

REPUBBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1440 del 2013, proposto da: H3G s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avv. Lorenzo Albanese Ginammi, con domicilio eletto presso lo Studio Legale Irti in Roma, via Andrea Vesalio, n. 22;

contro

Comune di Guidonia Montecelio, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avv. Maurizio Cecconi, con domicilio eletto presso lo stesso Avv. Maurizio Cecconi in Roma, via Ugo De Carolis, n. 34/B;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LAZIO - ROMA: SEZIONE II BIS n. 06892/2012, resa tra le parti, concernente l'improcedibilità della d.i.a. per l'adeguamento tecnologico di una stazione radio base

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Guidonia Montecelio;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 maggio 2013 il Cons. Massimiliano Nocelli e uditi per le parti l'Avv. Albanese Ginammi e l'Avv. Chirico su delega dell'Avv. Cecconi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. H3G s.p.a. (d'ora in poi, per brevità, H3G), titolare di licenza individuale per la prestazione del servizio pubblico di comunicazioni mobili di terza generazione secondo lo standard UMTS e per l'installazione della relativa rete sul territorio italiano, presentava il 12.11.2010 al Comune di Guidonia Montecelio denuncia di inizio attività, ai sensi dell'art. 87bis del d. lgs. 259/2003, per l'adeguamento tecnologico di una stazione radio base esistente in via dell'Unione, n. 58.
2. Con nota prot. n. 97118/Urb del 6.12.2010 l'amministrazione comunale intimava ad H3G di non effettuare l'intervento, in quanto contrastante con "quanto stabilito nelle Delibere del Consiglio Comunale n. 22/2006 e n. 64/2008, con le quali è stato approvato ed integrato il Regolamento Comunale Piano delle Antenne".
3. Con successiva nota prot. n. 11977/Urb del 9.2.2011, infine, il Comune comunicava ad H3G la definitiva improcedibilità della d.i.a. in oggetto "per carenze non superate ovvero in quanto si ritiene insuperabile quanto stabilito nelle Delibere del Consiglio Comunale n. 22/2006 e n. 64/2008, con le quali è stato approvato ed integrato il Regolamento Comunale Piano delle Antenne".
4. Con ricorso proposto avanti al T.A.R. Lazio, H3G impugnava la nota prot. n. 11977/Urb del 9.2.2011 appena citata.
5. Si costituiva nel giudizio di prime cure il Comune intimato, eccependo preliminarmente l'inammissibilità e, nel merito, l'infondatezza del ricorso.
6. Con ordinanza n. 2355 del 24.6.2011 il T.A.R. Lazio respingeva la domanda cautelare di

sospensione proposta da H3G, ma questo Consiglio, con successiva ordinanza n. 4313 del 30.9.2011, in riforma del provvedimento reiettivo adottato dal primo giudice, accoglieva l'istanza di sospensione, ordinando che il T.A.R. provvedesse alla sollecita fissazione dell'udienza per l'esame del merito.

7. Con sentenza n. 6892 del 28.7.2012 il T.A.R. Lazio dichiarava inammissibile il ricorso proposto da H3G, compensando le spese di lite.

8. Avverso tale sentenza ha proposto appello H3G, deducendo la violazione e la falsa applicazione dell'art. 10-bis della l. 241/90, la violazione e la falsa applicazione dell'art. 87-bis del Codice delle comunicazioni elettroniche e della l. 26/2001, con particolare riguardo all'art. 8, nonché l'eccesso di potere in tutte le sue figure sintomatiche e, in particolare, per il travisamento dei fatti, il difetto di istruttoria, l'irragionevolezza e l'illogicità manifesta.

9. La società appellante ha chiesto quindi, in via cautelare, di sospendere l'esecutività della sentenza del T.A.R. Lazio, oggetto di gravame, e degli atti impugnati in prime cure e, nel merito, di annullarla e/o riformarla, annullando gli atti stessi.

10. Si è costituito il Comune appellato, chiedendo di rigettare l'appello.

11. La Sezione, con ordinanza n. 926 del 23.4.2013, ha accolto l'istanza incidentale di sospensione della sentenza impugnata.

12. Alla pubblica udienza del 24.5.2013 il Collegio, udita la discussione delle parti, ha trattenuto la causa in decisione.

13. Preliminarmente deve essere rigettata l'eccezione, sollevata dalla difesa del Comune solo nella pubblica udienza del 24.5.2013, con la quale questo ha lamentato la nullità della notifica dell'appello avversario, per essere stata essa eseguita dal procuratore di H3G non in nome e nell'interesse della società appellante, ma a nome proprio, in violazione dell'art. 2 della l. 53/1994.

14. L'eccezione è infondata.

15. Deve rilevarsi che il Comune si è ritualmente costituito, con memoria per l'udienza di sospensiva e nel merito, senza nulla eccepire circa la nullità di tale notifica, ma opponendosi alle avversarie pretese nel merito.

L'eccezione, comunque, è destituita di fondamento, posto che qualsiasi eventuale vizio della notifica, quand'anche rientri nelle ipotesi di nullità previste dall'art. 11 della l. 53/1994, è sanato, come è avvenuto nel caso di specie, dalla rituale costituzione del resistente, ai sensi del generale principio dell'art. 156, comma 3, c.p.c., ora codificato, per il processo amministrativo, dall'art. 44, comma 3, c.p.a.

16. L'appello, ciò premesso, è fondato, nel merito, e va accolto.

17. Ha errato il giudice di prime cure, anzitutto, nel ritenere inammissibile il ricorso di H3G contro la nota prot. n. 11977/Urb del 9.2.2011 per l'omessa impugnazione della precedente nota prot. n. 97118/Urb del 6.12.2010.

Il provvedimento in questione, con il quale il Comune ha intimato ad H3G di non effettuare l'intervento richiesto, non può infatti considerarsi lesivo ed autonomamente impugnabile, dato che esso, per sua espressa (auto)qualificazione, non era definitivo.

18. È lo stesso Comune, infatti, a far presente *expressis verbis* in tale provvedimento che "in ottemperanza ai principi di proporzionalità, di conservazione degli atti giuridici, di non aggravamento ed economia generale del procedimento, nonché in applicazione analogica dell'articolo 10-bis della L. n. 241/1990, in quanto compatibile, tenuto conto della denuncia di inizio attività in oggetto, qualora entro 10 giorni dal ricevimento della presente, siano presentate per iscritto osservazioni pertinenti, eventualmente corredate dalla documentazione che il denunciante ritenesse utile, in base alle quali possano essere superati i motivi di diniego sopraesposti, il presente ordine sarà revocato e l'intervento potrà essere effettuato", precisando che, diversamente, l'ordine di non eseguire l'intervento "deve considerarsi sin d'ora provvedimento definitivo e la denuncia d'inizio attività, giuridicamente inefficace, sarà archiviata".

19. Appare quanto meno dubbia l'affermata definitività di un provvedimento che ammetta l'eventualità di essere revocato in presenza di osservazioni da parte dell'interessato.

Il richiamo all'istituto del preavviso di rigetto, reso palese dalla dichiarata applicazione "analogica"

dell'art. 10-bis della l. 241/90 nel corso del provvedimento, ben sta a comprovare, inoltre, la volontà dell'amministrazione di esprimersi solo in vista di una valutazione successiva e finale, rispetto alla quale il provvedimento in oggetto assume la valenza, indiscutibile, di determinazione interlocutoria.

20. Se il provvedimento fosse stato definitivo, infatti, non avrebbe avuto alcun senso invitare la ricorrente a presentare osservazioni pertinenti, salvo non voler ritenere, per absurdum, che la p.a., emanando tale provvedimento, abbia inteso comunque assegnare un termine all'istante per sollecitare l'autotutela contro un suo stesso atto.

E ciò, peraltro, senza dire che di fronte ad un provvedimento tanto ambiguo la società ben avrebbe potuto versare in un errore scusabile

21. Prova decisiva della non definitività del provvedimento in questione, comunque, è proprio il rilievo che, con successiva nota prot. n. 11977/Urb del 9.2.2011, tempestivamente impugnata, il Comune ha dichiarato la definitiva improcedibilità della D.I.A. in oggetto, con ciò significando, chiaramente, che il proprio precedente provvedimento era provvisorio e non determinava alcun immediato arresto procedimentale, diversamente da quanto ritenuto dal giudice di prime cure.

22. La sentenza merita dunque riforma per aver male interpretato la sequenza dei provvedimenti emessi dal Comune sino a quello definitivo e immediatamente lesivo, appena richiamato, oggetto di rituale impugnazione da parte di H3G con un ricorso che appare, quindi, pienamente ammissibile.

23. Esaminando il contenuto del provvedimento impugnato in prime cure, quindi, deve rilevarsi che esso è affetto da violazione di legge e da eccesso di potere.

24. La nota prot. n. 11977/Urb del 9.2.2011 giustifica il diniego dell'intervento sulla base del rilievo che il regolamento comunale per l'installazione di infrastrutture per impianti di telefonia mobile non ricomprende l'area in cui l'impianto sorge, sita in Guidonia Montecelio, via dell'Unione, n. 58, tra quelle "più idonee destinate ai nuovi impianti di telefonia mobile".

25. Ma l'intervento richiesto da H3G non concerne la costruzione di un nuovo impianto, bensì l'adeguamento tecnologico di una stazione radio base preesistente all'adozione del nuovo regolamento comunale e, in particolare, l'installazione di apparati con tecnologia UMTS e, più precisamente, l'inserimento del c.d. terzo layer, ossia una mera scheda funzionale all'invio e alla ricezione di dati attraverso la rete mobile.

26. Il provvedimento del Comune si pone, così, in palese contrasto non solo con la disposizione dell'art. 87-bis del Codice delle comunicazioni elettroniche, la cui ratio acceleratoria è indiscutibile alla luce del favor legislativo per l'ammodernamento degli impianti di banda larga mobile mediante tecnologia UMTS, ma anche con lo stesso art. 8, sesto comma, della l. 36/2001, che prevede il potere del Comune di "adottare un regolamento per assicurare il corretto insediamento urbanistico e territoriale degli impianti e minimizzare l'esposizione della popolazione ai campi elettromagnetici", non già di vietare i meri ammodernamenti della rete esistente.

27. Non sono condivisibili i dubbi sollevati dal Comune in ordine alla natura dell'intervento richiesto da H3G.

28. Tale intervento, infatti, ha ottenuto il parere favorevole dell'A.R.P.A. Lazio, che ha accertato il rispetto dei limiti, dei valori e degli obiettivi di cui alla l. 36/2001 e di cui al d.P.C.M. 8 luglio 2003 (doc. 4 fasc. parte appellante).

Non sussiste nemmeno, diversamente da quanto ha ritenuto, seppur incidenter tantum, il primo giudice, alcuna difformità tra la D.I.A. presentata da H3G e il parere reso dall'A.R.P.A. Lazio.

Vi è infatti perfetta corrispondenza nell'indicazione del Comune, nella denominazione dell'impianto e nella sua ubicazione.

Con particolare riguardo alla descrizione dell'impianto, infatti, i settori 1, 2 e 3 della scheda tecnica allegata al parere dell'A.R.P.A. Lazio corrispondono alle 3 antenne UMTS indicate nella D.I.A. di H3G (Settore 1, Settore 2 e Settore 3).

I settori 4, 5 e 6 della scheda tecnica di cui al detto parere corrispondono alle parabole 1, 2 e 3 di cui alla D.I.A. di H3G.

29. Ne segue che l'impugnato provvedimento risulta affetto anche da eccesso di potere, per difetto di istruttoria e per travisamento dei fatti, laddove ha nella sostanza equiparato l'intervento di ammodernamento, oggetto della D.I.A., alla costruzione di un nuovo impianto senza che ne

ricorressero i presupposti e, soprattutto, senza verificare in concreto se tale assimilazione corrispondesse alla realtà fattuale, non emergendo dalla lettura dello stesso provvedimento alcun elemento che suffraghi la tesi, sostenuta dal Comune solo nel presente giudizio, che dall'adeguamento dell'impianto tecnologico deriverebbe un aumento dell'impatto invasivo di onde elettromagnetiche oltre i limiti consentiti dall'art. 87 del Codice delle comunicazioni elettroniche.

30. In conclusione l'appello proposto da H3G deve essere accolto e, per l'effetto, in riforma dell'impugnata sentenza, deve essere annullata la nota del Comune di Guidonia Montecelio, prot. n. 11977/Urb del 9.2.2011, oggetto del ricorso proposto da H3G in prime cure.

31. Le spese di entrambi i gradi di giudizio, liquidate in dispositivo, seguono la soccombenza del Comune di Guidonia Montecelio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto, in riforma dell'impugnata sentenza, annulla la nota del Comune di Guidonia Montecelio, prot. n. 11977/Urb del 9.2.2011.

Condanna il Comune di Guidonia Montecelio a rifondere in favore di H3G s.p.a. le spese di entrambi i gradi di giudizio, che liquida nel complessivo importo di € 6.000,00, oltre accessori di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 24 maggio 2013 con l'intervento dei magistrati:

Pier Luigi Lodi, Presidente

Vittorio Stelo, Consigliere

Massimiliano Nocelli, Consigliere, Estensore

Alessandro Palanza, Consigliere

Paola Alba Aurora Puliatti, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 30/05/2013

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)