

ECC.MO CONSIGLIO DI STATO
IN SEDE GIURISDIZIONALE - ROMA

Appello cautelare

Nell'interesse di

INTERMED SRL, piva 00623200888, con sede in Ragusa in via Risorgimento n. 4, in persona del legale rappresentante pro tempore Marianna Recca, nata a Catania il 19-1-1957, c.f. RCCMNN57A59C351R, rappresentata e difesa dall' Avv. Giuseppe Fianchino, (C.F. FNCGPP74H06H501Y - giuseppe.fianchino@pec.ordineavvocaticatania.it), e dall'Avv. Salvatore Molè (C.F. MLOSVT85L10H163H, salvatore.mole@avvragusa.legalmail.it), con poteri disgiunti, giusta procura in calce al presente atto ex art. 8, comma 3, lett. b, d.p.c.m. n. 40/2016, con domicilio digitale ex art. 25, commi 1-bis e 1-ter, c.p.a. alla PEC giuseppe.fianchino@pec.ordineavvocaticatania.it, indicando altresì, ai sensi dell'art. 136 c.p.a., il telefax 0932.1915638, quale ulteriore recapito per ricevere le informazioni relative al processo

CONTRO

Il **Ministero dello Sviluppo Economico** - Direzione Generale per i Servizi di Comunicazione Elettronica di radiodiffusione, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa ex lege dall'Avvocatura di Stato con sede in via dei Portoghesi n. 12, 00186 Roma.

E NEI CONFRONTI DI

Teleradio Futura Nissa S.R.L., con sede in Caltanissetta, p.iva 01609490857, p.e.c. tfn@arubapec.it, in persona del legale rappresentante pro tempore;

PER L'ANNULLAMENTO E/O LA RIFORMA

PREVIA SOSPENSIONE CAUTELARE DEGLI EFFETTI

dell'Ordinanza cautelare resa dal TAR Lazio, Roma, Sez. 4[^] bis, n. 6884/2022, pubblicata il 10-11-2022, non notificata, resa sul ricorso R.G. n. 11433/22 con cui era stato chiesto

L'ANNULLAMENTO,

PREVIA CONCESSIONE DI IDONEA MISURA CAUTELARE,

- (i) della Determina Dirigenziale del 10-3-2022 con cui la Direzione Generale per i servizi di comunicazione elettronica, di radiodiffusione e postali del Ministero dello Sviluppo Economico ha approvato la graduatoria definitiva delle numerazioni automatiche dei canali (LCN) per l'Area Tecnica n. 17 – Sicilia, contenente l'elenco

dei fornitori di servizi di media audiovisivi (FSMA) in ambito locale assegnatari di capacità trasmissiva, nella parte in cui la Intermed srl è stata inserita, con “0” (zero) punti, in coda alle numerazioni disponibili con l’assegnazione del canale n.178;

- (ii) della relativa graduatoria definitiva allegata alla predetta determina, nella parte in cui la Intermed srl è stata inserita, con “0” (zero) punti, in coda alle numerazioni disponibili con l’assegnazione del canale n.178, omettendo ogni valutazione in ordine alla domanda di partecipazione ed alle risultanze dei punteggi spettanti, (iii) nonché di tutti gli atti ad esso presupposti, connessi e consequenziali anche non espressamente richiamati nel predetto provvedimento

PREMESSA

La Intermed srl (d’ora in poi “ricorrente in appello” o semplicemente “ricorrente”), con atto notificato in data 8-7-2022, ha proposto ricorso straordinario al Presidente della Repubblica avverso (i) la Determina Dirigenziale del 10-3-2022 con cui la Direzione Generale per i servizi di comunicazione elettronica, di radiodiffusione e postali del Ministero dello Sviluppo Economico ha approvato la graduatoria definitiva delle numerazioni automatiche dei canali (LCN) per l’Area Tecnica n. 17 – Sicilia, contenente l’elenco dei fornitori di servizi di media audiovisivi (FSMA) in ambito locale assegnatari di capacità trasmissiva, **nella parte in cui la Intermed srl è stata inserita, con “0” (zero) punti, in coda alle numerazioni disponibili con l’assegnazione del canale n.178** (ii) della relativa graduatoria definitiva allegata alla predetta determina, (iii) nonché di tutti gli atti ad esso presupposti, connessi e consequenziali anche non espressamente richiamati nel predetto provvedimento.

Il Ministero dello Sviluppo Economico, con atto di opposizione notificato in data 8-8-2022, ha chiesto che il ricorso straordinario fosse deciso in sede giurisdizionale.

Indi, la Intermed srl, intendendo insistere nel ricorso e nella spiegata domanda cautelare, si costituiva innanzi al TAR Lazio, ai sensi dell’art. 10 del D.P.R. n. 1199/1971 e dell’art. 48 c.p.a. sottoponendo al Primo Giudice quanto segue.

I.

1. I principali elementi fattuali della vicenda.

La Intermed srl è risultata tra gli idonei all’esito della procedura per l’assegnazione della capacità trasmissiva ai fornitori di servizi di media audiovisivi operanti in ambito locale, segnatamente per l’Area Tecnica-17 Sicilia, cui è seguita la sottoscrizione degli accordi commerciali fra gli operatori di rete ed i fornitori di

servizi di media audiovisivi per l'assegnazione della capacità trasmissiva disponibile sulle reti di primo e di secondo livello nell'Area Tecnica interessata (17-Sicilia).

Successivamente, ottenuta la capacità trasmissiva, la Intermed srl ha partecipato alla *“procedura di aggiornamento del piano di numerazione automatica dei canali del digitale terrestre per l'locale dell'area tecnica n. 17 – Sicilia”*.

Detta procedura è stata bandita in attuazione dell'art.13 dell'Allegato A alla delibera dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni n. 116/21/CONS, del 21 aprile 2021, recante *“Aggiornamento del piano di numerazione automatica dei canali della televisione digitale terrestre, delle modalità di attribuzione dei numeri ai fornitori di servizi di media audiovisivi autorizzati alla diffusione di contenuti audiovisivi in tecnica digitale terrestre e delle relative condizioni di utilizzo”*, per l'attribuzione della numerazione automatica dei canali (di seguito LCN) della televisione digitale terrestre in relazione all'area tecnica n. 17 – Sicilia.

La modalità di presentazione delle domande veniva prescritta tramite **procedura informatizzata**, prevedendo l'utilizzo della piattaforma bandifsma.mise.gov.it/lcn.

La presentazione fuori termine della domanda era l'unica circostanza escludente prevista dal bando.

Indi, **ottenuta la capacità trasmissiva**, la Intermed srl ha formalizzato, nei termini, la propria istanza di attribuzione di una determinata numerazione (secondo i criteri tabellari previsti dal bando) – afferente esclusivamente l'ambito di trasmissione dei servizi media ed audiovisivi - **inviandola a mezzo p.e.c. in uno alla documentazione comprovante i requisiti posseduti.**

La validità delle domande di partecipazione veniva esclusivamente riferita al “contenuto” (art. 4, co. 3, del bando) delle informazioni richieste all'art. 3 del bando.

La domanda della Intermed srl, inviata a mezzo p.e.c., veniva regolarmente acquisita e registrata al protocollo n. 8639 del 7-2-2022 ancorché non presentata tramite la piattaforma Mise.

La domanda conteneva tutte le informazioni richieste nell'ambito della procedura, corredata dalla documentazione e dagli allegati richiesti dall'art. 3 del bando.

Nella domanda veniva dichiarata l'intenzione di richiedere una numerazione riservata ai media televisivi locali per il marchio Teleiblea, come da palinsesto televisivo allegato.

L'istanza della Intermed srl **elencava dettagliatamente i requisiti previsti dal bando, indi si provvedeva, ai sensi dell'art. 6, all'auto-assegnazione di 125 punti – incontestati ed incontestabili - secondo i criteri previsti dall'allegato A.**

Sulla base del punteggio auto-attribuito **si chiedeva l'assegnazione, in via alternativa, dei canali 66-77-88 fra le numerazioni LCN disponibili riservate alle emittenti locali.**

La scelta della numerazione rispettava pedissequamente i criteri di auto-attribuzione previsti dal bando (circostanza non contestata).

Or, sebbene la domanda di partecipazione alla procedura concerneva esplicitamente l'ambito di trasmissione dei servizi media e televisivi – per come chiaramente ritraibile dal contenuto della domanda stessa e dal palinsesto televisivo allegato - per mero errore di allegazione, veniva compilato ed inoltrato, in uno alla domanda, anche l'allegato B relativo alla “*Richiesta di numerazione LCN riservata alla radiotelevisione*” (ossia canali riservati alle emittenti radiofoniche in simulcast).

Trattavasi, con tutta evidenza, di mero errore di allegazione, emendabile e privo di comminatorie previste dal bando, che giammai poteva creare confusione o incertezze sulle finalità ed interessi dell'istante, legati esclusivamente al comparto televisivo e non radiofonico *in simulcast*, essendo la Intermed srl (*alias* Teleblea) una solidissima realtà locale, emittente sin dal 1975 senza soluzione di continuità, ben conosciuta dagli Uffici ministeriali.

Nessuna ambiguità, dunque, poteva sussistere sul contenuto e finalità della domanda di partecipazione, concernente esclusivamente l'ambito di trasmissione dei servizi media e televisivi.

A comprova della regolare acquisizione della domanda di partecipazione della ricorrente, **lo stesso Ministero, con la nota 8792 del 7-2-2022, riscontrava positivamente l'istanza della ricorrente acquisita al prot. 8639 in pari data, incasellandola, però, tra le istanze relative alle emittenti radiofoniche in simulcast** (entrambe le note sono in atti, all. 3).

Con tale nota di riscontro, il Ministero invitava la ricorrente a specificare una preferenza tra le numerazioni riservate alla “*radiotelevisione*” e quindi “*dal n. 351 al numero 399*”. Ciò avveniva a causa dell'errata allegazione del modello riservato alla radiotelevisione, ancorché il palinsesto allegato dava ampia prova della tipologia di emittente “*televisiva*”.

La ricorrente, ricevuta la nota n. 8792 del 7-2-2022 ed accortasi dell'errore di allegazione, si è subito attivata richiedendo, a mezzo pec, indicazioni utili al Ministero per l'eventuale rettifica della propria domanda (all. 3) essendo ancora pendenti i termini per la ripresentazione (la scadenza delle domande era stata prevista per giorno 8-2-2022).

Or, accadendo la propria pratica presso gli Uffici preposti, pervenivano ampie rassicurazioni sull'ammissibilità della domanda (protocollata e dettagliatamente riscontrata), allorché la ricorrente restava in attesa della pubblicazione della graduatoria.

Senonché, all'esito della graduatoria, la Intermed srl veniva inopinatamente inserita, con **"0" (zero) punti**, in coda alle numerazioni disponibili con l'assegnazione del n. 178 (l'ultimo disponibile), **omettendo incomprensibilmente ogni valutazione in ordine alla domanda di partecipazione ed alle risultanze dei punteggi spettanti.**

Non si comprendeva se ciò fosse accaduto **(i)** per mera conseguenza dell'errore di invio dell'allegato B relativo alla *"Richiesta di numerazione LCN riservata alla radiotelevisione"* ovvero **(ii)** per aver inoltrato la domanda di partecipazione a mezzo p.e.c. anziché sulla piattaforma Mise.

Indi, con ripetuti atti di significazione dei di 27-3-2022, 10-4-2022 e 27-4-2022 (all. 3-9-10), la ricorrente faceva rilevare l'errore di attribuzione (del canale 178) e **l'omissione di ogni garanzia partecipativa e di soccorso istruttorio prevista dal bando.**

Solo in data 2-5-2022 perveniva da parte dell'Amministrazione un'unica nota di riscontro – dal contenuto indivisibile – in cui gli Uffici ministeriali rappresentavano che è *"specifica responsabilità del soggetto partecipante sottomettere la relativa domanda di partecipazione nelle forme chiaramente indicate e nei tempi prescritti, ragion per cui non può essere in alcun modo imputato a questa amministrazione un eventuale errore commesso dal partecipante nella formulazione della stessa; né codesta Società può avanzare pretese di revisione della graduatoria LCN, ormai definitiva, tenuto conto che **la segnalazione trasmessa è stata notificata all'Ufficio (7 febbraio) soltanto il giorno prima della scadenza dei termini prescritti**".*

In altri termini, secondo gli Uffici ministeriali, non si sarebbe potuto provvedere ad alcun soccorso istruttorio solo perché la richiesta di rettifica era pervenuta il giorno prima della scadenza del termine di presentazione delle istanze di partecipazione (?),

ancorché le garanzie partecipative e di soccorso istruttorio potevano ancor essere attivate.

II.

2. **Il ricorso al T.A.R..**

L'assegnazione, in coda, dell'ultima numerazione utile è apparsa estremamente ingiusta, ancor più considerato che sono state illegittimamente omesse le garanzie di soccorso istruttorio previste dall'art. 4 del bando.

2.1. Con il primo motivo di ricorso, la Intermed srl ha censurato la “*Violazione e falsa applicazione dell'art. 4, co. 9, del bando. Eccesso di potere per eclatante vizio del procedimento e difetto di istruttoria. Mancata attivazione del soccorso istruttorio. Ingiustizia manifesta. Violazione e falsa applicazione dell'art. 8, co.8, del bando*”: come esposto in fatto, all'esito della graduatoria, la Intermed srl veniva inopinatamente inserita, con “0” (zero) punti, in coda alle numerazioni disponibili con l'assegnazione del n. 178, omettendo incomprensibilmente ogni valutazione in ordine alla domanda di partecipazione ed alle risultanze dei punteggi spettanti.

L'assegnazione, in coda, dell'ultima numerazione utile appare illegittima laddove sono state omesse le garanzie di soccorso istruttorio previsto dall'art. 4 del bando.

Invero – risultando pacifica l'acquisizione della domanda della ricorrente ancorché presentata a mezzo pec, circostanza che trovava ampio conforto nell'istruzione dell'istanza quale emittente “radiofonica” - per i casi di incompletezza ovvero di errore scusabile, il bando prevedeva, all'art. 4, comma 9, la possibilità per il RUP – in qualsiasi momento - di richiedere in forma scritta, tramite l'indirizzo di posta certificata fornito nella domanda di partecipazione, idonea documentazione a comprova, integrazione o chiarimento dei dati presenti nella domanda di partecipazione e nella documentazione alla stessa allegata, con onere del destinatario di darvi seguito entro 3 giorni dalla data di ricevimento.

Solo in caso di mancato soddisfacimento delle richieste formulate, **il RUP avrebbe in ogni caso potuto attribuire al soggetto destinatario della richiesta, ove possibile, in base alle informazioni in suo possesso, (i) il punteggio oggettivamente attribuibile alle voci cui la richiesta espressamente si riferiva (evidentemente riferita ai canali della televisione digitale terrestre), ovvero (ii) punteggio nullo [SOLO] nel caso in cui le informazioni disponibili non avessero consentito di apprezzare in alcun modo dette voci o sottovoci (art. 4, comma 10, del bando).**

Nulla di tutto ciò è stato garantito alla domanda della **Intermed srl, relegata, a zero punti, senza alcun soccorso istruttorio (di cui ai commi 9 e 10 dell'art. 4), ad una numerazione inadeguata per la portata e per la storia dell'emittente.**

Risulta essere stata omessa anche l'applicazione del **comma 8 dell'art. 8**, secondo cui *“All'esito delle procedure di attribuzione delle numerazioni destinate ai fornitori di servizi di media audiovisivi in ambito locale il Ministero valuterà, su apposita richiesta dei soggetti interessati, la possibilità di attribuire la medesima numerazione a più soggetti che abbiano scelto di essere trasportati su reti di II livello diverse, a condizione che non ci sia sovrapposizione territoriale tra queste nell'Area Tecnica”*. In altri termini, sarebbe stata possibile anche l'attribuzione, per gli ambiti locali di interesse, di una medesima numerazione a soggetti diversi operanti in aree territoriali distinte.

2.2. Con il secondo motivo di ricorso, la Intermed ha censurato l'operato dell'Amministrazione per *“eccesso di potere per sviamento e violazione delle cause tassative di esclusione previste dalla lex specialis”*: sebbene la domanda di partecipazione alla procedura concerneva esplicitamente l'ambito di trasmissione dei servizi media ed audiotelevisivi – per come chiaramente ritraibile dal contenuto della domanda stessa - per mera distrazione, veniva compilato ed inoltrato, in uno alla domanda, anche l'allegato B relativo alla *“Richiesta di numerazione LCN riservata alla radiovisione”* (ossia canali riservati alle emittenti radiofoniche in simulcast).

Trattavasi, con tutta evidenza, di mero errore di allegazione, emendabile e privo di comminatorie previste dal bando, che giammai poteva creare confusione o incertezze sulle finalità ed interessi dell'istante, legati esclusivamente al comparto televisivo e non radiofonico *in simulcast*, essendo la Intermed srl (*alias* Teleiblea) una solidissima realtà televisiva locale, emittente sin dal 1975 senza soluzione di continuità, ben conosciuta dagli Uffici ministeriali.

Nessuna ambiguità, dunque, sulla tipologia di emittente rappresentata dalla ricorrente concernente esclusivamente l'ambito di trasmissione dei servizi media televisivi.

Ebbene, all'esito della graduatoria, la Intermed srl veniva inopinatamente inserita, con “0” (zero) punti, in coda alle numerazioni disponibili con l'assegnazione del n. 178, omettendo incomprensibilmente ogni valutazione in ordine alla domanda di partecipazione ed alle risultanze dei punteggi spettanti.

Non si comprende se l'esclusione dalla graduatoria di assegnazione numerica con l'inserimento della ricorrente in coda ai numeri disponibili, con zero punti, sia stata

(i) per mera conseguenza dell'errore di invio dell'allegato B relativo alla “*Richiesta di numerazione LCN riservata alla radiotelevisione*” ovvero (ii) per aver inoltrato la domanda di partecipazione a mezzo p.e.c. anziché sulla piattaforma Mise.

Invero, per nessuna di tali due circostanze il bando prevedeva alcuna comminatoria. Al contrario, per i casi di incompletezza ovvero di errore scusabile, veniva espressamente previsto l'obbligo di soccorso istruttorio in capo al RUP, in verità mai avviato.

Orbene, è indubbio che la domanda della Intermed srl è stata tempestivamente inoltrata a sistema entro la data di scadenza e correttamente protocollata.

La presentazione fuori termine delle istanze era l'unica circostanza prevista a pena di esclusione.

In tali occasioni, il formalismo della procedura pubblica deve sempre essere orientato in applicazione dei principi di proporzionalità, adeguatezza e concorrenzialità, atteso che le comminatorie basate sulla violazione di regole fini a sé stesse non solo eccedono lo scopo di garantire la regolarità del confronto, ma restringono ingiustificatamente gli interessi dei concorrenti con danno allo stesso interesse perseguito (ossia l'attribuzione del giusto posizionamento nella numerazione televisiva).

Il principio cardine è di matrice comunitaria, ed è il seguente: “*prevalenza della sostanza rispetto a quello della forma*”.

È pacifico che l'invio telematico è andato a buon fine e la stessa Amministrazione ne ha tenuto conto protocollando regolarmente la domanda e dandovi riscontro con la nota prot. 8792 del 7-2-2022, in risposta alla quale, con mail in pari data, la Intermed srl ha fatto chiarezza sul contenuto e sulle finalità della propria domanda.

Al più, operando diligentemente, l'amministrazione avrebbe potuto e dovuto far presente eventuali anomalie all'istante, la quale avrebbe potuto apportare i dovuti chiarimenti trattandosi di meri errori materiali e non sostanziali.

Invero, la richiesta di rettificare evidenti errori materiali, in rapporto a una domanda pacificamente depositata nei termini, avrebbe senz'altro dovuto essere debitamente istruita dalla pubblica amministrazione non solo coerentemente con i canoni di buona fede e di buona amministrazione (art. 97 Cost.) che devono improntare l'azione della P.A., ma anche secondo gli ordinari canoni di interpretazione degli atti giuridici (cfr. TAR Campania - Napoli, Sez. IV, con la sentenza n. 5824 del 19 dicembre 2016).

Infatti, è pacifico il principio secondo cui: “Nell'ipotesi di discordanza nelle dichiarazioni presentate a corredo della domanda di partecipazione al concorso, tra quelle fatte pervenire tramite compilazione on-line del "form" predisposto nel sito web dell'Amministrazione e quelle contenute nella domanda presentata per iscritto e fatta arrivare per posta, l'Amministrazione, in base al principio di soccorso istruttorio, è tenuta a chiedere o accertare quale dei due dati discordanti dichiarati sia quello vero. Tale regola, applicata al caso della discordanza tra i dati della domanda telematica e quelli della domanda cartacea, deve ritenersi valevole, altresì, per l'ipotesi - riscontrabile nella fattispecie all'esame - della discordanza tra i dati contenuti all'interno di una stessa domanda redatta col modello telematico. (Accoglie il ricorso) (T.A.R. Veneto Venezia Sez. I, 09-02-2017, n. 144).

2.3. Con il terzo motivo è stato eccepito l'“*eccesso di potere per sviamento della causa tipica e difetto di proporzionalità nell'azione amministrativa*”: la ricorrente, in onda dal 1975, è stata relegata, con zero punti, in coda alle numerazioni disponibili assegnandole il n. 178.

L'attribuzione del punteggio era relativa a criteri sostanziali di storicità e radicamento rispetto ai quali la ricorrente avrebbe potuto vantare il massimo attribuibile (secondo i criteri di calcolo dell'allegato “A” al bando), e segnatamente: (i) storicità del marchio (punti 10), (ii) autoproduzione e radicamento (punti 10), (iii) numero di giornalisti (punti 105), per un totale di 125 punti assegnabili con la conseguente attribuzione del relativo LCN.

La ricorrente, invece, è stata relegata, con zero punti, in coda alle numerazioni disponibili assegnandole il n. 178, l'ultimo disponibile.

La soluzione adottata è apparsa straordinariamente ingiusta quanto sproporzionata.

Orbene, l'applicazione del principio di proporzionalità (Regolamento UE n. 640/2014) deve condurre alla soluzione, idonea ed adeguata, comportante il minor sacrificio possibile per gli interessi valutati, in misura giusta rispetto all'eventuale errore accertato. In altri termini, **l'errore di allegazione di un modulo superfluo ovvero la presa in carico mediante uno strumento diverso da quello prescritto non possono comportare l'assegnazione di un LCN immeritato.**

Appare quindi eccessiva ed ingiusta la soluzione, nella specie adottata, dell'assegnazione di zero punti e la correlata assegnazione del CANALE 178 in capo ad Intermed srl, soggetto dal curriculum storico e dotato di tutti i requisiti.

L'azione dell'Amministrazione deve essere articolata sui parametri dell'idoneità dei

suoi provvedimenti, da dispiegare al raggiungimento dello scopo prefissato (Cons. Stato Sez. V, 23-12-2016, n. 5443): col corollario che le situazioni sottoposte non devono venire sacrificate al di là di ciò che è strettamente necessario (T.A.R. Lombardia, Brescia, 355/2002), cosa che invece è avvenuta nel caso di specie.

2.4. Con il quarto motivo, si è inteso gravare l'operato degli Uffici Ministeriali per *“violazione e falsa applicazione dell'art. 10 bis della l. 241/1990. eccesso di potere per violazione delle garanzie partecipative in fase di istruttoria. ingiustizia manifesta”*: la Intermed srl ha appreso dell'esclusione dalla graduatoria delle numerazioni attribuibili (sulla base dei punteggi spettanti) solo con la pubblicazione della graduatoria definitiva, omessa ogni garanzia partecipativa.

Invero, ove invitata a presentare le proprie osservazioni ex art. 10 bis della l. 241/1990, oltre che ai sensi dell'art. 4, co. 9, del bando, la ricorrente avrebbe potuto esibire la documentazione attestante il possesso dei requisiti.

L'art. 10-bis della L. n. 241/1990 si applica a tutti i procedimenti a iniziativa di parte, salve esclusioni espresse, al fine di consentire l'instaurazione di un contraddittorio tra privato e Amministrazione prima dell'adozione di un provvedimento negativo, con la conseguenza che è illegittimo il provvedimento che non sia stato preceduto dalla comunicazione di avvio del procedimento e che non abbia garantito un'effettiva e piena partecipazione dell'interessato al procedimento, con conseguente vizio per il provvedimento finale.

In altri termini, l'esclusione non preceduta dal preavviso di rigetto previsto dall'art. 10 bis della L. n. 241/1990 - norma applicabile a tutti i procedimenti ad istanza di parte – è illegittima allorquando risulti, come nella specie, che tale comunicazione avrebbe consentito all'interessata di comprovare la propria situazione e di introdurre nel procedimento elementi astrattamente utili alla determinazione conclusiva (cfr T.A.R. Campania Napoli Sez. VI, 31/10/2019, n. 5185).

2.5. Infine, con il quinto motivo, è stata rilevata la *“violazione e falsa applicazione dell'art. 3 della l. 241/1990. eccesso di potere per carenza assoluta di motivazione”*: il provvedimento impugnato, abnorme rispetto alle circostanze di fatto riportate, si presenta del tutto immotivato.

Non si comprendeva infatti se l'attribuzione di zero punti fosse stata (i) una mera conseguenza dell'errore di invio dell'allegato B relativo alla “Richiesta di numerazione LCN riservata alla radiotelevisione” ovvero (ii) per aver inoltrato la domanda di partecipazione a mezzo p.e.c. anziché sulla piattaforma Mise.

Invero, ai sensi dell'art. 3, l. n. 241/90 ("Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi"): «*Ogni provvedimento amministrativo [...] deve essere motivato. La motivazione deve indicare i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'amministrazione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria*».

L'obbligo della motivazione è funzionale a mettere in evidenza tutte le circostanze del caso concreto ed evitare l'impiego di clausole di stile; serve inoltre a garantire il diritto alla difesa dell'interessato.

Ove ciò venga omissis ne consegue l'illegittimità dei provvedimenti lungi dal potersi applicare, nel caso di specie, l'art 21 octies della l. 241/1990.

III.

3. **L'impugnata Ordinanza.**

Il TAR ha "Ritenuto che, allo stato e salvo ogni ulteriore successivo approfondimento, non appare sussistente il presupposto del *fumus boni iuris*; considerato, infatti, che in base all'art. 4 del "Bando per l'attribuzione della numerazione automatica dei canali della televisione digitale terrestre ai fornitori di servizi di media audiovisivi operanti in ambito locale dell'area tecnica n. 17 – Sicilia" **la domanda di partecipazione alla procedura doveva essere presentata "esclusivamente" tramite procedura informatizzata**, con accesso attraverso il sito bandifisma.mise.gov.it/lcn, mentre parte ricorrente ha trasmesso la domanda via pec; considerato, ancora, che **il riscontro dell'amministrazione alla pec non consente di ritenere per ciò solo ammissibile la domanda, giacché ciò costituirebbe violazione del bando e del principio della par condicio dei partecipanti**; ritenuto inoltre che l'allegato *periculum in mora* non appare sufficientemente qualificato, tenuto conto che la ricorrente ha comunque ottenuto da diversi mesi l'assegnazione del canale 178 e **non avrebbe potuto ottenere l'assegnazione di un canale a due cifre**".

La ricorrente, avendo interesse all'ottenimento della numerazione (LCN) spettante in base ai punteggi tabellari del bando, chiede la riforma dell'Ordinanza in epigrafe, ritenendola erronea e ingiusta per i seguenti motivi

IN DIRITTO

I.

Error in iudicando. Ha errato il Tribunale nel rigettare la domanda cautelare – ritenendo insussistente il prescritto fumus – in ordine alle modalità di invio della domanda di partecipazione, a mezzo pec anziché tramite piattaforma MISE.

Il rilievo del TAR non può meritare condivisione laddove sia il provvedimento impugnato che la decisione del Primo Giudice appaiono tarati su profili direttamente escludenti, invero non comminati dal bando.

La modalità di presentazione delle domande veniva prescritta tramite **procedura informatizzata**, prevedendo l'utilizzo della piattaforma bandifsma.mise.gov.it/lcn, ed **individuando quale unica circostanza escludente la presentazione fuori termine della domanda.**

Nessuna comminatoria veniva associata ad una diversa modalità di invio della domanda.

Or, **ottenuta la capacità trasmissiva**, la Intermed srl ha formalizzato, nei termini, la propria istanza di partecipazione alla procedura **inviandola a mezzo p.e.c. in uno alla documentazione comprovante i requisiti posseduti.**

La validità delle domande di partecipazione veniva esclusivamente riferita al “contenuto” (art. 4, co. 3, del bando) delle informazioni richieste all’art. 3 del bando.

In generale, *“quando un bando commini espressamente l'esclusione dalla gara in conseguenza di determinate prescrizioni, l'amministrazione è tenuta a dare precisa e incondizionata esecuzione a dette prescrizioni, **restando preclusa all'interprete ogni valutazione circa la rilevanza dell'inadempimento**, la sua incidenza sulla regolarità della procedura selettiva e la congruità della sanzione contemplata nella *lex specialis*, alla cui osservanza la stessa amministrazione si è autovincolata al momento del bando. In particolare, le disposizioni in materia di presentazione della domanda rispondono a precise esigenze di garantire la certezza giuridica del momento dell'invio e della ricezione della domanda di partecipazione e di ciascuno dei documenti informatici trasmessi dal concorrente, oltre che dell'immodificabilità degli stessi, sia da parte del soggetto mittente che dell'amministrazione ricevente, e tale garanzia è **ampiamente rispettata nei casi di invio a mezzo pec laddove vengono generate le relative ricevute (di accettazione e consegna)** a garanzia proprio del rispetto del principio della *par condicio* tra i concorrenti e della trasparenza della gara”* (cfr. T.A.R. Roma, sez. I, 30/03/2021, n.3836).

In altri termini, l'istanza della ricorrente, ancorché inviata a mezzo pec, doveva ritenersi ammissibile con ogni conseguenza in ordine all'attivazione del dovuto soccorso istruttorio.

II.

Error in iudicando. Ha errato il Tribunale nel rigettare la domanda cautelare – ritenendo insussistente il prescritto fumus – ritenendo ininfluyente il riscontro del Ministero alla pec della Intermed srl.

Come esposto in fatto, la domanda della Intermed srl, inviata a mezzo p.e.c., veniva regolarmente acquisita e registrata al protocollo n. 8639 del 7-2-2022 ancorché non presentata tramite la piattaforma Mise.

A comprova della regolare acquisizione della domanda di partecipazione della ricorrente, **lo stesso Ministero, con la nota 8792 del 7-2-2022, riscontrava positivamente l'istanza della ricorrente acquisita al prot. 8639 in pari data, incasellandola, però, tra le istanze relative alle emittenti radiofoniche in simulcast.**

Con tale nota di riscontro, il Ministero invitava la ricorrente a specificare una preferenza tra le numerazioni riservate alla “radiovisione” e quindi “dal n. 351 al numero 399”.

La circostanza è dirimente in quanto il Ministero, ancorché ricevuta a mezzo pec l'istanza della ricorrente, ne avviava l'istruttoria chiedendo alla Intermed srl la rettifica della numerazione di preferenza relativamente ai canali radiotelevisivi (in considerazione dell'errato modello allegato).

In altri termini, indipendente dalla modalità di presentazione a mezzo pec (anziché tramite piattaforma) **la domanda della Intermed srl veniva considerata perfettamente valida ed ammissibile fin tanto che riferita alla radiovisione, tanto che il Ministero invitava al ricorrente a rettificare la relativa numerazione.**

Indi, ove l'istanza della Intermed srl fosse stata realmente riferita alla “radiovisione”, questa sarebbe stata non solo inserita in graduatoria, ma anche ammessa a rettifica tramite soccorso istruttorio (con la preferenza indicata dalla ricorrente), senza che la modalità di invio (a mezzo pec) fosse stata ritenuta un elemento inficiante la domanda.

Tale circostanza, documentale ed incontestabile, non è stata considerata dal TAR ed anche per tale motivo l'ordinanza impugnata merita la chiesta riforma.

III.

Error in iudicando. Ha errato il Tribunale nel ritenere invalido l'invio a mezzo pec "giacchè ciò costituirebbe violazione del bando e del principio della par condicio dei partecipanti".

L'assunto del TAR non tiene conto della tipologia di procedura, meramente finalizzata all'aggiornamento delle numerazioni del digitale terrestre, secondo criteri di assegnazione matematici e non discrezionali, tra coloro i quali sono già risultati idonei alla capacità trasmissiva del digitale terrestre di seconda generazione attraverso una prima procedura concorrenziale.

Il procedimento di assegnazione degli LCN – seconda fase dell'avvio del digitale terrestre di seconda generazione - invero, non prevede confronti concorrenziali o comparativi, ma semplicemente un'auto-assegnazione di punteggi in base alla tipologia di palinsesto, al numero di giornalisti ed alla storicità dell'emittente. All'estio di tali punteggi auto-attribuiti è stata poi formata una graduatoria in cui ciascuna emittente è stata posizionata progressivamente in base al proprio punteggio. In tal senso, la par condicio dei partecipanti – ossia tra coloro i quali sono già risultati idonei alla capacità trasmissiva – risiede solo nella medesima applicazione dei criteri di autovalutazione o nel rispetto dei termini di partecipazione e non certo nelle modalità di presentazione della domanda di assegnazione LCN.

In ogni caso, l'invio a mezzo pec non mina in alcun modo la par condicio dei partecipanti.

Sul punto: *“le disposizioni in materia di presentazione della domanda rispondono a precise esigenze di garantire la certezza giuridica del momento dell'invio e della ricezione della domanda di partecipazione e di ciascuno dei documenti informatici trasmessi dal concorrente, oltre che dell'immodificabilità degli stessi, sia da parte del soggetto mittente che dell'amministrazione ricevente, e tale garanzia è **ampiamente rispettata nei casi di invio a mezzo pec** laddove vengono generate le relative ricevute (di accettazione e consegna) **a garanzia proprio del rispetto del principio della par condicio tra i concorrenti e della trasparenza della gara**”* (cfr. T.A.R. Roma, sez. I, 30/03/2021, n.3836).

Fattispecie diverse, in cui conta, invece, la modalità di presentazione della domanda, sono quelle preordinate alla segretezza di talune informazioni sino all'esito delle relative valutazioni. È il caso del caricamento in apposite piattaforme delle offerte relative agli appalti pubblici, in cui il “sistema” garantisce, sino all'apertura delle buste, l'assoluta segretezza delle informazioni ivi contenute.

In tali ambiti, in questi sì, l'Amministrazione ha l'esigenza di garantire la par condicio dei partecipanti al cui presidio sono preordinate disposizioni di bandi che impongono tassativamente l'inoltro dell'offerta esclusivamente tramite portale, nonché l'esclusione dalla gara per il concorrente che non osserva il principio di segretezza dell'offerta economica, con riguardo dunque a disposizioni della lex specialis rimaste inoppugnate e che risultano palesemente e insanabilmente violate. In tali casi – e non in quello a mani – la necessità di caricare le offerte in specifici portali (a pena espressa di esclusione) è prescritta *“a tutela del principio di segretezza dell'offerta economica, che è a presidio dell'attuazione di principi di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa (art. 97 Cost.), sub specie di trasparenza e par condicio dei concorrenti, per garantire il lineare e libero svolgimento dell'iter che si conclude con il giudizio sull'offerta tecnica e l'attribuzione dei punteggi ai singoli criteri di valutazione, a titolo cautelativo, ne dispone l'esclusione dal prosieguo della gara”* (TAR Trento, 12.10.2021 n. 156). Ma non è questo il nostro caso.

IV.

Error in iudicando. Ha errato il Tribunale nel ritenere che la ricorrente *“non avrebbe potuto l'assegnazione di un canale a due cifre”*.

L'assunto del primo giudice non può meritare alcuna condivisione in quanto non supportato da alcuna motivazione ed è privo di attinenza con la ratio dell'art. 6 del bando che prevedeva la formazione di una graduatoria secondo i punteggi progressivi ottenuti da ciascuna emittente in auto-valutazione.

Sulla base dei criteri del bando, alla ricorrente sarebbero spettati 125 punti:

- (i) storicità del marchio, punti 10,
- (ii) autoproduzione e radicamento, punti 10,
- (iii) numero di giornalisti, punti 105.

Sulla base di tale punteggio, la ricorrente si sarebbe potuta collocare al canale 19 secondo una numerazione progressiva riferita ai punteggi di ciascuno.

In tal senso, non si comprende secondo quale ragionamento il primo Giudice abbia ritenuto che alla ricorrente non sarebbe mai spettato una numerazione a due cifre.

Basti pensare, invece, che assegnatarie di canali a due cifre sono state emittenti con punteggi ben al di sotto dei 125 punti ottenuti dalla ricorrente: dal canale 83 al 97, ad esempio, si ritrovano emittenti con punteggi deteriori, anche con soli 22 punti(!).

DOMANDA CAUTELARE

Il ricorso è assistito dal prescritto *fumus boni iuris* e dal *periculum in mora*.

In particolare, in merito alla fondatezza del ricorso ci si riporta a quanto sopra affermato.

In ordine, invece, alla sussistenza del grave ed irreparabile danno si evidenzia quanto segue.

Secondo il TAR, il *periculum* non apparirebbe sufficientemente qualificato.

Invero, l'esilio della ricorrente all'ultima numerazione disponibile sta causando la perdita di ogni contatto con i propri telespettatori con ogni conseguente perdita degli indici di ascolto che si è riverberato inevitabilmente sugli accordi commerciali in essere, risultando impensabile allo stato sottoscriverne di nuovi.

L'assegnazione di una numerazione "alta" a tre cifre si riverbera inevitabilmente sull'appetibilità degli spazi pubblicitari di cui ogni emittente si sostiene.

La mancata percezione di tali incassi in correlazione agli importi straordinariamente alti del corrispettivo annuo di trasmissione (circa € 33.000 annui nel caso del digitale terrestre di secondo livello, rispetto ai soli 1.500 euro del digitale terrestre di prima generazione), sta causando il collasso economico dell'emittente quale conseguenza esclusiva del trattamento ricevuto.

Nelle more di una decisione che pervenga all'esito del merito non consentirebbe la sopravvivenza dell'emittente televisiva. Non si discute, quindi, di danni altrimenti risarcibili, ma di un danno gravissimo ed irreparabile dovuto alla decozione economica in cui verserebbe la ricorrente ove si perpetrasse nell'assegnazione anzidetta.

Per l'esposto,

VOGLIA L'ILL.MO CONSIGLIO DI STATO IN S.G.

- in riforma dell'Ordinanza impugnata, sospendere l'efficacia di tutti i provvedimenti impugnati e dei conseguenti connessi e consequenziali, ordinando all'Amministrazione resistente, l'assegnazione del numero LCN spettante, anche ai sensi dell'art. 8, co. 8 del bando, ovvero adottare qualsiasi ulteriore pronuncia propulsiva o di remand che possa adeguatamente tutelare, in via interinale, gli interessi della ricorrente;
- in via istruttoria, ordinare l'attivazione soccorso istruttorio, illegittimamente omesso, di cui ai commi 9 e 10 dell'art. 4 del bando, siccome attivabile senza alcuna

preclusione temporale anche all'esito della procedura, indi procedere alla rettifica dell'assegnazione di una numerazione a due cifre, fra quelle ancora disponibili (ex art. 8, commi 4 e 5), coerente con il punteggio oggettivamente spettante alla Intermed srl;

- sempre in via istruttoria, ai fini che interessano, ordinare l'accesso agli atti e l'esibizione dell'elenco delle numerazioni ancora disponibili ex art. 8, comma 4, del bando;
- in via alternativa, ordinate le attività di cui ai commi 9 e 10 dell'art. 4 del bando, ad assegnare una numerazione fra quelle richieste in domanda (nn. 66-77-88), ovvero il n. 110 (LCN storico dell'emittente) anche in applicazione del **comma 8 dell'art. 8**, secondo cui "*All'esito delle procedure di attribuzione delle numerazioni destinate ai fornitori di servizi di media audiovisivi in ambito locale il Ministero valuterà, su apposita richiesta dei soggetti interessati, la possibilità di attribuire la medesima numerazione a più soggetti che abbiano scelto di essere trasportati su reti di II livello diverse, a condizione che non ci sia sovrapposizione territoriale tra queste nell'Area Tecnica*", di cui si è già fatta espressa richiesta.

Emettere ogni coerente statuizione, anche su spese e compensi.

Il contributo unificato non è dovuto.

Ragusa-Roma, 9-1-2023

Avv. Giuseppe Fianchino

(f.to digitalmente)

Avv. Salvatore Molè

**ISTANZA DI NOTIFICA PER PUBBLICI PROCLAMI
AI SENSI DEGLI ARTICOLI 41, QUARTO COMMA E 52, SECONDO
COMMA DEL CPA.**

L'elevato numero di potenziali controinteressati, e precisamente i soggetti inseriti in posizione superiore, i quali verrebbero scavalcati dalla ricorrente, determina la necessità di avanzare istanza al Presidente affinché questi autorizzi la notifica per pubblici proclami, mediante pubblicazione sul sito istituzionale dell'Amministrazione resistente o nelle modalità e nei termini che l'Ill.mo Presidente riterrà opportune ovvero necessarie.

Ragusa-Roma, 9-1-2023

Avv. Giuseppe Fianchino

(f.to digitalmente)
Avv. Salvatore Molè