

Pubblicato il 06/05/2019

N. 02414/2019 REG.PROV.COLL.
N. 02368/2015 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 2368 del 2015, 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 Caivano in persona del Sindaco legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Giuseppe Russo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico in Napoli, via Cesario Console n. 3;

nei confronti

Raffaele Celiento, non costituito in giudizio;

per l'annullamento

del provvedimento del Comune di Caivano n. 2474 (prot. n. 1968) del 3.3.2015 di sospensione dei lavori relativi all'installazione di impianti di telefonia mobile;

del regolamento comunale per la telefonia mobile, approvato con D.C.C. n. 4 del 16.1.2013;

del Piano di localizzazione, approvato con D.G.C. n. 151 dell'8.5.2013;

di ogni altro atto preordinato, connesso o consequenziale, ivi compresa la notizia di reato della P.M. del 10.2.2015;

nonché per l'accertamento e la declaratoria

dell'intervenuta formazione del silenzio assenso, ai sensi dell'art. 87 del D. Lgs. 259/2003.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Caivano;

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 società ricorrente ha impugnato il provvedimento del Comune di Caivano n. 2474 (prot. n. 1968) del 3.3.2015, il regolamento comunale per la telefonia mobile e il Piano di localizzazione degli impianti.

Ha chiesto, altresì, la declaratoria dell'avvenuta formazione del titolo abilitativo per silenzio assenso.

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, il 1° aprile 2014, al Comune di Caivano, una richiesta di autorizzazione, ai sensi dell'art. 87 del D. Lgs. n. 259/03, per la realizzazione di una stazione radio base (impianto con potenza di antenna superiore a 20 Watt), in via Clanio, nell'area individuata al Foglio 23, p.lla 39;

- che in pari data analoga istanza è stata presentata ad ARPAC per il parere tecnico di competenza, rilasciato in data 1° luglio 2014;

- che il 4 giugno 2014 la Regione Campania ha rilasciato l'autorizzazione sismica;

- che, ritenendo formato il silenzio assenso sull'istanza, ai sensi dell'art. 87 d.lgs. 259/2003, ha comunicato l'inizio dei lavori al Comune in data 11 luglio 2014 e, successivamente, la relativa conclusione e l'avvenuto collaudo;

- che, con la gravata ordinanza del 3.3.2015, il Comune di Caivano ha ordinato la sospensione dei lavori sul presupposto della mancata acquisizione dell'autorizzazione ex art 87 d.lgs. 259/2003, del contrasto dell'intervento con il regolamento comunale per la telefonia mobile approvato con D.C.C. 4/2013 e con il piano di localizzazione di cui alla D.G.M. 151/2013;

- che, in data 23.11.2014, ha trasmesso il Piano annuale degli impianti per telecomunicazioni;

- che, in data 19 marzo 2015, ha chiesto la revoca in autotutela del gravato provvedimento di sospensione.

2. - Avverso la suddetta ordinanza la ricorrente ha dedotto, in particolare, la contrarietà alla normativa vigente in materia di installazione degli impianti di telecomunicazioni. Ha contestato all'ente locale di non avere adottato alcun provvedimento inibitorio, ritenuto necessario per bocciare l'intervento legittimamente realizzato attesa l'intervenuta formazione del titolo autorizzativo per tacito assenso, ai sensi dell'art. 87 comma 9 D.lgs. 259/2003.

3. - Con il secondo motivo di ricorso la ricorrente, precisando di aver presentato il piano di localizzazione e ribadendo le censure già articolate in precedente ricorso, rg. 656/2015, avverso il regolamento comunale, ne ha chiesto l'annullamento o, in subordine, la disapplicazione.

4. - Il Comune di Caivano si è costituito in giudizio in data 2 luglio 2015.
5. - Con memorie rispettivamente del 28.3.2019 e del 29.3.2019, il Comune e la ricorrente hanno depositato memorie a sostegno delle reciproche pretese.
6. - Alla pubblica udienza del 29 aprile 2019, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

7. - Il ricorso è fondato.
8. - Giova preliminarmente osservare che, con sentenza n. 5452/2015, questa Sezione ha accolto il ricorso R.G. 656/2015, tra le medesime parti costituite nel presente giudizio.

Come segnalato anche da parte ricorrente nella memoria del 29 marzo 2019, con la menzionata sentenza questa Sezione ha ribadito che “L'art. 87, comma 9, d.lgs. n. 259 del 2003, prevede che le istanze di autorizzazione all'installazione di impianti di telefonia si intendono accolte per "silentium" qualora entro il termine di 90 giorni non sia comunicato all'interessato un atto espresso di diniego. Nell'ambito del procedimento di formazione del silenzio-assenso, deve ricomprendersi anche la valutazione dei profili documentali, urbanistici e regolamentari connessi alla realizzazione del progetto (come quelli opposti tardivamente dal Comune), i quali per esigenze di semplificazione del procedimento vanno appunto verificati all'interno della fase istruttoria e non al di fuori di essa.

Da ciò discende, per un orientamento giurisprudenziale consolidato (e da cui non vi è ragione di discostarsi, cfr. ex multis di recente Tar Napoli sez. VII n. 2579/2014), che una volta formatosi il silenzio-assenso l'ufficio preposto non può intervenire successivamente e pronunciarsi sulla domanda se non previo annullamento in sede di autotutela del provvedimento di assenso in precedenza perfezionatosi, nel rispetto dei requisiti formali e sostanziali previsti per l'esercizio del suddetto potere e, in particolare, sempre che sussista un effettivo interesse pubblico al ripristino della legalità.

A ciò si aggiunga che l'art. 87 comma 5, D.lgs. n. 259/2003 - fermo l'obbligo gravante sul responsabile del procedimento ai sensi dell'art. 6, lett. b), L. 241/1990, di invitare gli interessati a regolarizzare eventuali istanze erronee e incomplete - prevede che, nell'ambito del procedimento speciale per l'installazione di infrastrutture di comunicazione elettronica, tale potere-dovere di integrazione possa essere esercitato una sola volta ed entro 15 giorni dalla presentazione dell'istanza al fine di evitare che una richiesta reiterata o tardiva di integrazione documentale possa eludere la richiamata regola del silenzio-assenso. Nel caso di specie il silenzio-assenso risulta pacificamente formatosi trascorsi i 90 giorni dalla presentazione dell'istanza effettuata il 28.2.2014 (n.d.r. nella fattispecie in esame l'istanza è del 01.04.2014).

Ne consegue che l'atto di diniego impugnato del 5.12.2014 - e con esso il preavviso di rigetto del 30.9.2014 - risulta illegittimamente adottato in quanto oltre ad contestare - tardivamente - il preteso contrasto con le disposizioni comunali in materia di localizzazione degli impianti (piano approvato con delibera di GM n. 151/2013) ed altre carenze documentali, non evidenzia l'interesse pubblico che giustificerebbe il ritiro di un'autorizzazione tacitamente rilasciata.”

8.1. – Applicando alla fattispecie in esame i principi della menzionata sentenza n. 5452/2015, emerge in tutta evidenza che la formazione del silenzio-assenso costituisce titolo abilitativo per la realizzazione dell'impianto, che non può essere rimosso mediante un tardivo provvedimento di diniego, fatto salvo ovviamente l'esercizio del potere di autotutela qualora ne ricorrano i requisiti formali e sostanziali

previsti dall'ordinamento.

Nel caso in esame, l'istanza è stata presentata dalla ricorrente in data 1.4.2014 e, solo a seguito di sopralluogo del 10.2.2015, il Comune ha adottato il provvedimento gravato, ben oltre, dunque, i 90 giorni previsti dall'art. 87, comma 9, del D.Lgs. 259/2003.

Ne consegue che il provvedimento gravato è tardivo se considerato come atto di diniego e non può essere nemmeno ricondotto ad un valido esercizio del potere di autotutela dell'amministrazione, in mancanza di una compiuta motivazione in merito all'interesse pubblico fatto valere, non risultando sufficiente al riguardo il mero rinvio alla regolamentazione comunale in punto di pianificazione degli impianti o a semplici carenze formali-documentali che avrebbero dovuto essere tempestivamente rilevate ex art. 87, comma 5, D. lgs 259/2003.

8.2. - In conseguenza dell'intervenuta formazione del silenzio assenso, eventuali interventi dell'ente locale sul titolo silenziosamente formatosi avrebbero dovuto rivestire le forme dell'autotutela, di cui agli artt. 21-*quinquies* e ss., L. 241/1990.

9. - Non può essere condivisa la ricostruzione fornita dall'Amministrazione resistente, secondo cui la formazione del provvedimento per tacito assenso sarebbe stata preclusa dall'asserita carenza documentale, essendo la pretesa integrazione relativa alla presentazione del preventivo programma annuale di installazione e al mancato rispetto del piano di localizzazione.

Nel provvedimento gravato, infatti, si afferma espressamente che l'installazione dell'antenna radio base *“sul sito in argomento non risulta essersi perfezionato con la formazione del titolo abilitativo, per carenza di documentazione rispetto a quanto prescritto dal regolamento comunale vigente in materia, circa la presentazione del preventivo programma annuale di installazione”* e che, inoltre, *“il sito dell'impianto non rispetta il piano di localizzazione per l'installazione degli impianti di telefonia mobile”*.

Giova richiamare in proposito quanto, da ultimo, ribadito da questa Sezione del T.A.R. (sent. n. 458/2019), per cui il piano delle installazioni non è di per sé illegittimo *«poiché risponde ad evidenti criteri di razionalità dell'azione amministrativa l'esigenza di introdurre criteri minimi di conoscenza preventiva e di pianificazione dell'installazione degli impianti al fine di orientare l'attività amministrativa di controllo preventivo urbanistico edilizio, nonché ambientale, della assentibilità di queste installazioni»* (Tar Campania, Napoli, Sez. I, sentenze nn. 1708/05, 3559/05). Tuttavia, *“non si può subordinare l'installazione degli impianti alla previa approvazione del piano (specie laddove non sia previsto un termine per la conclusione del relativo procedimento), perché non si può vanificare la vigente disciplina imperniata sul sistema del silenzio significativo tipizzato dalla legge (silenzio-assenso)”* (Tar Campania, Napoli, Sez. VII, n. 3106/2011). Inoltre, nel caso di specie, ci si riferisce ad un piano che dev'essere predisposto e presentato dal gestore: e, per giurisprudenza costante, *“In materia di autorizzazione all'installazione di un impianto di telefonia mobile, attesa la presenza della procedura semplificata ex art. 87 D.Lgs. n. 259/2003 l'amministrazione non può esigere documenti diversi da quelli di cui all'all. 13, mod. A del medesimo testo normativo, ..., attese le finalità acceleratorie del procedimento e l'esigenza di evitare ogni forma di aggravamento procedimentale da parte del Comune”* (tra le più recenti, Tar Calabria, Catanzaro, Sez. II, n. 2051/2018; in senso analogo, Consiglio di Stato, Sez. III, 9 luglio 2018, n. 4189; T.A.R. Piemonte, Sez. I, 29 ottobre 2018, n. 1166). E la presentazione di un piano

programma annuale delle installazioni non rientra tra i documenti previsti dall'All. 13 Modello A»(in senso conforme T.A.R. Campania, Napoli, sez. VII, sent. n. 659 del 6.2.2019).

Ne consegue, pertanto, non solo l'illegittimità dell'ordinanza impugnata, ma anche del regolamento comunale, conformemente a quanto affermato dalla Sezione nel precedente sopra richiamato, nella parte in cui esige che il gestore di telefonia mobile presenti il piano annuale come condizione per la validità o l'efficacia dell'autorizzazione alla realizzazione dell'impianto, non potendo il Comune subordinare la validità o l'efficacia del titolo abilitativo alla presentazione del suddetto piano (Sez. VII, sent. 458/2019).

9.1. - A quanto fino ad ora rilevato, occorre, altresì, aggiungere l'ulteriore dirimente considerazione per cui, come rilevato dalla ricorrente e non contestato dal Comune resistente, in data 23.11.2014, e dunque, prima dell'adozione del provvedimento impugnato, Vodafone ha provveduto a presentare il Piano annuale degli impianti per telecomunicazioni, a cui non è seguito alcun riferimento o rilievo da parte dell'amministrazione.

9.2. - Risulta, in definitiva che l'ordinanza gravata, adottata dall'amministrazione comunale poggia su motivazioni in contrasto con la disciplina legislativa vigente, riferita ai tempi di svolgimento dell'istruttoria procedimentale ai sensi del d.lgs. 259/2003 e alla conseguente formazione del silenzio assenso, per effetto del superamento della tempistica così definita.

10. - Per tutto quanto innanzi esposto, assorbe ogni altra censura, il ricorso deve essere accolto, con accertamento dell'intervenuta formazione del silenzio-assenso sull'istanza del 1.4.2014 e con annullamento dell'ordinanza del 3.3.2015 e del Regolamento comunale nella parte in cui subordina la validità o l'efficacia del titolo abilitativo alla presentazione del Piano Programma annuale delle installazioni delle stazioni radio base.

11. - Le spese processuali vanno poste a carico del Comune di Caivano e si liquidano 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.

Condanna il Comune di Caivano a rifondere alla parte ricorrente le spese del presente giudizio, che liquida in complessivi € 2.000 (duemila/00) oltre I.V.A., C.N.A.P. e rimborso spese generali, come per legge, e contributo unificato, se ed in quanto versato.

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