

TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE DEL LAZIO - ROMA

Notifica per pubblici proclami ai sensi dell'ordinanza n. 12531/2022 nel giudizio R.G. 9629/2021

La **Telecolore S.r.l.**, c.f. 05978370657, con sede legale a Salerno, Via Gabriele Guglielmi n. 6, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Domenico Siciliano (c.f. SCLDNC72M15C352J) del Foro di Roma ed elettivamente domiciliata presso lo studio di quest'ultimo a Roma, Via Antonio Gramsci n. 14, indirizzo PEC domenicosiciliano@ordineavvocatiroma.org e recapito fax n. 063214800, ha promosso il giudizio in epigrafe contro il Ministero dello Sviluppo Economico, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura Generale dello Stato, per l'annullamento, ovvero, in subordine e ove occorra, per il risarcimento del danno patito e patiendo in conseguenza dell'illegittimità dei seguenti atti:

- quanto al ricorso introduttivo:

- avviso di adozione della *“Integrazione dei bandi di gara della procedura 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° e 2° livello nelle aree tecniche”* pubblicato in G.U.R.I. Serie Generale n. 222 del 16 settembre 2021, nella parte in cui dispone che *“Resta ferma la data di scadenza per la presentazione delle domande di partecipazione”*;

- qualsiasi atto presupposto, consequenziale o comunque connesso, anche di esecuzione, ivi inclusi:

-- 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° E 2° LIVELLO DELL'AREA TECNICA N. 14 - CAMPANIA”* adottato con provvedimento dirigenziale datato 14 settembre 2021 pubblicato sul sito internet del MISE il 15 settembre 2021;

-- 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° E 2° LIVELLO DELL'AREA TECNICA N. 14 - CAMPANIA”* adottato con provvedimento dirigenziale datato 23 luglio 2021 pubblicato in pari data sul sito internet del MISE e di cui è stato dato avviso in G.U.R.I. Serie Generale n. 175 del 23 luglio 2021;

-- le risposte ai quesiti degli interessati rese disponibili sul sito internet del Ministero;

- quanto al primo ricorso per motivi aggiunti:

- determina dirigenziale 17 marzo 2022 di approvazione della “*Graduatoria provvisoria FSMA AT14 - Campania*”;
- determina dirigenziale 24 marzo 2022 di approvazione della “*Nuova Graduatoria provvisoria FSMA - Area Tecnica AT14 Campania*”;
- determina dirigenziale 24 marzo 2022 di approvazione della “*Graduatoria provvisoria esito seduta pubblica FSMA area tecnica AT14 Campania*”;
- determina dirigenziale 4 aprile 2022 di approvazione della “*Nuova Graduatoria provvisoria FSMA - Area Tecnica AT14 Campania*”;
- determina dirigenziale 8 aprile 2022 di approvazione della “*Graduatoria FSMA area tecnica AT14 Campania esito seduta pubblica*”;
- bando di gara 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. 14 – Campania reso noto in data 28 marzo 2022;
- qualsiasi atto presupposto, consequenziale o comunque connesso, anche di esecuzione;
- **quanto al secondo ricorso per motivi aggiunti:**
- determina dirigenziale 17 maggio 2022 di approvazione della “*Graduatoria definitiva FSMA AT14 Campania*”;
- determina dirigenziale 18 maggio 2022 di approvazione della “*Graduatoria provvisoria LCN AT14 Campania*”;
- determina dirigenziale 19 maggio 2022 di approvazione della “*Graduatoria definitiva LCN AT14 Campania*”;
- qualsiasi atto presupposto, consequenziale o comunque connesso, anche di esecuzione.

Sintesi del *petitum* e delle censure

La ricorrente è una tv locale nella regione Campania. È titolare di tre autorizzazioni alla fornitura di servizi di media audiovisivi (FSMA) per i marchi/palinsesti “*Telecolore*” diffuso su LCN 16 e in alta definizione sul 516, “*Telecolore News*” su LCN 190 e “*Telecolore Sport*” su LCN 614.

Il ricorso ha ad oggetto la procedura di individuazione degli FSMA locali che avranno titolo a essere trasportati nelle nuove reti televisive locali nell’area tecnica n. 14 corrispondente al territorio della regione Campania dal 1 luglio 2022, allorché saranno liberate le attuali frequenze televisive per essere assegnate ai gestori telefonici per il 5G, e saranno attivate quelle residue utilizzabili per la seconda generazione del digitale terrestre televisivo (DVB-T2).

La ricorrente non ha potuto presentare domanda di partecipazione per i propri marchi/palinsesti autorizzati per motivi a sé non imputabili. Rischia di essere espulsa dal

mercato televisivo e, comunque, ha già oggi certezza di perdere il posizionamento competitivo e il patrimonio da essa acquisito, incluse le pregiate numerazioni LCN di cui è assegnataria (*in primis* il numero LCN 16).

Il MISE, infatti, ha modificato le regole della procedura in corso d'opera, a soli tre giorni dalla scadenza del termine (21 settembre 2021), sia attraverso risposte a richieste di chiarimenti rese note il 14 settembre 2021, sia con la pubblicazione di un nuovo bando sempre il 14 settembre 2021. Tuttavia il successivo 16 settembre ha pubblicato l'avviso impugnato, in cui ha confermato la scadenza del 21 settembre 2021 per la presentazione delle domande.

Alla luce dei chiarimenti forniti dal MISE il 14 settembre 2021, la ricorrente si è determinata a partecipare per tutti i propri tre marchi/palinsesti. In buona fede ha confidato che il termine per la presentazione delle domande decorresse dalla pubblicazione del nuovo bando, posto che in esso era così disposto. Dopo il 21 settembre, invece, la piattaforma informatica predisposta dal MISE non ha più consentito la presentazione di domande. La ricorrente ha così scoperto che il 16 settembre il MISE aveva confermato la scadenza originaria.

Il 23 luglio 2021 il MISE ha approvato 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° E 2° LIVELLO DELL'AREA TECNICA N. 14 - CAMPANIA*”.

L'art. 4.1 del bando dispone che “*La domanda di partecipazione alla procedura deve essere presentata entro 60 giorni solari dalla data di pubblicazione dell'avviso del bando di gara nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana*”. L'art. 11.1 dispone che “*Dell'adozione del presente bando viene data notizia mediante avviso pubblicato nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana*”.

L'avviso della pubblicazione del bando in questione è stato dato in G.U.R.I. Serie Generale n. 175 del 23 luglio 2021. Il termine originario per la presentazione delle domande di partecipazione era perciò il 21 settembre 2021.

L'art. 4.9 del bando del 23 luglio 2021 dispone che “*Le richieste di chiarimenti inerenti la presente procedura di gara potranno essere formulate entro 7 giorni solari dalla data di pubblicazione del presente bando*”. Il punto 4.10 dispone che “*Le risposte alle richieste di chiarimento saranno pubblicate sul sito istituzionale del Ministero*”.

Le risposte sono state pubblicate il 14 settembre 2021, a cinque giorni lavorativi dalla scadenza del termine per la presentazione delle domande.

Si è trattato di ben 207 risposte, che in larga parte hanno avuto contenuto integrativo e anche novativo del bando. Ad esempio, in due casi sono presenti *errata corrige* di precedenti

risposte che avevano inizialmente risolto i rispettivi quesiti in senso opposto a quello poi chiarito dal MISE. In tre casi (il MISE ha dato atto che la casistica non era contemplata dal bando e che avrebbe perciò dovuto correggerlo).

A fronte di ciò il MISE ha adottato il nuovo bando contestualmente alla pubblicazione dei chiarimenti in questione, il 14 settembre 2021. Anche il nuovo bando dispone che “*La domanda di partecipazione alla procedura deve essere presentata entro 60 giorni solari dalla data di pubblicazione dell’avviso del bando di gara nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana*” (art. 4.1).

Sulla scorta dei chiarimenti forniti dal MISE la ricorrente si è determinata a presentare domanda per tutti e tre i propri marchi/palinessti, anziché una domanda sola, come aveva invece avuto in animo sino a quel momento.

La ricorrente ha confidato in buona fede di poter presentare le proprie domande entro 60 giorni dalla pubblicazione del nuovo bando, stante il tenore dell’art. 4.1.

Tuttavia, dopo il 21 settembre la piattaforma informatica predisposta dal MISE non ha più consentito la compilazione e presentazione delle domande per la Campania. È così emerso che il MISE aveva confermato la scadenza originaria, ma non nel nuovo bando, bensì nell’avviso a sua volta pubblicato il 16 settembre 2021 (a tre giorni dalla scadenza...).

Per tale ragione la ricorrente non ha potuto presentare domanda di partecipazione e sarà espulsa dal mercato televisivo.

Premesso quanto sopra, la ricorrente ha chiesto l’accoglimento del ricorso introduttivo per i motivi di diritto qui sintetizzati.

– SEZ. I – Illegittimità degli atti impugnati –

1. INESISTENZA, NULLITÀ O, IN SUBORDINE, ANNULLABILITÀ PER INCOMPETENZA/DIFETTO DI ATTRIBUZIONE. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEGLI ARTT. 1 E 4 E SS. DELLA LEGGE 241/1990. ECCESSO DI POTERE PER INIDONEITÀ ALLO SCOPO, SVIAMENTO, CONTRADDITTORIETÀ, ERRORE IN FATTO E IN DIRITTO.

L’avviso impugnato è un documento informale.

Ha apparente provenienza dalla Direzione Generale per i Servizi di Comunicazione Elettronica, Radiodiffusione e Postali del MISE, ma è privo di sottoscrizione e finanche della semplice indicazione del suo autore/sottoscrittore.

Il riferimento Direzione Generale per i Servizi di Comunicazione Elettronica, Radiodiffusione e Postali del MISE farebbe ritenere che il suo autore debba essere il competente Direttore Generale. Ma ciò sarebbe in contraddizione con la circostanza che i bandi sono stati invece adottati dal Dirigente della Divisione IV della DGSCERP del MISE.

L'avviso è privo dei requisiti del provvedimento amministrativo.

Deve ritenersi inesistente o, comunque, non avente carattere provvedimentale, come tale inidoneo a integrare o derogare il contenuto del nuovo bando del 14 settembre 2021.

Ammesso poi per mera ipotesi che l'avviso esista e abbia natura provvedimentale, sarebbe irregolare in riferimento alla sua apparente adozione da parte del Direttore Generale della DGSCERP anziché dal sottoscrittore del bando.

2. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEGLI ARTT. 1, 3 E 12 DELLA LEGGE 241/1990. VIOLAZIONE DEI PRINCIPI DEL GIUSTO PROCEDIMENTO, PLURALISMO, EGUAGLIANZA, BUON ANDAMENTO E IMPARZIALITÀ DELL'AZIONE AMMINISTRATIVA (ARTT. 3, 21 E 97 COST.). ECCESSO DI POTERE PER SVIAMENTO, ILLOGICITÀ E CONTRADDITTORIETÀ MANIFESTE, DISPARITÀ DI TRATTAMENTO, INGIUSTIZIA, DIFETTO ASSOLUTO DI MOTIVAZIONE.

2.1. Ove mai l'avviso impugnato fosse ritenuto esistente, sarebbe illegittimo.

È palese la completa assenza di motivazione. Nulla nell'avviso in questione spiega le ragioni per cui il MISE ha ritenuto di confermare il termine originario per la presentazione della domanda a soli tre giorni lavorativi prima della scadenza del termine.

In due casi sono presenti *errata corrige* di precedenti risposte. Sebbene il MISE abbia definito tali revisioni "*errata corrige*", è agevole osservare che non si è trattato della correzione di meri errori materiali, bensì di veri e propri ripensamenti da parte del MISE, che ha fornito soluzioni opposte a quelle precedenti.

Uno dei presunti errori riguardava le condizioni per l'accesso alla procedura in caso di cessione di autorizzazioni. Il MISE ha mutato orientamento, fornendo una soluzione diversa al quesito in merito alla legittimazione a partecipare.

Questo diverso approccio, reso noto a pochi giorni dalla originaria scadenza del termine per la domanda, non poteva essere compatibile con il principio di massima partecipazione entro un termine di scadenza pressoché immediata. Basti pensare che il bando chiede di allegare alla domanda una lettera di un istituto di credito che attesti l'affidabilità finanziaria del partecipante. È massima di comune esperienza che la richiesta e l'ottenimento di una tale lettera non è normalmente affare che si può sbrigare in due o tre giorni, tanto più se l'istituto di credito deve valutare l'affidabilità della parte privata rispetto a una condizione diversa da quella magari prospettata in prima battuta.

In tre casi il MISE ha dovuto riconoscere che la casistica sottoposta non era contemplata dal bando, e che avrebbe perciò proceduto a modificare il bando stesso. Cosa che ha fatto, introducendo ad esempio il criterio del sorteggio.

Ma, anche in questo caso, la nuova regola adottata dal MISE non poteva essere

compatibile con l'originaria scadenza della presentazione delle domande. Sia per la necessità di produrre lettera di affidabilità di un istituto di credito, sia perché l'apertura del MISE ha moltiplicato – quanto meno per la ricorrente – le attività da svolgere ai fini della presentazione di tre domande anziché una.

Inoltre, in soli tre giorni lavorativi non potevano essere esaminati con il necessario grado di dettaglio tutti i 207 chiarimenti e le modifiche del bando pubblicati dal MISE. Non potevano essere svolte tutte le attività occorrenti ai fini della partecipazione e predisposizione di due domande aggiuntive. Non potevano essere svolti gli adempimenti connessi alla raccolta della lettera di affidabilità finanziaria da parte di un istituto di credito.

In considerazione di tali correzioni la ricorrente si è determinata a presentare domande per tutti i propri tre marchi/palinsesti, cosa che non è riuscita a fare perché il MISE ha chiuso inopinatamente la procedura. Ha confidato in buona fede che il termine per la presentazione della domanda decorresse nuovamente dalla pubblicazione del nuovo bando, posto che in questo erano state ribadite sia la clausola di durata (60 giorni *ex art.* 4.1) sia la clausola di decorrenza del termine (dalla pubblicazione dell'apposito avviso *ex art.* 11.1).

Nulla nel bando (che è l'unica *lex specialis* del procedimento, che non è affatto contenuta nell'avviso di pubblicazione) né nelle risposte ai quesiti lasciava intendere l'intenzione del MISE di confermare la scadenza originaria del termine.

Cosa che, infatti, il MISE ha fatto in una sede non pertinente (l'avviso di pubblicazione del bando), in cui ha introdotto una clausola ingiustificatamente limitativa del diritto di partecipazione e del principio di massima partecipazione. Oltre che in modo ingiusto e sproporzionato, nonché in palese contrasto con il contenuto dello stesso nuovo bando.

La ricorrente è stata indotta in errore dal MISE.

È stata ingiustamente discriminata rispetto agli altri partecipanti non interessati dalle modifiche introdotte ad opera dei chiarimenti e del nuovo bando del 14 settembre 2021. Questi ultimi, infatti, hanno avuto 60 giorni per preparare le proprie domande, laddove la scrivente avrebbe avuto solo tre giorni lavorativi.

3. ILLEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE DELL'ART. 1, COMMA 1037, DELLA LEGGE N. 205/2017 PER VIOLAZIONE DEGLI ARTT. 3, 24, 41, 111 E 113 COST.

È noto il disposto del comma 1037 dell'art. 1 della legge 205/2017: *“In ragione del preminente interesse nazionale alla sollecita liberazione e assegnazione delle frequenze, l'annullamento di atti e provvedimenti adottati nell'ambito delle procedure di cui ai commi da 1026 a 1036 non comporta la reintegrazione o esecuzione in forma specifica e l'eventuale risarcimento del danno eventualmente dovuto avviene solo per equivalente. La tutela cautelare*

è limitata al pagamento di una provvisionale”.

Tale norma non può impedire al privato di ottenere tutela giurisdizionale ripristinatoria avverso atti illegittimi della P.A., tanto più nel caso di specie, in cui i provvedimenti richiesti (la riapertura del termine per la presentazione delle domande) non sono idonei a incidere in alcun modo sulla liberazione dello spettro.

Ove si fosse di diverso avviso, le norme farebbero sorgere dubbi di costituzionalità.

La riorganizzazione dello spettro e dell'emittenza radiotelevisivi impone la vera e propria cessazione dell'attività imprenditoriale di centinaia di emittenti televisive locali, mediante la riappropriazione – dapprima su base volontaria, poi forzata – da parte del MISE delle frequenze televisive, la riassegnazione a operatori di rete delle nuove frequenze (che sono circa 1/10 rispetto all'innanzi, con proporzionale riduzione dello spazio disponibile) e l'abbinamento degli FSMA agli operatori di rete secondo una procedura comparativa che comporterà l'esclusione (*i.e.* cessazione dell'attività) per i soggetti che non si collocheranno in posizione utile nella pertinente graduatoria.

Gli effetti di questa operazione sono “garantiti” da quella che è una vera e propria ingiusta compressione del diritto di difesa, posto che, nella materia *de qua*, la pienezza della tutela giurisdizionale costituzionalmente garantita sarebbe apparentemente limitata alla riparazione per equivalente nel merito e al pagamento di una provvisionale in sede cautelare.

A fronte di tale situazione è veramente difficile non vedere le plurime violazioni di fondamentali libertà costituzionali.

Viene in rilievo la violazione dei diritti tutelati dagli articoli 24, 111 e 113 Cost., inerenti alla tutela giurisdizionale di diritti e interessi legittimi.

La normativa richiamata impedisce o, comunque, rende particolarmente onerosa o, ancora, inefficace la tutela giurisdizionale in tutti i casi in cui si controverta delle procedure *lato sensu* disciplinate dai commi da 1026 a 1036 della legge n. 205/2007.

È così vanificato in concreto il diritto di agire in giudizio a tutela dei propri diritti e interessi legittimi e nei confronti della P.A.. Viene sterilizzato il principio del giusto processo, con particolare riferimento al principio della “parità delle armi” costituzionalizzato dall'art. 111, comma 1, Cost..

Per queste ragioni la ricorrente ha sottoposto questione di legittimità costituzionale, che a pare non infondata e rilevante ai fini della decisione.

4. VIOLAZIONE DEGLI ARTT. 34 E SS E 56 E SS. TFUE E DELLA DIRETTIVA 2002/77/CE. CONSEGUENTE DISAPPLICAZIONE DELL'ART. 1, COMMA 1037, DELLA LEGGE N. 205/2017.

Sempre per il caso in cui l'art. 1, comma 1037, della legge 205/2017 fosse ritenuto

applicabile al caso di specie, ad avviso della scrivente esso farebbe sorgere dubbi anche in punto di compatibilità con il diritto unionale.

La direttiva 2002/77/CE “*relativa alla concorrenza nei mercati delle reti e dei servizi di comunicazione elettronica*” (c.d. Direttiva Concorrenza), pone il generale divieto agli Stati membri di accordare o mantenere in vigore diritti esclusivi o speciali per l’installazione e/o la fornitura di reti di comunicazione elettronica, o per la fornitura di servizi di comunicazione elettronica a disposizione del pubblico (art. 2).

Decisioni in contrasto con tale divieto hanno carattere eccezionale e sono ammesse solo in casi particolari (v. l’odierno art. 52 del TFUE) e, comunque, lasciano impregiudicata “*la possibilità di impugnare tale decisione dinanzi ad un organo indipendente e, in ultima istanza, dinanzi ad un organo giurisdizionale*”.

Dal mancato rispetto della disciplina comunitaria applicabile alla nostra materia deriva l’illegittimità comunitaria dell’art. 1, comma 1037, della legge n. 205/2017 con conseguente necessità di disapplicare tale normativa.

La ricorrente ha perciò sottoposto alla considerazione del Collegio la pregiudizialità comunitaria della questione, che anch’essa pare non infondata e rilevante ai fini della decisione.

* * *

Per il caso in cui l’art. 1, comma 1037, della legge 205/2017 fosse ritenuto applicabile al caso di specie e le prospettate questioni di legittimità costituzionale e compatibilità con il diritto unionale non fossero ritenute fondate e rilevanti, la scrivente ha altresì svolto la domanda risarcitoria subordinata qui sintetizzata.

– **SEZ. II** –

– **Domanda risarcitoria** –

L’art. 1, comma 1037, della legge 205/2017 riconosce il diritto al risarcimento del danno al privato danneggiato da condotte della P.A. nell’ambito delle procedure di liberazione delle frequenze di banda 700.

Nel caso di specie la P.A. si riscontra responsabilità della P.A. per il danno ingiusto causato al privato derivante da illegittimo esercizio dell’attività amministrativa, ai sensi dell’art. 30, co. 2, c.p.a..

Anche per la P.A., infatti, vige la regola del *neminem laedere* sancita dall’art. 2043 c.c. e la conseguente responsabilità risarcitoria.

Affinché l’Amministrazione sia tenuta a risarcire i danni ingiustamente provocati al privato è necessaria la verifica della sussistenza: della lesione della situazione soggettiva tutelata, della colpa, del danno patrimoniale e del nesso causale tra illecito e danno.

Nella fattispecie sussistono tutti gli elementi considerati.

Sulla scorta di quanto esposto in narrativa si riscontra in concreto che:

- la ricorrente è stata senz'altro lesa dal provvedimento contestato;
- il provvedimento contestato è illegittimo;
- le modalità della precisazione circa la decorrenza del termine di presentazione della domanda sono state opache e non trasparenti, e sono state contraddittorie rispetto al contenuto dei bandi inducendo in errore gli interessati, il che conferma che il comportamento della P.A. è stato omissivo e negligente, per ciò colposo;
- la ricorrente subisce pregiudizi oggettivi derivanti dalla mancata partecipazione alla procedura, poiché il 1 luglio 2022 sarà espulsa dal mercato televisivo e perderà il posizionamento competitivo e il patrimonio da essa acquisito, incluse le pregiate numerazioni LCN di cui è assegnataria;
- il nesso causale tra l'illecito e il danno è evidente giacché il pregiudizio è conseguenza immediata e diretta del fatto della P.A.; non si sono verificati altri eventi che possono aver concorso, in tutto o in parte, a produrre il danno.

Vi è altresì responsabilità della P.A. per il danno arrecato alla ricorrente in occasione e per causa del contatto qualificato derivante dall'attività procedimentale nelle procedure *de quibus*, e nell'affidamento che la scrivente ha riposto nella correttezza e nella lealtà dell'azione amministrativa, nonché nella conformità di essa alla pertinente disciplina.

Si configura in capo alla P.A. la responsabilità da contatto sociale qualificato, con i conseguenti obblighi risarcitori, nell'ipotesi in cui l'Amministrazione leda l'affidamento ingenerato a causa dell'inosservanza delle regole di imparzialità, correttezza e buona amministrazione, alle quali l'esercizio della funzione pubblica deve ispirarsi. Nonché quando un interesse legittimo privato sia leso da un provvedimento o di un comportamento illegittimo reso nell'esplicazione o nell'inerzia di una funzione pubblica (Cons. Stato sent. n. 675/2015; Cons. Stato sent. n. 3897/2012; Cons. Stato sent. n. 1945/2003).

Quanto esposto dimostra la sussistenza dei presupposti di tale fattispecie, posto che le regole di partecipazione alla procedura erano chiare e che la revisione di esse senza un proporzionato rinvio del termine per la presentazione delle domande è stata discriminatoria e penalizzante per la ricorrente, che aveva confidato nell'applicazione testuale del bando e, dunque, nella certa proroga del termine.

La responsabilità risarcitoria della P.A. può conseguire anche dalla violazione dei valori e delle regole di comportamento alla cui osservanza l'Amministrazione è tenuta per legge, e il cui omesso rispetto determina una responsabilità autonoma rispetto all'interesse al bene della

vita tutelato.

L'azione amministrativa dev'essere improntata a buon andamento ed imparzialità (art. 97 Cost.). Dev'essere retta da criteri di economicità ed efficacia (art. 1 della legge 241/1990). E, al pari degli altri soggetti giuridici, deve osservare i principi di correttezza e buona fede (artt. 1175 e 1375 c.c.).

Dalla storica sentenza della Corte di Cassazione n. 500/1999, è pacifico che l'interesse a che la P.A. rispetti le regole anzidette e che il suo operato si ispiri ai richiamati principi costituisce oggetto di uno specifico interesse legittimo del privato, autonomo e distinto rispetto al bene della vita perseguito nel contatto qualificato con la P.A..

Nel momento in cui, con il suo comportamento, l'Amministrazione abbia violato la sfera giuridica di un soggetto nei cui confronti aveva invece uno specifico dovere di comportamento sorge una responsabilità risarcitoria.

Il che è avvenuto nella fattispecie oggetto di disamina, in considerazione del fatto che il contenuto del nuovo bando e il carattere non provvedimentale dell'avviso di pubblicazione hanno alimentato l'affidamento sull'apertura del termine per la presentazione delle domande.

Alla responsabilità dell'Amministrazione nella produzione del danno lamentato dalla ricorrente, a prescindere da quale sia il presupposto giuridico in base al quale essa sarà accertata, consegue l'obbligo risarcitorio dei pregiudizi subiti a titolo di danno emergente e lucro cessante, secondo i principi generali.

Con riserva di documentazione e precisa quantificazione in corso di causa nei termini di rito, sin da ora la ricorrente chiede il ristoro dei danni patiti (oltre interessi e rivalutazione come per legge) a titolo di:

- perdita di valore patrimoniale dei propri *asset*, e *in primis* degli LCN di cui è assegnataria con particolare all'LNC 16, il quale solo ha un valore di mercato che la ricorrente riferisce stimabile in circa 500.000 Euro;
- perdita di ricavi;
- svilimento degli investimenti.

La ricorrente si riserva di quantificare il danno complessivamente patito nei termini di rito, fermo restando che, qualora l'on.le Tribunale adito ritenga che il danno richiesto – o singole voci di esso – sia di difficile quantificazione, la ricorrente ne domanda sin da ora la determinazione in via equitativa.

* * *

Nelle more del contenzioso l'Amministrazione ha adottato gli ulteriori provvedimenti impugnati con il primo ricorso per motivi aggiunti, di cui ha chiesto l'accoglimento per i motivi

di diritto qui di seguito sintetizzati.

– SEZ. I – Illegittimità degli atti impugnati –

1. INESISTENZA, NULLITÀ O, IN SUBORDINE, ANNULLABILITÀ PER INCOMPETENZA/DIFETTO DI ATTRIBUZIONE. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEGLI ARTT. 1, 3, 4 E 12 DELLA LEGGE 241/1990. VIOLAZIONE DEI PRINCIPI DEL GIUSTO PROCEDIMENTO, PLURALISMO, EGUAGLIANZA, BUON ANDAMENTO E IMPARZIALITÀ DELL’AZIONE AMMINISTRATIVA (ARTT. 3, 21 E 97 COST.). ECCESSO DI POTERE PER INIDONEITÀ ALLO SCOPO, SVIAMENTO, CONTRADDITTORIETÀ, ERRORE IN FATTO E IN DIRITTO, ILLOGICITÀ, DISPARITÀ DI TRATTAMENTO, INGIUSTIZIA, DIFETTO DI ISTRUTTORIA E MOTIVAZIONE.

Telecolore contesta l’illegittimità dei provvedimenti impugnati con il presente primo ricorso per motivi aggiunti per invalidità derivata da quella dei provvedimenti ad essi presupposti e impugnati con il ricorso introduttivo del giudizio.

Si tratta infatti di atti collegati a quelli già impugnati, giacché sono o consequenziali (*i.e.* le graduatorie) in quanto adottati nell’ambito dell’*iter* procedimentale sequenziale disegnato dai bandi, ovvero connessi per vincolo regolatorio (*i.e.* bando dei numero dell’ordinamento automatico dei canali televisivi) posto che il MISE li ritiene destinati esclusivamente ai soggetti già qualificati nell’ambito della pregressa selezione, dalla quale sono altresì ereditati alcuni dei requisiti rilevanti.

I vizi dei provvedimenti gravati con il ricorso, dunque, si riverberano insanabilmente sui provvedimenti qui impugnati, giacché l’auspicata declaratoria di nullità o l’annullamento dei provvedimenti presupposti a quelli oggetto del presente ricorso per motivi aggiunti travolgerebbe per definizione questi ultimi.

2. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEGLI ARTT. 1, 3 E 12, LEGGE N. 241/1990; DELL’ART. 28. D.LGS. N. 208/2021; DELL’ART. 1, COMMA 1035, LEGGE N. 205/2017 E DELL’ART. 12, ALL. A, DELIBERA AGCOM N. 116/21/CONS. VIOLAZIONE DEI PRINCIPI DEL GIUSTO PROCEDIMENTO, PLURALISMO, EGUAGLIANZA, BUON ANDAMENTO E IMPARZIALITÀ DELL’AZIONE AMMINISTRATIVA (ARTT. 3, 21 E 97 COST.). ECCESSO DI POTERE PER SVIAMENTO, ILLOGICITÀ, DISPARITÀ DI TRATTAMENTO, INGIUSTIZIA, DIFETTO DI MOTIVAZIONE.

Il presente motivo attiene specificamente al bando di gara 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. 14 – Campania reso noto in data 28 marzo 2022.

Il punto 2.1 del bando in questione dispone che “*Possono presentare domanda di*

partecipazione alla presente procedura tutti i soggetti "idonei" collocati nella graduatoria pubblicata sul sito istituzionale, di cui all'art. 5, comma 4 del 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° E 2° LIVELLO DELL'AREA TECNICA n. 14 – Campania, del 23 luglio 2021".

Considerato che la scrivente non ha potuto partecipare alla precedente procedura di selezione dei fornitori di servizi di media audiovisivi (FSMA) in ambito locale a cui assegnare la capacità trasmissiva delle reti di 1° e 2° livello dell'area tecnica n. 14 – Campania, la clausola riportata esclude per definizione la ricorrente dalla possibilità di concorrere con gli altri interessati per l'assegnazione di un numero dell'ordinamento automatico dei canali della televisione digitale terrestre (c.d. LCN, *Logical Channel Numbering*).

L'esclusione è illegittima.

Nulla nella pertinente disciplina di settore consente al MISE di inibire preventivamente l'accesso al procedimento in questione ai soggetti che non abbiano già partecipato alla precedente fase di abbinamento degli FSMA alla capacità trasmissiva degli operatori di rete.

Una tale clausola non è contemplata dalla normativa settoriale, ed, anzi, è palesemente contraria ai principi di equità, trasparenza e non discriminazione, nonché di pluralismo dei mezzi di comunicazione e di razionale allocazione della numerazione a cui è ispirata la materia dell'ordinamento automatico dei canali della televisione digitale terrestre e devono a propria volta essere orientati i procedimenti di assegnazione delle numerazioni in questione.

Si tratta di una vera e propria restrizione concorrenziale. Chi non partecipa alla procedura è automaticamente escluso dall'assegnazione delle numerazioni più basse e, dunque, più pregiate, in quanto la possibilità di conseguire l'assegnazione di un LCN è postergata all'attribuzione dei numeri ai soggetti che hanno partecipato alla precedente procedura.

Sotto l'aspetto istruttorio e motivazionale il bando è del tutto carente. L'Amministrazione non ha fornito alcuna spiegazione della rilevante restrizione introdotta attraverso la clausola in discussione e dell'iter logico, giuridico ed istruttorio in base al quale si sarebbe determinata ad adottare una regola che impone una restrizione all'accesso a procedure per l'assegnazione di risorse pubbliche che hanno notoriamente un elevatissimo rilievo concorrenziale.

La regola in esame appare inoltre irrazionale e sproporzionata. Non vi è alcuna ragione per imporre una limitazione alla partecipazione, né in relazione alla quantità di numeri pianificati né in riferimento alla capacità trasmissiva disponibile.

Sotto il primo aspetto, la quantità dei numeri pianificati dall'AGCOM nell'all. A alla delibera 116/21/CONS per i canali televisivi a diffusione locale (266 numeri, oltre alle

disponibilità negli archi “promiscui” nazionali-locali) è notevolmente superiore a quella dei soggetti dichiarati idonei nella procedura di abbinamento degli FSMA alla capacità trasmissiva degli operatori di rete (93). Sotto il secondo aspetto, all’esito della seconda seduta pubblica per l’abbinamento degli FSMA alla capacità trasmissiva degli operatori di rete è emersa la disponibilità di capacità trasmissiva residua in non meno di tre reti. Ciò vuol dire che un FSMA che non abbia partecipato alla procedura di abbinamento ha comunque modo di accedere alla capacità trasmissiva degli operatori di rete su basi commerciali secondo le regole generali.

Tuttavia, nonostante l’ampia disponibilità di numerazioni automatiche e di capacità trasmissiva, il Ministero ha immotivatamente chiuso l’accesso alla procedura di attribuzione degli LCN per i soggetti non già inclusi nella graduatoria degli idonei all’abbinamento alla capacità trasmissiva, condannando i soggetti come la scrivente a conseguire numerazioni residuali e non competitive, nonché a cessare letteralmente le trasmissioni all’atto del passaggio alle trasmissioni digitali terrestri di seconda generazione in Campania per tutto il tempo che l’Amministrazione impiegherà ad assegnare un nuovo LCN dopo la procedura in discussione.

Questo impedimento non è stato superabile autonomamente dalla scrivente, posto che l’Amministrazione ha nuovamente imposto la presentazione della domanda di partecipazione attraverso una procedura informatica che consentiva l’accesso alla piattaforma di generazione della domanda solo ai soggetti già accreditati nella precedente fase.

Quanto sopra dimostra inequivocabilmente l’esistenza dei vizi lamentati e il pregiudizio patito dalla ricorrente che, si ribadisce, è oggi titolare della pregiatissima numerazione 16 in Campania e non può neanche tentare di confermarla o, comunque, di conseguirla un’altra altrettanto valida dal punto di vista concorrenziale.

Nei primi motivi aggiunti la ricorrente ha altresì reiterato la domanda risarcitoria, riportando il contenuto del ricorso introduttivo già sintetizzato *supra*.

* * *

Nelle more del contenzioso l’Amministrazione ha adottato gli ulteriori provvedimenti impugnati con il secondo ricorso per motivi aggiunti, di cui ha chiesto l’accoglimento per i motivi di diritto qui di seguito sintetizzati.

– SEZ. I – Illegittimità degli atti impugnati –

1. INESISTENZA, NULLITÀ O, IN SUBORDINE, ANNULLABILITÀ PER INCOMPETENZA/DIFETTO DI ATTRIBUZIONE. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEGLI ARTT. 1, 3, 4 E 12 DELLA LEGGE 241/1990. VIOLAZIONE DEI PRINCIPI DEL GIUSTO PROCEDIMENTO, PLURALISMO, EGUALIANZA, BUON ANDAMENTO E IMPARZIALITÀ DELL’AZIONE AMMINISTRATIVA (ARTT. 3, 21 E 97 COST.). ECCESSO DI POTERE PER INIDONEITÀ ALLO SCOPO, SVIAMENTO,

CONTRADDITTORIETÀ, ERRORE IN FATTO E IN DIRITTO, ILLOGICITÀ, DISPARITÀ DI TRATTAMENTO, INGIUSTIZIA, DIFETTO DI ISTRUTTORIA E MOTIVAZIONE.

Telecolore contesta l'illegittimità dei provvedimenti impugnati con il presente primo ricorso per motivi aggiunti per invalidità derivata da quella dei provvedimenti ad essi presupposti e impugnati con il ricorso introduttivo del giudizio, e che qui si intendono ove occorra nuovamente impugnati per i motivi svolti appresso.

Si tratta infatti di atti connessi a quelli già impugnati, giacché sono o consequenziali (*i.e.* le graduatorie) in quanto adottati nell'ambito dell'*iter* procedimentale sequenziale disegnato dai bandi, ovvero connessi per vincolo regolatorio posto che il MISE li ritiene destinati esclusivamente ai soggetti già qualificati nell'ambito della pregressa selezione, dalla quale sono altresì ereditati alcuni dei requisiti rilevanti.

Tre dei punteggi attribuiti agli FSMA per la formazione dell'elenco ai fini dell'assegnazione delle numerazioni dell'ordinamento automatico dei canali della tv digitale terrestre (*i.e.* numero dei dipendenti e dei giornalisti impiegati, nonché ascolti del palinsesto) sono basati sui dati forniti in sede di domanda di partecipazione al bando per l'abbinamento degli FSMA alla capacità trasmissiva delle reti di seconda generazione.

L'art. 3.5 del bando (**doc. 15**) dispone espressamente in proposito che "*Restano ferme ai fini della presente procedura ed in particolare per l'attribuzione dei punteggi di cui agli artt. 6 e 7 del presente Bando, le dichiarazioni relative ai dipendenti, ai giornalisti ed ai mesi di rilevamento Auditel, già rese dai soggetti di cui all'art. 2, in sede di presentazione della domanda di partecipazione al Bando FSMA per l'assegnazione della capacità trasmissiva nell'area tecnica n. 14 – Campania*".

I vizi dei provvedimenti gravati con il ricorso, dunque, si riverberano insanabilmente sui provvedimenti qui impugnati, giacché l'auspicata declaratoria di nullità o l'annullamento dei provvedimenti presupposti a quelli oggetto del presente ricorso per motivi aggiunti travolgerebbe per definizione questi ultimi.

Nei secondi motivi aggiunti la ricorrente ha altresì reiterato la domanda risarcitoria, riportando il contenuto del ricorso introduttivo già sintetizzato *supra*.

* * *

Per i motivi esposti la ricorrente ha chiesto all'on.le Tribunale adito:

- a. **in via principale**, dichiarare la nullità o annullare i provvedimenti impugnati per i motivi in narrativa, ivi incluso ogni atto connesso, presupposto o consequenziale, anche di esecuzione;

- b. **in via subordinata**, ove fosse ritenuto legittimo e applicabile il comma 1037 dell'art. 1 della legge 205/2017, condannare l'Amministrazione resistente a risarcire i danni cagionati alla ricorrente nella misura che sarà quantificata in corso di causa o, in subordine, determinata in via equitativa ai sensi dell'art. 1226 c.c., oltre interessi e rivalutazione come per legge dal dovuto al saldo, previo accertamento dell'illegittimità della condotta dell'Amministrazione e/o accertamento incidentale dell'illegittimità degli atti impugnati;
- c. **in ogni caso**, con vittoria degli oneri di lite, compresi spese generali, IVA e contributo CNPAF, nonché rimborso del contributo unificato.

Con ordinanza 12531/2022 il TAR Lazio Roma ha “*Ritenuto di autorizzare l'integrazione del contraddittorio per pubblici proclami nei confronti di tutti i controinteressati, tenuto conto del numero elevato e della difficoltà della individuazione nominativa degli stessi*”, fissando la modalità della “*pubblicazione sul sito istituzionale della resistente Amministrazione di un sunto del ricorso, dei motivi aggiunti e degli atti impugnati, da eseguirsi nel termine perentorio di giorni 30 dalla comunicazione della presente ordinanza, pena l'improcedibilità del ricorso, con deposito della prova della pubblicazione entro il termine di 15 giorni decorrente dal primo adempimento*”.

La presente notificazione è perciò indirizzata a tutti i soggetti collocati negli elenchi dei fornitori di servizi di media audiovisivi in ambito locale a cui assegnare la capacità trasmissiva delle reti locali e gli LCN nell'area tecnica n. 14 – Campania predisposti dal Ministero dello Sviluppo Economico nell'ambito delle procedure attuative dell'art. 1, commi 1034-1035, della legge n. 205/2017.

Roma, 14 ottobre 2022

avv. Domenico Siciliano