

Pubblicato il 10/11/2021

**N. 07480/2021REG.PROV.COLL.**

**N. 03596/2020 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 Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 3596 del 2020, proposto da  
Ei Towers Spa, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati  
Angelo Clarizia e Giovanni Mangialardi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e  
domicilio eletto presso lo studio Angelo Clarizia in Roma, via Principessa Clotilde, 2;

**contro**

Comune di Campodolcino, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli  
avvocati Andreina Degli Esposti, Francesco Venosta, con domicilio digitale come da PEC da Registri di  
Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Andreina Degli Esposti in Roma, via Caccini, n. 1;  
Comunità Montana della Valchiavenna, non costituita in giudizio;  
Ministero dei beni e delle attività culturali, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e  
difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12;

**nei confronti**

Ministero dello Sviluppo Economico, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e  
difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12;  
Arpa - Dipartimento di Sondrio; Soprintendenza Archeologia, Belle Arti e Paesaggio per le Province di  
Como Lecco Monza-Brianza Pavia Sondrio e Varese, non costituiti in giudizio;  
Towernet S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati  
Marco Sica, Francesco Paolo Francica, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e  
domicilio eletto presso lo studio Francesco Paolo Francica in Milano, via Principe Amedeo, n. 3;

**per la riforma**

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Prima) n. 00546/2020,  
resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Campodolcino e di Ministero dello Sviluppo  
Economico e di Towernet S.r.l. e di Ministero dei beni e delle attività culturali;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 30 settembre 2021 il Cons. Giovanni Orsini e uditi per le parti gli  
avvocati Angelo Clarizia, Giovanni Mangialardi, Damiano Pallottino per delega dell'avv. Andreina Degli  
Esposti e Francesco Paolo Francica.

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO e DIRITTO**

1. Con l'appello in esame promosso dalla società Ei Towers S.p.a. viene chiesto l'annullamento e/o la  
riforma della sentenza del TAR per la Lombardia n. 546/2020 e, per l'effetto, l'annullamento dei  
provvedimenti impugnati con il ricorso di primo grado (deliberazione della Giunta comunale del Comune di  
Campodolcino n. 17/2018 ed atti connessi).

La controversia interessa la gestione dell'impianto di telecomunicazioni affidata alla società Ei Towers  
S.p.A. con una convenzione stipulata nel 2002, la quale prevedeva la corresponsione di un canone annuale in  
favore dell'Amministrazione comunale fino al 15 dicembre 2020. Nonostante fosse stata avanzata una  
richiesta di rinnovo del contratto di gestione, il Comune aveva deciso di accogliere invece la diversa istanza  
presentata da Towernet S.r.l. per la realizzazione e gestione di un nuovo impianto, peraltro, a condizione che  
quello preesistente venisse demolito. Contro gli atti adottati dalle Amministrazioni elencate in epigrafe era  
già insorta la Ei Towers con un precedente ricorso.

Il TAR per la Lombardia ha accolto tale ricorso (con la sentenza n. 1189/2017) limitatamente al profilo della mancata partecipazione della ricorrente al procedimento, ordinando al Comune la rinnovazione della procedura emendata dal vizio predetto. A valle del rinnovo della procedura autorizzatoria con contraddittorio garantito alla Ei Towers, il Comune approvava definitivamente lo schema di convenzione tra la società Towneret e l'Amministrazione civica riguardante la realizzazione della nuova opera, in luogo del traliccio già esistente, entro giugno 2021, a spese della stessa società.

Anche avverso tali atti è insorta la Ei Towers deducendo in quattro motivi di gravame l'illegittimità dei provvedimenti adottati.

Si sono costituite nel giudizio di primo grado le intime Amministrazioni e la società controinteressata, che instavano per la reiezione del gravame. In particolare, la Towneret S.r.l. ha proposto ricorso incidentale avverso la disposizione di cui all'art. 41 delle NTA del PGT, poiché ostativa alla realizzazione del nuovo traliccio, laddove interpretata nel senso di vietare la realizzazione di stazioni radio-base su aree private. Con sentenza n. 546/2020, il TAR ha infine rigettato il ricorso principale ed accolto il ricorso incidentale.

2. Con l'appello in esame viene contestata la decisione di primo grado rilevando, sotto diversi profili, l'erroneità della stessa in quattro motivi di gravame testualmente rubricati:

i) *sulla erroneità della sentenza nella parte in cui, rigettando il primo motivo del ricorso di prime cure, ha affermato la legittimità del modulo procedimentale adottato in concreto dalla Amministrazione ("autorizzazione di una nuova postazione di radiocomunicazione"), nonostante l'opera fosse già edificata e dunque il procedimento dovesse essere "di autorizzazione in sanatoria" (violazione degli artt. 36-38, d.P.R. 380/2001, 167, d.lgs 42/2004).*

ii) *Sulla erroneità della sentenza nella parte in cui, rigettando il secondo motivo del ricorso di prime cure, ha affermato l'inammissibilità ed infondatezza della dedotta violazione dell'art. 41 delle NTA del PGT, e, in accoglimento del ricorso incidentale di Towneret Srl, ha dichiarato illegittima tale disposizione in violazione dell'art. 86, d.lgs 259/2003, dell'art. 8, comma 6, legge 36/2001, e degli artt. 42, 50 e 107, d.lgs 267/2000.*

iii) *Sulla erroneità della sentenza nella parte in cui, rigettando il terzo motivo del ricorso di prime cure, non si è avveduta della erroneità e contraddittorietà della determinazione impugnata.*

iv) *Sulla erroneità della sentenza nella parte in cui, rigettando il quarto motivo del ricorso di prime cure, ha ritenuto ragionevole e logica la determinazione amministrativa, gravemente errando in fatto.*

3. Con atto di mero stile depositato in data 29 giugno 2020 si sono costituite le Amministrazioni intime.

4. Si costituisce anche la Towneret S.r.l. la quale propone altresì appello incidentale depositato in data 29 giugno 2020; chiede quindi la declaratoria di inammissibilità e/o il rigetto dell'appello principale nonché, con l'appello incidentale, la modifica della medesima sentenza del TAR per la Lombardia –Milano, n.

546/2020, limitatamente alla parte in cui, pur avendo respinto il ricorso proposto da Ei Towers S.p.A., ha:

i) *erroneamente ritenuto "indubitabile la legittimazione ad agire della ricorrente, per certo titolare di una posizione sostanziale, id est di un interesse sufficientemente differenziato e qualificato, di tensione verso un bene della vita.";*

ii) *erroneamente giudicato irrilevante la mancata impugnazione del parere della Soprintendenza Belle Arti e Paesaggio di Milano – prot. n. 16442 del 19/12/2017 perché si tratterebbe di atto avente "valenza meramente endoprocedimentale [...] e, in definitiva, non suscettibile di impugnazione immediata in sede giurisdizionale".*

5. Le parti precisano le proprie argomentazioni con memorie difensive e di replica.

6. Nell'udienza pubblica del 30 settembre 2021 la causa è stata trattenuta in decisione.

7. L'appello principale non è fondato.

7.1. Sul primo motivo si ritengono prive di pregio le argomentazioni addotte dall'appellante laddove rileva l'erroneità della sentenza di prime cure nella parte in cui riconosce la legittimità dell'incedere procedimentale dell'Amministrazione. Quest'ultima, conformandosi a quanto statuito dal Tar nella sentenza n. 1189/2017 si è limitata alla riedizione del procedimento e non anche alla instaurazione di un procedimento volto a verificare la sanabilità dell'opera divenuta abusiva sia sotto il profilo edilizio che paesaggistico, che a dire dell'appellante principale sarebbe stata doverosa.

La tesi non persuade. Infatti, la fattispecie all'esame non pare sussumibile nella ipotesi di opera abusiva suscettibile di sanatoria. A ben vedere l'impianto in questione è stato realizzato sulla base di un titolo abilitativo *ab origine* legittimo, successivamente annullato in via giudiziale per mero vizio procedurale.

Detto vizio formale è stato sanato a valle della rinnovazione della sequenza procedurale inficiata; mentre la conformità alle regole urbanistiche e paesistiche non è stata messa in dubbio dal *dictum* del giudice per poi essere meramente confermata in sede di riesercizio del potere amministrativo.

7.2. Ed invero il *modus procedendi* dell'amministrazione civica risulta compatibile anche con la normativa urbanistica richiamata dall'appellante principale. Non tanto con riferimento all'art. 36 del dpr. n. 380/2001, che regola l'ipotesi, non ricorrente nella specie, della costruzione realizzata senza titolo, bensì, avuto riguardo all'art. 38 del TUE, il quale disciplina la fattispecie relativa agli *"Interventi eseguiti in base a permesso annullato"* e stabilisce che a seguito dell'annullamento dell'autorizzazione per ragioni meramente procedurali, l'Amministrazione è tenuta obbligatoriamente a riesaminare la domanda originaria, la quale, proprio in forza dell'annullamento disposto, è rimasta priva di un provvedimento definitivo, sia esso di assenso o di diniego. A fronte della rimozione del vizio, che era stato posto a base della sentenza di annullamento, la rinnovazione della conferenza di servizi con la partecipazione dell'interessata prima pretermessa era quindi non solo logica e legittima, ma anche dovuta sulla base della disposizione da ultima richiamata e dello stesso effetto conformativo della precedente sentenza del TAR, il quale, l'aveva espressamente prescritta.

Come correttamente dedotto nella memoria depositata dalla difesa civica, la giurisprudenza ha tracciato le differenze che intercorrono tra l'ipotesi di difetto assoluto di titolo e l'ipotesi di titolo abilitativo sussistente all'epoca della costruzione, ma successivamente annullato e, nel secondo caso, ha pacificamente riconosciuto l'assenza di vincolo per l'Amministrazione ad adottare misure ripristinatorie (tra le molte, Cons. Stato sez. VI, n. 6753/2018). Ancora questa Sezione ha precisato sul punto che *"l'annullamento del permesso di costruire non comporta affatto per il Comune l'obbligo sempre e comunque di disporre la demolizione di quanto realizzato sulla base del titolo annullato, ma è circoscritto al divieto, in caso di adozione di un nuovo titolo edilizio, di riprodurre i medesimi vizi (formali o sostanziali che siano) che detto titolo avevano connotato"* (Cons. Stato, sez. VI, n. 2137/2015).

Si ritiene altresì inconferente al caso di specie il richiamo a quell'orientamento della giurisprudenza (Cons. di Stato, Ad. Pl. 11/2016) cui fa riferimento l'appellante, secondo il quale a seguito di annullamento giurisdizionale dell'atto amministrativo, la riedizione del potere, attraverso la rinnovazione del procedimento, deve avvenire secondo le *"coordinate fattuali e giuridiche"* nel frattempo mutate. Anche qui, è condivisibile quanto rilevato dalla difesa civica ossia che, nel caso specifico, ad essere mutato è soltanto lo stato dei luoghi, il quale ha visto, medio tempore, la realizzazione dell'opera assentita dalla Soprintendenza.

7.3. Quanto alla presunta violazione della normativa paesaggistica, si ritiene che l'amministrazione comunale abbia legittimamente agito sia nell'originario che nel rinnovato procedimento sulla base del duplice parere espresso dalla Soprintendenza per la realizzazione dell'opera da parte dell'odierno appellante. Il fatto poi che il secondo parere espresso a valle del rinnovato esercizio del potere amministrativo risulti meramente confermativo del precedente reso nel primo procedimento è sintomo che la compatibilità dell'intervento alla normativa paesaggistica non è mai stata messa in discussione, né è stata interessata dai vizi procedurali rilevati dal giudice dell'annullamento.

7.4. Parimenti, non si ritiene altresì condivisibile la tesi secondo cui in capo all'Amministrazione incomberebbe l'onere (non assolto) di motivare circa l'impossibilità della restituzione in pristino dell'opera, sulla possibilità della rimozione dei vizi della procedura e sulla eventuale applicazione di una sanzione pecuniaria pari al valore venale delle opere o loro parti abusivamente eseguite. Detti incumbenti motivazionali invero non trovano applicazione nel caso di specie connotato dall'annullamento di titolo edilizio originariamente legittimo per mero vizio procedurale, laddove il potere discrezionale dell'amministrazione in sede di riedizione della procedura va incontro al solo divieto di riprodurre gli stessi vizi formali rilevati dal giudice dell'annullamento. Ebbene, non essendosi discostata dai parametri indicati dal giudice, l'amministrazione civica non era tenuta a fornire particolari motivazioni.

8. Con il secondo motivo viene censurata la sentenza impugnata nella parte in cui il TAR ha ritenuto infondato e, comunque, in ogni caso inammissibile il secondo motivo dedotto nel ricorso di prime cure, con il quale l'appellante aveva lamentato la difformità dell'intervento edilizio assentito dall'Amministrazione Comunale rispetto alla previsione dell'art. 41 delle NTA del PGT.

Seppure non appare condivisibile la decisione del primo giudice in punto di inammissibilità della censura, non ritenendosi ravvisabile nel caso di specie un'ipotesi di abuso del diritto processuale da parte della Ei Towers, si ritiene corretta la valutazione di infondatezza del mezzo di gravame in parola.

D'altra parte, la questione dell'inammissibilità del motivo di censura può ritenersi assorbita, rilevandosi di converso la correttezza della pronuncia gravata laddove, in accoglimento del ricorso incidentale, ha disposto l'annullamento dell'art. 41 delle NTA del PGT del Comune di Campodolcino, nella parte in cui, limitando la realizzazione degli impianti di radiocomunicazione nelle sole aree pubbliche, si pone in contrasto con la norma di rango primario di cui all'art. 86 del D.Lgs. 259/2003.

Si deve precisare, rispetto alla ritenuta incompetenza della Giunta comunale e del Sindaco, che con la deliberazione adottata non è stato annullato l'art. 41 (oggetto poi di impugnazione incidentale in primo grado), ma che esso è stato implicitamente disapplicato sulla base della disciplina legislativa intervenuta. Infatti, con l'entrata in vigore del d.lgs. n. 259/2003 è stata superata la normativa cui fa riferimento l'art. 41, la cui previsione relativa alla localizzazione degli impianti nelle sole aree pubbliche è in contrasto con le nuove disposizioni di legge; sul punto si deve confermare l'orientamento di questo Consiglio secondo cui *“l'art. 86 comma 3... nello stabilire che le infrastrutture di reti pubbliche di comunicazione sono assimilate ad ogni effetto alle opere di urbanizzazione primaria, afferma la compatibilità delle stesse a qualsiasi destinazione urbanistica...”* (Cons. di Stato, sez. III, n. 119/2014). Non sono quindi condivisibili le argomentazioni dell'appellante fondate sulla constatazione che nella concreta situazione in esame mancherebbe la prova del pregiudizio per la diffusione della rete derivante dalla limitazione imposta dal regolamento comunale; è vero, infatti, che la giurisprudenza amministrativa ha espressamente condizionato il potere regolatorio dell'amministrazione locale in materia alla realizzazione degli obiettivi di operatività efficiente delle reti di telecomunicazioni (cfr, Cons. St., sez., VI, n. 212/2021), ma è altrettanto vero che la limitazione di carattere generale (di un'intera area o di una intera tipologia di siti) deve comunque potersi ricondurre ad una finalità pubblica in grado di contrastare il *favor* che la legge attribuisce alla realizzazione di tali strutture. Non è quindi sufficiente che la limitazione alle sole aree pubbliche non determini, nella prospettiva dell'appellante, una diminuzione della capacità comunicativa della rete, ma è necessario che la scelta dell'amministrazione di escludere determinate aree sia riconducibile al perseguimento di uno specifico interesse pubblico.

Alla luce del citato articolo 86 l'utilizzazione delle aree private per l'installazione di impianti di telecomunicazioni non può certamente essere interdetta per ragioni di carattere urbanistico, né, nel caso di specie, si evidenziano altre motivazioni.

Quanto alla configurazione del territorio, valorizzata dall'appellante, si deve ritenere che proprio le difficoltà rilevate inducono a favorire la massima estensione dei siti utilizzabili anche per favorire (nel rispetto delle valutazioni di carattere ambientale) oltre che naturalmente la funzionalità del servizio pubblico, la concorrenza tra i soggetti economici.

Se ne desume l'infondatezza del secondo motivo di gravame.

9. Con il terzo motivo di appello l'appellante principale contesta la sentenza di primo grado nella parte in cui afferma l'insussistenza del vizio di contraddittorietà della determinazione impugnata e dell'*agere* dell'Amministrazione. In particolare, sostiene l'appellante che nel parere adottato dalla Soprintendenza non vi sarebbe stato alcun riferimento espresso in termini di preferenza tra il traliccio gestito dalla Towneret e quello preesistente.

Tuttavia, a conferma di quanto affermato dal Tar, il collegio deve precisare che la Soprintendenza si è pronunciata in senso favorevole sulla nuova struttura condizionando in modo esplicito tale avviso al mantenimento di un solo impianto nell'area interessata. Inoltre, nella deliberazione della Giunta comunale oggetto di impugnazione si prende atto di tale parere espresso nelle due conferenze di servizi che ha determinato il superamento del precedente avviso contrario del Comune e l'obbligo da parte dello stesso, dato il carattere vincolante del parere della Soprintendenza, di disporre la demolizione di uno dei due impianti.

Non è condivisibile neanche la tesi secondo la quale la realizzazione dell'impianto e la convenzione stipulata dal Comune con la società Towneret risultano lesivi della libertà di iniziativa economica e della concorrenza. Sul punto occorre sottolineare che la delibera della Giunta comunale oggetto di impugnazione prevede espressamente alla lettera f) che il Comune non concede *“diritto di esclusiva né monopolio ad alcuno, tanto meno a Towneret”*, riservandosi di autorizzare la costruzione di altre stazioni radio base sul territorio comunale *“sempre che il parere degli altri enti pubblici lo consenta per il futuro”*.

Peraltro, in forza degli artt. 86 e 87 citati, nonché della giurisprudenza predetta non è assegnato al Comune il potere di contingentare la presenza di impianti di telefonia mobile sul territorio comunale, dovendo essere assicurata la capillarità della distribuzione delle antenne. Mentre, ben può il Comune decidere di sostituire (per effetto del parere della Soprintendenza) un'opera risalente agli anni '70, la cui gestione è inoltre vicina alla scadenza contrattuale, con un nuovo impianto. Tale scelta non appare di per sé irragionevole, tenuto conto delle spese di manutenzione e di ammodernamento che possono interessare una vecchia struttura (a prescindere dalla attuale condizione di sicurezza ed efficienza evidenziate dall'appellante) e che in prospettiva potrebbero gravare sul Comune nel caso in cui le condizioni contrattuali future (che non sono ovviamente nella disponibilità totale dell'amministrazione) non dovessero prevedere la loro attribuzione per intero al gestore. In definitiva, la presenza, ad oggi obbligata, di un solo impianto nell'area non è irreversibile

e in ogni caso non può essere determinante ai fini della valutazione discrezionale dell'amministrazione in ordine alla soluzione ritenuta complessivamente più rispondente all'interesse pubblico.

Pertanto si ritiene che anche il terzo motivo sia infondato.

10. Infine, per quel che concerne l'ultimo motivo di gravame si conviene con la decisione del TAR di inammissibilità della censura in quanto afferente a profili attinenti alla discrezionalità della Pubblica Amministrazione rispetto ai quali non può estendersi il sindacato del giudice amministrativo salvo difetti motivazionali di macroscopica erroneità, contraddittorietà o illogicità.

Nel caso di specie, dall'insieme degli atti adottati emerge un processo valutativo compiuto dalle amministrazioni competenti in cui tali vizi non si evidenziano. Esso ha riguardato i diversi aspetti della vicenda, soffermandosi in particolare sul profilo della tutela paesaggistica (alla luce del parere della Soprintendenza) e sulla ponderazione tra l'interesse del Comune al mantenimento della propria antenna e quello, giudicato prevalente, a realizzare una nuova struttura. Le decisioni contestate si sono basate su una pluralità di parametri (quali, tra gli altri, l'ubicazione, le caratteristiche progettuali, la de-localizzazione senza costi, l'ospitalità gratuita, l'espansione tecnologica, la vetustà dell'impianto da dismettere) rispetto ai quali l'amministrazione ha legittimamente assunto le proprie determinazioni.

11. Alla luce delle esposte considerazioni deve essere respinto l'appello principale. Conseguentemente, l'appello incidentale è improcedibile.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello proposto da Ei Tower spa, lo respinge e dichiara improcedibile l'appello incidentale presentato da Towerset srl.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 30 settembre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Sergio De Felice, Presidente

Vincenzo Lopilato, Consigliere

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere

Alessandro Maggio, Consigliere

Giovanni Orsini, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**Giovanni Orsini**

**IL PRESIDENTE**

**Sergio De Felice**

IL SEGRETARIO