

Pubblicato il 24/05/2022

N. 04101/2022REG.PROV.COLL.  
N. 05884/2021 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 5884 del 2021, proposto da Open Fiber S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Nico Moravia, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Bocca di Leone, 78;

*contro*

Comune di Avellino, in persona del sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Amerigo Bascetta e Berardina Manganiello, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

*per la riforma*

della sentenza breve del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, sezione staccata di Salerno (Sezione Prima), n. 01066/2021.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Avellino;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 aprile 2022 il Cons. Oreste

Mario Caputo;

udito per la società appellante l'avv. Nico Moravia;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

1. È appellata la sentenza breve del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, sezione staccata di Salerno (Sezione Prima) n. 01066/2021, di reiezione in parte e d'improcedibilità per altra parte del ricorso proposto da Open Fiber s.p.a. avverso la determinazione del Comune di Avellino del 6 ottobre 2020 (prot. 2020/54377), laddove ha subordinato il rilascio dei titoli autorizzatori per l'installazione di rete in fibra ottica in alcune vie del territorio comunale alla preventiva approvazione di schema di convenzione da parte della Giunta comunale, nonché alla prestazione di deposito cauzionale di 390.000 euro a garanzia degli obblighi previsti nel titolo autorizzatorio.

2. Cumulativamente la società ha impugnato gli artt. 36 e 68 del "Regolamento urbanistico edilizio comunale" del Comune di Avellino, approvato con delibera C.C. n. 142 del 21 dicembre 2007, come successivamente modificato e integrato, qualora interpretati nel senso di impedire l'applicazione della disciplina speciale e derogatoria introdotta dal Codice delle comunicazioni elettroniche.

3. Nei motivi d'impugnazione la ricorrente ha dedotto l'illegittimità dei pagamenti e degli oneri economici imposti per ottenere l'autorizzazione, la subordinazione del rilascio del titolo all'approvazione da parte della Giunta comunale di una bozza di convenzione redatta ai sensi dell'art. 68 del regolamento urbanistico edilizio comunale; nonché l'intervenuta formazione per silenzio assenso, ai sensi dell'art. 88 del d.lgs. n. 259/03, del titolo autorizzatorio, denegata dal Comune resistente.

4. Esaminate le tre istanze presentate dalla società ricorrente – la prima in data 17 aprile 2020, la seconda in data 28 aprile 2020, ripresentata il 12

maggio 2020 e poi integrata con la produzione di ulteriori documenti, ed infine la terza il 3 luglio 2020 e il 7 luglio 2020 – il Tar ha ritenuto le prime due incomplete, quindi inidonee alla formazione del silenzio assenso; quanto all'impianto relativo alla terza istanza, ha dato atto che esso è stato realizzato.

Conseguentemente i giudici di prime cure hanno dichiarato il ricorso in parte improcedibile (in relazione alla terza istanza) e nella residua parte (in relazione alla prima e alla seconda istanza) lo hanno respinto.

5. Appella la sentenza Open Fiber s.p.a. Resiste il Comune di Avellino.

6. All'udienza pubblica del 14 aprile 2022 la causa, su richiesta delle parti, è stata trattenuta in decisione.

Va innanzitutto affrontata l'eccezione d'improcedibilità del ricorso sollevata dal Comune resistente sul profilo che il d.l. n. 76/2020, entrato in vigore in pendenza del procedimento, ha introdotto un procedimento semplificato rispetto a quello disciplinato dall'art. 88 del Codice delle comunicazioni elettroniche: gli operatori, dopo la novella, sono stati abilitati ad effettuare i lavori di scavo tramite la presentazione di una mera segnalazione certificata di inizio di attività.

La novità legislativa, secondo il Comune, renderebbe inammissibile le domande presentate da Open Fiber per la realizzazione degli scavi.

6.1 L'eccezione è infondata.

La sopravvenienza normativa in parola è entrata in vigore il 15 settembre 2020, ossia successivamente alla presentazione delle istanze da parte della società appellante, da cui hanno preso avvio i relativi procedimenti amministrativi, interamente disciplinati, in forza del principio *tempus regit actum*, dalla normativa vigente al momento della loro presentazione.

7. Col primo motivo d'appello, la società ricorrente deduce la violazione e/o falsa applicazione degli artt. 35, 87 e 88 del d.lgs. 1 agosto 2003, n. 259 (Codice delle Comunicazioni Elettroniche) - violazione e/o falsa

applicazione della direttiva 2002/19/CE, della direttiva 2002/20/CE, della direttiva 2002/21/CE, della direttiva 2002/22/CE, della direttiva 2002/77/CE nonché della direttiva 2014/61/UE - eccesso di potere per travisamento dei presupposti in fatto e in diritto, difetto di istruttoria – violazione del principio del giusto procedimento, economicità ed efficienza dell'azione amministrativa.

Si lamenta l'errore di giudizio in cui sarebbe incorso il Tar per aver omesso d'accertare l'avvenuta formazione del silenzio assenso sulle prime due istanze d'autorizzazione.

Oltre a negare – articolando nel dettaglio il compendio degli atti che corredevano le istanze – che la documentazione presentata fosse incompleta, l'appellante ha richiamato l'art. 88 d.lgs.1 agosto 2003, n. 259 laddove scandisce rigorosamente i termini dell'istruttoria e di conclusione del procedimento.

7.1 Il motivo è fondato.

L'art. 88 d.lgs.1 agosto 2003 n. 259 è parte della disciplina speciale e derogatoria volta a regolare le reti di comunicazioni elettroniche.

Nel caso in cui la documentazione che correde l'istanza di rilascio del titolo autorizzativo sia incompleta, la norma prescrive i termini entro i quali l'amministrazione è tenuta a indicare le carenze documentali all'operatore.

Il RUP, ai sensi dell'art. 88, comma 2, d.lgs. 259/2003 “può richiedere, per una sola volta, entro dieci giorni dalla data di ricezione dell'istanza, il rilascio di dichiarazioni e la rettifica od integrazione della documentazione prodotta”.

Nel caso in esame, la prima istanza è stata presentata il 17 aprile 2020, acquisita al protocollo del Comune n. 23002 del 20 aprile 2020, ed aveva ad oggetto la realizzazione di un tratto di rete in via dei Due Principati.

Il Comune non ha richiesto la presentazione di documentazione integrativa.

La seconda istanza concerneva la realizzazione di diversi tratti di reti in una

pluralità di strade e vie della città. In una prima versione, è stata presentata il 28 aprile 2020, la seconda e definitiva versione è del 12 maggio 2020.

In relazione a quest'ultima, il Comune di Avellino ha analizzato la documentazione allegata ed ha richiesto due integrazioni per aspetti formali.

Open Fiber s.p.a. ha fornito le due integrazioni rispettivamente il 3 luglio 2020 (cfr., doc. 5) e il 7 luglio 2020 (cfr., doc. 6).

Da cui è decorso il termine di formazione del silenzio assenso di 30 giorni.

8. Con il secondo motivo la società appellante lamenta l'errore di giudizio commesso dal Tar per non aver ritenuto illegittima la pretesa del Comune di subordinare il rilascio dell'autorizzazione al preventivo deposito di una cauzione ed alla stipula di convenzione.

Secondo l'appellante la pretesa del Comune di costituire e versare un deposito cauzionale fideiussorio pari di 390.000 euro, a garanzia delle prescrizioni contenute nella convenzione accessiva all'autorizzazione, quale titolo necessario per l'occupazione del suolo pubblico, sarebbe *praeter legem* e contraria al codice delle comunicazioni.

8.1 Il motivo è fondato.

Il versamento del deposito cauzionale richiesto dal Comune, senza individuare la fonte di legge da cui trae origine la pretesa, costituisce un onere finanziario conseguente all'immobilizzazione di somme di denaro sì da integrare una prestazione patrimoniale imposta in violazione del principio di legalità sostanziale cui all'art. 23 cost.

Sotto altro profilo, il codice delle comunicazioni elettroniche – che ha recepito le direttive comunitarie intese a favorire la semplificazione delle procedure e la parità di trattamento degli operatori economici – contiene una disciplina speciale e derogatoria sugli oneri economici.

Dette disposizioni prevedono misure regolatorie della concorrenza.

Segnatamente, per quanto qui rileva, l'art. 93, primo e secondo comma,

d.lgs. 259/2003 stabilisce che “Le Pubbliche Amministrazioni, le Regioni, le Province ed i Comuni non possono imporre per l'impianto di reti o per l'esercizio dei servizi di comunicazione elettronica, oneri o canoni che non siano stabiliti per legge.” e che “Nessun altro onere finanziario, reale o contributo può essere imposto, in conseguenza dell'esecuzione delle opere di cui al Codice o per l'esercizio dei servizi di comunicazione elettronica, fatta salva l'applicazione della tassa per l'occupazione di spazi ed aree pubbliche di cui al capo II del decreto legislativo 15 novembre 1993, n. 507, oppure del canone per l'occupazione di spazi ed aree pubbliche di cui all'articolo 63 del decreto legislativo 15 dicembre 1997, n. 446”.

In definitiva, le occupazioni di suolo pubblico destinate alla realizzazione di reti di comunicazione elettronica sono soggette solamente alla Tosap/Cosap, sostituiti, in forza dell'art. 1, commi 837 e 838, l. 160/2019, da un **canone unico**.

La prescrizione è stata confermata dall'art. 12, comma 3, del d.lgs. n. 33/2016, recante le “misure volte a ridurre i costi dell'installazione di reti di comunicazione elettronica ad alta velocità”.

La norma da ultimo citata, d'interpretazione autentica, conferma il regime normativo derogatorio previsto all'art. 93 del codice delle comunicazioni elettroniche, ribadendo che le amministrazioni pubbliche non possono richiedere il pagamento agli operatori del settore di nessun onere economico altro e diverso dalla Tosap o dal Cosap (recte: **canone unico**).

Pertanto il pagamento del deposito cauzionale, preteso dal Comune resistente, invocando l'applicazione dell'art. 36 del Regolamento urbanistico edilizio, è illegittimo, al pari del Regolamento ove interpretato nel senso di impedire l'applicazione della disciplina speciale e derogatoria del codice delle comunicazioni elettroniche, che esclude l'applicazione di oneri economici a carico degli operatori di questo settore diversi ed ulteriori rispetto alla Tosap/Cosap.

9. Con il terzo motivo d'appello si lamenta l'errore di giudizio commesso dal Tar per non aver ritenuto ingiustificato ed illegittimo il provvedimento comunale del 6 ottobre 2020 laddove ha subordinato il rilascio del titolo autorizzatorio alla preventiva approvazione di uno schema di convenzione.

9.1 Il motivo è fondato.

La preventiva approvazione di uno schema di convenzione è stata richiesta dal Comune richiamando l'applicazione dell'art. 68 del regolamento urbanistico edilizio.

In disparte la considerazione che l'art. 68 del regolamento non prevede la necessità di alcuna convenzione tra le parti, la norma fa esclusivo riferimento all'autorizzazione, ossia al titolo idoneo l'occupazione del suolo pubblico strumentale all'esecuzione dei lavori, senza affatto prescrivere la sottoscrizione di convenzione.

In questo senso – l'unico compatibile con il regime derogatorio previsto dal d.lgs 259/2003 – il titolo autorizzatorio per la realizzazione di reti di comunicazione e per la relativa occupazione di suolo pubblico trova la sua disciplina speciale nell'art. 88 del d.lgs. n. 259/03 che – va sottolineato – non prevede l'adozione di alcuna convenzione con l'amministrazione.

Da ultimo va sottolineato che la semplificazione delle procedure d'autorizzazione è in linea con il d.lgs. 207/2021 che ha riordinato il Codice delle Comunicazioni Elettroniche di cui al d.lgs. 259/2003, prevedendo espressamente, fra le finalità del Codice europeo delle comunicazioni elettroniche, quella di rendere più agevole ed efficienti le procedure autorizzatorie.

Conclusivamente l'appello deve essere accolto e, per l'effetto, in parziale riforma dell'appellata sentenza, accoglie il ricorso di prime cure ed annulla l'atto impugnato.

Le spese del doppio grado di giudizio, come liquidate in dispositivo, seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in parziale riforma dell'appellata sentenza, accoglie il ricorso di prime cure ed annulla l'atto impugnato.

Condanna il Comune di Avellino al pagamento delle spese del doppio grado di giudizio in favore di Open Fiber s.p.a., che si liquidano in complessivi 5000,00 (cinquemila) euro, oltre diritti ed accessori di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 14 aprile 2022 con l'intervento dei magistrati:

Carmine Volpe, Presidente

Oreste Mario Caputo, Consigliere, Estensore

Dario Simeoli, Consigliere

Stefano Toschei, Consigliere

Francesco De Luca, Consigliere

**L'ESTENSORE**  
**Oreste Mario Caputo**

**IL PRESIDENTE**  
**Carmine Volpe**

IL SEGRETARIO