

Pubblicato il 06/05/2019

N. 02411/2019 REG.PROV.COLL.
N. 04577/2014 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Settima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4577 del 2014, proposto da Vodafone Omnitel B.V., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Gennaro Belvini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Barano D'Ischia, in persona del Sindaco legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Antonio Nardone, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico in Napoli, via Riviera di Chiaia, n. 207;

per l'annullamento

dell'ordinanza di demolizione del Comune di Barano D'Ischia n. 28 dell'11.06.2014; di ogni altro atto preordinato, connesso e consequenziale, ivi compreso il rapporto del T.C. prot. 1898 del 28.2.2014, nonché, per quanto lesive le D.G.C. nn. 21 e 55, rispettivamente del 9.2.2010 e del 16.3.2010 e di tutti gli altri atti indicati nel provvedimento impugnato dei quali non è dato conoscere il contenuto.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Barano D'Ischia in persona del Sindaco *pro tempore*;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 29 aprile 2019 la dott.ssa Cesira Casalanguida e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. - La ricorrente, quale società titolare di una stazione radio base, ha impugnato il provvedimento indicato in epigrafe, con cui il Comune di Barano D'Ischia - con ordinanza indirizzata alla proprietaria del suolo, sig.ra Di Meglio Silvia - ha ingiunto la demolizione del suo impianto, unitamente a quella di altri esistenti sull'area di cui Vodafone non risulta essere titolare.

Ha premesso:

- di espletare il servizio di comunicazione elettronica in tecnologia GSM - UMTS in qualità di società licenziataria, da parte del Ministero delle Comunicazioni (D.P.R. 02.12.1994; Delibera AGCom del 14.03.2001, n. 128/01CONS; art. 38 d.lgs n. 259/03);
- di essere pertanto tenuta ad ottemperare all'obbligo di copertura della rete;
- di aver presentato istanza il 30.6.2003 per la realizzazione di una stazione radio base per telefonia mobile, da collocare in via Vicinale Cotto, località Monte Cotto, fg. 34, p.lla 360, successivamente integrata, come da richiesta del Comune, ed inoltrata ad ARPAC, che ha rilasciato il parere favorevole di competenza;
- che l'impianto è stato realizzato ed è funzionante dal 2003;
- di aver, previo rilascio del parere favorevole dell'ARPAC trasmesso anche al Comune, nel 2013, apportato modifiche radio elettriche all'impianto, senza interventi strutturali o progettuali;
- di aver chiesto, in data 17.2.2014, il rilascio dell'autorizzazione in sanatoria a cui il Comune ha fatto seguire la richiesta alla Soprintendenza del parere di competenza e, prima del relativo rilascio, l'ordinanza di demolizione n. 28 dell'11.6.2014;
- di aver avuto conoscenza di tale provvedimento – notificato unicamente alla proprietaria del suolo – solo a fine luglio, e di averlo impugnato, in qualità di titolare dell'impianto.

2. - Ha dedotto la violazione e l'eccesso di potere sotto plurimo profili.

Ha censurato, in particolare, l'ordinanza di demolizione per avere il Comune ritenuto illegittimo l'intero impianto secondo le previsioni di cui al D.P.R. 380/2001 - artt. 3 lett. e), 10 e 31 - e all'art. 13 punto 3 delle N.T.A, senza neanche attendere il rilascio del parere da parte della Soprintendenza. Ha escluso che l'intervento in questione possa essere considerato di nuova costruzione e idoneo a determinare incremento volumetrico. Ha contestato per questo il richiamo all'art.13 punto 3 delle norme di attuazione che vieta siffatta tipologia di interventi. Ha ritenuto comunque prevalenti le esigenze garantite dagli impianti di telefonia mobile.

3. - Con il secondo motivo di ricorso, per l'ipotesi in cui si intenda l'ordinanza gravata come volta a rigettare anche le istanze relative all'adeguamento dell'impianto, ha dedotto la violazione dell'art 10 *bis* e delle altre norme in tema di partecipazione procedimentale di cui alla l. 241/90.

4. - L'Amministrazione comunale si è costituita in giudizio il data 23 aprile 2015 e il 29 marzo 2019 ha depositato memoria, chiedendo il rigetto del ricorso attesa la sua infondatezza nel merito.

5. - All'udienza pubblica del 29 aprile 2019, il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

6. - Nel caso in esame, a seguito di sopralluogo del 24.2.2014 dell'Ufficio tecnico del Comune, sono stati riscontrati: 1) una stazione radio fronte sud-est costituita da prefabbricato metallico con sopra palo flangiato con installate sopra n. 3 antenne ed una parabola; 2) una stazione radio fronte nord-ovest costituita da prefabbricato metallico con sopra palo flangiato con installate sopra n. 3 antenne ed una parabola; 3) n. 2 antenne radio ed una parabola situata sul fronte sud-ovest installate su palo fissato su di un fabbricato di proprietà della sig.ra Di Meglio. Nel verbale di sopralluogo si specifica che l'istanza di accertamento di conformità è relativa alla stazione radio di cui al punto 1. Delle altre si precisa che non si conosce la titolarità. L'ordinanza gravata ingiunge la demolizione di tutte le opere riscontrate nel corso del sopralluogo.

6.1. - La ricorrente ha impugnato l'ordinanza nella parte in cui ordina la demolizione del proprio impianto, oggetto peraltro di istanza di accertamento di conformità.

7. - Il ricorso merita accoglimento per le ragioni di seguito illustrate.

7.1. - Fondato è il primo motivo di ricorso.

La ricorrente contesta il difetto dei presupposti per l'irrogazione della sanzione demolitoria ex art. 31 D.P.R. 06.06.2001 n. 380 che, come noto, richiede l'assenza del permesso di costruire, la totale difformità rispetto al medesimo ovvero variazioni essenziali.

Secondo condiviso orientamento della giurisprudenza (*ex multis*, Consiglio di Stato, Sez. VI, 26.01.2009 n. 355; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VIII, 09.05.2013 n. 2394; Sez. VII, 27.01.2012 n. 426), la realizzazione di impianti di telecomunicazione è subordinata soltanto all'autorizzazione prevista dall'art. 87 del D. Lgs. 259/2003, che pone una normativa speciale ed esaustiva che include anche la valutazione della compatibilità edilizio-urbanistica dell'intervento, non occorrendo perciò il permesso di costruire di cui agli artt. 3 e 10 del D.P.R. n. 380/2001.

La *ratio* di tale disciplina va ricercata nella necessità di approntare una procedura tempestiva, non discriminatoria e trasparente finalizzata all'installazione di infrastrutture, alla riduzione dei termini per la conclusione dei procedimenti amministrativi, nonché di regolare in modo uniforme i medesimi procedimenti anche con riguardo a quelli relativi al rilascio di autorizzazioni per l'installazione di infrastrutture di reti mobili, in conformità ai principi di cui alla L. 241/1990.

È evidente che tali finalità verrebbero irrimediabilmente vanificate se il nuovo procedimento fosse destinato non a sostituire ma ad aggiungersi a quello previsto dal T.U. in materia edilizia, sicché le procedure di cui all'art. 87 sono destinate ad assorbire ogni altro procedimento, anche di natura edilizia.

7.2. - Il provvedimento impugnato si fonda, quindi, su di un erroneo presupposto, ovvero sulla supposta equivalenza in termini edilizi fra il concetto di costruzione e quello di impianto tecnologico, nella specie antenne di telefonia mobile dotate di caratteristiche del tutto diverse da quelle delle costruzioni in senso proprio.

È, pertanto, illegittima la pretesa del Comune di assoggettare l'impianto alla previsione di cui all'art. 3 lett. e) D.P.R. 380/2001, espressamente menzionato nel provvedimento gravato.

7.3. - Con riferimento alla rilevanza delle N.T.A., pure richiamate a fondamento del provvedimento

impugnato, occorre osservare che l'art. 86, comma 3, del Dlgs. 01.08.2003, n. 259 dispone espressamente che le infrastrutture di reti pubbliche di comunicazioni di cui agli art. 87 e 88 sono assimilate ad ogni effetto alle opere di urbanizzazione primaria di cui all'art. 16, comma 7, D.P.R. 380/2001.

Tale assimilazione comporta che, in assenza di specifica previsione per gli impianti in questione, gli stessi debbano ritenersi compatibili con qualsiasi destinazione urbanistica impressa dagli strumenti urbanistici (cfr. Consiglio di Stato, Sez. III, 05.02.2013 n. 687; Consiglio di Stato, Sez. VI, 15.06.2011 n. 3646).

7.4. - Giova peraltro aggiungere che, dalla documentazione in atti, risulta confermato quanto sostenuto dalla ricorrente circa l'assenza di ulteriori interventi di natura edilizia realizzati sull'impianto esistente dal 2003.

La Relazione tecnica allegata all'istanza del 2003 descrive, infatti, l'intervento come costituito da uno "shelter" prefabbricato, dotato di palo metallico e tre pannelli antenne, e due parabole fissate al palo.

La Relazione allegata all'istanza di accertamento di conformità del 2014 fa riferimento anch'essa alla "installazione di tre pannelli di antenne per i tre settori sistemati sul palo flangiato".

Nel verbale di sopralluogo del 24.2.2014, inoltre, l'impianto della Vodafone viene descritto come costituito da "una stazione radio fronte sud est costituita da prefabbricato metallico con sopra palo flangiato con installate sopra n. 3 antenne ed una parabola".

7.5. - L'ordinanza, per la parte impugnata dalla ricorrente, si rivela, in definitiva, viziata per aver ingiunto la demolizione dell'impianto riscontrato nel corso del sopralluogo, unitamente agli altri presenti sull'area come intervento di nuova costruzione, in quanto ritenuto realizzato in assenza dei prescritti titoli abilitativi ai sensi del D.P.R. 380/2001.

8. - Per le considerazioni sopra svolte il ricorso è fondato e deve essere accolto, con annullamento dell'ordinanza n. 28 dell'11 giugno 2014 nella parte in cui si ingiunge la demolizione dell'antenna realizzata da Vodafone.

Resta salva l'ulteriore attività amministrativa anche in relazione all'istanza di adeguamento dell'impianto, da svolgere anche nel rispetto delle norme volte ad assicurare la partecipazione procedimentale dell'interessata.

9. - Le spese seguono le regole della soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Settima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi di cui in motivazione e, per l'effetto, annulla l'ordinanza n. 28 dell'11 giugno 2014 limitatamente alla parte in cui ha ingiunto la demolizione dell'impianto della ricorrente.

Condanna il Comune di Barano D'Ischia al pagamento delle spese di giudizio nei confronti di Vodafone Omnitel B.V., liquidate in € 2.000,00 (euro duemila/00), oltre accessori di legge, ivi compreso

il contributo unificato, se versato e dovuto.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 29 aprile 2019 con l'intervento dei magistrati:

Rosalia Maria Rita Messina, Presidente

Guglielmo Passarelli Di Napoli, Consigliere

Cesira Casalanguida, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Cesira Casalanguida

IL PRESIDENTE
Rosalia Maria Rita Messina

IL SEGRETARIO