

ECC.MO TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE
DELL'EMILIA ROMAGNA – BOLOGNA

Sez. I – R.G. n. 954/2019

Ricorso per motivi aggiunti

per HERAMBIENTE S.P.A. soggetta a direzione e coordinamento di Hera S.p.A. (P.IVA 02175430392), in persona del legale rappresentate *pro tempore*, Dott. Andrea Ramonda, rappresentata e difesa, giusta procura in atti, dal Prof. Avv. Aristide Police ed elettivamente domiciliata presso il domicilio digitale aristide.police@pec.cliffordchance.com, il quale, ai sensi dell'art. 136, co. 1, c.p.a., dichiara di voler ricevere le comunicazioni relative al presente giudizio all'indirizzo PEC aristide.police@pec.cliffordchance.com;

- RICORRENTE -

contro la REGIONE EMILIA-ROMAGNA (C.F. 80062590379), in persona del Presidente *pro tempore*, per la carica domiciliato in Bologna (BO), al Viale A. Moro (40127), 52;

e l'AGENZIA PREVENZIONE AMBIENTE ENERGIA EMILIA-ROMAGNA – ARPAE (P.IVA 04290860370), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli Avv.ti Giovanni Fantini, Patrizia Onorato e Maria Elena Boschi;

e il COMUNE DI BARICELLA (C.F. 01042180370 E P. IVA00530191204), in persona del Sindaco *pro tempore*, per la carica domiciliato presso la casa comunale in Baricella (BO), alla via Roma (40052), 76;

- RESISTENTI -

nei confronti del COMUNE DI MINERBIO (C.F. 01042870376), in persona del Sindaco *pro tempore*, per la carica domiciliato presso la casa comunale in Minerbio (BO), alla via Garibaldi (40061), 44;

e della CITTÀ METROPOLITANA DI BOLOGNA (C.F. 03428581205), in persona del Sindaco *pro tempore*, per la carica domiciliato presso la casa comunale in Bologna (BO), alla via Zamboni (40126), 13;

e del CONSORZIO DELLA BONIFICA RENANA (C.F. 91313990375), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, per la carica domiciliato presso Bologna (BO), alla Via S. Stefano (40125), 56;

e dell'AZIENDA U.S.L. DI BOLOGNA (C.F. E P.IVA 02406911202), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, per la carica domiciliato in Bologna (BO), alla Via Castiglione (40124), 29;

e del MINISTERO DELL'INTERNO – DIPARTIMENTO DEI VIGILI DEL FUOCO, DEL SOCCORSO PUBBLICO E DELLA DIFESA CIVILE – COMANDO VIGILI DEL FUOCO BOLOGNA, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, per la carica domiciliato in Bologna (BO), alla via Ferrarese (40128), 166/2;

e dell'AUTORITÀ DI BACINO DISTRETTUALE DEL FIUME PO (C.F. 92038990344), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, per la carica domiciliato in Parma (PR), alla via Garibaldi (43100), 75;

- CONTROINTERESSATI -

per l'annullamento

della determinazione dirigenziale della Responsabile dell'Area Autorizzazioni e Concessioni Metropolitana di Arpae n. DET-AMB-2019-5654 del 6 dicembre 2019 recante l'*"Aggiornamento dell'AIA P.G. n. 128409 del 28 marzo 2008 ss.mm.ii. per l'esercizio dell'installazione IPPC di discarica per lo smaltimento (D1) di rifiuti non pericolosi (Punto 5.4 dell'Allegato VIII alla Parte Seconda del D.Lgs. 152/2006 e ss.mm.ii.), con annesso impianto di recupero energetico di biogas (R1), in Comune di Baricella (BO), Via Bocche n. 20"* e trasmessa in pari data ad Herambiente S.p.A.; nonché di ogni altro atto presupposto, connesso e consequenziale, ancorché non conosciuto.

FATTO

1. La presente controversia concerne il progetto presentato in data **28 febbraio 2011** da Herambiente (d'ora in avanti anche "**Società**"), diretto a realizzare un ampliamento *"della discarica di rifiuti non pericolosi ubicata del Comune di Baricella e progetto di spostamento delle libera MT esistente ENEL"* ("**Progetto**").

Il Progetto veniva approvato con Valutazione di Impatto Ambientale ("**VIA**") ed Autorizzazione Integrata Ambientale ("**AIA**") mediante Delibera della Giunta della Provincia di Bologna del 23 luglio 2013, n. 248 ("**DGP n. 248/2013**" o "**VIA-AIA**"), dando espressamente atto che:

- (i) *"il presente provvedimento ha valore di Valutazione di Impatto Ambientale positiva e comprende e sostituisce tutte le intese, concessioni, autorizzazioni, licenze, i parere, nulla osta, gli assensi comune denominati necessari per la realizzazione dell'ampliamento della discarica"; e*
- (ii) *"la VIA positiva costituisce variante cartografica agli strumenti urbanistici comunale (PSC e RUE), relativamente all'ampliamento della discarica ed alla nuova Linea MT di Enel, a condizione che su tale variante sia acquisito l'assenso del Consiglio Comunale di Baricella entro 30 giorni dalla presente deliberazione, a pena di decadenza"* ("**Variante**").

Pertanto, nella motivazione della DGP n. 248/2013 si dava atto della positiva conclusione della C.d.S. anche *"in considerazione dell'esito dell'istruttoria tecnico-ambientale, dei pareri favorevoli resi dai partecipanti, in particolare del parere tecnico, urbanistico e ambientale favorevole reso dal Comune di Baricella, (...)"* (doc. 1 allegato al ricorso introduttivo).

2. Con la delibera del Consiglio Comunale del **26 settembre 2013, n. 27**, il Comune di Baricella ("**Comune**") provvedeva a *"ratificare l'assenso alla variante urbanistica come descritta negli elaborati a corredo della V.I.A.*

approvata con la delibera di Giunta Provinciale n. 248 del 23.07.2013" ("DCC n. 27/2013") (doc. 2 allegato al ricorso introduttivo).

In particolare, il Consiglio Comunale, dato atto che la Giunta Provinciale aveva approvato con la DGP n. 248/2013 il Progetto e che il provvedimento positivo di VIA ha valore di titolo edilizio qualora il Comune si sia espresso positivamente, deliberava di *"ratificare l'assenso alla variante urbanistica come descritta negli elaborati a corredo della VIA approvata con delibera di Giunta Provinciale n. 248 del 23.07.2013", considerato "opportuno e necessario ratificare le varianti urbanistiche in oggetto in quanto si condividono le scelte operate".*

3. In seguito, con istanza del 28 dicembre 2015, Herambiente domandava l'avvio di un procedimento di autorizzazione per la realizzazione di un progetto con caratteristiche dimensionali e tecniche in parte diverse da quello già autorizzato con DGP n. 248/2013. Il procedimento non si concludeva con esito favorevole in ragione delle diverse caratteristiche tecniche del progetto (*i.e.* rifiuti conferibili).

Nell'economia della presente trattazione, tuttavia, pare utile evidenziare come nell'ambito di questo procedimento, per il quale il Comune di Baricella esprimeva parere non favorevole in data **5 gennaio 2018** (doc. 3.a allegato al ricorso introduttivo), si rappresentava che *"(...) a seguito dell'esito positivo della Valutazione di Impatto Ambientale per la realizzazione di un primo ampliamento per RSU della discarica esistente esaurita e lascio dell'AIA di cui alla Delibera di Giunta Provinciale n. 248 del 23/07/2013, la **variante specifica agli strumenti urbanistici propria di quel procedimento è stata recepita e ratificata con Delibera del Consiglio Comunale n. 27 del 26/09/2013**".*

Già in quella sede, invero, il Comune di Baricella evidenziava che *"la ratifica da parte del Consiglio Comunale è avvenuta il 26/09/2013 quindi*

successivamente ai 30 giorni previsti dalla normativa vigente a causa della sospensione dei lavori del Consiglio nel mese di agosto e la ratifica è entrata nel primo Consiglio Comunale utile in tal senso avvenuto appunto il 26/09/2013" e, quindi, "si conferma(va) l'avvenuto recepimento della variante specifica conseguente all'approvazione del progetto definito di ampliamento per RSE di cui alla D.G.P. n. 248 del 23/07/2013" (doc. 3.b allegato al ricorso introduttivo).

4. Con nota del 16 luglio 2018, la Società domandava quindi una proroga di tre anni dei termini di validità della VIA per la realizzazione del Progetto di cui alla DGP n. 248/2013.

Con Delibera della Giunta Regionale del **10 agosto 2018**, n. 13238, la Regione – nelle more subentrata nella competenza alla Provincia ex L.R. Emilia-Romagna 30 luglio 2005, n. 13 – accoglieva la richiesta di proroga della validità della DGP n. 248/2013 ("**Proroga**") di 21 mesi (fino a maggio 2020), precisando che *"per le autorizzazioni, concessioni, certificazioni che risultano nel frattempo decadute, la proroga della validità di VIA non interviene e spetterà pertanto al proponente ottenere i nuovi titoli autorizzativi presso le Amministrazioni competenti prima di avviare i lavori* (doc. 4 allegato al ricorso introduttivo).

5. In data **5 settembre 2018**, l'Arpae comunicava l'avvio del procedimento di riesame dell'AIA (doc. 5 allegato al ricorso introduttivo).

In data **4 marzo 2019**, Herambiente provvedeva a trasmettere la documentazione tramite portale (doc. 6 e 7 allegati al ricorso introduttivo) e, in data **16 aprile 2019**, l'Arpae convocava la (prima) Conferenza dei Servizi per l'acquisizione dei pareri e determinazioni, ivi incluso per quanto di interesse il parere edilizio-urbanistico e ambientale del Comune di Baricella, comprensivo del permesso di costruire per le opere di progetto, evidenziando altresì che *"il permesso di costruire era stato rilasciato dal Comune di Baricella nell'ambito*

del procedimento di approvazione del progetto di ampliamento della discarica conclusosi positivamente con la DGP del 23/07/2013 ... successivamente decaduto in quanto il progetto non è stato realizzato nei 5 anni successivi la data di pubblicazione del provvedimento VIA-AIA" (doc. 8 allegato al ricorso introduttivo).

Nel corso della riunione in C.d.S. del 16 aprile 2019 veniva acquisito il parere negativo al rilascio del permesso di costruire del Comune di Baricella rilevando incongruenze rispetto al Piano Regionale di Gestione dei Rifiuti e al Piano di Gestione del Rischio Alluvioni.

In particolare, il Comune osservava che *"l'area oggetto di intervento sia classificata all'interno delle Mappe di pericolosità e del rischio alluvioni (...)"* e che *"all'art. 3.3 comma 7 e 8 del PSC si individuano le funzioni ammesse negli elementi funzionali della rete ecologica tra cui le zone di rispetto, specificando che in tali zone non è consentita la nuova edificazione né l'impermeabilizzazione dei suoli"* (doc. 9 allegato al ricorso introduttivo).

Per inciso, nel parere negativo del 16 aprile 2019 il Comune non evidenziava alcuna criticità relativa alle legittimità del provvedimento di ratifica della DCC n. 27/2013.

6. Stante il parere negativo rilasciato dal Comune di Baricella, in data 18 luglio 2019, l'Arpae domandava alla Regione di rendere un parere sulle questioni evidenziate dal Comune.

In data **2 agosto 2019**, la Regione rilasciava il parere richiesto evidenziando che con riferimento specifico all'esercizio delle funzioni urbanistico edilizie del Comune *"il progetto non presenta profili di incompatibilità"* con il Piano Regionale di Gestione dei Rifiuti e mandava all'Autorità di Bacino per la valutazione sulla compatibilità del progetto con il Piano di Gestione del Rischio di Alluvioni (doc. 10 allegato al ricorso introduttivo).

7. Ad integrazione del parere reso nella C.d.S. del 16 aprile 2019, il Comune di Baricella, con nota del **6 settembre 2019**, presentava una precisazione richiamando l'esistenza di un vincolo insistente sull'area di intervento (*i.e.* corridoi ecologici e relativo divieto di impermeabilizzazione) (doc. 11 allegato al ricorso introduttivo), allegando altresì parere legale sulla compatibilità urbanistica ed edilizia dell'opera.

Nel dettaglio, il Comune riteneva che *"l'eventuale rilascio del permesso di costruire in contrasto con il parere negativo del comune ... autorizzerebbe la realizzazione di una discarica per rifiuti speciali dove vige il divieto di impermeabilizzazione in quanto zona di rispetto di un sito Rete Natura2000 (...)"* (doc. 12 allegato al ricorso introduttivo).

Nelle more, in data **6 settembre 2019** e **9 settembre 2019**, l'Autorità di Bacino ed il Consorzio della Bonifica Renana rilasciavano parere favorevole al Progetto (doc. 13 e 14 allegati al ricorso introduttivo).

8. In data **9 settembre 2019** si teneva la seduta conclusiva della Conferenza dei Servizi all'esito della quale, con nota del **12 settembre 2019**, n. 4201, l'Arpaе approvava il riesame dell'AIA (doc. 15 allegato al ricorso introduttivo).

Nel merito dei rilievi del Comune di Baricella, il rappresentate dell'Arpaе intervenuto in C.d.S. osservava che:

(i) *"essendo all'interno di un procedimento di riesame dell'AIA e, quindi, non di rilascio di una nuova autorizzazione, occorre tenere in considerazione il contesto in cui si determinò il rilascio dell'autorizzazione per la realizzazione dell'ampliamento della discarica, avvenuta con Delibera di Giunta Provinciale n. 248 del 23/07/2013 e dove l'amministrazione comunale espresse un proprio parere favorevole concretizzato nell'assunzione della specifica variante al proprio piano strutturale PSC per la realizzazione id un primo ampliamento della discarica esistente";*

(ii) *"tale variante specifica agli strumenti urbanistici è stata recepita e ratificata con delibera del Consiglio Comunale"; e*

(iii) *"il Comune non ha mai assunto atti di autotutela diretti a rimuovere il provvedimento di Variante del 2013 che di fatto ancora oggi opera".*

In estrema sintesi, assunte le posizioni prevalenti acquisite in C.d.S., l'Arpae considerava acquisito l'assenso delle Amministrazioni non assumendo rilievo ostativo il tema della conformità urbanistica stante la Variante intervenuta con la DGP n. 248/2013 e ratificata dal Comune di Baricella con DCC n. 27/2013.

9. In data **17 settembre 2019**, il Comune di Baricella trasmetteva ad Arpae la richiesta di annullamento in autotutela della D.D. n. 4201/2019 (doc. 16 allegato al ricorso introduttivo); riscontrata negativamente dall'Arpae in pari data (doc. 17 allegato al ricorso introduttivo).

10. In data **20 settembre 2019**, il Comune domandava altresì alla Regione parere autentico in merito *"all'efficacia della Delibera di Consiglio Comunale n. 27 del 26/09/2013 di ratifica della variazione degli strumenti urbanistici comunali relativa al progetto di ampliamento della discarica"* (doc. 18 allegato al ricorso introduttivo).

Ancora, in data **21 settembre 2019**, il Comune presentava opposizione al Presidente del Consiglio dei Ministri ai sensi dell'art. 14-*quinquies* della l. n. 241/1990 (doc. 19 allegato al ricorso introduttivo).

11. In data **23 settembre 2019** la Regione rilasciava il proprio parere. Nel merito delle richieste del Comune, il Servizio giuridico della Regione, dopo aver richiamato l'indirizzo giurisprudenziale formatosi sul temine decadenziale previsto ex art. 34, co. 5, del d.lgs. n. 267/2000, rilevava che *"alla luce di tali indicazione della dottrina e giurisprudenza che, se pur non riferite all'istituto della ratifica dell'effetto di variante derivate dalla VIA positiva, hanno riguardato a previsioni legislative analoghe quali in particolare l'accordo di programma in variante, si deve ritenere che il provvedimento positivo di VIA,*

relativo al progetto di ampliamento della discarica di rifiuti non pericolosi di Baricella e alle opere connesse, non abbia prodotto l'effetto di variante agli strumenti di pianificazione del Comune di Baricella, in quanto alla comunicazione del medesimo provvedimento non è seguita – secondo quanto specificato dalla stessa Amministrazione comunale – la ratifica da parte del Consiglio comunale entro il termine perentorio di 30 giorni" (doc. 20 allegato al ricorso introduttivo).

12. In pari data, con propria nota, l'Arpae convocava la conferenza dei servizi per il giorno **30 settembre 2019**, nell'ambito della quale precisava come non fosse possibile assumere una determinazione fino alla convocazione della Presidenza del Consiglio dei Ministri e che, alla luce del parere giuridico espresso dal Servizio Giuridico del Territorio, l'annullamento della determinazione n. 13238/2018 avrebbe reso conseguente l'annullamento della determinazione n. 4201 del 9 settembre 2019 (doc. 21 allegato al ricorso introduttivo).

13. In data **30 settembre 2019**, con determinazione dirigenziale n. 17621/2019, la Regione annullava d'ufficio la propria Determinazione di proroga della VIA n.13238 del 10/08/2018 (doc. 22 e 23 allegati al ricorso introduttivo) sulla scorta delle considerazioni della predetta nota del Servizio Giuridico della regione del 23 settembre, assumendo che:

- (i) *"il provvedimento positivo di VIA di cui alla delibera di Giunta Provinciale n. 248 del 23 luglio 2013 in conseguenza della **mancata ratifica entro il termine perentorio di 30 giorni** dalla notifica del provvedimento non ha quindi prodotto l'effetto di variante agli strumenti di pianificazione del Comune di Baricella";*
- (ii) *"la **mancata ratifica** ha determinato l'**inefficacia** della delibera n. 248/2013 per quanto l'Amministrazione provinciale non abbia provveduto*

con un successivo atto amministrativo a dichiarare l'inefficacia della DGP n. 248/2013 per i motivi esaminati;

(iii) "di conseguenza, è da ritenersi che sia venuto meno un presupposto imprescindibile della propria determinazione dirigenziale ... con la quale si è prorogato di 21 mesi la validità della delibera della Giunta Provinciale n. 248 del 23 luglio 2013";

(iv) "(...) anche laddove si volesse considerare prodotte l'effetto di variante alla pianificazione urbanistica comunale esso si fonderebbe su una delibera comunale da considerare illegittima per violazione di legge (in specie, per la violazione del termine perentorio per la ratifica) e di conseguenza tale vizio inficerebbe comunque tutti i successivi provvedimenti adottati sulla base del presupposto della citata variante, tra i quali la propria determinazione dirigenziale n. 13232 del 10/08/2018".

14. Conseguentemente, in data **1 ottobre 2019**, l'Arpae annullava la precedente determinazione Det. n. 4201/2019 di approvazione del riesame di AIA in quanto atto meramente consequenziale alla determinazione n. 13232/2018 di proroga della VIA annullata dalla Regione in data 30 settembre 2019 (doc. 24 allegato al ricorso introduttivo).

Per inciso, stante l'annullamento d'ufficio, in data 2 ottobre 2019 il Comune ritirava l'opposizione (doc. 25 allegato al ricorso introduttivo).

15. Le suddette determinazioni della Regione e dell'Arpae rispettivamente del 30 settembre 2019 e del 1 ottobre 2019, in uno con tutti gli atti e pareri presupposti erano impugnati da Herambiente con il ricorso introduttivo del presente giudizio, spedito per le notificazioni in data 28 novembre 2019 ed iscritto a ruolo il successivo 12 dicembre dinanzi a codesto ecc.mo TAR con R.G. n. 954/2019.

16. Nelle more, e precisamente in data 6 dicembre 2019, Arpae trasmetteva a Herambiente [**doc. 27**] copia della Determina Dirigenziale della Responsabile

dell'Area Autorizzazioni e Concessioni Metropolitana dell'ente prot. n. DET-AMB-2019-5654, adottata in pari data, la quale operava un *"Aggiornamento dell'AIA P.G. n. 128409 del 28 marzo 2008 ss.mm.ii."* [**doc. 28**] (**"Determina"**).

In particolare, con la suddetta nota Arpae interveniva sul suddetto titolo autorizzativo, *"così come modificat[o] con atti della Provincia di Bologna P.G. n. 170891 del 07/05/2009, P.G. n. 367013 del 23/10/2009, e P.G. n. 188517 del 23/11/2010, rilasciati dall'Autorità Competente, ai sensi dell'art. 10 della L.R. 21/2004 ess.mm.ii., alla società HERA S.p.A. (ora Herambiente S.p.A. ...) ... per l'esercizio dell'installazione IPPC di discarica per lo smaltimento (D1) di rifiuti non pericolosi ... con annesso impianto di recupero energetico di biogas (R1), in Comune di Baricella (BO), Via Bocche n. 20"*, con riferimento alle Sezioni A.1 (*"Definizioni"*), A.2 (*"Informazioni sull'installazione"*), A.4 (*"Autorizzazioni sostituite"*), B.1 (*"Garanzie finanziarie"*), C.2 (*"Descrizione dell'assetto impiantistico"*), D (*"Sezione di prescrizioni, limiti e condizioni di esercizio dell'installazione"*). Contestualmente, la stessa precisava come dovesse ritenersi *"invariata ogni altra prescrizione contenute nell'atto di AIA P.G. n. 128409 del 28/03/2008 e ss.mm.ii. ..."*.

La Determina del 6 dicembre u.s., in quanto illegittima, merita di essere annullata per i seguenti motivi di

DIRITTO

Premessa.

1. Come illustrato con il ricorso introduttivo del presente giudizio, con il provvedimento del 30 settembre 2019 la Regione ha annullato d'ufficio la propria determinazione di proroga della VIA del 10 agosto 2018. Il provvedimento reso dall'Arpae in data 1 ottobre 2019 di diniego al riesame dell'AIA è meramente consequenziale rispetto alle determinazioni assunte dalla Regione in data 30 ottobre 2019 nella parte in cui provvedono ad annullare la proroga della VIA-AIA, sicché tutte le censure già articolate nel ricorso

avverso il provvedimento della Regione del 30 ottobre 2019 devono ritenersi altresì valide a confermare l'illegittimità in via derivata del provvedimento dell'Arpae di diniego al riesame dell'AIA.

2. Parimenti viziata per illegittimità in via derivata risulta essere la Determina del 6 dicembre 2019, in quanto si pone in linea di continuità e prosegue il procedimento in cui si inseriscono le note già impugnate da parte della Società. Avverso tale provvedimento, da ultimo adottato – pur nella consapevolezza dell'assenza di carattere lesivo per la posizione dell'odierna ricorrente – ricorre Herambiente per mezzo del presente ricorso per motivi aggiunti al fine di evitare pretestuose eccezioni di Controparte tese a sostenere l'inammissibilità del mezzo di impugnazione proposto, conseguente alla mancata impugnazione di atti successivi relativi al procedimento oggetto della presente controversia.

I. Illegittimità in via derivata per violazione e/o falsa applicazione dell'art. 208 del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152. – Eccesso di potere per sviamento dalla causa tipica atteso che l'effetto di decadenza della variante urbanistica è incompatibile con la disciplina speciale per l'autorizzazione delle discariche di rifiuti. – Incompetenza della Regione ai fini dell'apprezzamento circa la validità ed efficacia della DCC n. 27 del 2013 di ratifica della Variante.

1. Come si è visto nella ricostruzione in fatto del ricorso introduttivo del presente giudizio così come, del resto, anche del presente ricorso per motivi aggiunti, con la presupposta **DGP n. 248/2013** la Provincia di Bologna ha rilasciato *"la Valutazione di Impatto Ambientale positiva con prescrizioni per il Progetto ... in quanto l'ampliamento nel complesso è **ambientalmente compatibile** e ne è possibile la realizzazione a condizione che siano rispettate le prescrizioni (...)" e "l'Autorizzazione Integrata Ambientale a*

HeraAmbiente in quanto il progetto è conforme ai requisiti e ai principi generali di prevenzione e riduzione integrate dell'inquinamento (...)".

Nel provvedimento di autorizzazione, l'Amministrazione ha altresì dato atto che **"la VIA positiva costituisce variante cartografica agli strumenti urbanistici comunali (PSC e RUE) relativamente all'ampliamento della discarica ed alla nuova linea MT di ENEL, a condizione che su tale variante sia acquisito l'assenso dal Consiglio Comunale di Baricella entro 30 giorni dalla presente deliberazione a pena di decadenza"**.

La Regione ha annullato il provvedimento di proroga della VIA del 10 agosto 2018 sull'assunto che **"il provvedimento positivo di VIA di cui alla delibera di Giunta Provinciale n. 248 del 23 luglio 2013, in conseguenza della mancata ratifica entro il termine perentorio di 30 giorni dalla notifica del provvedimento non ha quindi prodotto l'effetto di variante agli strumenti di pianificazione del Comune di Baricella"** (par. **sub (i)** Det. 17621/2019).

A ben vedere, stante la natura del provvedimento VIA-AIA e alla luce delle previsioni che regolano i procedimenti di autorizzazione delle discariche di rifiuti ex art. 208 del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, la motivazione del provvedimento regionale sconta un'approssimazione di fondo, posto che la variante urbanistica è già valida ed efficace per effetto del provvedimento VIA-AIA (*i.e.*, DGP n. 248/2013).

2. Ripercorrendo brevemente il quadro normativo di riferimento della presente controversia, è appena il caso di ricordare come l'art. 208, co. 6, del d.lgs. n. 152/2006 disciplini il procedimento di autorizzazione unica per i nuovi impianti di smaltimento e di recupero dei rifiuti e stabilisce che **"entro 30 giorni dal ricevimento delle conclusioni della Conferenza dei servizi, valutando le risultanze della stessa, la regione, in caso di valutazione positiva del progetto, autorizza la realizzazione e la gestione dell'impianto"**.

Per espressa previsioni di legge, quindi, "***l'approvazione*** *sostituisce ad ogni effetto visti, pareri, autorizzazioni e concessioni di organi regionali, provinciali e comunali, **costituisce**, ove occorra, **variante allo strumento urbanistico** e comporta la dichiarazione di pubblica utilità, urgenza ed indifferibilità dei lavori*".

La disposizione normativa che regola il procedimento di autorizzazione unica per gli impianti di smaltimento dei rifiuti disciplinato dal d.lgs. n. 152/2006, dunque, non prevede alcuna "*condizione*" per la validità ed efficacia delle varianti urbanistiche assunte dalla Conferenza di Servizi.

A tal riguardo, è stato evidenziato che l'art. 208 introduce una norma eccezionale che deroga, per superiori esigenze pubbliche, al normale quadro degli assetti procedurali e sostanziali in materia di costruzione e gestione di impianti di smaltimento di rifiuti. La *ratio* delle disposizioni è quella di assicurare la speditezza del procedimento autorizzativo degli impianti di smaltimento dei rifiuti anche superando le fisiologiche attese insite nell'acquisizione di atti di assenso da parte dei molteplici livelli di governo territoriale, senza tuttavia alterare la gerarchia dei valori che si compongono nella gestione del territorio compendati dalla pianificazione urbanistica comunale.

Si tratta di un "*punto di equilibrio fra i contrapposti interessi coniugando il massimo della semplificazione burocratica facente capo ai tre livelli di governo territoriale (regione, provincia e comune) relativamente agli atti e provvedimenti individuali, con la compromissione dei poteri pianificatori al minore livello possibile (che è quello urbanistico comunale)*" (così, Cons. St., V, 11 dicembre 2015, n. 5659; 16 settembre 2011, n. 5193).

La corretta ricostruzione esegetica delle previsioni del Codice dell'Ambiente in materia di autorizzazione degli impianti di smaltimento dei rifiuti, dunque, consente di affermare che la variante agli strumenti urbanistici, in quanto

presupposto necessario per il rilascio della VIA-AIA all'allocazione dell'impianto da autorizzare, è già valida ed efficace per effetto dell'approvazione in Conferenza di Servizi con il parere favorevole dell'Amministrazione comunale e il rinvio alla decisione dell'organo consiliare deve interpretarsi come un mero rinvio recettizio.

3. Ciò chiarito, emerge con evidenza l'art. 17, co. 5, della L.R. n. 9/1999, qualora fosse interpretato nel senso di escludere la validità ed efficacia della variante agli strumenti urbanistici già assunta in C.d.S. con il parere favorevole dell'Amministrazione comunale, si rivelerebbe in contrasto con la disciplina prevista dall'art. 208 del d.lgs. n. 152/2006.

Invero, la L.R. n. 9/1999 ha disciplinato il procedimento di VIA mutuandolo dalla disciplina dell'accordo di programma *ex art. 34 TUEL*, mentre il Codice dell'Ambiente ha innovato la disciplina assegnando valore costitutivo e sostitutivo al solo provvedimento assunto in Conferenza di Servizi, al punto che il parere favorevole reso dall'Amministrazione comunale in sede di VIA-AIA ha valore di variante allo strumento urbanistico.

La correttezza di questa ricostruzione è confermata anche dall'evoluzione della stessa normativa regionale. Ed infatti, l'effetto di decadenza della variante urbanistica già previsto *ex art. 17, co. 5, L.R. n. 9/1999* è venuto meno nella nuova disciplina regionale, dal momento che ai sensi dell'art. 21 della L.R. 20 aprile 2018, n. 4 il provvedimento autorizzatorio costituisce "*variante agli strumenti di pianificazione territoriale*" con l'assenso dell'Amministrazione interessata.

L'evoluzione del modulo procedimentale introdotto con il Codice dell'Ambiente verso modelli di concentrazione e semplificazione delle decisioni offre un ulteriore indice per evidenziare come l'effetto di decadenza previsto dall'art. 17, co. 5, L.R. n. 9/1999 non sia compatibile con la disciplina

speciale prevista dal Codice dell'Ambiente per l'autorizzazione della discarica di rifiuti.

A tal riguardo, è stato osservato che l'autorizzazione unica costituisce variante allo strumento urbanistico ed introduce una *"norma speciale nazionale"* suscettibile di derogare le disposizioni regionali antinomiche, posto che l'approvazione del progetto di discarica mediante VIA-AIA da parte dell'Amministrazione procedente già riveste efficacia di variante allo strumento urbanistico *"senz'altro adempimento o partecipazione"* e, in particolare, *"senza necessità di attivare previamente la complessa procedura di variazione dello strumento urbanistico prevista dalla normativa di settore"* (LUCIANO RICCI, *Autorizzazione unica per impianti di rifiuti e effetto di variante*, in *Ambiente e sviluppo*, 2017, 1, 16).

Le considerazioni che precedono, peraltro, trovano conforto nel conferente indirizzo dalla giurisprudenza del Giudice Amministrativo, laddove termine di decadenza previsto dalla normativa regionale risulterebbe pertanto non applicabile proprio in ragione della disciplina della conferenza di servizi prevista dall'art. 208 d.lgs. n. 152 del 2006 (sul punto, cfr. TAR Toscana – Firenze, II, 5 febbraio 2010, n. 195, laddove si ritiene *"inderogabile applicazione quanto previsto dall'art. 208 d.lgs. n. 152/06, in quanto norma speciale nazionale, sopravvenuta alla precedente legge regionale di cui si contesta la mancata applicazione, disciplinante specificamente le autorizzazioni per gli impianti di smaltimento e recupero dei rifiuti"*).

Quanto sopra illustrato evidenzia come per sua natura la disciplina prevista dal Codice dell'Ambiente non sia suscettibile di essere derogata da eventuali disposizioni regionali che prevedono termini più restrittivi per l'autorizzazione degli impianti come – nell'odierna fattispecie – l'introduzione di una condizione di efficacia a pena di decadenza.

Nell'odierna fattispecie, dunque, il provvedimento regionale, nella parte in cui ritiene che la VIA-AIA positiva *"non avrebbe prodotto l'effetto di variante in conseguenza della mancata [tempestiva] ratifica"*, non tiene conto degli effetti costitutivi previsti *ex lege* dall'approvazione in C.d.S., con tutto ciò che ne consegue in ordine allo sviamento e carenza di motivazione della determinazione impugnata.

In quanto atto che si configura quale antecedente logico e giuridico della Determina in questa sede impugnata, deriva necessariamente come i profili di illegittimità che riguardano il provvedimento della Regione incidano irrimediabilmente sulla validità di quest'ultima.

4. Non solo. La Determina si rivela affetta per illegittimità anche sotto un diverso (e concorrente) profilo.

Il presupposto provvedimento regionale risulta infatti in ogni caso viziato da incompetenza, atteso che la Regione non è titolare di alcun potere che le consenta di apprezzare autonomamente i profili di legittimità della ratifica intervenuta con la DCC n. 27/2013.

Come si è visto, l'Amministrazione resistente ritiene che la variante urbanistica approvata in Conferenza di Servizi sarebbe decaduta a fronte della mancata tempestiva ratifica da parte dell'organo consiliare, ancorché la ratifica della variante urbanistica è effettivamente intervenuta nella prima seduta utile del Consiglio Comunale di Baricella (26 settembre 2013) e non è mai stata annullata.

Con la DCC n. 27 del 2013, il Consiglio Comunale ha ritenuto ***"opportuno e necessario ratificare le varianti urbanistiche in oggetto in quanto si condividono le scelte operate"***, prendendo atto che *"nel corso dell'istruttoria relativa alla conferenza di servizi ... l'amministrazione comunale ha espresso, tramite i propri rappresentanti, il proprio assenso alla procedura e quindi alle varianti urbanistiche puntuali necessarie"*.

A fronte della validità ed efficacia del provvedimento di ratifica della variante, dunque, la Regione non avrebbe potuto comunque valutare autonomamente l'illegittimità ed inefficacia del provvedimento di ratifica di cui alla DCC n. 27/2013. Ed infatti, l'unica Amministrazione che avrebbe potuto riconoscere la violazione di legge per decorrenza del termine previsto *ex art.* 17, co. 5, della L.R. n. 9/1999 è la stessa Amministrazione comunale.

5. Per mero tuziorismo, è opportuno sottolineare ancora una volta come gli argomenti a sostegno dell'inapplicabilità della fattispecie *ex art.* 208 del d.gs. n. 152/2006, illustrati nel contributo istruttorio del Comune di Baricella (doc. 12), non risultino comunque decisivi ad escludere il carattere costitutivo della variante agli strumenti urbanistici prevista.

Gli argomenti si dimostrano privi di interesse, in quanto tesi ad escludere l'applicazione della previsione speciale prevista per l'autorizzazione degli impianti di smaltimento dei rifiuti fondata su una lettura "*restrittiva*" delle disposizioni richiamate. Il Comune ritiene in estrema sintesi che la disciplina speciale non sarebbe applicabile, in quanto troverebbe applicazione solo nei casi di nuovo impianto per rifiuti speciali. Nell'odierna fattispecie, al contrario, non si avrebbe (asseritamente) una nuova autorizzazione, bensì un ampliamento della discarica per rifiuti speciali.

L'assunto sconta diverse approssimazioni di fondo.

Entrambi i rilievi, invero, non tengono conto che la DGR n. 248/2013 è un provvedimento che include sia valutazione di impatto ambientale, sia l'autorizzazione integrata ambientale. Come si è visto, la VIA-AIA è comprensiva e sostitutiva di tutti gli atti (*comunque denominati*) che interessano l'apprezzamento della valutazione ambientali, nonché costituisce "*variante cartografica agli strumenti urbanistici comunali (PSC e RUE) (...)*".

6. In definitiva, la variante agli strumenti urbanistici del Comune di Baricella, in quanto presupposto per il rilascio della VIA-AIA – nonché come

già chiarito, del provvedimento in questa sede impugnato – è valida ed efficace in virtù della DGP n. 248/2013 ed il rinvio alla delibera consiliare deve interpretarsi a contenuto meramente recettizio, alla luce della disciplina speciale prevista *ex art.* 208 del d.lgs. n. 152/2006.

L'evoluzione del modulo procedimentale per l'autorizzazione delle discariche di rifiuti offre infatti elementi decisivi per escludere che l'effetto di decadenza della variante urbanistica agli strumenti comunale adottata tardivamente rispetto al termine previsto dalla norma regionale sia compatibile con la disciplina speciale prevista dal Codice dell'Ambiente. Ciò, invero, anche in considerazione del richiamato indirizzo giurisprudenziale.

In ogni caso, poi, stante il provvedimento di ratifica della variante DCC n. 27/2013 anche quando l'approvazione in C.d.S. non sia sufficiente a ritenere prodotto l'effetto di variante agli strumenti urbanistici, la Regione non ha alcuna competenza per valutare autonomamente l'illegittimità ed inefficacia del provvedimento di ratifica di cui alla DCC n. 27/2013 in virtù del quale la Variante è stata adottata, ancorché in violazione del termine *ex art.* 17, co. 5, della L.R. n. 9/1999.

Alla luce di quanto sopra, non può logicamente che derivare l'illegittimità in via derivata della Determina che, come già visto, individua il suddetto provvedimento della Regione quale atto presupposto.

II. Illegittimità in via derivata per violazione e/o falsa applicazione dell'art. 17, co. 5, della L.R. Emilia-Romagna 18 maggio 1999, n. 9. – Eccesso di potere per sviamento stante la finalità del temine perentorio previsto *ex art.* 17 co. 5 della L.R. ed art. 34 TUEL. – Eccesso di potere per carenza della motivazione e falsità dei presupposti, atteso che la decadenza non incide sul potere dell'Amministrazione di ratifica dei provvedimenti. – Violazione dell'artt. 1 e 21-*octies* dalla l. 7 agosto 1990, n. 241 in

considerazione del divieto di aggravio del procedimento e della natura formale del vizio contestato.

1. Nella denegata ipotesi in cui codesto ecc.mo TAR non ritenesse applicabile alla fattispecie la disciplina speciale prevista *ex art.* 208 del Codice, poi, il provvedimento in questa sede impugnato risulta comunque viziato in via derivata sotto ulteriori profili di illegittimità degli atti ad esso presupposti che concernono, in particolare, la corretta applicazione della disciplina regionale.

Come si è visto, infatti, la Regione ha ritenuto che la VIA-AIA di cui alla D.G.R. n. 248/2013 "*(...) in conseguenza della mancata ratifica entro il termine perentorio di 30 giorni dalla notifica del provvedimento **non ha quindi prodotto l'effetto di variante** agli strumenti di pianificazione del Comune di Baricella*" (par. **sub (i)**).

In buona sostanza, la Regione ritiene che si sarebbe verificata la decadenza della variante urbanistica di cui alla D.G.P. n. 248 del 2013 in quanto la ratifica avrebbe avuto luogo oltre il termine perentorio previsto *ex art.* 17 della L.R. n. 9/1999.

Anche volendo prescindere dalla circostanza, comunque decisiva, che la ratifica è intervenuta nel corso della prima seduta utile del Consiglio Comunale di Baricella in data 26 settembre 2013, la motivazione del provvedimento è del tutto inconsistente, in quanto attribuisce valore decisivo ad un vizio puramente formale senza tenere conto né delle finalità sottese al termine perentorio previsto *ex art.* 17 della L.R. (mutuato, come si è visto, dalla disciplina dell'accordo di programma *ex art.* 34 TUEL) né, in termini più generali, della natura e del regime di efficacia dei provvedimenti di ratifica (*i.e.*, DCC n. 27 del 2013).

2. Anzitutto, conviene richiamare il testo dell'art. 17 della L.R. 18 maggio 1999, n. 9 (recante "*Disciplina della procedura di valutazione dell'impatto ambientale*", applicabile *ratione temporis*), nella parte in cui si prevede(va) che "*la valutazione di impatto ambientale (VIA) positiva per le opere pubbliche*

(...) può costituire variante agli strumenti urbanistici qualora tali modificazioni siano state adeguatamente evidenziate nel SIA [ndr Studio di Impatto Ambientale], con apposito elaborato cartografico, e l'assenso dell'Amministrazione comunale sia ratificata dal Consiglio comunale entro 30 giorni a pena di decadenza".

Come accennato, la disciplina regionale ha aderito ad un modello procedimentale assimilabile alla fattispecie dell'accordo di programma, prevedendo che alla variante urbanistica assunta in sede di conferenza di servizi dovesse seguire la ratifica dell'organo consiliare a pena di decadenza. Invero, la disposizione ha trovato applicazione nell'odierna fattispecie ancorché il testo fosse risalente e precedente alla riforma del Codice dell'Ambiente e alle conseguenti armonizzazioni (anche) a livello regionale (*i.e.*, L.R. n. 3/2012 e L.R. n. 4/2018) che hanno poi assecondato la scelta di favorire il modello della conferenza di servizi.

Senza tenere conto di tale – pur decisivo – rilievo, la Regione interpreta la previsioni regionale assegnando valore dirimente all'effetto di decadenza della variante urbanistica per mancata tempestiva ratifica; ciò, peraltro, senza neppure indagare le ragioni del ritardo.

A ben vedere, siffatta interpretazione, confluita nella determinazione della regionale, si rivela in contrasto con i principi generali a cui si ispira l'esercizio dell'azione amministrativa, con tutto ciò che ne consegue in ordine alla legittimità del provvedimento, ad essa consequenziale, gravato in questa sede. La Regione ha infatti aderito, in quella sede, ad una lettura testuale della previsione, senza considerare che l'effetto di decadenza della variante deve essere circoscritto all'efficacia della variante urbanistica e non incide sul potere dell'Amministrazione di provvedere.

La decadenza prevista dalla normativa regionale, invero, riguarda (solo) l'efficacia della variante urbanistica approvata in sede di C.d.S. e non (anche)

il potere di ratifica dell'Amministrazione comunale, senza che il decorso del termine previsto dalla normativa regionale sia suscettibile di "consumare" il potere dell'organo consiliare di aderire alla decisione già assunta.

La previsione del termine di decadenza entro cui ratificare la decisione, infatti, deve essere risolta in armonia con i principi generali sui rapporti tra organo collegiale titolare del potere (di disporre la variazione urbanistica) e l'organo monocratico delegato, sicché il termine entro cui deve essere ratificato il contenuto delle decisioni assunte dal rappresentante non può essere interpretato nel senso di privare l'organo collegiale del potere stesso.

Sul punto, è stato osservato che l'effetto di decadenza dovrà essere inteso nell'unica prospettiva di costituire un limite di efficacia del potere esercitato dall'organo monocratico qualora non intervenga entro i termini previsti *ex lege* la ratifica dall'organo effettivamente titolare del medesimo potere (v. TAR Lombardia – Milano, II, 14 gennaio 2009, n. 90).

Ne discende che la violazione del termine previsto *ex art.* 17, co. 5, L.R. n. 9/1999, pur suscettibile di determinare il venir meno degli effetti della variante urbanistica decorsi trenta giorni dall'approvazione della VIA-AIA, non è comunque in grado di incidere sulla legittimità dell'atto di ratifica del Consiglio Comunale (*i.e.* DCC n. 27 del 2013).

3. Ancora, la Regione ritiene che *"la mancata ratifica ha determinato l'inefficacia della delibera n. 248/2013 per quanto l'Amministrazione provinciale non abbia provveduto con un successivo atto amministrativo a dichiarare l'inefficacia della DGP n. 248/2013 per i motivi esaminati"* (par. **sub (ii)** della Det.).

Occorre ribadire che anche sotto tale profilo la valutazione della Regione, contenuta all'interno della Determina qui impugnata, sconta un errore di fondo.

Si ritiene generalmente che la ratifica sia un atto c.d. di convalida di un provvedimento viziato da incompetenza; si assume, cioè, che la ratifica

consista nell'adozione da parte dell'organo competente di un atto volto ad eliminare il vizio di incompetenza. Tuttavia, autorevole dottrina ha contribuito a formare il convincimento che la ratifica assuma un significato specifico con riferimento alle vicende nelle quali esiste la legittimazione straordinaria di un organo ad emanare un provvedimento, ma le norme prevedono che l'organo competente debba far proprio (*recte* ratificare) quello stesso provvedimento (cfr., MAZZAROLLI L., PERICU G., ROMANO A., ROVERSI MONACO F.A., SCOCA F.G., *Diritto Amministrativo*, Bologna, 2001).

La ratifica in questi casi non sarebbe propriamente una convalida, in quanto non presuppone un vizio da eliminare (e.g. incompetenza), ma una legittimazione straordinaria che richiede l'adesione dell'organo avente la competenza a decidere. Ciò trova conferma nel regime di efficacia delle determinazioni, atteso che gli effetti della ratifica si producono *ex tunc* e sono retroattivi, atteso che l'organo legittimato in via ordinaria aderisce agli effetti dell'atto assunto dall'organo legittimato in via straordinaria.

In questi casi, poiché il delegato è legittimato – ancorché in via straordinaria – all'adozione della determinazione della conferenza di servizi (e.g., il Sindaco alla stipula dell'accordo di programma *ex art. 34 TUEL*) non ricorre neppure un vizio di incompetenza dell'organo all'adozione del provvedimento, bensì un tema di adesione da parte dell'organo consiliare legittimato in via ordinaria alla scelta.

Ne segue che l'atto non può dirsi viziato in origine e resta efficace ancorché in via provvisoria, mentre la ratifica rende definitiva l'efficacia del provvedimento anteriormente precaria andando a consolidare gli effetti della decisione del Sindaco. Invero, il Consiglio comunale può decidere di non avallare la variante urbanistica non ratificando il provvedimento entro il termine previsto *ex lege* di efficacia provvisoria, ma una volta decorso il

predetto termine non viene meno la possibilità per l'organo di ratificare la variante urbanistica.

Nella fattispecie sottesa al presente giudizio, dunque, la variante urbanistica è divenuta sì inefficace, ma solo nel periodo tra il 23 agosto 2013 (quando era decorso il termine di efficacia provvisoria *ex art.* 17, co. 5, L.R. n. 9/1999) ed il 26 settembre 2013 (quando il Consiglio comunale ha ratificato la variante urbanistica).

4. Peraltro, anche in termini più generali in merito all'inesauribilità del potere amministrativo, è stato osservato che la Pubblica Amministrazione che non abbia tempestivamente adempiuto non perde il potere di provvedere (Garofoli, R. – Ferrari G., *Diritto amministrativo*, 2017, 647).

A tal riguardo, il più conferente indirizzo dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato ha confermato che la decadenza *ex se* non preclude l'approvazione tardiva del provvedimento, sicché l'approvazione della variante agli strumenti urbanistici ben può intervenire dopo il termine a condizione della perdurante eseguibilità degli interventi progettati (cfr. *ex multis* Cons. Stato, V, 1 luglio 2005, n. 3666; v. anche TAR Veneto – Venezia, II, 14 dicembre 2011, n. 1829).

In questa prospettiva, il Comune di Baricella ha effettivamente provveduto a ratificare la variante con la DCC n. 27 del 2013 che non è stata annullata dall'Amministrazione comunale né per violazione dell'art. 17, co. 5, L.R. n. 9/1999, né per altre ragioni.

5. Peraltro, a ben vedere, anche un'eventuale determinazione del Comune volta ad annullare la DCC n. 27 del 2013 per violazione della previsione regionale richiamata si troverebbe in contrasto con l'art. 28-*octies*, l. n. 241 del 1990.

Come noto, è annullabile il provvedimento amministrativo adottato in violazione di legge o viziato da eccesso di potere o da incompetenza, ma non è

annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento (ma su tale aspetto di tornerà *infra*).

Ora, poiché la ratifica della variante urbanistica è effettivamente intervenuta (ancorché tardivamente), il vizio che l'Amministrazione intende far valere ai fini del dell'annullamento d'ufficio è meramente formale e, quindi, insufficiente a sostenere la motivazione del provvedimento regionale.

6. Senza dire, peraltro, che nel caso in esame risulta *per tabulas* che il provvedimento di variante urbanistica è stato adottato nel corso della prima seduta utile del consiglio comunale di Baricella. La tardiva adozione del provvedimento di ratifica, dunque, ben può trovare giustificazione nella motivazione del ritardo e la scelta dell'Amministrazione risultare comunque perfettamente conforme ai canoni costituzionali *ex art. 97 Cost.*

Ove così non fosse, portando alle estreme conseguenze la valutazione della Regione, l'effetto di decadenza della variante urbanistica conseguente al decorso del termine previsto *ex art. 17, co. 5, della L.R. n. 9/1999* renderebbe di fatto necessario l'avvio di un nuovo procedimento pur a fronte di un provvedimento del Consiglio Comunale di Baricella che, ritenuto autonomamente "*opportuno e necessario ratificare le varianti urbanistiche*" di cui alla VIA-AIA del D.G.P. n. 248 del 2013 ne ha "*condiviso le scelte*", in patente contrasto con le previsioni che ispirano e regolano l'esercizio della funzione amministrativa in quanto elemento di aggravio dell'attività procedimentale *ex art. 1 della l. n. 241/1990*.

Le predette considerazioni dimostrano pertanto, anche sotto tale profilo, l'illegittimità in via derivata della Determina qui impugnata.

III. Illegittimità in via derivata per violazione e falsa applicazione dell'art. 1, 7, 10 e 21-nonies l. 7 agosto 1990, n. 241, atteso che la Regione è intervenuta in autotutela oltre il termine di diciotto mesi previsto a tutela

dell'affidamento sulla legittimità della variante urbanistica di cui alla DGP n. 248/2013 e ratificata con la DCC n. 27/2013. – Eccesso di potere per falsità dei presupposti atteso che la Regione ha negato l'esecutività della DCC n. 27/2013. – Eccesso di potere per difetto d'istruttoria e carenza della motivazione avendo l'Amministrazione omesso il contributo procedimentale di HerAmbiente.

1. La Determina risulta altresì viziata in via derivata in ragione della illegittimità del provvedimento della Regione ad essa presupposto, nella parte in cui quest'ultima ha ritenuto che fosse "*(...) venuto meno un presupposto imprescindibile della propria determinazione dirigenziale ... con la quale si è prorogato di 21 mesi la validità della delibera della Giunta Provinciale n. 248 del 23 luglio 2013*", atteso che "*(...) anche laddove si volesse considerare prodotte l'effetto di variante alla pianificazione urbanistica comunale esso si fonderebbe su una **delibera comunale da considerare illegittima** per violazione di legge (in specie, per la violazione del **termine perentorio per la ratifica**) e di conseguenza tale vizio inficerebbe comunque tutti i successivi provvedimenti adottati sulla base del presupposto della citata variante, tra i quali la propria determinazione dirigenziale n. 13232 del 10/08/2018*" (parr. sub (iii) e (iv)).

A tal riguardo, è utile rammentare come la delibera del Consiglio Comunale n. 27/2013 non sia stata oggetto di alcun provvedimento di autotutela (e.g., annullamento d'ufficio ex art. 21-nonies l. n. 241/1990).

Ne consegue che delle due l'una: o la Regione ritiene di poter disporre l'annullamento d'ufficio della DCC n. 27/2013 e l'atto è viziato da incompetenza; ovvero, l'Amministrazione regionale ritiene erroneamente che l'atto illegittimo non possa produrre effetti.

Come noto, i provvedimenti amministrativi sono per loro natura imperativi ed esecutivi e producono effetti a prescindere dalla validità, sino al punto che

l'efficacia del provvedimento illegittimo, per essere sospesa, necessita di un nuovo atto da parte dell'Amministrazione *ex art. 21-quater* della l. n. 241/1990, ovvero di un ordine del Giudice.

Ne deriva che la motivazione del provvedimento della Regione, laddove ritiene che la ratifica della variante urbanistica non possa produrre effetti, è del tutto carente, non potendo evidentemente l'Amministrazione regionale negare l'efficacia della DCC n. 27/2013.

2. Sotto altro (ma connesso) profilo, si ricorda come il provvedimento di annullamento della proroga della VIA-AIA sia stato comunicato il 30 ottobre 2019, ossia 12 mesi dopo il provvedimento di proroga e a distanza di oltre 6 anni dall'approvazione del progetto VIA-AIA. Costituisce circostanza incontestata, pertanto, che dal giorno in cui la VIA-AIA è stata approvata siano trascorsi più di 5 anni e che dal giorno in cui l'Amministrazione ha avuto conoscenza della tardività del provvedimento di ratifica (*i.e.*, 5 gennaio 2018) siano trascorsi più di 18 mesi.

Si è già detto, poi, che tale provvedimento presupposto è fondato su ragioni attinenti il mero ripristino della legalità violata, stante il profilo evidentemente solo formale del vizio della DCC n. 27 del 2013. Deve allora convenirsi come i provvedimenti impugnati siano stati assunti in violazione dei più recenti principi normativi e giurisprudenziali che regolano l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio.

3. È opportuno ricordare l'attuale formulazione dell'art. 21-*nonies* della l. n. 241/1990, a tenore del quale *"il provvedimento amministrativo illegittimo ... può essere annullato d'ufficio, sussistendone le ragioni di interesse pubblico, entro un termine ragionevole, comunque non superiore a diciotto mesi" decorrenti dalla data di iniziale adozione dell'atto autorizzativo o di attribuzione del vantaggio economico*".

Conviene quindi prendere spunto dall'autorevole indirizzo espresso dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato (sent. 17 ottobre 2017, n. 8) in materia di autotutela amministrativa. In tale pronuncia è stato affermato che la tradizionale teoria dell'inesauribilità del potere amministrativo *"... debba essere almeno in parte rimeditata nell'attuale fase di evoluzione di sistema, che postula una sempre maggiore attenzione al valore della certezza delle situazioni giuridiche e alla tendenziale attenuazione dei privilegi riconosciuti all'Amministrazione, anche quando agisce con poteri squisitamente autoritativi e nel perseguimento di primarie finalità di interesse pubblico"*.

Logico corollario di tale ragionamento è il venir meno della figura del c.d. *"interesse pubblico in re ipsa"* e, dunque, di *"un assetto in tema di presupposti per l'esercizio dell'autotutela decisoria tale da espungere in via ermeneutica due elementi normativamente indefettibili quali la ragionevolezza del termina e la motivata valutazione dei diversi interessi in gioco"*. Si osserva, infatti, che *"una volta affermata la sussistenza di un interesse pubblico in re ipsa al ripristino della legittimità violata, non residuerebbero in alcun caso effettivi spazi per l'Amministrazione per non esercitare il proprio ius penitendi attraverso l'annullamento d'ufficio"*.

Il percorso evolutivo tracciato dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato è appunto culminato con le modifiche apportate all'art. 21-*nonies*, co. 1, ultimo periodo, della legge generale sul procedimento amministrativo. La previsione di un termine comunque non superiore a diciotto mesi per annullare d'ufficio l'atto illegittimo, ove il privato destinatario sia estraneo al prodursi del vizio, comporta il consumarsi del potere di intervenire in autotutela.

In altri termini, il nuovo regime normativo *"ha posto uno sbarramento temporale all'esercizio del potere di autotutela, rappresentato da «diciotto mesi dal momento dell'adozione dei provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione dei vantaggi economici»"* (così Cons. Stato, Sez. VI, sentenza 31

agosto 2016, n. 3762; in termini conformi si vedano anche Sez. VI, sentenza 10 dicembre 2015, n. 5625).

Per quanto attiene agli ulteriori presupposti per adottare un provvedimento di secondo grado, preme richiamare l'ormai consolidato orientamento secondo cui *"l'autotutela non può, infatti, essere finalizzata al mero ripristino della legalità violata, ma deve essere il risultato di un'attività istruttoria adeguata che dia conto della valutazione dell'interesse pubblico e di quello del privato che ha riposto affidamento nella conservazione dell'atto"* (cfr. *ex multis*, Cons. Stato, Sez. IV, sentenza 28 giugno 2017, n. 3154).

4. È allora evidente come il provvedimento già impugnato con il ricorso introduttivo si riveli del tutto incompatibile con la più recente disciplina normativa e giurisprudenziale di riferimento, con tutto ciò che ne consegue in ordine alla legittimità della conseguente Determina del 6 dicembre u.s., posto che l'effetto di decadenza del vincolo si sarebbe prodotto – in tesi – al 23 agosto 2013 e, in ogni caso, la circostanza è stata resa evidente all'Amministrazione dal contenuto delle osservazioni rese dal Comune di Baricella (doc. 4).

La necessaria tutela della certezza dei rapporti giuridici, ormai consacrata nella nuova formulazione dell'art. 21-*nonies* della l. n. 241/1990 osta all'adozione di atti di autotutela decisoria assunti dopo un lasso (18 mesi) che lo stesso Legislatore considera congruo per consolidare l'affidamento del privato, superando il precedente orientamento che imponeva un'indagine sulla ragionevolezza del termine.

Le considerazioni appena esposte valgono a dimostrare come l'operato della Regione si ponga in contrasto con l'art. 21-*nonies* della legge generale sul procedimento anche per un ulteriore ordine di ragioni.

Ammesso (e non concesso) che l'Amministrazione potesse validamente intervenire in autotutela dopo il termine di diciotto mesi, il provvedimento impugnato avrebbe dovuto esplicitare le ragioni di interesse pubblico

prevalenti sull'affidamento del privato sulla legittimità della variante urbanistica di cui alla DGP n. 248/2013 e ratificata con la DCC n. 27/2013.

5. Si osserva infine come venga in contestazione la legittimità della Determina anche sotto il diverso (ma connesso) profilo relativo al modulo procedimentale utilizzato dall'Amministrazione regionale, a valle del quale è stato disposto l'annullamento d'ufficio del provvedimento di proroga della VIA avviato dalla società odierna ricorrente per la realizzazione del Progetto.

Nell'ambito del suddetto procedimento, previsto per l'approvazione degli atti relativi al Progetto di ampliamento della discarica, dunque, l'esercizio del potere di annullamento, ancorché oltre il termine a tutela dell'affidamento, è avvenuto in violazione delle stesse regole procedimentali che la legge impone.

Ed invero, stante la pacifica natura discrezionale dell'atto di annullamento d'ufficio era necessario in ogni caso dare corso alle garanzie procedimentali *ex art. 7 e 10 della l. n. 241/1990* (cfr. *ex multis* Cons. St., VI, 20 settembre 2012, n. 4997).

È indubbio che l'odierna ricorrente avrebbe potuto offrire in sede procedimentale ogni utile apporto collaborativo al fine di superare le ragioni poste a fondamento dei provvedimenti impugnati.

P.Q.M.

voglia l'ecc.mo Giudice adito, disattesa ogni domanda, istanza od eccezione contraria, nel merito, accogliere i motivi a sostegno del presente ricorso e, per l'effetto, annullare gli atti impugnati. Con ogni ulteriore conseguenza di legge, anche in ordine alle spese di giudizio. Ai sensi del D.P.R. n. 115/2002 sulle spese di giustizia, si dichiara che la presente controversia ha un valore indeterminato e, pertanto, è soggetta al pagamento del contributo unificato nella misura di Euro 650,00.

Roma, 3 febbraio 2020

Prof. Avv. Aristide Police