

ECC.MO CONSIGLIO DI STATO

Atto di appello

dell'**Associazione Promocultura** (nel prosieguo solo "Promocultura"), P.IVA 01279780801 e c.f. 90004890803, con sede a Gerace (RC), Via Largo Piana, in persona del legale rappresentante *pro tempore* sig. Salvatore Cataldo, rappresentata e difesa in virtù di procura in calce al ricorso introduttivo del giudizio di primo grado dall'avv. Domenico Siciliano del Foro di Roma (c.f. SCLDNC72M15C352J) ed elettivamente domiciliata presso lo studio di quest'ultimo a Roma, Via Antonio Gramsci 14, il quale difensore dichiara indirizzo P.E.C. domenicosiciliano@ordineavvocatiroma.org e recapito fax 063214800;

– *appellante* –

contro

Ministero dello Sviluppo Economico (nel prosieguo anche solo "Ministero" o "MISE"), con l'Avvocatura Generale dello Stato;

– *Amministrazione resistente* –

e nei confronti di

T.L.S. Tele Liguria Sud - Cooperativa Radio Televisione Cattolica S.c.r.l., con sede legale a La Spezia, Via Don Minzoni 64, in persona del legale rappresentante *pro tempore*;

– *contro-interessata* –

per l'annullamento e/o la riforma

della sentenza del TAR Lazio – Roma n. 13314 del 21 dicembre 2021, non notificata (**doc. A**), pronunciata nel giudizio n. R.G. 3651/2020, con la quale è stata respinta la domanda di declaratoria di nullità o di annullamento dei seguenti provvedimenti:

- decreto di approvazione della graduatoria definitiva dei fornitori di servizi di media audiovisivi locali a carattere comunitario relativa all'annualità 2019

adottato il 3 aprile 2020 (**doc. 1**) e reso disponibile sul sito internet del Ministero dello Sviluppo Economico il 15 aprile 2020 (**doc. 2**), per l'erogazione delle risorse del Fondo per il Pluralismo e l'Innovazione dell'Informazione ai sensi dell'art. 1, comma 163, della legge 208/2015, nella parte in cui non include le domande presentate dalla ricorrente relative alle autorizzazioni da essa detenute alla fornitura di servizi di media audiovisivi per i marchi/palinsesti “*Promovideo1*”, “*Promovideo2*”, “*Tua Channel*”, “*Locride Tv*” e “*Win Tv*”;

- di ogni altro atto connesso, presupposto o consequenziale, anche di esecuzione, inclusi, ove occorra:
 - il decreto di approvazione della graduatoria provvisoria dei fornitori di servizi di media audiovisivi locali a carattere comunitario adottato il 4 febbraio 2020 (**doc. 3**) e pubblicato sul sito internet del MISE il 10 febbraio 2020 (**doc. 4**);
 - tutte le comunicazioni del MISE inviate alla ricorrente attraverso il Sistema Contributi Emittenza Radiofonica e Televisiva Locale c.d. “SICEM” riguardanti l'oggetto del ricorso.

Si precisa che i documenti contrassegnati con numeri arabi sono già presenti nel fascicolo di primo grado. I documenti contrassegnati con lettere maiuscole dell'alfabeto sono prodotti in per la prima volta appello.

* * *

FATTO

A. Promocultura è una tivù locale calabrese storica, già operante in tecnica analogica con l'emittente “*Promovideo Gerace*”, la cui programmazione è dedicata alla tutela e alla promozione delle istanze della comunità di minoranza linguistica grecanica calabrese riconosciuta dalla legge (è una delle dodici minoranze linguistiche d'Italia, tutelata dall'art. 2, legge n. 482/1999), insediata tra il basso Jonio e l'Aspromonte (la Bovesia, patria dei greci di Calabria, coincide con il versante jonico meridionale e si estende lungo la vallata della fiumara

dell'Amendolea, in provincia di Reggio Calabria).

L'appellante è un'emittente cosiddetta "a carattere comunitario". Ciò significa che opera senza scopo di lucro e che è tenuta a trasmettere programmi originali autoprodotti per almeno il 50% dell'orario di trasmissione tra le 7 e le 21 e non più del 5% di pubblicità ogni ora (art. 2, co. 1, lett. *n*), D.Lgs. n. 177/2005 e, oggi, art. 3, co. 1, lett. *r*), D.Lgs. n. 208/2021).

Con il passaggio alla tv digitale terrestre anche Promocultura si è "trasformata" in fornitore di servizi di *media* audiovisivi (FSMA). Ha continuato a produrre il palinsesto storico "*Promovideo Gerace*", affiancandovi altri palinsesti, sempre dedicati alla programmazione locale culturale e senza fini di lucro, contrassegnati dai marchi "*Promovideo1*", "*Promovideo2*", "*Tua Channel*", "*Locride Tv*" e "*Win Tv*".

I marchi/palinsesti "*Promovideo1*", "*Promovideo2*" e "*Tua Channel*" sono oggetto di autorizzazione rilasciata dal MISE direttamente a Promocultura.

L'appellante ha invece acquistato da precedenti titolari le autorizzazioni per i marchi/palinsesti "*Locride Tv*" e "*Win Tv*". Entrambe le compravendite sono state comunicate al MISE per la prescritta volturazione il **21 settembre 2018**.

B. Il sistema radiotelevisivo locale italiano beneficia storicamente di forme di sostegno pubblico.

La materia è oggi disciplinata dall'art. 1, co. 163, legge n. 208/2015, il quale ha stabilito che "*Con regolamento da adottare ai sensi dell'articolo 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400, e successive modificazioni, su proposta del Ministro dello sviluppo economico, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, sono stabiliti i criteri di riparto tra i soggetti beneficiari e le procedure di erogazione delle risorse del Fondo di cui alla lettera b) del comma 160, da assegnare in favore delle emittenti radiofoniche e televisive locali per la realizzazione di obiettivi di pubblico interesse*".

I criteri procedurali e di riparto sono stati adottati con il D.P.R. n. 146/2017 (**doc. 5**; nel prosieguo anche solo il "Regolamento").

Il successivo D.M. 20 ottobre 2017 (**doc. 6**) ha avviato le procedure di assegnazione dei contributi per gli anni 2016-2018 secondo la nuova disciplina.

Per le annualità successive è previsto che nel mese di febbraio di ogni anno i soggetti partecipanti presentino le domande per i palinsesti da essi diffusi attraverso una piattaforma informatica chiamata *Sistema Contributi EMittenza radiofonica e televisiva locale* (c.d. SICEM).

C. A febbraio 2019 l'appellante ha presentato domande per tutti i propri palinsesti, vale a dire:

- marchio “*Promovideo Gerace Network*”, domanda prot. 12857;
- marchio “*Promovideo1*”, domanda prot. 12861;
- marchio “*Promovideo2*”, domanda prot. 12865;
- marchio “*Tua Channel*”, domanda prot. 12872;
- marchio “*Locride Tv*”, domanda prot. 14491;
- marchio “*Win Tv*”, domanda prot. 14495.

Il **10 febbraio 2020** il MISE ha pubblicato sul suo sito internet il decreto di approvazione della graduatoria provvisoria degli FSMA a carattere comunitario del 4 febbraio 2020 (**doc. 3**). Nella graduatoria in questione non erano presenti le domande della ricorrente relative ai marchi/palinsesti “*Promovideo1*”, “*Promovideo2*”, “*Tua Channel*”, “*Locride Tv*” e “*Win Tv*”.

Nessun problema per il palinsesto/marchio “*Promovideo Gerace Network*”.

Il **4-5 marzo 2020** la ricorrente ha presentato “reclami” ai sensi dell’art. 5, co. 5, D.P.R. n. 146/2017, documentando il possesso dei titoli autorizzatori dei palinsesti di cui è titolare originaria (“*Promovideo1*”, “*Promovideo2*” e “*Tua Channel*”), nonché producendo le istanze di volturazione delle autorizzazioni per i palinsesti acquisiti per compravendita (“*Locride Tv*” e “*Win Tv*”) protocollate presso il MISE sin dal 2018.

Si noti che i reclami sono stati presentati “al buio”, perché la graduatoria provvisoria è predisposta in forma tabellare e include esclusivamente le posizioni ammesse, senza nulla dire circa domande non ammesse.

Promocultura, dunque, non conoscendo le ragioni dell'esclusione, ha ritenuto di presentare i propri titoli abilitativi.

In date **6 e 19 marzo 2020** la ricorrente ha ricevuto dal MISE comunicazione dell'esistenza di cosiddette "interlocutorie SICEM".

In pratica, quando il MISE ha richieste sulle domande, invia una PEC nella quale si legge: "*Vi preghiamo di prendere visione di tale richiesta nella sezione "Comunicazioni" del portale DGSCERP e di farci pervenire risposta, con l'eventuale documentazione richiesta in allegato, il più presto possibile*" (v. **doc. 14-17**).

L'**8 marzo 2020** è stato disposto il cosiddetto *lockdown* per fronteggiare l'emergenza sanitaria connessa alla pandemia da Covid-19.

Il **19 marzo 2020** è stato pubblicato il D.L. n. 18/2020, che ha sospeso i termini dei procedimenti amministrativi dal 23 febbraio 2020 al 15 aprile 2020 (art. 103).

Il **1 aprile 2020** la ricorrente ha ricevuto dal MISE ulteriore comunicazione circa le suddette "interlocutorie" (v. **doc. 19-23**).

L'**8 aprile 2020** è stato pubblicato il D.L. n. 23/2020, che ha prorogato la sospensione dei termini procedurali al 15 maggio 2020 (art. 37).

La ricorrente ha potuto accedere nuovamente al SICEM dopo la presentazione dei reclami solo l'**8 aprile 2020**, notando però che la piattaforma non conteneva alcuna comunicazione "interlocutoria". Ha perciò inviato immediatamente al MISE comunicazioni via PEC segnalando che "*In data odierna al sicem non compare riportata nessuna richiesta di interlocutoria*" (**doc. 24-28**). Dopo l'invio di queste comunicazioni il SICEM ha reso visibili le "interlocutorie" in questione.

Tuttavia, è emerso che il MISE aveva approvato la graduatoria definitiva già il **3 aprile 2020 (doc. 1)**, con provvedimento pubblicato il 15 aprile 2020 (**doc. 2**). In tale graduatoria definitiva le domande relative ai marchi/palinesesti "*Promovideo1*", "*Promovideo2*", "*Tua Channel*", "*Locride Tv*" e "*Win Tv*" non

erano presenti.

Di fatto, le domande in questione sono state escluse senza che la ricorrente abbia neanche potuto conoscere l'oggetto delle richieste del MISE né sia stata messa in condizioni di esercitare il proprio diritto di partecipazione. Tanto più in considerazione del fatto che la procedura è stata portata avanti in periodo di sospensione legale.

D. A cose fatte, dunque, l'appellante ha potuto prendere visione delle comunicazioni inviate dal MISE in periodo di sospensione, nelle quali l'Amministrazione ha riferito quanto segue.

- Per le domande prot. 12861 (*"Promovideo1"*), 12865 (*"Promovideo2"*), 12872 (*"Tua Channel"*) e 14491 (*"Locride Tv"*), l'esclusione sarebbe dipesa dal fatto che *"le verifiche effettuate dalla competente Div. IV di questa Direzione Generale, in collaborazione con l'Ispettorato Territoriale Calabria, hanno evidenziato che, nel biennio 2018-2019, il marchio PROMOVIDEO 1 – LCN 288 [in ciascuna "interlocutoria" è riportato il relativo marchio interessato; n.d.r.] non risulta diffuso nel bacino regionale della Calabria.*

Pertanto la domanda non può essere ammessa alla procedura di contributo in quanto, in base al combinato disposto del comma 8 dell'art. 5 (Procedura per l'erogazione dei contributi) e del comma 1 lett. a) dell'art. 3 (Soggetti beneficiari) del D.P.R. 146/2017, non vengono rispettati gli obblighi e i requisiti di partecipazione previsti dal regolamento".

- Per la domanda prot. 14495 (*"Win Tv"*) l'esclusione è invece dipesa dalla circostanza che *"dalle verifiche effettuate dalla competente Div. IV di questa Direzione Generale è emerso che il marchio WIN TV – LCN 818 non può essere ammesso alla procedura in quanto risulta autorizzato come marchio a carattere commerciale e non a carattere comunitario. Si conferma l'esclusione e il reclamo non viene accolto".*

E. Le esclusioni si sono rivelate palesemente erranee e illegittime.

Sia per violazione delle norme del procedimento amministrativo, anche in

relazione alla sospensione legale dei termini dal 23 febbraio al 15 maggio, sia e soprattutto perché non corrisponde alla realtà che i palinsesti esclusi per asserita mancata diffusione non sono stati effettivamente trasmessi nel 2018 e nel 2019.

È errato, poi, che il marchio/palinsesto “*Win Tv*” sia autorizzato come marchio commerciale. Questo era vero prima dell’acquisto da parte della ricorrente. Dopo l’acquisto, invece, il marchio/palinsesto autorizzato ha assunto carattere comunitario in dipendenza dei requisiti soggettivi del nuovo titolare. Vi è stata, semmai, inerzia del MISE nel non formalizzare la nuova intestazione dell’autorizzazione a favore di Promocultura con contestuale presa d’atto della modificazione del carattere da commerciale a comunitario. Ma non può essere la ricorrente a patire le conseguenze della colpevole inerzia della P.A., tanto più in considerazione del fatto che, decorso il termine procedimentale, la volturazione di è prodotta per silenzio-assenso.

Promocultura è stata perciò costretta ad adire il TAR per chiedere l’annullamento dei provvedimenti impugnati.

All’esito del giudizio il Tribunale ha tuttavia respinto il ricorso con la sentenza n. 13314/2021 qui appellata, che Promocultura ritiene erronea e censura per i seguenti motivi di

DIRITTO

1. CENSURABILITÀ DEL CAPO DI RIGETTO DEL PRIMO MOTIVO DEL RICORSO (PUNTO 1, PAG. 7, DELLA SENTENZA APPELLATA). VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEGLI ARTT. 6, 21 E 97 COST.; DELL’ART. 103 DEL D.L. 18/2020; DELL’ART. 37 DEL D.L. 23/2020; DELL’ART. 1, COMMA 163, DELLA LEGGE 205/2015; DEL D.P.R. 146/2017; DELLA LEGGE 241/1990. ECCESSO DI POTERE PER DIFETTO D’ISTRUTTORIA, ERRORE DI FATTO E DI DIRITTO, SVIAMENTO DAL FINE, MANIFESTA INGIUSTIZIA, VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DEL GIUSTO PROCEDIMENTO E DEL DIRITTO DI PARTECIPAZIONE.

Il TAR ha respinto il primo motivo di ricorso per le seguenti ragioni.

“Con il primo motivo di gravame, parte ricorrente lamenta il mancato

rispetto delle norme di sospensione dei termini procedurali introdotte dal d.l. n. 18/2020 e dal successivo d.l. n. 23/2020, che hanno comportato la sospensione legale di tutti i termini procedurali dal 23 febbraio al 15 maggio 2020.

Nel caso di specie, il Ministero, terminata la fase istruttoria delle domande di ammissione ai benefici di cui al d.p.r. n. 146/2017 presentate dalle emittenti radiotelevisive locali, con la pubblicazione della graduatoria provvisoria dei contributi alle emittenti televisive locali a carattere comunitario, avvenuta in data 4 febbraio 2020, ha concluso, ai sensi di quanto disposto dall'articolo 5, commi 5 e 6, del medesimo d.p.r. n. 146/2017, l'esame delle richieste di rettifica e delle istanze di riammissione presentate dalle emittenti radiotelevisive, e in data 3 aprile 2020 ha pubblicato la graduatoria definitiva per l'annualità 2019.

Sebbene la pubblicazione della graduatoria definitiva sia avvenuta durante il periodo di sospensione legale dei termini, dalla documentazione prodotta in atti dalla resistente amministrazione appaiono essere state rispettate tutte le garanzie poste a tutela della partecipazione procedimentale, in quanto sono state comunque motivate, con avvisi pubblicati sulla piattaforma SICEM, le ragioni della non ammissibilità delle domande per tutte e cinque le emittenti escluse, con indicazione dei presupposti di fatto e delle ragioni che hanno determinato le esclusioni dalla graduatoria per cui è causa, e comunque recepite le osservazioni svolte in sede procedimentale dalla ricorrente, come documentato in atti.

Il motivo, pertanto, è privo di pregio, anche in considerazione del disposto normativo di cui all'art. 21 octies, comma 2, ultima parte, l. n. 241/90, essendo stato dimostrato in giudizio da parte dell'amministrazione che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato”.

La motivazione non convince.

Sul piano delle garanzie di partecipazione procedimentale, il TAR ha ritenuto sufficiente l'invio degli avvisi “interlocutori” all'appellante attraverso a piattaforma informatica SICEM e l'avvenuta considerazione dei reclami di Promocultura.

La questione è però mal posta.

Le censure dell'appellante non riguardano il mancato invio di avvisi oppure la mancata considerazione di difese, bensì la circostanza che gli avvisi in questione sono stati inviati durante un periodo di emergenza sanitaria nazionale e di connessa sospensione procedimentale. Un periodo nel quale, dunque, l'appellante ha confidato in buona fede e sulla scorta di una norma di legge che l'Amministrazione non conducesse oltre il procedimento di valutazione delle domande.

Il MISE invece ha condotto ugualmente innanzi il procedimento, chiedendo a Promocultura lo svolgimento di attività partecipative che l'appellante non ha potuto condurre nei tempi necessari a tutelare adeguatamente la propria posizione e, dunque, a evitare le ingiuste esclusioni.

Il MISE ha concluso il procedimento senza rispettare la sospensione legale dei termini, sulla quale riposava invece l'affidamento dei partecipanti alla procedura di esame dei reclami di poter interagire con la P.A. sino pressoché tutto il mese di maggio.

Se il procedimento avesse avuto la durata garantita dalla sospensione legale dei termini procedurali, Promocultura avrebbe avuto conoscenza delle ragioni sottostanti le esclusioni e la possibilità di dimostrare in sede procedimentale la correttezza della propria posizione.

Invece, il MISE, come detto, non solo ha svolto l'istruttoria senza soluzione di continuità nonostante il periodo di emergenza, ma la ha altresì gestita non mettendo Promocultura in condizione di conoscere la reale natura dei dubbi dell'Amministrazione e, comunque, di non poter rispondere in tempo alle sollecitazioni dello stesso MISE.

È un fatto che in prima battuta l'appellante ha fornito al MISE una risposta basata sulla propria "sensibilità", non su una precisa richiesta dell'Amministrazione, tanto è vero che si è rivelata in parte non pertinente.

Ancora il **1 aprile 2020** il MISE ha inviato a Promocultura comunicazioni

riguardanti l'asserita presenza di richieste "interlocutorie", ma tali "interlocutorie" non sono risultate realmente presenti in piattaforma, circostanza questa regolarmente comunicata al MISE.

E tuttavia, il procedimento è stato concluso solo due giorni dopo, il 3 aprile 2020, per cui la comunicazione del 1 aprile appare *a posteriori* come una mera informativa di stile. Tanto più ove si osservi che la PEC invitava a fornire un riscontro "*il più presto possibile*": il che secondo la comune esperienza, e tanto più in regime di sospensione procedimentale legale, può essere interpretato in vari modi, ma certamente non come richiesta di risposta entro 24 ore.

L'Amministrazione ha reso oltremodo difficile alla ricorrente l'esercizio del diritto di partecipazione, precludendo a Promocultura la possibilità di avvalersi dell'intero termine procedimentale per dimostrare la correttezza delle proprie posizioni e causando così un pregiudizio concreto alla ricorrente.

Non ha messo a disposizione di Promocultura tutti gli elementi a propria disposizione al fine di consentire un confronto leale con la parte privata. La ricorrente ha appreso che le esclusioni sarebbero basate su presunte "verifiche" condotte da uffici centrali o periferici del MISE: di tali verifiche non v'è alcuna traccia nella piattaforma SICEM né la P.A. le ha mai menzionate prima di aprile 2020 o le ha altrimenti messe a disposizione.

Ove fosse stata data la possibilità di impiegare tutto il tempo previsto per legge, Promocultura avrebbe potuto affrontare meglio le questioni e presentare quanto meno gli argomenti oggetto del presente ricorso, con elevate possibilità di ottenere la riconsiderazione delle decisioni dell'Amministrazione, vista l'erroneità delle motivazioni delle esclusioni, sia in fatto sia in diritto, che in un caso sono persino imputabili a inerzia della stessa P.A..

Sotto questo aspetto non convince neanche il riferimento del TAR all'art. 21-*octies*, co. 2, legge n. 241/1990, nell'affermare che il rigetto dipende anche da fatto che sarebbe "*stato dimostrato in giudizio da parte dell'amministrazione che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in*

concreto adottato”.

Ciò non corrisponde alla realtà. Non è l’Amministrazione ad aver dimostrato che il provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello adottato. È semmai il TAR ad aver valutato le prove prodotte in giudizio in senso contrario alla pretesa di Promocultura, per giunta in modo palesemente erroneo, come si dimostrerà a seguire nel secondo motivo di appello.

Tale affermazione è per ciò erronea ed auto-assolutoria, essendo invece un dato di fatto, davvero non revocabile in dubbio, che le domande dell’odierna appellante sono state escluse senza che Promocultura abbia potuto conoscere tempestivamente ed esaurientemente le contestazioni sollevate.

Sotto altro concorrente aspetto le motivazioni delle esclusioni adottate dal MISE sia nei messaggi resi accessibili dopo l’8 aprile 2020 sia nel corso del giudizio di primo grado sono irricevibili. Non sanano l’illegittimità delle esclusioni. Si è trattato di motivazioni postume, che sollevano questioni diverse rispetto a quelle emerse in precedenza, a procedimento ormai chiuso e mai offerti alla ricorrente con atto avente carattere provvedimentoale.

Non è accettabile né conforme ai principi generali che dovrebbero informare l’azione amministrativa che in pieno periodo di emergenza sanitaria mondiale e di sospensione procedimentale legale l’Amministrazione agisca in modo da mettere ingiustamente e oltremodo in difficoltà il privato rendendogli impossibile l’esercizio del diritto di partecipazione e difesa. Per giunta senza che sia mai stato neanche allegato un qualsiasi motivo di urgenza o necessità che avrebbero richiesto al MISE il completamento del procedimento in questione nonostante la sospensione legale.

Per tali ragioni la conclusione del TAR circa il rigetto del primo motivo di ricorso non appare condivisibile e dovrebbe essere riconsiderata.

2. CENSURABILITÀ DEL CAPO DI RIGETTO DEL SECONDO MOTIVO DI RICORSO (PUNTO 2, PAG. 7, DELLA SENTENZA APPELLATA). VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEGLI ARTT. 6, 21 E 97 COST.; DELL’ART. 1, COMMA 163, DELLA

LEGGE 205/2015; DEL D.P.R. 146/2017; DELLA LEGGE 241/1990. ECCESSO DI POTERE PER DIFETTO D'ISTRUTTORIA, ERRORE NEI PRESUPPOSTI, ERRORE DI FATTO E DI DIRITTO, SVIAMENTO DAL FINE, MANIFESTA INGIUSTIZIA, DISPARITÀ DI TRATTAMENTO, CONTRADDITTORIETÀ CON PRECEDENTI PROVVEDIMENTI, VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DEL GIUSTO PROCEDIMENTO E DEL DIRITTO DI PARTECIPAZIONE.

Il TAR motiva la pronuncia di rigetto del secondo motivo di ricorso spiegando che *“Privo di fondamento è, infatti, anche il secondo motivo con cui la ricorrente contesta la legittimità delle esclusioni delle quattro emittenti “Promovideo 1”, “Promovideo 2”, “Tua Channel” e “Locride TV” per le quali l’esclusione è stata motivata dalla mancata diffusione dei marchi nel bacino regionale della Calabria nel biennio 2018-2019, accertato a seguito delle verifiche effettuate dalla competente Divisione IV del MISE, in collaborazione con l’Ispettorato Territoriale della Calabria”.*

Tale affermazione si scontra con dati di fatto emersi in giudizio e che il TAR ha erroneamente valutato o persino travisato.

Il TAR ha dato atto che *“è stato documentato che per ciascuno dei quattro i marchi/palinsesi “Promovideo 1”, “Promovideo 2”, “Tua Channel” e “Locride TV”, con note allegate in atti, il MISE, in data 29 gennaio 2019, ha comunicato alla ricorrente l’avvio del procedimento di esclusione dalla graduatoria dei contributi annualità 2019 per le emittenti televisive locali a carattere comunitario, in quanto, dalle verifiche effettuate, è emerso che il marchio oggetto della domanda è risultato sprovvisto dei titoli richiesti ai beneficiari di cui all’art. 3, comma 1 lett. d) del D.P.R. 146/2017, recante “le emittenti televisive e radiofoniche aventi carattere comunitario in ambito locale, ai sensi dell’articolo 2, comma 1, lettere n) e bb), numero 1), del decreto legislativo 31 luglio 2005, n. 177. Alle emittenti comunitarie si applicano esclusivamente i requisiti, i criteri e i punteggi previsti dall’articolo 7. È fatta comunque salva la possibilità per le stesse di optare, in alternativa, per la presentazione della domanda di contributo*

ai sensi dell'articolo 6".".

In questo passaggio si annidano diversi errori ed elementi sintomatici dei vizi lamentati.

Anzitutto non risulta alcuna comunicazione del 29 gennaio 2019 di avvio del procedimento di esclusione dalla graduatoria dei contributi 2019, per il semplice fatto che il termine per la presentazione delle domande scadeva a febbraio dello stesso anno.

In secondo luogo, la prima comunicazione in tal senso prodotta dal MISE è datata 5 febbraio 2020 (ma Promocultura ne ha contestato la conoscenza e il MISE non ne ha dimostrato la consegna alla scrivente), vale a dire 5 giorni prima della pubblicazione della graduatoria provvisoria in cui le domande di Promocultura era già state escluse.

Amnesso per ipotesi, poi, che la comunicazione avesse il contenuto riportato dal TAR, ci si chiede come sulla scorta del contenuto della nota in questione chiunque possa comprendere quale sia il motivo della paventata esclusione e come possa conseguentemente difendersi.

E infatti, l'appellante ha proposto osservazioni limitandosi banalmente a presentare i propri titoli autorizzatori, non potendo e non sapendo "immaginare" quale fosse la ragione della prospettata esclusione. Si è trattato di una risposta "al buio", meramente cautelativa e prudenziale, ma pur sempre la risposta di un privato che non ha idea di quale contestazione gli sia stata in concreto mossa.

Solo il **1 aprile 2020** (*i.e.*, 48 ore prima della pubblicazione della graduatoria definitiva e ancora in piena emergenza sanitaria nonché sospensione legale dei termini procedurali), per la prima volta il MISE ha fatto sapere all'appellante che "*confermava l'esclusione delle emittenti in questione e il non accoglimento dei reclami, poiché le verifiche effettuate dal competente ufficio, in collaborazione con l'Ispettorato Territoriale Calabria, avevano evidenziato che, nel biennio 2018-2019, tutti e quattro i marchi non risultavano diffusi nel bacino regionale della Calabria*" (così lo stesso TAR a pag. 9 della sentenza appellata).

A fronte di ciò l'appellante ha depositato in giudizio documentazione idonea a dimostrare – o, quanto meno, a fornire univoci principi di prova circa – l'effettiva diffusione dei palinsesti per cui è causa, rispetto alla quale il TAR ha ritenuto che *“la documentazione prodotta dalla ricorrente associazione non è in grado di dimostrare l'effettiva diffusione dei quattro palinsesti sull'intero bacino regionale della Calabria, trattandosi di dati parziali, relativi a monitoraggi effettuati in parte nel 2019, in parte nel 2020, e non anche nel corso del 2018, come contestato nelle gravate esclusioni”*.

Anche tale valutazione sconta un approccio del tutto acritico di adesione a alla prospettazione autoreferenziale del MISE.

Va in proposito evidenziato che non esiste agli atti del giudizio di primo grado un solo reale documento che dia oggettivamente conto della effettiva sussistenza del motivo di esclusione opposto dall'Amministrazione.

In altre parole, il MISE afferma nel 2020 che ben cinque palinsesti di 24 ore ciascuno non sarebbero stati trasmessi nell'arco dei due anni 2018 e 2019, ma non presenta un solo atto che lo dimostri. Gli unici elementi forniti dall'Amministrazione non si riferiscono a controlli puntuali nel territorio, ma a presunte risultanze di un ignoto non accessibile e contestato *“sistema oracle”* che, peraltro, esso stesso non documenta la mancata diffusione dei palinsesti, ma solo che dal detto *“sistema”* non risultano monitoraggi. Se non ci sono monitoraggio non può esserci accertamento di mancata diffusione.

Già su queste basi il TAR avrebbe dovuto nutrire serissimi dubbi circa la verosimiglianza della prospettazione dell'Amministrazione.

Come detto, dal proprio canto l'appellante ha depositato in giudizio documentazione idonea a dimostrare – o, quanto meno, a fornire univoci principi di prova circa – l'effettiva diffusione dei palinsesti, nei limiti di quanto possibile nell'arco di poche ore e, soprattutto, a distanza di oltre due anni dalle date considerate e nell'arco dei quali non vi era stata evidenza di una tale preoccupazione da parte del MISE.

In particolare, Promocultura ha prodotto rilevi ufficiali effettuati e pubblicati dallo stesso MISE (doc. 29-30) secondo i quali:

- i marchi “*Promovideo1*” LCN 288 e “*Promovideo2*” LCN 630 risultano rilevati dal MISE come regolarmente diffusi in rilievi svolti a gennaio ed a luglio 2019;
- il marchio “*Tua Channel*” LCN 113 risulta rilevato dal MISE come regolarmente diffuso in rilievi svolti a gennaio, luglio e ottobre 2019;
- il marchio “*Locride Tv*” LCN 818 risulta rilevato dal MISE come regolarmente diffuso in rilievi svolti a ottobre 2019.

Non risultano altri rilievi ufficiali. Le tabelle *sub* **doc. 29-30** includono tutti quelli effettuati dal MISE nel periodo interessato.

A ciò si aggiunga che nel biennio in questione il MISE non ha mai contestato mancata diffusione dei palinsesti, né ha dimostrato il contrario (il documento avversario n. 10 è del 2020).

Il palinsesto “*Tua Channel*” è presente nelle graduatorie dei contributi delle annualità 2017 al 151° posto e 2018 al 121° posto (**doc. 31-32**). Ciò dimostra che le trasmissioni sono state regolari dal 2016 al 2018. In caso contrario il MISE avrebbe sollevato una contestazione analoga a quella in esame, e non lo ha fatto.

Dubbi potrebbero essere forse sorti perché a fine 2019 alcune autorizzazioni sono state modificate a seguito di contestazione del MISE. In particolare, il 28 gennaio 2020 (all. 10 MISE) la P.A. ha contestato l’uso di marchi difformi da quelli oggetto delle autorizzazioni oggi escluse, vale a dire:

PROMOVIDEO GERACE NETWORK 1 già PROMOVIDEO 1	LCN 288	RC – CZ - KR
PROMOVIDEO GERACE NETWORK 2 già PROMOVIDEO 2	LCN 630	RC
LOCRIDE TV già VIDEO LAMEZIA	LCN 696	CALABRIA
TUA CHANNEL già PROMOVIDEOTV.COM	LCN 113	CALABRIA

Il MISE ha assegnato sette giorni per la regolarizzazione, con avvertimento che, in difetto, avrebbe sospeso i titoli. Promocultura ha chiarito la sua posizione nel termine, tanto è vero che non è stata adottata alcuna sospensione.

Si noti che la contestazione riguardava il fatto che

L'utilizzo di tale numerazione, seppure riscontrata sempre e solo nei bacini provinciali di Reggio Calabria e Cosenza, è effettuato per la diffusione di altre programmazioni:

Pertanto, la stessa lettera del MISE presuppone e riconosce che i palinsesti erano effettivamente diffusi.

Se vi sono neanche dubbi sull'uso delle denominazioni.

I palinsesti “*Locride Tv*” LCN 696 e “*Tua Channel*” LCN 113 erano diffusi con la denominazione autorizzata, secondo quanto rilevato dallo stesso MISE.

La denominazione del marchio originariamente “*Promovideo Gerace Network 2*” era già stata variata in “*Promoradio Tv*” con nota del 13 maggio 2015 (**doc. 33**). Dunque, la denominazione diffusa era corretta, ma il MISE non ne aveva preso atto e ciò non è imputabile alla scrivente.

Per la sola autorizzazione LCN 288 già “*Promovideo Gerace Network 1*” Promocultura ha dichiarato la nuova denominazione “*Catholika Tv*”, regolarizzando immediatamente la situazione.

In ogni caso l'oggetto della contestazione di gennaio 2020 non ha alcuna attinenza con i requisiti di ammissione e di attribuzione dei contributi. Il D.P.R. 146 non contempla punteggi per il numero di bacini assentiti né richiede che il marchio autorizzato rimanga identico per il biennio considerato.

Al contrario. Lo stesso MISE ha chiarito che, in caso di cambio di denominazione, è l'Amministrazione a recepire la variazione direttamente nella graduatoria, mentre la domanda va presentata con i dati precaricati nel sistema SICEM (cfr. **doc. 34**, All. 1 al decreto 13 novembre 2020 che distribuisce ulteriori risorse in base alla graduatoria 2019, in cui si chiarisce: “*Cambio denominazione società o cambio denominazione marchio/palinsesto/emittente: nella piattaforma SICEM vengono considerate le società e/o i marchi/palinsesti/emittenti che sono presenti così come denominati nella graduatoria 2019. Pertanto, in caso di cambio di denominazione societaria o in caso di cambio della denominazione del marchio/palinsesto/emittente, la domanda deve essere presentata dal soggetto*”

con la denominazione precaricata nel sistema o per il marchio/palinese/emittente con la denominazione precaricata nel sistema. Nelle graduatorie pubblicate si è, invece, tenuto conto delle variazioni comunicate”).

Insomma, la conclusione del TAR è del tutto acritica e non ha tenuto conto delle evidenze oggettive emergenti dai documenti di causa. Per tali ragioni la conclusione circa il rigetto del secondo motivo di ricorso non appare condivisibile e dovrebbe essere riconsiderata.

3. CENSURABILITÀ DEL CAPO DI RIGETTO DEL TERZO MOTIVO DI RICORSO (PUNTO 3, PAG. 9, DELLA SENTENZA APPELLATA). VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEGLI ARTT. 6, 21 E 97 COST.; DELL’ART. 1, COMMA 163, DELLA LEGGE 205/2015; DEL D.P.R. 146/2017; DELLA LEGGE 241/1990, DELLA DELIBERA AGCOM 353/11/CONS. ECCESSO DI POTERE PER DIFETTO D’ISTRUTTORIA, ERRORE NEI PRESUPPOSTI, ERRORE DI FATTO E DI DIRITTO, SVIAMENTO DAL FINE, MANIFESTA INGIUSTIZIA, DISPARITÀ DI TRATTAMENTO, CONTRADDITTORIETÀ CON PRECEDENTI PROVVEDIMENTI, VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DEL GIUSTO PROCEDIMENTO E DEL DIRITTO DI PARTECIPAZIONE.

Il TAR motiva la pronuncia di rigetto del terzo motivo di ricorso spiegando che *“Infine, privo di pregio è anche l’ultimo motivo di ricorso, con il quale la ricorrente contesta l’esclusione dalla graduatoria de qua del palinese “Win TV”. Per tale palinese l’esclusione è stata disposta in quanto il marchio risultava essere stato autorizzato come marchio a carattere commerciale e non a carattere comunitario.*

...

In realtà, affinché il marchio possa acquisire carattere comunitario occorre ottenere dal Ministero la necessaria volturazione.

La resistente amministrazione, al riguardo, rappresenta che in data 21 settembre 2018 perveniva, con nota acquisita al protocollo Mise n. 56836, la richiesta da parte dell’Associazione Promocultura di volturazione

dell'autorizzazione alla fornitura dei servizi media audiovisivi (FSMA) acquisita dalla società "WIN TV s.r.l.s.", avente carattere commerciale.

A seguito di ciò il Ministero chiedeva all'Associazione Promocultura, con nota prot. n. 59079 del 2 ottobre 2018, chiarimenti in merito, sia per la mancanza della pubblicità dell'atto, come previsto dall'articolo 69 del Regio Decreto 18 novembre 1923, n. 2440, sia per la mancata previsione, nella normativa vigente in materia di settore televisivo, diversamente per quanto previsto nel settore radiofonico, di cedere un'autorizzazione per la fornitura di servizi media audiovisivi (FSMA) in ambito locale a carattere commerciale in capo ad un soggetto la cui attività è a carattere comunitario e viceversa.

In data 4 febbraio 2019, la ricorrente inviava l'atto di cessione dell'autorizzazione FSMA autenticato, ma non forniva alcun nuovo documento e/o controdeduzione su quanto contestato dal Ministero nella precedente nota, ovvero sull'impossibilità di acquisire un'autorizzazione FSMA a carattere commerciale in capo ad una emittente a carattere comunitario.

...

Quanto sopra rappresentato dimostra, dunque, come la mancata volturazione del marchio "Wind TV" lungi dal poter essere imputabile all'inerzia dell'amministrazione sull'istanza presentata dalla ricorrente il 21 settembre 2018, discenda dalla mancata produzione, da parte della medesima ricorrente, della documentazione richiesta in sede procedimentale, come attestato in atti".

La motivazione appare *prima facie* perplessa.

Confonde erroneamente l'esito del procedimento di volturazione dell'autorizzazione acquistata da Promocultura avviato nel 2018 con il possesso dei requisiti per l'ammissione della domanda alla procedura di riconoscimento dei contributi pubblici.

Travisa le risultanze istruttorie e, di conseguenza, giunge a conclusioni errate.

In primo luogo non corrisponde al vero che nell'ambito del procedimento di

volturazione la scrivente “*inviava l’atto di cessione dell’autorizzazione FSMA autenticato, ma non forniva alcun nuovo documento e/o controdeduzione su quanto contestato dal Ministero nella precedente nota, ovvero sull’impossibilità di acquisire un’autorizzazione FSMA a carattere commerciale in capo ad una emittente a carattere comunitario*”.

L’odierna appellante ha sempre risposto al Ministero chiedendo e insistendo sempre per l’ottenimento della volturazione con conseguente modifica del carattere da commerciale a comunitario, sia per quanto ha scritto Promocultura stessa sia in base alle deduzioni rivolte dal legale incaricato. Nel procedimento di volturazione l’ultima parola non è stata del MISE, ma di Promocultura, che ha risposto all’Amministrazione a febbraio 2019 (nota *sub* all. 37 del MISE) senza ricevere ulteriori risposte.

In giudizio, poi, la scrivente ha documentato precedenti atti di volturazione adottati dal MISE della stessa tipologia di quella richiesta dall’appellante, documento che tuttavia il TAR ha del tutto omesso di considerare, concludendo erroneamente per l’infondatezza del motivo.

Non si comprende, dunque, quale ulteriore documento o controdeduzione la scrivente fosse tenuta a fornire al MISE per conseguire la prescritta volturazione, anche in considerazione del fatto che Promocultura aveva ampiamente dedotto sul punto specifico in discussione, aveva espressamente richiamato l’esistenza di precedenti provvedimenti dello stesso segno di quello richiesto dalla scrivente già adottati dal MISE e, dunque, nella sua perfetta conoscenza, ed aveva comunque chiesto che l’Amministrazione concludesse il procedimento con un provvedimento espresso, al fine di tutelare – se del caso – i propri interessi nelle sedi competenti. In assenza, la volturazione doveva per ciò ritenersi assentita per fatti concludenti e per silenzio-assenso secondo l’ormai generale principio.

È un fatto, dunque, l’esclusione della domanda per il palinsesto Win Tv è stata illegittima, perché il carattere del palinsesto, commerciale o comunitario, dipende dalla natura soggettiva del suo titolare e non è nella disponibilità

dell'Amministrazione.

Un'autorizzazione rilasciata a società di capitali e cooperativa ha carattere commerciale (art. 3, comma 5, della delibera AGCOM 353/11/CONS), un'autorizzazione rilasciata a fondazioni, associazioni o cooperative non lucrative ha carattere comunitario (art. 3, comma 6, della delibera AGCOM 353/11/CONS).

Il marchio/palineseo "Win Tv" era autorizzato come commerciale in quanto il suo precedente titolare era la Wintv S.r.l., società di capitali. Con la cessione alla scrivente, che è un'associazione, il marchio/palineseo ha assunto carattere comunitario secondo il citato art. 3, comma 6, della delibera AGCOM 353/11/CONS.

Si badi che sia per l'Amministrazione sia per il TAR la ricorrente è regolarmente titolare dell'autorizzazione per il palineseo *Win Tv*, nonostante non sia stato ancora adottato il formale provvedimento di volturazione e che l'Amministrazione riconosce anche che la ricorrente può partecipare alle procedure per erogazione dei contributi anche in assenza di formale voltura, come dimostrano due circostanze.

La prima è che la ragione dell'esclusione attiene al carattere dell'autorizzazione, e dunque presuppone la titolarità di quest'ultima.

La seconda è che lo stesso MISE ha affermato in sede cautelare in primo grado che *"la ricorrente avrebbe potuto presentare, per il marchio/palineseo "Win TV", domanda per i contributi alle emittenti televisive a carattere commerciale e non per quelle a carattere comunitario"*, confermando implicitamente anche in questo caso la titolarità dell'autorizzazione in capo alla ricorrente e il diritto di quest'ultima di prendere parte dalle procedure disciplinate dal D.P.R. n. 146/2017.

L'unica anomalia, dunque, è l'esclusione dalla procedura per l'erogazione dei contributi per l'annualità 2019, che il TAR ha erroneamente omissso di censurare. Per tali ragioni la conclusione circa il rigetto del terzo motivo di ricorso non appare condivisibile e dovrebbe essere riconsiderata.

* * *

P.Q.M.

Piaccia a codesto ecc.mo Consiglio di Stato accogliere il presente appello per i motivi di cui in narrativa, annullando o riformando la sentenza impugnata, con ogni consequenziale statuizione.

Con vittoria degli oneri di lite del doppio grado, comprese spese generali, IVA, contributo CNPAF e ritenuta d'acconto, e rimborso del contributo unificato.

La ricorrente produce i documenti numerati menzionati in narrativa come da separato indice.

Ai fini del contributo unificato per gli atti giudiziari si dichiara che il valore della causa è indeterminabile.

Roma, data della sottoscrizione digitale

avv. Domenico Siciliano