricorso di primo grado, la società ha enucleato plurimi motivi di illegittimità del regolamento.

5. Nel giudizio innanzi al T.a.r., si sono costituiti, per resistere, il Ministero dell'economia e delle finanze, il Ministero dello sviluppo economico, il Ministero delle politiche agricole alimentari e forestali, il Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, l'Agenzia delle dogane e dei monopoli, nonché il fallimento della società Mythen s.p.a., mentre non si sono costituite la società Cereal Docks s.p.a. e la società Ital Bioil s.r.l..

6. Con la sentenza n. 8483/2018, il T.a.r. per il Lazio ha respinto il ricorso e ha compensato le spese.

6.1. Segnatamente, il T.a.r.:

a) ha ritenuto di non riunire il contenzioso in esame con altri parzialmente coincidenti ad esso, proprio in ragione della parziale diversità soggettiva e oggettiva delle cause, oltre che per la "*diversità delle vicende processuali*";

- b) ha respinto il primo motivo di ricorso, non ravvisando la violazione dell'art. 7 della legge n. 241/1990;
- c) ha respinto il secondo motivo di ricorso incentrato sull'asserita illegittimità del regolamento per incompetenza del Ministero dell'economia e delle finanze, ritenendo che la modifica dei criteri di assegnazione dell'aiuto autorizzato non costituisse una modifica dell'aiuto di Stato autorizzato dalla Commissione europea e non fosse pertanto da sottoporre nuovamente all'autorizzazione della medesima Commissione;
- d) ha respinto il terzo motivo di ricorso, ritenendo che le sentenze di annullamento del Consiglio di Stato del 2012 costituissero un giudicato validamente formatosi, non invasivo delle competenze della Commissione europea, come statuito dalla Corte di Cassazione, adita ai sensi dell'art. 111 Cost., con sentenza n. 20698 del 10 settembre 2013;
- e) ha respinto il quarto e il quinto motivo, proposti in via subordinata, richiamando le motivazioni con le quali è stato respinto il secondo motivo di ricorso;
- f) ha respinto il sesto motivo, evidenziando che:
- f.1) l'irretroattività dei provvedimenti normativi costituisce un principio inderogabile soltanto con riferimento alla legge penale e che, relativamente al d.m. in esame, non emergono profili di irragionevolezza o di violazione del principio di proporzionalità;
- f.2) l'azione di recupero delle somme eventualmente non spettanti non si sarebbe prescritta, in ragione dei molteplici atti di interruzione della prescrizione, discendenti dai contenziosi instaurati anche nei confronti della società ricorrente;
- g) ha respinto il settimo motivo di ricorso, in quanto non vi sarebbe alcun legittimo affidamento tutelabile, in ragione della situazione di incertezza

giuridica originata dai numerosi contenziosi intentati avverso i regolamenti poi annullati;

h) ha respinto l'ottavo motivo di ricorso, richiamando le motivazioni di reiezione del secondo motivo di ricorso ed evidenziando la contraddittorietà del motivo di censura che richiamerebbe diversi pareri di questo Consiglio, senza chiarire rispetto a quale di questi il regolamento risulterebbe illegittimo;

i) ha respinto il nono e il decimo motivo di ricorso, perché il regolamento non ripropone i criteri già annullati dal Consiglio di Stato con le sentenze nn. 812 e 1120 del 2012 (che peraltro non sono stati ritenuti irragionevoli in sé, ma per le modalità con le quali sono stati modulati per calcolare il beneficio spettante, modalità che sono state emendate con il nuovo regolamento che ha ridotto gli effetti discriminanti e penalizzanti nei confronti di taluni produttori);

l) ha respinto l'undicesimo motivo, in quanto ritenuto contraddittorio o, comunque, generico.

7. Avverso la sentenza di primo grado ha proposto appello la società rimasta soccombente, articolando plurimi motivi di impugnazione.

7.1. *In limine litis*, l'appellante ha domandato la riunione dei giudizi d'appello, concernenti la medesima vicenda amministrativa dell'impugnazione del regolamento n. 37/2015.

7.2. In data 20 novembre 2018, si è costituita in giudizio l'amministrazione statale, resistendo all'appello e illustrando, successivamente le sue difese con la memoria del 10 aprile 2019.

7.3. In data 2 aprile 2019, si è costituito in giudizio il fallimento della società Mythen s.p.a., resistendo all'appello e illustrando le sue difese con la memoria del 12 aprile 2019.

7.4. In data 15 aprile 2019, anche la società Alpha Trading ha depositato una memoria difensiva.

7.5. Con l'ordinanza n. 3244 del 21 maggio 2019, questo Consiglio ha domandato all'amministrazione il deposito di una relazione *“che dia conto del se, e in quali tempi, i regolamenti adottati con i decreti ministeriali 25 luglio 2003, n. 256, e 3 settembre 2008, n. 156, siano stati notificati ai competenti Organi dell'Unione europea, nonché, sotto il profilo di specie, di ogni altro elemento utile alla decisione”*, assegnando un termine di sessanta giorni per il suo deposito.

7.6. Successivamente al deposito della relazione, avvenuto in data 19 luglio 2019, la società appellante e il fallimento della società Mythos hanno scambiato ulteriori scritti difensivi, anche in replica.

7.7. Con l'ordinanza n. 8300 del 4 dicembre 2019, il Collegio ha formulato alcuni quesiti di interpretazione pregiudiziale alla Corte di giustizia, ai sensi dell'art. 267 T.F.U.E., mentre con quella n. 3614 del 8 giugno 2020, si sono resi alcuni chiarimenti richiesti dalla Corte.

7.8. In vista dell'udienza camerale del 4 giugno 2020 (all'esito della quale è stata emessa la seconda ordinanza), l'appellante e la società appellata hanno depositato ulteriori scritti difensivi.

7.9. Con la sentenza del 28 ottobre 2021, C-917/2019, la Corte di giustizia, sezione V, ha affermato che:

- a) i criteri di assegnazione non costituiscono un elemento sul quale la Commissione ha fondato la sua autorizzazione delle precedenti versioni del regime di aiuti oggetto dei procedimenti principali (paragrafo 48);
- b) tali criteri non sono stati espressamente esaminati in alcuna delle decisioni della Commissione di autorizzazione degli aiuti (paragrafo 49) e l'esame di compatibilità del regime di aiuti si è basato su altri fattori (paragrafo 50);

- c) non risulta che la modifica ai criteri di assegnazione di cui al regolamento n. 37 del 2015 sia tale da incidere su un qualsiasi elemento delle valutazioni contenute nelle decisioni di autorizzazione (paragrafo 51);
- d) come risulta dall'art. 4, par. 1, prima frase, del regolamento n. 794/2004, la nozione di “*modifica di un aiuto esistente*” non coincide con qualsiasi modifica del regime giuridico disciplinante l'aiuto esistenze, bensì con “*...quelle che abbiano l'effetto di alterare la valutazione della compatibilità di tale aiuto con mercato interno*” (paragrafo 51);
- e) a tale riguardo, la Corte di giustizia afferma che “*gli elementi di cui dispone la Corte, che spetta al giudice del rinvio verificare, non sono diretti a dimostrare che tale modifica abbia rimesso in discussione l'obiettivo del regime di aiuti di cui trattasi, consistente nel ridurre i costi sostenuti dai produttori e dai miscelatori di biodisel oppure la conseguente valutazione della Commissione, secondo la quale, in quanto azione a favore delle energie rinnovabili e quindi a favore della tutela dell'ambiente, il regime di aiuti, tanto nella sua versione iniziale quanto nelle sue versioni modificate, era e continua ad essere compatibile con il diritto dell'Unione*” (paragrafo 56).

7.10. In vista dell'udienza del 17 marzo 2022, l'appellante e il fallimento della società Mythen hanno depositato una memoria difensiva in data 14 febbraio 2022 (quest'ultima società anche una memoria di replica in data 24 febbraio 2022).

7.11. Con la memoria del 14 febbraio 2022, l'appellante evidenzia che il *decisum* della Corte di giustizia demanderebbe a questo Consiglio una serie di accertamenti di fatto, ai quali sarebbe ancorata l'applicazione del principio di diritto enunciato dalla Corte (segnatamente, gli accertamenti individuati nei par. 45 e 56 della sentenza).

7.12. L'appellante opina, relativamente a tali accertamenti, che da essi discenderebbe che il d.m. 37/2015 determinerebbe un'illegittima modifica

dell'aiuto di Stato originariamente concesso, in quanto non notificata previamente alla Commissione.

7.13. A tale memoria, ha replicato il fallimento della società Mythen, rimarcando, in particolare, che la Corte di giustizia avrebbe già operato il giudizio di compatibilità euro-unitaria del regolamento n. 37/2015 con la disciplina degli aiuti di Stato.

8. All'udienza del 17 marzo 2022, la causa è stata trattenuta per la decisione.

9. In via preliminare, con la doglianza enumerata come prima, l'appellante si duole della mancata riunione delle controversie n.r.g. 7372/2015, 7374/2015, 7371/2015, 5536/2016 e 5537/2016, tutte riguardanti l'asserita illegittimità del regolamento n. 37/2015.

9.1. La doglianza è infondata.

9.2. Costituisce un principio di diritto consolidato, dal quale il Collegio non ravvisa ragioni per discostarsi con riferimento al caso in esame, quello secondo cui *“la riunione dei ricorsi connessi attiene ad una scelta facoltativa e discrezionale del giudice, come si desume dalla formulazione testuale dell'art. 70 del D.Lgs. n. 104/2010, con la conseguenza che i provvedimenti adottati al riguardo hanno carattere meramente ordinatorio, sono privi di valenza decisoria e restano conseguentemente insindacabili in sede di gravame con l'unica eccezione del caso in cui la medesima domanda sia proposta con due distinti ricorsi dinanzi al medesimo giudice”* (ex multis, Cons. Stato sez. VI, 1 luglio 2021, n. 5008; sez. VI, 16 marzo 2020, n. 1840).

9.3. Quanto poi alla possibilità di esercitare il relativo potere di riunione con riferimento al giudizio di appello, il Collegio ritiene maggiormente opportuno tenere distinte le decisioni sulle singole controversie.

9.4. La doglianza va dunque respinta.

10. Può ora procedersi all'esame del secondo, del terzo e del quarto motivo

di appello che si prestano ad una disamina congiunta, in quanto prospettano la medesima questione giuridica sia pure inquadrata diversamente.

10.1. Con il secondo motivo di appello, la società si duole della sentenza di primo grado per non aver accertato l'illegittimità del nuovo regolamento, il quale, costituendo una modifica di quello autorizzato dalla Commissione europea, andava nuovamente sottoposto a quest'ultima per la relativa autorizzazione.

10.2. Con il terzo motivo di appello, la società censura la sentenza per non aver dichiarato che non vi era alcun giudicato al quale il regolamento emanato era chiamata a dare attuazione, in quanto ogni valutazione circa un aiuto di Stato *“rientra nella competenza esclusiva della Commissione, che agisce sotto il controllo dei giudici dell'Unione”*.

10.3. Con il quarto motivo di appello, proposto in via subordinata, si deduce l'illegittimità del regolamento, perché esso prevedrebbe la possibile ed eventuale riassegnazione degli aiuti ricevuti otto anni prima. Tale riassegnazione costituirebbe, per l'appellante, un'illegale proroga degli aiuti di Stato previsti e autorizzati dalla Commissione in precedenza e con una durata temporale limitata.

10.4. I motivi in esame sono infondati.

10.5. Con le ordinanze n. 8300/2019 e 3614/2020, la Sezione ha richiesto l'interpretazione pregiudiziale della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, domandando se *“costituisca aiuto di Stato, come tale soggetto all'onere di previa notifica alla Commissione europea, un atto normativo secondario quale il regolamento adottato con il d.m. n. 37/2015 qui impugnato che, in diretta esecuzione di sentenze del Consiglio di Stato recanti il parziale annullamento dei regolamenti precedenti già comunicati alla Commissione, abbia inciso “ora per allora” sulle modalità di*

applicazione dell'accisa agevolata sul biodiesel modificando retroattivamente i criteri di riparto del beneficio fra le imprese richiedenti senza estendere la durata temporale del programma di agevolazioni fiscali?.

10.6. A tale quesito, la Corte di Giustizia ha fornito la seguente interpretazione pregiudiziale: *“Gli articoli 107 e 108 TFUE nonché le disposizioni di cui al regolamento (CE) n. 659/1999 del Consiglio, del 22 marzo 1999, recante modalità di applicazione dell'articolo 108 ITFUEI, come modificato dal regolamento (UE) n. 734/2013 del Consiglio, del 22 luglio 2013, e al regolamento (CE) n. 794/2004 della Commissione, del 21 aprile 2004, recante disposizioni di esecuzione del regolamento n. 659/1999, devono essere interpretati nel senso che una modifica di un regime fiscale agevolato per il biodiesel, autorizzato dalla Commissione europea, non deve essere considerata come un nuovo aiuto soggetto all'obbligo di notifica, ai sensi dell'articolo 108, paragrafo 3, TFUE, qualora tale modifica consista nel cambiare, con effetto retroattivo, i criteri di assegnazione delle quote di biodiesel che beneficiano di un'aliquota di accisa agevolata in base a tale regime, in quanto la suddetta modifica non incide sugli elementi costitutivi del regime di aiuti interessato, quali esaminati dalla Commissione ai fini della sua valutazione sulla compatibilità delle versioni precedenti di detto regime con il mercato interno.”.*

10.7. La testuale e perspicua risposta della Corte di Giustizia non lascia adito a dubbio alcuno sull'infondatezza della doglianza prospettata dall'appellante.

10.8. Invero, l'appellante ritiene che la sentenza della Corte di giustizia demanderebbe a questo Consiglio di svolgere degli accertamenti su taluni aspetti enucleati ai paragrafi 45 e 56 della suddetta pronuncia, ossia che:

- *“la normativa nazionale di cui trattasi nei procedimenti principali non incide né sulla cerchia dei beneficiari che, precedentemente, era stata ammessa al beneficio del regime agevolato, né sulla dotazione finanziaria del regime di aiuti autorizzato dalla*

Commissione con la decisione di autorizzazione del 2008 e non estende la durata di tale regime [...] non incide neppure sulla definizione del prodotto che beneficia di un'aliquota di accisa agevolata né sulla aliquota stessa" (cfr. par. 45);

- *"la modifica introdotta dal nuovo regolamento non abbia rimesso in discussione l'obiettivo del regime di aiuti di cui trattasi di ridurre i costi per i produttori e per i miscelatori di biodiesel in favore delle energie rinnovabili, della tutela dell'ambiente e continui ad essere compatibile con il diritto dell'Unione"* (cfr. par. 56).

10.9. Benché l'assunto da cui muove la tesi di parte appellante sia destituito di fondamento, in considerazione dell'inequivocabile tenore letterale della sentenza interpretativa resa dalla Corte di giustizia, il collegio evidenzia come le deduzioni di parte appellante siano anche infondate, qualora si volesse procedere secondo le coordinate da cui muove l'appellante.

10.9.1. In dettaglio, relativamente all'accertamento asseritamente demandato al paragrafo 45 della sentenza, il collegio rileva che:

- 1) la cerchia dei beneficiari rimane immutata, modificandosi, in astratto, soltanto la ripartizione dei benefici tra di loro e, in ogni caso, l'appellante non ha dimostrato il contrario, come avrebbe dovuto, secondo le regole sulla ripartizione dell'onere della prova;
- 2) la dotazione finanziaria rimane pressoché immutata, poiché ciò che eventualmente viene a rimodularsi è la ripartizione fra i beneficiari, e, in ogni caso, l'appellante non ha dimostrato il contrario, secondo le regole sulla ripartizione dell'onere della prova;
- 3) la durata del regime di aiuto di Stato è rimasta immutata e, in ogni caso, l'appellante non ha dimostrato il contrario, come era suo onere fare secondo le regole sulla ripartizione dell'onere della prova;
- 4) il prodotto beneficiario rimane lo stesso, perché i regolamenti espressamente autorizzati dalla Commissione agevolavano il prodotto

"biodiesel" e così fa anche il regolamento del 2015, né viene modificata l'aliquota fiscale applicata al prodotto che beneficia dell'agevolazione.

10.9.2. In relazione all'accertamento asseritamente demandato al paragrafo 56 della sentenza, il collegio rileva che:

a) quanto all'obiettivo di ridurre i costi "per i produttori" (e non come opina l'appellante, per il singolo produttore, guardando alla sua sola posizione), esso non muta in ragione di una differenziazione, peraltro neppure particolarmente marcata, dei criteri di assegnazione delle quote di beneficio fiscale e, in ogni caso, non è allegato o comprovato, da parte dell'appellante, che ciò avvenga;

b) quanto all'obiettivo di aiutare l'ambiente, sostenendo la produzione del carburante biodiesel, essa non muta con il nuovo regolamento, poiché la nuova ripartizione delle risorse sulla base dei nuovi criteri non cambia certo l'obiettivo finale e, in ogni caso, non viene argomentato e dimostrato il contrario dall'appellante.

10.10. Infine, in ordine al rilievo secondo cui la riassegnazione degli aiuti si tradurrebbe in un'illegale proroga del relativo regime, si evidenzia, da un lato, che si tratta di un aspetto comunque valutato dalla Corte di giustizia e non ritenuto ostativo all'applicazione della disciplina nazionale e, dall'altro, che la diversa eventuale ripartizione delle quote spettanti "ora per allora" non proroga affatto il regime degli aiuti accordati, ma effettua soltanto una differente ripartizione, a posteriori, di quelli fruiti negli anni in cui detto beneficio è stato autorizzato dalla Commissione.

11. Con il quinto motivo di appello, si ripropone criticamente la doglianza relativa alla mancata comunicazione di avvio del procedimento.

11.1. Il quinto motivo di appello è infondato.

11.2. Il collegio evidenzia, preliminarmente, che le censure articolate

dall'appellante nel motivo di appello divisato non scalfiscono la robusta e argomentata motivazione del T.a.r..

11.3. Tuttavia, è doveroso soggiungere a quest'ultima una notazione di carattere generale che risulta di per sé dirimente ai fini della reiezione della doglianza di parte appellante.

11.4. In base all'art. 13 della legge n. 241/1990 *“Le disposizioni contenute nel presente capo non si applicano nei confronti dell'attività della pubblica amministrazione diretta alla emanazione di atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione, per i quali restano ferme le particolari norme che ne regolano la formazione”*, sicché risulta evidente che la garanzia partecipativa è espressamente esclusa dalla legge.

12. Con il sesto motivo di appello, si grava la sentenza di primo grado, perché non avrebbe dichiarato l'illegittimità del regolamento impugnato, che avrebbe illegittimamente riconosciuto alla società Mythen un beneficio maggiore rispetto a quello fatto valere innanzi al giudice amministrativo e culminato nelle menzionate sentenze di annullamento del Consiglio di Stato del 2012.

12.1. Il sesto motivo di appello è infondato.

12.2. Con la sua domanda di annullamento delle disposizioni contenenti le norme disciplinanti i criteri di assegnazione delle quote di biodiesel esentate dal pagamento dell'accisa prevista dalla legge, la società Mythen, successivamente dichiarata fallita, mirava a conseguire, contrariamente a quanto opina l'appellante, proprio l'utilità finale di una maggiore assegnazione del contingente di aiuto di Stato previsto.

12.3. L'eventuale riassegnazione di una quota maggiore è dunque consentanea all'utilità che la predetta società ha perseguito attraverso la proposizione della domanda di annullamento dei precedenti criteri di

assegnazione.

12.4. La doglianza di parte appellante risulta poi infondata anche per un'ulteriore ragione.

12.5. Il regolamento impugnato non ha affatto riconosciuto “un beneficio maggiore”, ma si è limitato a ridefinire i criteri di assegnazione delle quote di biodiesel esenti dall'applicazione dell'accisa, in attuazione degli effetti conformativi delle motivazioni delle sentenze di annullamento del 2012

13. Con il settimo motivo di appello (che l'appellante numera “nuovamente” come “sesto”), si ripropone criticamente la censura di illegittimità del regolamento per la violazione del principio di irretroattività del provvedimento amministrativo.

13.1. Si censura, altresì, il capo della sentenza che ha respinto le deduzioni di primo grado relative alla maturata prescrizione dell'azione di recupero: *“i giudizi citati dal Tar adito in primo grado non sono suscettibili di interrompere il termine prescrittivo dal momento che non avevano ad oggetto i pretesi crediti cui fa riferimento il Tar, ma avevano ad oggetto tutt'altre questioni”*.

13.1.1. Il Collegio evidenzia che questa censura viene poi ulteriormente ampliata con il decimo motivo (erroneamente indicato come “nono”), con il quale si censura la sentenza nella parte in cui non ha dato espressamente contezza del fatto che il diritto alla riscossione dei diritti doganali risulta oramai estinto per prescrizione, e non si è pertanto avveduta che la prevista misura di riassegnazione delle accise, non potrebbe trovare attuazione, neppure in astratto.

13.2. Il settimo motivo è infondato.

13.3. Quanto alla prima censura, il Collegio rileva la correttezza del capo della sentenza di primo grado che ha rimarcato come l'irretroattività sia un predicato assoluto e irrefragabile della sola legge penale, mentre, nei limiti

della ragionevolezza, della proporzionalità e della tutela del legittimo affidamento, sia gli atti normativi (ai quali si iscrive oramai pacificamente il regolamento) sia i provvedimenti amministrativi possono dispiegare effetti retroattivi.

13.4. In proposito, è sufficiente ricordare i principi e la corposa giurisprudenza che vi ha dato attuazione in materia di “tetti di spesa”, in base ai quali la determinazione in corso d’anno dei “tetti di spesa”, che dispieghino i propri effetti anche sulle prestazioni già erogate, non può considerarsi, in quanto tale, affetta da illegittimità (così, *ex multis*, Cons. Stato, Ad. pl., 12 aprile 2012 n. 3 e 4; sez. III, 7 marzo 2012, n. 1289; 23 dicembre 2011, n. 6811; 7 dicembre 2011, n. 6454; 17 ottobre 2011, n. 5550; 29 luglio 2011, n. 4529; sez. V, 8 marzo 2011, n. 1431; 28 febbraio 2011, n. 1252; Ad. pl., 2 maggio 2006 n. 8).

13.5. Nel caso di specie, peraltro, gli asseriti illegittimi effetti retroattivi sono la risultante dell’venuto annullamento, *in parte qua*, dei precedenti regolamenti e dei criteri “distributivi” in essi previsti.

13.5.1. Seguendo il ragionamento di parte appellante, l’annullamento di un regolamento dalla cui immediata applicazione sono derivati determinati effetti giuridici e materiali reversibili dovrebbe comunque rimanere privo di ricadute concrete, poiché le precedenti assegnazioni di risorse, sia pure avvenute sulla scorta di criteri illegittimi, non potrebbero essere rimesse in discussione.

13.5.2. La tesi non merita accoglimento e contraddice i principi basilari del processo amministrativo e dell’azione di annullamento.

13.5.3. Quanto avvenuto costituisce, infatti, piena esplicazione degli effetti c.d. ripristinatori e quindi fisiologicamente retroattivi del giudicato di annullamento (cfr. Cons. Stato, Ad. plen. nn. 5 del 2019, 1 del 2018, 4 e 5

del 2015; Corte di giustizia UE, sez. II, 14 maggio 2020, C-15/19), il quale, nei limiti del noto brocardo secondo cui *factum infectum fieri nequit*, tende a riportare la situazione “di fatto” a conformità con quella “di diritto”, la quale ultima, evidentemente, non era quella prefigurata dall’art. 4, comma 2, del d.m. n. 25 luglio 2003 n. 256, e dall’art. 3, comma 4, del d.m. n. 156 del 3 settembre 2008 (in quanto regolamenti *in parte qua* illegittimi), ma quella delineata dal regolamento n. 37/2015, attuativo dei principi formulati da questo Consiglio con i giudicati di annullamento del 2012 e ritenuti compatibili con la disciplina euro-unitaria dalla sentenza della Corte di giustizia.

13.6. La prima censura va pertanto respinta.

13.7. Quanto alla seconda censura del settimo motivo di appello e al decimo motivo di appello, il Collegio ritiene che questi mezzi di impugnazione non possano essere accolti per una motivazione diversa da quella esternata dal T.a.r..

13.8. Il Collegio evidenzia che nel presente giudizio si controverte della legittimità o meno del regolamento emanato con il d.m. n. 37/2015, mentre la doglianza di parte ha ad oggetto la prescrizione o la decadenza dalle eventuali azioni di ripetizione o di riscossione delle somme erogate in precedenza alla società odierna appellante.

13.9. Questa problematica esula completamente dal *thema decidendum* dell’odierno giudizio che non riguarda questi eventuali e futuri atti di riscossione o ripetizione delle somme, e rende, pertanto, la censura proposta in primo grado e criticamente ribadita innanzi a questo Consiglio inammissibile per carenza di interesse ad agire.

13.10. La seconda censura del settimo motivo e il decimo motivo di appello sono pertanto inammissibili.

13.11. Il settimo motivo di appello va pertanto rigettato, unitamente al decimo motivo.

14. Con l'ottavo motivo (erroneamente indicato come "settimo"), si grava la sentenza per non aver pronunciato l'annullamento del regolamento impugnato, che lederebbe il legittimo affidamento.

14.1. Secondo parte appellante, contrariamente a quanto affermato dal T.a.r., *"Le posizioni in parola si sono consolidate dal momento in cui sono state legittimamente assegnate le quote"*.

14.2. L'ottavo motivo di appello è infondato.

14.3. Invero, la tutela del legittimo affidamento è ormai considerato un canone ordinatore anche dei comportamenti delle parti coinvolte nei rapporti di diritto amministrativo.

14.4. In linea generale, in materia di responsabilità dell'amministrazione per lesione del legittimo affidamento, si è affermato che *"la responsabilità dell'amministrazione per lesione dell'affidamento ingenerato nel destinatario di un suo provvedimento favorevole, poi annullato in sede giurisdizionale, postula che sulla sua legittimità sia sorto un ragionevole convincimento, il quale è escluso in caso di illegittimità evidente o quando il medesimo destinatario abbia conoscenza dell'impugnazione contro lo stesso provvedimento"* (Cons. Stato, Ad. pl., 29 novembre 2021, n. 21; sulla stessa linea in precedenza Ad. plen., n. 19 del 2021).

14.5. I principi suesposti sono chiaramente estensibili anche al giudizio di annullamento, nel quale si controverta dell'asserita illegittimità di una soluzione regolamentare o provvedimento approntata dall'amministrazione, in quanto essi sono riferiti alla qualificazione dell'affidamento come "legittimo" e, dunque, al predicato (fondamentale, ai fini della tutela in giudizio) di ciò che costituisce oggetto della tutela accordata dall'ordinamento (non l'affidamento *"in sé e per sé"*, ma

l'affidamento in quanto, soggettivamente ed oggettivamente, “*legittimo*”).

14.6. Ebbene, con riferimento al caso in esame, i giudizi di annullamento culminati nelle sentenze nn. 812/2012 e 1120/2012 si sono svolti anche nei confronti dell'odierna appellante, intimata in qualità di contro interessata e, dunque, pienamente a “*conoscenza dell'impugnazione contro lo stesso provvedimento*”.

15. Con il nono motivo (erroneamente indicato come ottavo), si ripropone criticamente la censura relativa alla mancanza dell'analisi tecnico normativa (A.T.N.) e l'analisi di impatto della regolamentazione (A.I.R.), rimarcandosi che si tratterebbe di un vizio rilevante dell'istruttoria, comportante l'illegittimità del provvedimento gravato.

15.1. Il nono motivo è inammissibile.

Il Collegio rileva che il T.a.r. ha respinto la relativa censura di primo grado, rilevando che “*le modifiche da questo introdotte sono da riconnettersi a fonti regolamentari che, per le parti non annullate dalle sentenze n. 812 e n. 1120, rimangono pienamente vigenti e rispetto alle quali non vi è contestazione in ordine alla completezza del relativo procedimento di formazione*”.

15.2. Questa statuizione della sentenza di primo grado è rimasta pressoché inoppugnata, in quanto l'appellante si è limitata ad affermare che “*Non si riesce a comprendere come sia possibile per il Tar statuire che un D.M. è sintomaticamente affetto da carenza di istruttoria ma ciononostante si tratterebbe di un vizio «minore»*”, senza svolgere alcuna contestazione di ordine logico o giuridico alla suesposta dirimente motivazione enunciata dal Decidente.

15.3. La società non si sofferma, infatti, sulla peculiarità dell'intervento normativo *sub iudice*, consistito in una doverosa riedizione del potere regolamentare, resasi necessaria con specifico riferimento alle sole disposizioni annullate dalle citate sentenze del 2012 di questo Consiglio,

compulsata dal giudicato formatosi all'esito del processo di ottemperanza concluso dalla sentenza di questo Consiglio del 2014 e circoscritta alla sola rideterminazione dei parametri numerici dei criteri di assegnazione delle risorse.

15.4. Tali circostanze puntualmente messe in rilievo dal T.a.r. non risultano scalfite dalla contestazione di parte, che, in buona sostanza, riproduce, con diversa formulazione linguistica, quanto già dedotto in primo grado.

16. La reiezione del decimo motivo di appello, esaminato unitamente alla seconda censura del settimo motivo di appello, permette di procedere alla disamina dell'undicesimo motivo, con il quale si grava il capo della sentenza che non ha ritenuto "irragionevoli" i nuovi criteri di assegnazione fissati dal d.m. n. 37/2015, che premierebbe, secondo la prospettazione di parte, chi, come la società Mythen, che ha agito nei due giudizi avverso i regolamenti del 2003 e del 2008, non ha immesso "*sul mercato tutto il quantitativo di biodiesel prodotto (preferendo verosimilmente venderlo all'estero)*", ma vanta semplicemente una maggiore capacità produttiva in relazione agli impianti di cui dispone. Per l'appellante sarebbe errato, in particolare, il punto della motivazione nel quale si afferma che la nuova normativa sarebbe stata prevista "*al fine di eliminare, o quanto meno di ridurre al massimo, gli effetti discriminatori e penalizzanti nei confronti di determinati produttori*", in quanto gli effetti distorsivi della concorrenza sarebbero, in realtà, connaturati alla disciplina degli aiuti di Stato (che proprio in ragione di ciò sono oggetto di una peculiare procedura autorizzativa a livello euro-unitario).

16.1. L'undicesimo motivo di appello è infondato.

16.2. In buona sostanza, con il motivo di appello formulato la società tende a censurare, attraverso il capo della sentenza individuato, il merito dell'attività normativa compiuta dall'amministrazione.

16.3. Censurare come fa l'interessata la diversa graduazione dei criteri di ripartizione delle risorse, si palesa inammissibile per plurime ragioni.

16.3.1. In primo luogo, l'appellante tende ad obliterare che l'attività normativa è scaturita e tiene doverosamente conto delle motivazioni delle sentenze di annullamento nn. 812/2012 e 1120/2012, dei precedenti criteri di ripartizione delle risorse, cosicché la discrezionalità amministrativa, espressa in sede normativa, risulta orientata dalle motivazioni, intangibili, dei richiamati giudicati di annullamento.

16.3.2. In secondo luogo, poi, va rilevato come le censure di parte si risolvano, in buona sostanza, in una contestazione di irragionevolezza delle scelte compiute dall'amministrazione e come in un risalente precedente di questo Consiglio si siano affermati i principi, tuttora pienamente condivisibili, secondo cui:

i) “ai fini del sindacato di legittimità non ci si deve chiedere se un certo valore, isolatamente considerato, sia stato sacrificato, ma ci si deve chiedere piuttosto se il sacrificio sia “ragionevole” tenuto conto della pluralità di valori e della necessità di stabilire un equilibrio fra loro”;

ii) “altro è affermare l'illegittimità di un atto manifestamente irragionevole, e altro è dire che ogni atto che appare per qualche verso criticabile, discutibile, poco convincente, sia da ritenere, per ciò solo, irragionevole e dunque illegittimo” (Cons. Stato, Ad. pl., 6 febbraio 1993, n. 3).

16.4. In base ai suesposti principi risulta evidente che la censura di parte sconfinava, invadendolo, nel c.d. “merito” dell'amministrazione, ossia in quelle valutazioni di opportunità (massime in un provvedimento normativo) che sfuggono al sindacato di questo giudice – eccedendo dai tassativi casi di giurisdizione estesa al merito sanciti dall'art. 134 c.p.a. - in quanto espressione della legittima scelta dell'amministrazione fra più

opzioni disponibili per il perseguimento del fine pubblico attribuito dalla legge.

17. Con il dodicesimo motivo (erroneamente indicato come “undicesimo”), si censura la sentenza appellata, perché non si avvede del fatto che il d.m. n. 37/2015 non potrebbe *“in alcun modo concretizzarsi in una riassegnazione delle accise, trattandosi di diritti prescritti e ormai definitivi”* e perché non si sarebbe avveduta del fatto che il d.m. n. 37/2015 pretende di utilizzare, per procedere alla riassegnazione del contingente di diesel esentato dalle accise, i dati reali numerici inerenti al periodo di applicazione del precedente aiuto di stato, *“fingendo di poterli depurare dall’influenza delle regole già annullate dal giudice nazionale”*.

17.1. Il motivo va esaminato limitatamente alla seconda censura articolata, in quanto la prima costituisce la reiterazione della doglianza variamente articolate con la seconda censura del settimo motivo di appello e con il decimo motivo di appello e già respinta ai §§ 13.7. – 13.10. di questa sentenza.

17.2. La seconda censura del motivo in esame è infondata.

17.3. La censura si salda in parte con quella inerente alla pretesa irretroattività dell’attività regolatoria dell’amministrazione e in parte con quelle relativa alla lesione del legittimo affidamento, per poi sviluppare considerazioni autonome sull’illegittimità di una disciplina “ora per allora” che non terrebbe conto del fatto che il precedente assetto regolatorio avrebbe indirizzato le scelte imprenditoriali e produttive degli operatori economici così “falsando” quei dati economici che ora pretenderebbe di applicare.

17.4. L’assunto tuttavia non merita accoglimento in considerazione di due distinti assunti, da considerarsi unitariamente.

17.5. Il primo assunto, riguarda il riconoscimento da parte della giurisprudenza di un potere regolatorio e provvedimentale “ora per allora” dell’amministrazione.

17.5.1. Si è affermato, in precedenti, di questo consiglio che:

a) “...è utile ribadire che il giudicato comporta effetti eliminatori, con cui l’atto illegittimo è eliminato dal sistema con effetti retroattivi; ripristinatori, per adeguare lo stato di fatto e di diritto successivo all’atto illegittimo, con l’adozione di un atto amministrativo retroattivo idoneo a consentire “ora per allora” il raggiungimento della finalità indicata nella sentenza; conformativi, con cui, valorizzando la motivazione della sentenza, si individua il modo corretto di ri-esercizio del potere a seguito dell’annullamento (Cons. Stato, sez. VI, 26 marzo 2014, n. 1742)” (Cons. Stato, sez. V, 30 marzo 2021, n. 2670);

b) “In sede di esecuzione di una sentenza di annullamento, l’Amministrazione a volte deve e a volte può emanare un atto avente effetti “ora per allora”.

Ad esempio...quando si tratti di colmare il “vuoto” conseguente alla sentenza amministrativa che abbia annullato con effetti ex tunc un atto generale, l’Amministrazione ben può determinare ovvero applicare “ora per allora” il sopravvenuto provvedimento, quando sia stato annullato un provvedimento impositivo di prezzi, di tariffe o di aliquote (v. ex plurimis, Cons. St., sez. V, 21 ottobre 1997, n. 1145 e, tra le più recenti, Cons. Stato, Sez. III, 26 ottobre 2016, n. 4487; Cons. St., sez. III, 7 marzo 2016, n. 927; Cass., Sez. Un., 1 ottobre 1982, n. 5030)” (Cons. Stato, sez. VI, 6 aprile 2018, n. 2133);

c) “6.8. Non risulta divisibile il presupposto dal quale muove la ricorrente, poiché l’Autorità, nel riesercitare il proprio potere ora per allora, ben può modificare aspetti della precedente delibera che, per quanto non direttamente interessati dalla pronuncia, riconducano a coerenza l’intero assetto della scelta regolatoria solo parzialmente incisi dall’annullamento.

[...]

6.10. *Nel richiamare i principi consolidati in questa materia il Collegio osserva che, nella “riedizione del potere regolatorio”, l’Autorità nei limiti conformativi scaturenti dal giudicato può rivedere autonomamente anche decisioni in precedenza prese e non incise dal giudicato affinché, nel rispetto del dictum giudiziale, la nuova ponderazione valutativa degli interessi in gioco preservi l’unità e la coerenza del sistema prima adottato, secondo ben determinati criteri tecnico-discrezionali”* (Cons. Stato, sez. III, 27 ottobre 2016, n. 4512);

17.5.2. Il quadro così delineato inclina a ritenere che l’amministrazione disponga di un ampio potere regolatorio anche sui profili di intervento più schiettamente collegati al parametro temporale, potendo tratteggiare una disciplina capace di retroagire nei suoi effetti giuridici e materiali senza che ciò comporti di per sé l’illegittimità della scelta compiuta.

17.5.3. Del resto, un simile assunto è tanto più vero e, anzi, forse addirittura necessitato, allorché intervenga il giudicato di annullamento, la cui portata demolitoria retroattiva, che elide il quadro giuridico precedentemente prefigurato e rende, pertanto, privo di una copertura normativa il quadro fattuale venutosi a creare in attuazione di quella previgente disciplina, si salda con i necessari effetti ripristinatori che impongono di trovare una nuova sistemazione giuridica per quell’assetto di interessi e (ri)adattare, perciò, lo stato “di fatto” a quello “di diritto”.

17.5.4. Ciò è quanto avvenuto nel caso di specie, dove una parte del regolamento (alcuni parametri dei criteri di assegnazione delle quote di biodiesel esenti da accisa), necessario per l’assegnazione delle risorse costituenti aiuti di Stato, di cui all’art. 22-*bis* del decreto legislativo 26 ottobre 1995, n. 504, è venuto meno ad opera dei giudicati di questo Consiglio del 2012, e ha reso necessario, anche in ragione del giudicato di

ottemperanza di questo Consiglio del 2014, che si regolasse nuovamente l'aspetto della ripartizione delle risorse per dare copertura normativa all'assetto di interessi attuato in passato dall'amministrazione *de jure* (ma in base ad una normazione illegittima), ma in ragione della pronuncia di annullamento divenuto *de facto* (e dunque non più giustificato, ma da doversi regolare sulla base di un'altra fonte normativa).

17.5.5. Quanto appena affermato si salda con i principi e con le motivazioni innanzi espresse a proposito dell'asserita necessaria irretroattività dell'attività regolatoria e provvedimento dell'amministrazione, che qui si hanno dunque richiamate *per relationem* e che corroborano la declaratoria di infondatezza del rilievo di parte.

17.6. Il secondo assunto, fa leva sul principio di autoresponsabilità, affermato in molteplici occasioni dalla giurisprudenza e che deve orientare le condotte di ogni soggetto di diritto, ivi compreso l'imprenditore.

Si è affermato, in precedenti, di questo consiglio che:

a) in base al richiamato principio generale dell'autoresponsabilità, ciascuno dei concorrenti *“sopporta le conseguenze di eventuali errori commessi nella formulazione dell'offerta e nella presentazione della documentazione”* (Cons. Stato, Ad. pl., 25 febbraio 2014 n. 9).

b) *“Il principio dell'autoresponsabilità costituisce il cardine fondamentale dell'intera disciplina in materia di dichiarazioni sostitutive con la conseguenza che al privato è precluso di trarre qualsivoglia vantaggio da dichiarazioni obiettivamente non rispondenti al vero, e l'amministrazione pubblica è vincolata ad assumere le conseguenti determinazioni, senza alcun margine di discrezionalità, a prescindere dal profilo soggettivo del dolo o della colpa del dichiarante”* (Cons. Stato, sez. III, 20 luglio 2020, n. 4634);

c) *“L'art. 30 del D.Lgs. n. 104/2010, operando una ricognizione dei principi*

civilistici in tema di causalità giuridica e di principio di autoresponsabilità, sancisce la regola secondo cui la tenuta, da parte del danneggiato, di una condotta, anche processuale, contraria al principio di buona fede e al parametro della diligenza, che consenta la produzione di danni che altrimenti sarebbero stati evitati, recide il nesso causale che, ai sensi dell'art. 1223 c.c., deve legare la presunta condotta antigiuridica alle conseguenze risarcibili? (Cons. Stato, sez. V, 2 febbraio 2021, n. 962).

17.7. L'imprenditore che è a conoscenza dell'avvenuta impugnazione del regolamento e, in particolare, di quelle disposizioni che riguardano la ripartizione delle risorse (e, dunque, le quote spettanti e quelle che spetteranno) non può dolersi di aver "ragionevolmente" e "legittimamente" confidato (cioè "fatto affidamento") sull'intangibilità di quelle risorse, potendo (ove lo ritenga opportuno) orientare la sua attività produttiva, tenendo conto delle conseguenze che potrebbero scaturire da un eventuale annullamento dell'atto regolatorio e dalla successiva individuazione di diversi criteri di ripartizione delle quote di aiuto di Stato erogate.

17.8. Quanto appena affermato si salda con i principi e con le motivazioni innanzi espresse a proposito dell'asserita lesione del legittimo affidamento, che qui si hanno dunque richiamate *per relationem* e che corroborano la declaratoria di infondatezza del rilievo di parte.

18. In conclusione, in ragione delle suesposte considerazioni, l'appello va respinto.

19. Le spese seguono la soccombenza e si liquidano in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sull'appello n.r.g. 8813/2018, lo respinge e, per l'effetto, conferma la sentenza di primo grado.

Condanna l'appellante alla rifusione, in favore di ciascuna delle due parti appellate costituite, delle spese del giudizio che liquida in euro 5.000,00 (cinquemila/00), oltre agli accessori di legge (I.V.A., C.P.A. e rimborso spese generali al 15%) se dovuti.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 17 marzo 2022 con l'intervento dei magistrati:

Vito Poli, Presidente

Francesco Gambato Spisani, Consigliere

Alessandro Verrico, Consigliere

Giuseppe Rotondo, Consigliere

Michele Conforti, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Michele Conforti

IL PRESIDENTE
Vito Poli

IL SEGRETARIO