

ECC.MO CONSIGLIO DI STATO IN S.G.

– ROMA –

Ricorso per revocazione

con istanza di integrazione del contraddittorio

dell'Associazione Tele NBC (nel prosieguo "Tele NBC"), c.f. 02829170964, P.IVA 08243400960, con sede a Canegrate (MI), Via Manzoni n. 15, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa per procura in calce al presente atto dagli avv.ti Sergio Giovanni Verga (c.f. VRGSGG75P24C351B) del Foro di Catania e Domenico Siciliano (c.f. SCLDNC72M15C352J) del Foro di Roma, ed elettivamente domiciliata presso lo studio di quest'ultimo a Roma, Via Vodice n. 7, i quali difensori dichiarano numero fax 063214800 e indirizzi P.E.C. rispettivamente sergiogiovanni.verga@pec.ordineavvocaticatania.it e domenicosiciliano@ordineavvocatiroma.org;

– ricorrente –

contro

il **Ministero delle Imprese e del Made in Italy** (già Ministero dello Sviluppo Economico – MISE all'epoca dei fatti di causa), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, con l'Avvocatura Generale dello Stato;

– Amministrazioni resistenti –

e nei confronti di

- **Soc. Coop. Radiotelevisiva Bergamasca**, con sede legale a Clusone (BG), Via Brescia n. 3, in persona del legale rappresentante *pro tempore*;

- **Associazione Stella**, con sede a Crema (CR), Via IV Novembre n. 51/G, in persona del legale rappresentante *pro tempore*;

- **Associazione Amici di Romano Rizzi**, con sede a Ponte di Legno (BS), Corso Milano n. 33, in persona del legale rappresentante *pro tempore*;

– contro-interessate –

per la revocazione

della sentenza del Consiglio di Stato, Sez. VI, n. 9144 pubblicata il 23 ottobre

2023, resa tra le parti nel giudizio n. R.G. 3661/2023 e non notificata.

* * *

FATTO

(A) Tele NBC svolge attività televisiva nella regione Lombardia.

È autorizzata quale fornitore di servizi di media audiovisivi (FSMA) in ambito locale per i palinsesti a marchi “One Tv” su LCN 112, “Legnano in Tv” su LCN 292, “Tele NBC 4” su LCN 640 e “Tele NBC” su LCN 642.

L’art. 1, comma 1033, legge n. 205/2017 ha disciplinato la riorganizzazione del sistema televisivo digitale terrestre in conseguenza della destinazione di frequenze per l’innanzi usate dalle tv (la c.d. “banda 700”) ai servizi di comunicazione elettronica in tecnologia 5G a far data dal 1 luglio 2022.

Per quanto qui interessa, la legge ha disposto che il MISE assegnasse dapprima a operatori di rete i diritti d’uso delle frequenze televisive locali residue nelle 18 aree tecniche in cui è stato suddiviso il Paese (la Lombardia e il Piemonte orientale corrispondono all’Area Tecnica n. 3) attraverso procedure comparative. Poi, che l’Amministrazione abbinasse la capacità trasmissiva di queste reti agli FSMA locali individuati attraverso un’ulteriore procedura comparativa.

Le procedure di abbinamento degli FSMA alla capacità trasmissiva degli operatori di rete sono state ad esclusione, in conseguenza della scarsità delle frequenze residue dalla destinazione di parte di esse alle telecomunicazioni. Solo i primi collocati nelle graduatorie hanno potuto proseguire l’attività senza soluzione di continuità all’atto del passaggio alle nuove reti. I soggetti collocati agli ultimi posti hanno dovuto invece acquisire capacità trasmissiva, se disponibile, al termine delle procedure collettive in questione.

In attuazione di tali norme il MISE ha pubblicato il “*bando per la formazione delle graduatorie dei fornitori di servizi di media audiovisivi (fsma) in ambito locale a cui assegnare la capacità trasmissiva delle reti di 1° livello dell’area tecnica n. 3 – lombardia e piemonte orientale*” adottato con provvedimento dirigenziale datato 22 luglio 2021 (**doc. 2**).

Ha altresì pubblicato il *“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. 3 – Lombardia e Piemonte orientale”* datato 22 novembre 2021, ai fini dell’attribuzione del c.d. LCN ovvero il numero di telecomando attribuito a ciascun FSMA (**doc. 3**).

La ricorrente ha presentato domande di partecipazione per i propri quattro marchi/palinsesti autorizzati.

Per il marchio *“One Tv”* è stata ritenuta idonea ed è stata ammessa alla negoziazione della fornitura di capacità trasmissiva con l’operatore di rete ed inclusa nella graduatoria degli assegnatari dei numeri LCN.

Invece, le domande per i marchi/palinsesti *“Legnano in Tv”* LCN 292, *“Tele NBC 4”* LCN 640 e *“Tele NBC”* LCN 642 non sono risultate inserite nella graduatoria degli FSMA approvata con determina dirigenziale 29 ottobre 2021 (**doc. 4**) e poi riformulata e approvata con determina 2 novembre 2021 (**doc. 5**).

Notata questa assenza, Tele NBC ha chiesto chiarimenti al MISE (**doc. 6**).

Il 2 novembre 2021 l’Amministrazione ha fatto sapere che le tre domande erano state ritenute non idonee perché *“dai monitoraggi effettuati dall’Ispettorato territoriale competente ... è emerso che i marchi sopra indicati, oggetto di partecipazione al bando di gara, NON risultano diffusi nei bacini autorizzati attraverso gli LCN all’uopo assegnate”* (**doc. 7**).

La circostanza non era però corrispondente alla realtà. Per tale ragione Tele NBC ha chiesto una ulteriore verifica della regolarità delle trasmissioni (**doc. 8**).

Il 25 novembre 2021 l’Ispettorato territoriale Lombardia del MISE ha dato atto di aver in effetti rilevato le trasmissioni della ricorrente (**doc. 9**), che prima non erano state individuate in quanto cercate su una rete diversa da quella effettivamente usata da Tele NBC.

Lo stesso 25 novembre 2021 Tele NBC ha perciò chiesto al MISE la riammissione delle tre domande erroneamente ritenute non idonee (**doc. 10**).

Il 2 dicembre il MISE ha fatto sapere a Tele NBC che *“seppure l’Ispettorato territoriale Lombardia, su richiesta di codesta Associazione, ha riscontrato la diffusione dei suddetti marchi rilevando la programmazione il 23.11.2021 questa divisione ha necessità di accertare che tale diffusione sia avvenuta in vigenza del Bando in essere”*. Pertanto, ha chiesto di produrre *“una registrazione per ciascuno dei marchi oggetto di richiesta di riesame (primi settembre) onde poter verificare l’avvenuta diffusione dei marchi in quel determinato periodo”* (sottolineatura aggiunta) (**doc. 11**).

Il 3 dicembre 2021 Tele NBC ha dato riscontro alla richiesta del MISE inviando le registrazioni del mese di settembre 2021, come espressamente richiesto dal Ministero (**doc. 12**).

A fronte del successivo silenzio dell’Amministrazione, il 15 dicembre 2021 Tele NBC ha sollecitato la riammissione delle tre domande (**doc. 13**).

Tale sollecito non ha avuto riscontro. Andando incontro al termine decadenziale, Tele NBC ha dovuto proporre ricorso al TAR Lazio il quale, con sentenza n. 846/2023 lo ha accolto, rilevando *“un errore decisivo in merito all’accertamento della effettiva diffusione sul canale interessato, errore che inficia i provvedimenti impugnati”* (pag. 8 della sentenza) (**doc. 14**).

Al TAR è risultato evidente l’errore commesso dal Ministero che, nonostante abbia verificato che Tele NBC diffondesse i propri marchi (diffusione non rilevata per un errore iniziale, poi rettificato dall’Ispettorato territoriale) e avesse riscontrato tempestivamente l’ulteriore richiesta istruttoria, è rimasto inerte omettendo di trarne l’unica possibile conseguenza (riammissione delle domande).

L’Amministrazione ha proposto ricorso in appello (**doc. 15**).

Si è costituita Tele NBC per chiederne il rigetto (**doc. 16**).

Con sentenza n. 9144/2023 (**doc. 1**) il Consiglio di Stato ha accolto l’appello.

Tuttavia, la sentenza non ha tenuto conto di una situazione di fatto decisiva, e richiesta proprio dal Ministero ai fini della prova delle trasmissioni della Tele NBC e da quest’ultima pienamente ottemperata.

* * *

DIRITTO

– PER IL GIUDIZIO RESCINDENTE –

Ai sensi dell'art. 395, n. 4, c.p.c. l'errore di fatto che consente di rimettere in discussione il *decisum* con il rimedio straordinario della revocazione si ha “quando la decisione è fondata sulla supposizione di un fatto la cui verità è incontrastabilmente esclusa, oppure quando è supposta l'inesistenza di un fatto la cui verità è positivamente stabilita, e tanto nell'uno quanto nell'altro caso se il fatto non costituì un punto controverso sul quale la sentenza ebbe a pronunciare”.

È consolidato insegnamento della giurisprudenza che l'errore di fatto revocatorio debba rispondere a tre requisiti, consistenti:

- i. nel derivare da una errata od omessa percezione del contenuto materiale degli atti del giudizio che abbia indotto il Giudice ad affermare, o soltanto a supporre, l'esistenza di un fatto incontestabilmente escluso dagli atti di causa, ovvero l'inesistenza di un fatto che dagli atti risulti invece positivamente accertato;
- ii. nell'attenere a un fatto che non abbia costituito un punto controverso sul quale la sentenza abbia pronunciato;
- iii. nell'essere stato un elemento decisivo della decisione da revocare.

Alla luce di tali principi, la ricorrente ritiene sussistente nella fattispecie l'errore revocatorio.

La decisione, nella parte qui oggetto d'impugnazione, così pronuncia: “Come si ricava, incontrovertibilmente, dalla nota del MISE, depositata in primo grado dall'appellata sub doc. 14, l'amministrazione ha contestato alla Tele NBC di non aver comprovato la diffusione dei marchi palinsesti “Legnano in Tv”, “Tele NBC 4” e “Tele NBC”, alla data di pubblicazione del bando (23/7/2021). Ebbene, il detto onere probatorio non è stato assolto dall'appellata, tenuto conto che dall'istruttoria è emerso, unicamente, un dato irrilevante ai fini

dell'ammissibilità della domanda di partecipazione alla procedura, ovvero la diffusione dei marchi in parola, al mese di novembre, o al più a quello di settembre, del 2021. La Tele NBC, infatti, ha invocato a sostegno delle proprie ragioni la nota del 3/12/2021 con la quale sono stati indicati al MISE i link concernenti la registrazione, per ciascuno dei suddetti marchi, di una giornata di trasmissioni (doc. 15 del giudizio di primo grado).

Tuttavia dalla stessa nota emerge la sua irrilevanza ai fini di causa. In essa si afferma, infatti, che la registrazione si riferisce a trasmissioni effettuate i primi di settembre e, quindi, inidonee a comprovare la diffusione dei marchi nel precedente mese di luglio.

Ne consegue che correttamente il Ministero appellante ha adottato l'avversato provvedimento di esclusione” (pag. 8, enfasi aggiunte).

Orbene, l'errore di fatto attiene alla percezione del contenuto della nota Ministeriale del 2 dicembre 2021 (**doc. 11**) nella quale il Ministero ha richiesto le registrazioni dei programmi del mese di settembre 2021 agli specifici fini della prova delle trasmissioni.

Invero la nota così recita: “*si richiede a codesta Associazione medesima di produrre, con le modalità che crede più opportune (anche tramite l'applicativo WeTransfert) una registrazione per ciascuno dei marchi oggetto di richiesta di riesame (**primi di settembre**) onde potere verificare l'avvenuta diffusione dei marchi in quel determinato periodo)”.*

In coerenza, l'Associazione Tele NBC ha inviato le registrazioni di settembre, come appunto richiesto, in perfetta coerenza con l'espressa richiesta del Ministero ai fini della prova delle trasmissioni, dopo l'errore marchiano di non avere rilevato in origine le trasmissioni della ricorrente.

L'errata percezione del contenuto materiale del documento in questione da parte del Giudicante è confermata dalla circostanza che nella sentenza è fatto riferimento esplicito alla data del 23 luglio 2021 come giorno nel quale doveva essere provata l'esistenza delle trasmissioni.

Tuttavia, facendo tale riferimento il Giudicante dimostra di aver supposto l'inesistenza di un fatto (trasmissioni a luglio) la cui esistenza è stata tuttavia documentata attraverso atti dell'Amministrazione e, in particolare, la nota dell'Ispettorato che ha riconosciuto l'errore iniziale, e la richiesta della direzione centrale delle registrazioni di settembre, fornite da Tele NBC e sulle quali non vi sono state contestazioni (v. **doc. 12**).

Questi due fatti documentati dimostravano oggettivamente la regolarità delle trasmissioni di Tele NBC.

È bene precisare che l'Amministrazione ha chiesto le registrazioni di settembre perché a norma dell'art. 8, all. A, delibera AGCOM n. 353/11/CONS, gli FSMA sono tenuti a conservare le registrazioni dei programmi per tre mesi dalla diffusione. Pertanto, al momento della richiesta del Ministero (dicembre), le registrazioni più risalenti disponibili alla ricorrente erano quelle del precedente mese settembre.

Il Decidente invece, per svista o incompleta percezione del contenuto delle note ministeriali in parola, ha ritenuto non raggiunta la prova della diffusione che, invece, è stata fornita. Ed invero, già il TAR Lazio, aveva ritenuto pianamente raggiunta quella prova, accogliendo infatti il ricorso.

La giurisprudenza, in materia di revocazione ha stabilito che: *“L'errore di fatto revocatorio consiste nell'erronea percezione del contenuto materiale degli atti del processo (o in una svista, in un errore di lettura, nel cd. abbaglio dei sensi), a cagione del quale il giudice abbia fondato il suo convincimento su di un falso presupposto di fatto”* (Cons. Stato, sent. n. 785/2023).

Nel nostro caso si è verificata un'incompleta lettura di documenti decisivi provenienti dal MISE che, dapprima tramite l'Ispettorato, ha confermato l'errore nella ricerca della programmazione e, poi, il 2 dicembre 2021 ha chiesto la prova delle trasmissioni per il mese di settembre che la scrivente era obbligata a detenere ed ha fornito.

E infatti nella sentenza si afferma: *“La Tele NBC, infatti, ha invocato a sostegno delle proprie ragioni la nota del 3/12/2021 con la quale sono stati indicati al MISE i link concernenti la registrazione, per ciascuno dei suddetti marchi, di una giornata di trasmissioni (doc. 15 del giudizio di primo grado).*

Tuttavia dalla stessa nota emerge la sua irrilevanza ai fini di causa. In essa si afferma, infatti, che la registrazione si riferisce a trasmissioni effettuate i primi di settembre e, quindi, inidonee a comprovare la diffusione dei marchi nel precedente mese di luglio”.

In questo passo della sentenza si ravvede l'errore materiale.

Invero il Giudice qui fa riferimento alla nota di Tele NBC del 3 dicembre 2021 con la quale invia il *link* con la prova delle registrazioni di settembre 2021.

Ma tale nota è in risposta alla richiesta espressa del MISE del 2 dicembre che richiede appunto *“primi di settembre”*.

La giurisprudenza ha stabilito che *“Ai fini della domanda di revocazione, l'errore di fatto deve essere caratterizzato dal derivare da una mera errata od omessa percezione del contenuto meramente materiale degli atti del giudizio, la quale abbia indotto l'organo giudicante a decidere sulla base di un falso presupposto di fatto”*. La medesima sentenza specifica: *“L'errore di fatto revocatorio deve consistere in una falsa percezione di quanto emerge dagli atti sottoposti al suo giudizio, che si concretizza in una svista materiale su circostanze decisive, che emergono dagli atti in modo immediato e semplice, rimanendo escluso ogni apprezzamento in ordine alla valutazione in diritto delle risultanze processuali”* (Cons. Stato, sent. n. 3318/2023).

La svista è certamente su un documento decisivo, ovvero la parziale lettura della nota del MISE che richiese e ritenne, ai fini della prova, sufficiente inviare le trasmissioni di settembre. Nonché su un fatto che non ha costituito un punto controverso sul quale la sentenza abbia pronunciato, posto che mai nel contraddittorio delle Parti era stata sollevata tale questione, né il Giudicante l'ha sottoposta all'attenzione di esse, neanche in sede di discussione orale.

Quindi, l'errore revocatorio è configurabile nel fatto che il Giudice abbia ritenuto non provata una circostanza quando, invece, era provata, o, per dirla nei termini dell'art. 395 n. 4 c.p.c., “*quando è supposta l'inesistenza di un fatto la cui verità è positivamente stabilita*”.

Ed era infatti positivamente stabilito che il Ministero, con nota del 2 dicembre, richiedendo la prova delle trasmissioni di settembre, intendeva proprio ricevere conferma della regolarità delle trasmissioni e l'aveva avuta con la nota di Tele NBC del 3 dicembre.

Ad colorandum, è da sottolineare l'assoluto paradosso della vicenda che ha coinvolto la ricorrente:

1) alla verifica delle trasmissioni, ai fini dell'ammissibilità della domanda di partecipazione, il Ministero non ha rilevato le sue trasmissioni, perché l'ha confusa con un'altra emittente dal nome simile al suo – la NBC Milano TV – che invece non trasmetteva;

2) l'Ispettorato territoriale ha ammesso l'errore e ha specificato che all'ulteriore controllo la Tele NBC effettivamente trasmetteva i tre marchi esclusi;

3) il MISE ha accolto l'ammissione dell'errore dell'Ispettorato, ma ha chiesto a Tele NBC le registrazioni più risalenti possibile vale dire quelle del mese di settembre;

4) l'Associazione ha immediatamente fornito quella prova;

5) il Ministero non ha contestato alcunché, ma non ha più dato seguito;

6) il Giudice, per errore nella lettura del documento ministeriale, ha ritenuto mancante la prova di trasmissioni di luglio, ma il Ministero aveva espressamente richiesto quelle di settembre, puntualmente fornite dalla ricorrente.

Per una sequela di errori, di cui l'Associazione è solo vittima, non è stata ammessa alla procedura e alla graduatoria e ha dovuto cessare l'attività dei tre marchi esclusi, rimanendo senza prospettiva di ripresa nonché senza *chance* di ristoro dei pregiudizi patiti.

* * *

– PER IL GIUDIZIO RESCISSORIO –

La ricorrente ha interesse che sia riformata la sentenza oggetto della presente impugnazione con l'eliminazione del capo in cui viene affermato che essa non trasmetteva regolarmente alla data richiesta dal Ministero (pagg. 6-7).

Da quanto dedotto e dimostrato emerge senza dubbi o equivoci la sussistenza dei presupposti dell'errore revocatorio, indotto da "abbaglio dei sensi" in cui è incorso il Giudicante in conseguenza dell'erronea percezione del contenuto di un documento decisivo secondo una prospettiva non già oggetto di contraddittorio.

Una volta emersi gli elementi su prospettati, la motivazione della sentenza impugnata dovrebbe essere adeguata di conseguenza e, per l'effetto, alla luce delle risultanze delle nuove evidenze offerte a codesto ecc.mo Collegio, l'appello del Ministero dovrebbe essere respinto, con conseguenziale soddisfacimento l'interesse della odierna ricorrente in termini ripristinatori ovvero in funzione risarcitoria, stante la pronuncia sull'applicabilità alla fattispecie dell'art. 1, comma 1037, legge n. 205/2017.

Tale conclusione sarà l'unica possibile alla luce della corretta percezione dei fatti e delle informazioni contenute negli atti e documenti di causa. Ogni diversa statuizione non conforme all'interesse della ricorrente non potrebbe che essere conseguenza dei denunciati errori.

* * *

Istanza di integrazione del contraddittorio

Il ricorso in epigrafe ha ad oggetto la procedura di individuazione degli FSMA locali trasportati nelle nuove reti televisive locali nella regione Lombardia e nel Piemonte orientale sulle reti televisive digitali terrestri di seconda generazione (DVB-T2).

Si tratta di un procedure comparative ad esclusione.

Nel primo grado del giudizio il TAR Lazio – Roma ha ritenuto sussistenti esigenze di conoscenza legale da parte di tutti i soggetti inclusi negli elenchi per cui è causa in quanto ritenuti possibili contro-interessati, ordinando l'integrazione

del contraddittorio per pubblici proclami in considerazione del fatto che sussistono oggettive difficoltà di identificazione certa dei destinatari della notificazione e di reperimento dei relativi riferimenti, in quanto:

- le società di capitali sono indicate esclusivamente attraverso la ragione sociale (non sono indicati dati univoci come il c.f. o la P.IVA), il che espone a rischio di erronea individuazione;
- sono incluse associazioni non riconosciute, anche queste indicate esclusivamente attraverso la ragione sociale e non attraverso un identificatore univoco, e notoriamente non iscritte in pubblici registri, le quali non dispongono di un domicilio legale facilmente conoscibile valido per le notificazioni anche per via telematica;
- il numero dei destinatari della notificazione è elevato;

Per il caso in cui codesto ecc.mo Collegio condividesse tale considerazione, la ricorrente rivolge sin da ora rispettosa

istanza

di autorizzazione alla notifica per pubblici proclami ai sensi dell'art. 49 c.p.a. del ricorso introduttivo del presente giudizio nei confronti dei soggetti collocati negli elenchi dei fornitori di servizi di media audiovisivi (FSMA) in ambito locale a cui assegnare la capacità trasmissiva delle reti locali dell'area tecnica n. 3 – Lombardia e Piemonte orientale predisposti dal Ministero dello Sviluppo Economico nell'ambito delle procedure attuative dell'art. 1, commi 1034-1035, della legge n. 205/2017, con le forme adottate in precedenti analoghi, vale a dire mediante pubblicazione sul sito internet del Ministero delle Imprese e del Made in Italy di un estratto in forma sintetica del ricorso, del *petitum*, delle censure e degli atti impugnati, da trasmettere all'Amministrazione entro un termine indicato dal Collegio e con indicazione di un ulteriore termine entro il quale la medesima Amministrazione dovrà provvedere alla pubblicazione (cfr. TAR Lazio – Roma ordd. 892/2022, 891/2022, 1066/2020, 1064/2020, 10805/2019, 10302/2019).

Non essendo fissata udienza di discussione, l'integrazione potrebbe essere

disposta dal Presidente con decreto *ex art.* 49, comma 1, c.p.a. (cfr. ad es. Cons. Stato, decr. 1578/2020).

* * *

P.Q.M.

Piaccia a codesto ecc.mo Collegio, previa eventuale integrazione del contraddittorio e respinta ogni contraria istanza ed eccezione, revocare la sentenza del Consiglio di Stato, Sez. VI, n. 9144 del 23 ottobre 2023, per l'effetto dichiarandola nulla e priva di effetto giuridico, con ogni consequenziale statuizione.

Con vittoria di spese e compensi.

Si producono i documenti numerati citati in narrativa.

Ai fini del contributo unificato per le spese degli atti giudiziari, si dichiara che il valore è indeterminabile ed è dovuto nella misura di euro 975.

Con ossequio.

Roma-Catania, data della firma digitale

Avv. Sergio G. Verga

Avv. Domenico Siciliano