

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 53 del 2009, proposto da:
Ericsson Telecomunicazioni Spa, rappresentata e difesa dall'avv. Giuseppe Sartorio,
con domicilio eletto in Cagliari presso lo studio dell'avv. Giovanna Francesca Dessi',
via Tiziano n. 11;

contro

il Comune di Quartu Sant'Elena, rappresentato e difeso dall'avv. Carlo Augusto Melis
Costa, con domicilio eletto in Cagliari, piazza Giovanni XXIII n. 35;
lo Sportello Unico per le Attività Produttive del Comune Quartu S.E., in persona del
legale rappresentante p.t., non costituito in giudizio;
la Regione Autonoma della Sardegna, in persona del Presidente p.t., non costituita in
giudizio;
l'Ufficio Tutela Paesaggio per le Province di Cagliari e Carbonia-Iglesias, in persona
del legale rappresentante p.t., non costituito in giudizio;
il Ministero per i Beni e le Attività Culturali, rappresentato e difeso dall'Avvocatura
Distrettuale, domiciliata per legge in Cagliari, via Dante n. 23;

per l'annullamento

della nota prot. Gen. N. 57442 del 29/10/2008, con la quale il Dirigente del S.U.A.P.
Cagliari 12 del Comune di Quartu Sant'Elena comunicava l'irricevibilità della D.I.A.
presentata dalla ricorrente in data 4/6/2008, per installare, per conto di H3G, un
impianto telefonico UMTS di pubblica utilità sul lastrico solare dell'immobile sito in via
Nenni n. 33;

del provvedimento di diniego prot. 1043 del 31/10/2008;

della determina prot.1044 del 31/10/2008 di sospensione immediata dei lavori;

dell'ordinanza dirigenziale n. 514 del 30/10/2008, prot. 57582 del 30/10/2008;

del Regolamento comunale approvato con delibera C.C. n. 2 del 18/1/2006, con
riferimento agli art t. 17 comma 3 e 19, nonché dell'art. 6 comma 2;

dell'art. 109 delle Norme Tecniche di Attuazione del Piano Paesaggistico Regionale –

Primo Ambito Omogeneo, approvato con deliberazione della Giunta Regionale n. 36/7 del 5/9/2006;

di ogni altro atto presupposto, inerente e conseguente..

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Quartu Sant'Elena e di Ministero Per i Beni e le Attività Culturali;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 gennaio 2011 il dott. Tito Aru e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con il ricorso in esame, notificato il 30 dicembre 2008 e depositato il successivo 16 gennaio, la società Ericsson Telecomunicazioni S.p.a. espone quanto segue.

Dopo aver acquisito, nell'edificio sito in Quartu Sant'Elena, via Pietro Nenni n. 33, la disponibilità di una porzione di lastrico solare stipulando apposito contratto di locazione con la proprietà, presentava, in data 4 giugno 2008, istanza per la realizzazione su di esso di un impianto di telefonia cellulare, consistente in una palina porta antenne da ubicare in adiacenza al torrino scale.

Non avendo ottenuto riscontro, e ritenendo perfezionato il rilascio del titolo autorizzatorio per silenzio assenso, in data 8 settembre 2008 comunicava l'inizio dei lavori di installazione del predetto impianto.

Senonchè, nell'imminenza della conclusione dei lavori, in data 4 novembre 2008, la ricorrente riceveva la nota n. 57442 del 29 ottobre 2008 con la quale il Dirigente del SUAP di Cagliari 12 del Comune di Quartu comunicava l'irricevibilità dell'istanza per essere stata essa irritualmente presentata al Comune anziché al SUAP, nonchè per le carenze documentali nella stessa indicate.

A tale comunicazione seguiva il provvedimento di diniego n. 1043 del 31 ottobre 2008 reso dal Dirigente del Settore Pianificazione Urbanistica del Comune di Quartu, nel quale si formulava l'ulteriore rilievo che l'istanza era stata presentata prima dell'approvazione del piano triennale delle localizzazioni di cui al regolamento comunale approvato con delibera n. 2 del 18 gennaio 2006, e l'ordine di immediata sospensione dei lavori adottato in pari data dal medesimo dirigente.

Veniva quindi adottata l'ordinanza dirigenziale n. 514 del 30 ottobre 2008, con la quale veniva irrogata la sanzione pecuniaria di cui all'art. 14, comma 3. della legge regionale n. 23/1985.

I menzionati provvedimenti sono stati impugnati dalla società Ericsson Telecomunicazioni S.p.a. che ha proposto il ricorso in esame affidandolo ai seguenti motivi:

1) Violazione di legge – Violazione e mancata applicazione dell'art. 87 del D.Lgvo n. 259/2003 – Mancata applicazione degli artt. 7, 8 e 10 della legge 7 agosto 1990 n. 241 – Violazione e mancata applicazione dell'art. 1, comma 16 della legge regionale n. 3/2008 – Mancata comunicazione dell'inizio del procedimento – Violazione del giusto procedimento: in quanto ai sensi dell'art. 87, comma 9, del D.Lgvo n. 259/2003 sull'istanza presentata dalla Ericsson si sarebbe formato il silenzio assenso, con conseguente consolidamento del suo diritto alla realizzazione dell'impianto.

2) Violazione di legge – Violazione e mancata applicazione degli artt. 7, 8 e 10 della legge 7 agosto 1990 n. 241 - Mancata comunicazione dell'inizio del procedimento – Violazione del giusto procedimento – Violazione e falsa applicazione dell'art. 87 del D.Lgvo n. 259/2003 – Violazione dell'art. 41 Cost. – Incompetenza – Eccesso di potere – Mancanza dei presupposti – Difetto assoluto di motivazione: in quanto i provvedimenti impugnati andrebbero ad incidere sul titolo abilitativo già acquisito per silentium dalla ricorrente, con effetto di annullamento/revoca di esso, in assenza delle garanzie procedurali previste dalla legge.

3) Violazione di legge – Violazione degli artt. 7, 8 e 10 della legge 7 agosto 1990 n. 241 – Violazione e mancata applicazione dell'art. 10 bis della legge 7 agosto 1990 n. 241 - Eccesso di potere – Difetto assoluto di motivazione - Violazione e mancata applicazione del D.Lgvo n. 259/2003 - Violazione e mancata applicazione dell'art. 93 del D.Lgvo n. 259/2003 - Eccesso di potere – Erronea valutazione dei presupposti di fatto e di diritto – Difetto assoluto di istruttoria: in quanto, in ogni caso, il provvedimento di diniego adottato dall'amministrazione non sarebbe stato preceduto dal preavviso di rigetto di cui all'art. 10 bis della legge n. 241/1990; sarebbero state inoltre violate le disposizioni volte a garantire la partecipazione della ricorrente al procedimento in questione;

4) Violazione e falsa applicazione dell'art. 143 e dell'art. 146 del D.Lgvo n. 42/2004 – Mancata applicazione dell'art. 142, comma 2, lett. A) del D.Lgvo n. 42/2004 - Violazione e falsa applicazione delle NTA del PPR - Difetto di motivazione – Istruttoria erronea ed insufficiente – Travisamento dei presupposti in fatto e in diritto – Sviamento di potere – Illogicità manifesta – Eccesso di potere – Violazione del giusto procedimento: in quanto l'amministrazione comunale avrebbe errato nella collocazione topografica dell'opera in questione, che non ricadrebbe affatto in area sottoposta a vincolo zone umide costiere;

5) Violazione e falsa applicazione dell'art. 143 e dell'art. 146 del D.Lgvo n. 42/2004 – Violazione e falsa applicazione degli artt. 48 e 49 del decreto del Presidente della Regione n. 82 del 7.9.2006 – Violazione e falsa applicazione dell'art. 109 medesimo decreto – Violazione dell'art. 3 della legge n. 241/1990 - Difetto di motivazione – Istruttoria erronea ed insufficiente – Travisamento dei presupposti in fatto e in diritto – Sviamento di potere – Illogicità manifesta – Eccesso di potere – Violazione del giusto procedimento: in quanto l'intervento in questione ricadrebbe ad una distanza superiore a 100 mt. dalla stazione viale Colombo, compresa tra i c.d. beni identitari;

6) Violazione di legge – Violazione della legge 22.1.2001 n. 36 - Violazione del D.Lgvo n. 259/2003 - Violazione e falsa applicazione del DPCM n. 381 del 10 settembre 1998 – Violazione dell'art. 2 della legge 7 agosto 1990 n. 241 – Incompetenza assoluta – Violazione dei principi di semplificazione e non aggravamento del procedimento: in quanto, diversamente da quanto affermato dal comune, non sarebbe affatto prevista l'improcedibilità delle istanze presentate con riguardo a siti non inseriti in un programma non approvato a causa dell'inerzia dell'Ente;

7) Violazione di legge - Violazione dell'art. 10 bis della legge 7 agosto 1990 n. 241 - Violazione e mancata applicazione dell'art. 87, comma 9, del D.Lgvo n. 259/2003 –

Mancata applicazione degli artt. 7, 8 e 10 della legge 7 agosto 1990 n. 241 - Mancata comunicazione dell'inizio del procedimento – Violazione del giusto procedimento: in quanto il regolamento comunale richiamato sarebbe stato approvato unilateralmente dall'amministrazione comunale senza alcun coinvolgimento dei gestori ;

8) Violazione di legge - Violazione dell'art. 87 del D.Lgvo n. 259/2003 - Violazione e falsa applicazione dell'art. 1, comma 16, della legge reg. n. 3/2008 – Incompetenza - Violazione del giusto procedimento - Difetto assoluto di istruttoria - Travisamento dei presupposti in fatto e in diritto: con riferimento alla comunicazione dell'irricevibilità dell'istanza (nota n.57442 del 29.10.2008), anch'essa tardiva rispetto alla formazione del silenzio assenso. In ogni caso, nel Comune di Quartu S.Elena, l'Ufficio SUAP sarebbe stato istituito dopo la presentazione dell'istanza, avvenuta il 4 giugno 2009, e pure dopo la formazione del silenzio assenso, avvenuta 90 giorni dopo.

Concludeva quindi la ricorrente chiedendo, previa sospensiva, l'annullamento dei provvedimenti impugnati, con favore delle spese.

Per resistere al ricorso si è costituito il Comune di Quartu Sant'Elena che, con memorie scritte, ne ha chiesto il rigetto, vinte le spese.

Con ordinanza n. 89 del 5 marzo 2009 il Tribunale ha accolto l'istanza cautelare di sospensione del provvedimento impugnato.

Alla pubblica udienza del 19 gennaio 2011, sentiti i difensori delle parti, la causa è stata posta in decisione.

DIRITTO

Il ricorso è fondato con riguardo al primo motivo di censura.

L'art. 87, comma 9, del D.Lgvo 1° agosto 2003 n. 259 stabilisce, infatti, che le istanze di autorizzazione e le denunce di attività concernenti l'installazione di infrastrutture per impianti radioelettrici e la modifica delle caratteristiche di emissione di questi ultimi e, in specie, l'installazione di torri, di tralicci, di impianti radio-trasmittenti, di ripetitori di servizi di comunicazione elettronica, di stazioni radio base per reti di comunicazioni elettroniche mobili GSM/UMTS, per reti di diffusione, distribuzione e contribuzione dedicate alla televisione digitale terrestre, per reti a radiofrequenza dedicate alle emergenze sanitarie ed alla protezione civile, nonché per reti radio a larga banda punto-multipunto nelle bande di frequenza all'uopo assegnate, nonché quelle relative alla modifica delle caratteristiche di emissione degli impianti già esistenti, si intendono accolte qualora, entro novanta giorni dalla presentazione del progetto e della relativa domanda, fatta eccezione per il dissenso di cui al comma 8, non sia stato comunicato un provvedimento di diniego.

Tale termine, come precisato dalla giurisprudenza amministrativa, decorre dalla presentazione della domanda corredata dal progetto (Cons. Stato, 24.9.2010 n. 7128).

Orbene, secondo l'interpretazione costante della giurisprudenza, ai sensi della norma richiamata il titolo abilitativo per la realizzazione degli impianti di telefonia mobile si costituisce in forza di una d.i.a. ovvero di un silenzio-assenso, atteso che istanze e denunce di inizio di attività si intendono accolte qualora, entro novanta giorni dalla relativa domanda, non sia stato comunicato un provvedimento di diniego.

Si tratta di una previsione coerente con la ratio sottesa all'intero codice delle Comunicazioni Elettroniche, desumibile dai criteri di delega contenuti nell'art. 41, l. n. 166 del 2002 e prima ancora nelle direttive comunitarie da recepire: previsione di

procedure tempestive, non discriminatorie e trasparenti per la concessione del diritto di installazione di infrastrutture e ricorso alla condivisione delle strutture; riduzione dei termini per la conclusione dei procedimenti amministrativi, nonché regolazione uniforme dei medesimi procedimenti anche con riguardo a quelli relativi al rilascio di autorizzazioni per l'installazione delle infrastrutture di reti mobili, in conformità ai principi di cui alla l. 7 agosto 1990 n. 241 (art. 41 comma 2, n. 3 e 4, l. n. 166 del 2002) (così, ex multis, Tar Campania, Napoli, Sez. VII, 5 agosto 2009, n. 4712).

Nel caso di specie l'avvenuta formazione del titolo abilitativo, per il decorso del termine di legge, determina dunque l'illegittimità, per violazione dell'art. 87 evocato, del successivo atto di diniego n. 1043 del 31.10.2008, e della contestuale inibitoria dell'avvio dei lavori n. 1044 del 31.10.2008, in quanto tardivamente resi, dopo quasi due mesi dallo spirare del termine di legge (2.9.2008), secondo forme procedurali e sostanziali in alcun modo assimilabili al modulo amministrativo del procedimento di secondo grado.

Restano infatti disattese le argomentazioni difensive del Comune di Quartu Sant'Elena, secondo il quale:

non si sarebbe formato il silenzio assenso sull'istanza della ricorrente in quanto, per tali impianti, l'autorizzazione edilizia sarebbe comunque subordinata alla preventiva approvazione dei piani di localizzazione da parte del Consiglio comunale;

l'istanza andava proposta, secondo la modulistica unificata regionale, direttamente al SUAP e non ad altri uffici comunali;

l'area su cui insistono le opere risulta sottoposta a vincolo paesaggistico ai sensi del DPRS n. 82 del 7.9.2006;

l'intervento ricadrebbe a distanza inferiore a 100 mt dal bene identitario stazione di Viale Colombo – cod. 4182.

L'argomento di cui al punto a) non può che essere disatteso, rilevandosi che, anche alla luce delle disposizioni del codice delle comunicazioni in materia di semplificazione e accelerazione dei procedimenti in materia di installazione di impianti, l'Amministrazione non può addurre la propria ingiustificata inerzia nell'adozione dell'atto pianificatorio a fondamento della sostanziale paralisi della copertura del segnale telefonico di pubblica utilità che ne deriverebbe nel territorio comunale.

In ogni caso, sul punto, non è superfluo ricordare che con determina dirigenziale n. 1906 del 21 luglio 2009, adottata nelle more del giudizio, il Comune di Quartu S.Elena ha approvato il piano triennale di localizzazione 2009/2011 degli impianti di trasmissione per la telefonia mobile proposto dai diversi gestori, che al punto 9) indica il sito oggetto del ricorso, in via Nenni, tra quelli idonei all'installazione dell'impianto.

Anche il rilievo di cui al punto b) è privo di pregio.

E' ben vero che ai sensi della legge regionale n. 3/2008, e della conseguente circolare applicativa, in materia di impianti produttivi le istanze devono essere presentate con l'apposita modulistica agli uffici SUAP competenti per territorio, ma risulta dalle difese della ricorrente, cui la difesa comunale nulla oppone al fine di documentarne l'infondatezza, che l'istanza del 4 giugno 2008 è stata presentata quando l'ufficio SUAP del Comune di Quartu S.Elena non era stato ancora attivato, e che lo stesso è divenuto operativo dal 15 settembre 2008, addirittura in data successiva a quella di formazione del silenzio assenso.

Di qui la correttezza della presentazione dell'istanza della società Ericsson all'ufficio comunale all'epoca competente.

Con l'argomento di cui al punto c) la difesa dell'amministrazione comunale sostiene che il silenzio-assenso non si sarebbe formato perché l'istanza della ricorrente avrebbe riguardato un sito sottoposto a vincolo paesaggistico.

Anche tale argomento non trova riscontro in atti.

A fronte delle apodittiche affermazioni della difesa comunale, la ricorrente ha depositato esaustiva relazione tecnica di verifica dei vincoli relativa al sito per cui è causa, a firma dell'ing. Angelo Frongia, da cui risulta che l'intervento proposto dalla società ERICSSON non necessita di verifica di compatibilità paesaggistica ai sensi del piano paesaggistico regionale.

Infine, in relazione al punto d), anche a seguito delle discordanze emerse, in punto di fatto, nel corso del giudizio, la ricorrente ha depositato il 3 marzo 2009 una relazione tecnica integrativa (anch'essa a firma dell'ing. Frongia), corredata dalla nota del Ministero per i Beni e le Attività Culturali, dalla quale risulta l'esatta collocazione della stazione di Viale Colombo, rispetto alla quale non si pongono ragioni di incompatibilità con l'intervento proposto dalla ricorrente.

In conclusione, quindi, in accoglimento dell'anzidetta censura, gli atti impugnati si rivelano illegittimi e vanno annullati, restando assorbita ogni ulteriore doglianza.

Le spese del giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna (Sezione Seconda)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla il provvedimento impugnato.

Condanna il Comune di Quartu Sant'Elena al pagamento in favore della ricorrente delle spese del giudizio, che liquida in euro 2000,00 (duemila//00), oltre IVA, CPA e rimborso del contributo unificato se assolto, compensandole nei confronti delle altre parti.

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

Così deciso in Cagliari nella camera di consiglio del giorno 19 gennaio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Scano, Presidente
Marco Lensi, Consigliere
Tito Aru, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA
Il 03/03/2011
IL SEGRETARIO
(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)

