

## ATTO DI DIFFIDA E MESSA IN MORA

**ALTROCONSUMO - Associazione per la Difesa dei Consumatori**, con sede legale in Milano, Via Valassina n. 22, in persona del rappresentante legale *pro tempore* il Direttore Luisa Crisigiovanni, e **FEMI - Federazione Media Digitali Indipendenti**, con sede Sassoleone (BO), Via Sillaro n. 52, in persona del rappresentante legale *pro tempore* il Presidente Giampaolo Colletti, rappresentati e difesi dagli avvocati Guido Scorza, Carmelo Giurdanella, C. Elio Guarnaccia, Dario Reccia, Francesca Bilardo, ed elettivamente domiciliati presso il loro studio legale in via dei Barbieri n. 6 in Roma, come da procure a margine del presente atto

### DICHIARANO

al **Ministero per lo Sviluppo Economico**, in persona del Ministro *pro tempore*;

nonchè, in virtù dei rispettivi poteri di controllo e vigilanza:

- alla Commissione Europea, in persona del Commissario *pro tempore*;
- all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, in persona del Segretario Generale *pro tempore*;
- all'Autorità Garante della concorrenza e del Mercato, in persona del Presidente *pro tempore*;
- all'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici, in persona del Presidente *pro tempore*

### DI DIFFIDARE E METTERE IN MORA

il Ministero intimato, a ritirare, mediante autotutela e/o mediante revoca, i seguenti atti:

Io sottoscritta Luisa Crisigiovanni, nella qualità di rappresentante legale *pro tempore* di **Altroconsumo - Associazione per la Difesa dei Consumatori**, nomino miei procuratori e difensori per la presente diffida, gli avvocati Guido Scorza, Carmelo Giurdanella, C. Elio Guarnaccia, Dario Reccia, Francesca Bilardo, con elezione di domicilio in Roma, in via dei Barbieri n. 6. Dichiaro, infine, di avere ricevuto rituale informativa sul trattamento dei dati conferiti ai sensi e per gli effetti del D.Lgs. n. 196/03 e di avere prestato il mio consenso al trattamento dei dati anche di natura sensibile o giudiziaria.

Vera la firma

Io sottoscritto Giampaolo Colletti, nella qualità di rappresentante legale *pro tempore* di **FEMI - Federazione media digitali Indipendenti**, nomino miei procuratori e difensori per la presente diffida, gli avvocati Guido Scorza, Carmelo Giurdanella, C. Elio Guarnaccia, Dario Reccia, Francesca Bilardo, con elezione di domicilio in Roma, in via dei Barbieri n. 6. Dichiaro, infine, di avere ricevuto rituale informativa sul trattamento dei dati conferiti ai sensi e per gli effetti del D.Lgs. 196/03 e di avere prestato il mio consenso al trattamento dei dati anche di natura sensibile o giudiziaria.

Vera la firma

- il bando di gara, pubblicato in data 8 luglio 2011, per l'assegnazione di diritti d'uso di frequenze in banda televisiva per sistemi di radiodiffusione digitale terrestre, di cui alla delibera n. 497/10/CONS, del 23 settembre 2010, dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni;
- il relativo disciplinare di gara, pubblicato in data 8 luglio 2011;
- ogni altro atto, antecedente o successivo, comunque connesso, presupposto o consequenziale, ivi compreso ove esistente, ogni atto di approvazione delle risultanze di gara, allo stato non meglio conosciuto.

#### ***INTERESSI IN GIOCO, FATTI E PREMESSE GIURIDICHE***

**Altroconsumo**, associazione indipendente di consumatori riconosciuta ai sensi del Codice del Consumo, membro del Consiglio Nazionale Consumatori e Utenti, membro del BEUC (Bureau Européen des Unions de Consommateurs) e di Consumers International, ha lo scopo di promuovere e difendere gli interessi dei consumatori, degli utenti di beni e servizi e dei risparmiatori, assumendo ogni iniziativa idonea a garantirli come singoli e come collettività.

Per quanto concerne la tematica oggetto della presente diffida Altroconsumo da tempo paventa il rischio di un rafforzamento delle posizioni di dominio di Rai e Mediaset, da decenni protagonisti del duopolio televisivo italiano, anche nel nuovo contesto digitale. In tal senso, l'Associazione già nel 2005, con un esposto inviato alla Commissione europea aveva chiesto l'apertura di una procedura di infrazione contro l'Italia in seguito all'introduzione della legge Gasparri che ha disciplinato il passaggio dal sistema televisivo analogico a quello digitale cristallizzando il duopolio televisivo arrecando limitazioni ai

diritti e agli interessi dei consumatori, in contrasto con il diritto comunitario. Procedura di infrazione poi puntualmente avviata dalla Commissione nel 2006 e ancora non ritirata definitivamente.

**FEMI** (Federazione Media Digitali Indipendenti, già Federazione delle micro web tv italiane) annovera ad oggi oltre centocinquanta associati tra web tv e micro web tv italiane, micromedia iperlocali, blog e videoblog, portali informativi, aggregatori di videocontenuti.

Il ruolo della FEMI ruota attorno ad una costante attività di informazione, formazione e sensibilizzazione sul mondo dei media digitali indipendenti. La partecipazione alle audizioni AgCom sui regolamenti attuativi del Decreto Romani ha permesso di vincere una sfida importante: l'AgCom, approvando i regolamenti relativi ai servizi audiovisivi lineari e a richiesta diffusi via Internet, ha apportato una drastica semplificazione rispetto al testo posto in consultazione pubblica, facendo sì che quei regolamenti siano oggi riservati ai soggetti professionisti con ricavi radiofonici e televisivi superiori a 100mila euro annui.

\* \* \*

(1) Con Delibera del 7 aprile 2009, l'AGCOM ha stabilito i criteri per la completa digitalizzazione delle reti televisive terrestri, anche al fine di adeguarsi alle prescrizioni contenute nel parere motivato inviato dalla Commissione europea in data 18 luglio 2007 nell'ambito della procedura di infrazione n. 2005/5086, relativo al contrasto esistente tra le disposizioni in materia radiotelevisiva contenute, tra l'altro, nella Legge n. 112/2004 e le Direttive 2002/21/CE (Direttiva quadro), 2002/20/CE (Direttiva

autorizzazioni) e Direttiva 2002/77/CE (Direttiva concorrenza).

(2) Nell'Allegato A) a tale Delibera, l'AGCOM prevedeva che fosse messo a disposizione un "dividendo digitale", costituito da un numero di reti televisive nazionali non inferiore a 5, oltre a una rete DVB-H, da assegnare agli operatori del settore mediante una procedura competitiva "in linea con le best practices europee", tra cui anche il cosiddetto "Beauty Contest".

(3) Con delibera n. 497/10/CONS, pubblicata in Gazzetta Ufficiale il 6 dicembre 2010, l'AGCOM ha disciplinato la procedura per l'assegnazione delle frequenze disponibili in banda televisiva per sistemi di radiodiffusione digitale terrestre e le misure volte a garantire condizioni di effettiva concorrenza, scegliendo tra i possibili meccanismi di assegnazione proprio quello del "Beauty Contest", che, come noto, non prevede oneri di tipo economico a carico del vincitore della gara, come se si trattasse, appunto, di un concorso di bellezza.

(4) In conformità a quanto previsto da tale Regolamento, il Ministero per lo Sviluppo Economico, con provvedimento del 8 luglio 2011, ha reso quindi disponibili tanto il bando di gara quanto il relativo disciplinare per l'assegnazione del diritto d'uso delle frequenze televisive.

In particolare formano oggetto della gara sopra menzionata 5 frequenze in tecnica DVB-T e una frequenza in tecnica DVB-H (o T2).

Le frequenze in tecnica DVB-T sono state peraltro suddivise in due differenti lotti, rispettivamente A (a sua volta composto da tre sottolotti) e B (ripartito in due sottolotti) – il lotto C riguarda invece l'unica frequenza in DVB-H.

Quanto al lotto A, la partecipazione alla gara è stata esclusa per quei soggetti

che prima della conversione delle reti analogiche avevano già la disponibilità di almeno due reti televisive nazionali in tecnica analogica.

La partecipazione alla gara per l'assegnazione dei lotti B1 e B2 è invece aperta a tutti, e quindi tanto ai soggetti nuovi entranti quanto agli operatori cosiddetti "incumbent", e pertanto anche ai due operatori che attualmente occupano una posizione maggioritaria nell'assetto del mercato televisivo in Italia ovvero RAI ed RTI. Peraltro, da un punto di vista strettamente tecnico, le frequenze ricomprese nel lotto B costituiscono quelle maggiormente appetibili per gli operatori, nella misura in cui consentono la trasmissione sull'intero territorio nazionale su di un'unica frequenza senza il problema di eventuali interferenze.

(5) Scaduto il termine per la presentazione delle domande, la Commissione nominata ai sensi del punto 9.1 del bando, dopo aver esaminato tutte le richieste, ha ammesso alla gara i seguenti soggetti per i lotti di volta in volta indicati:

1. Canale Italia S.r.l. (lotti A2 e A3)
2. Telecom Italia Media S.r.l. (lotti B1, B2 e C1)
3. Elettronica Industriale S.p.A. (lotti B1 e B2)
4. Sky Italia network S.r.l. (lotto A2)
5. Prima TV S.p.A. (lotti A2 e A3)
6. Europa Way S.r.l. (lotto A1)
7. Elettronica Industriale S.p.A. (lotto A2)
8. Rai Radiotelevisione italiana S.p.A. (lotti B1 e B2)

(6) Peraltro, Sky Italia S.r.l., ammessa in relazione al lotto A2, in data 30 novembre 2011 ha annunciato la propria decisione di ritirarsi dalla gara,

mettendo in dubbio l'obiettività dei criteri per l'assegnazione delle frequenze, che, a suo dire, favorirebbero gli operatori già presenti sul mercato (e quindi, ancora una volta, RTI, RAI e Telecom).

(7) Parallelamente alla procedura in oggetto, con Delibera 127/11 del 23 marzo 2011 l'AGCOM ha peraltro disposto una gara per l'assegnazione e l'utilizzazione delle frequenze disponibili in banda 800, 1800, 2000 e 2006 Mhz destinate agli operatori della telefonia mobile. Nel frattempo si è chiusa l'aggiudicazione del primo lotto – quello delle frequenze in banda 800 Mhz - con un incasso per lo Stato di complessivi 3,7 miliardi di Euro.

(8) Costituisce infine fatto notorio che successivamente alla Delibera n. 181/09/Cons, con cui per la prima volta si individuava nel Beauty Contest la possibile procedura per l'assegnazione delle frequenze, il quadro economico-finanziario del nostro Paese ha subito un drammatico peggioramento, impegnando il Governo a reperire, anche attraverso scelte difficili sul piano dell'equità sociale, tutte le risorse economiche necessarie a scongiurare un possibile default dello Stato italiano.

\* \* \*

(9) Inoltre, al fine di sgombrare il campo da possibili equivoci di natura giuridica, va chiarito che le “frequenze” di cui si discute sono indiscutibilmente, a tutti gli effetti e pacificamente, un bene pubblico, economicamente rilevante, ed oggetto di tutela giuridica.

Qualora infatti si ritenesse che le “frequenze” non siano un “bene” al pari del suolo o dell'acqua perché non esistono in natura o perché sono solo la misura della propagazione di segnali nell'etere, o addirittura sostenere che nel caso

oggi in questione lo Stato si limita a regolare una attività economica con determinate modalità tecniche, è opportuno rispondere che è il nostro Ordinamento Giuridico ad offrire sul punto risposte chiare, puntuali e tecnicamente insuperabili.

(10) Da un punto di vista privatistico, è innegabile che le frequenze oggetto del Beauty Contest siano attualmente considerate un bene giuridico-economico a tutti gli effetti, tanto che lo Stato intende esercitarne la “titolarità”, concedendone in uso i relativi diritti proprio come avviene con le sorgenti, le miniere, le spiagge e decine di altri beni che sono a tutti gli effetti “beni giuridici”.

(11) Da un punto di vista pubblicistico, poi, calza a pennello la sintesi al riguardo tracciata dal Consiglio di Stato, Sez. VI, nella sentenza n. 2624 emessa il 31 maggio 2008: *“Come evidenziato dalla Corte Costituzionale (sent. n. 466/2002) “la formazione dell'esistente sistema televisivo italiano privato in ambito nazionale ed in tecnica analogica trae origine da situazioni di mera occupazione di fatto delle frequenze (esercizio di impianti senza rilascio di concessioni e autorizzazioni), al di fuori di ogni logica di incremento del pluralismo nella distribuzione delle frequenze e di pianificazione effettiva dell'etere”. Detta occupazione di fatto è stata, peraltro, in varie occasioni per lunghi periodi temporali, legittimata ex post e sanata dal legislatore ... Su tale assetto ha poi inciso la sentenza n. 420 del 1994 con cui la Corte Costituzionale ha dichiarato incostituzionale l'art. 15, comma 4 l. 6 agosto 1990 n. 223 (c.d. legge Mammi), nella parte in cui consente ad uno stesso soggetto di esser titolare di tre delle nove concessioni per reti televisive*

*su scala nazionale assentibili ai privati ... La nuova disciplina del sistema radiotelevisivo è stata dettata dalla legge 31 luglio 1997 n. 249 (c.d. legge Meccanico) ... In attuazione della legge n. 249/1997 sono stati adottati il Piano nazionale delle frequenze approvato con delibera n. 68/98 dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e il regolamento n. 78/98 della stessa Autorità relativo ai requisiti ed alle modalità per il rilascio delle concessioni televisive su frequenze terrestri in tecnica analogica ... Il nuovo assetto del sistema radiotelevisivo è stato poi definito dalla legge 3 maggio 2004 n. 112 (c.d. legge Gasparri) ...”.*

(12) Quanto ai rilievi penalistici, rileva l’art. 624 del codice penale, univoco nell’estendere il concetto di *res* presa di mira dal diritto penale a qualsiasi bene, materiale o immateriale, che possa rivestire valore economico.

Che tra le *res* del nostro codice penale rientrino a pieno titolo le energie, le bande e le “frequenze” - considerati a tutti gli effetti beni materiali, sia quando appartengano al patrimonio privato e debbano ricevere la protezione del Libro II, Titolo XIII, Capo I e II del codice penale (artt. 624 e ss. c.p.), sia quando si trovino nella titolarità statale e risultino coperte dalla garanzia del Libro II, Titolo II, Capo I e II del codice penale (artt. 314 e ss. c.p.) - è assunto giurisprudenziale ampiamente consolidato, peraltro storicamente avviato e definito in tempi ben antecedenti rispetto all’odierna maturazione della materia. Basterà, a titolo di esempio, considerare che è da più di un ventennio che le “frequenze” radiotelevisive sono state ritenute possibile oggetto di “danneggiamento” - reato tipicamente “contro il patrimonio” inteso nella sua materialità - come nel “*caso in cui il responsabile di emittente televisiva*



*interferisca sulla stessa banda di frequenza sulle onde radio elettriche proprie di altra emittente” (Cass. Pen., Sez. I, 6 luglio 1989, Bianchi). Ciò sul presupposto che “le trasmissioni televisive consistono in energia prodotta da una emittente ... le onde radioelettriche, essendo energia prodotta ed avendo un valore economico”, e che le stesse devono quindi “considerarsi cose ai sensi del capoverso dell'art. 624 c.p., suscettibili di danneggiamento” (Cass. Pen., Sez. III, 28 settembre 1987, Di Stefano).*

Ciò premesso in fatto, si osserva

### **IN DIRITTO**

#### **1) VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO COSTITUZIONALE DI ECONOMICITÀ E BUON ANDAMENTO DELL'AZIONE AMMINISTRATIVA DI CUI ALL'ART. 97 COST. - VIOLAZIONE DEGLI ARTT. 29 E 35 DEL CODICE DELLE COMUNICAZIONI ELETTRONICHE – VIOLAZIONE DELL'ART. 3 COST..**

La procedura di Beauty Contest, come noto, consente l’assegnazione delle frequenze senza porre nessun onere economico a carico degli operatori risultati vincitori all’esito della gara.

Tuttavia, le ragioni che hanno determinato la pubblica amministrazione nella scelta di una simile procedura non appaiono condivisibili.

Al riguardo l’art. 35, comma 1) del Codice delle comunicazioni elettroniche prevede che “I contributi per la concessione di diritti di uso delle frequenze radio o dei numeri sono fissati dal Ministero sulla base dei criteri stabiliti dall'Autorità”.

In tale contesto non appare pertanto legittima la scelta della pubblica amministrazione di non porre alcun contributo a carico degli operatori che

risulteranno vincitori all'esito della gara.

Ma al di là di tale profilo, come è noto, il principio di buon andamento e imparzialità della pubblica amministrazione impone a quest'ultima scelte efficienti in termini economici e non discriminatorie dal punto di vista dei soggetti coinvolti dalla sua azione.

Nel caso di specie, tuttavia, la scelta in favore del Beauty Contest come procedura da seguire per l'assegnazione delle frequenze non pare rivestire tali qualità.

Si tratta innanzitutto di una scelta che non assicura il buon andamento della pubblica amministrazione in un momento storico nel quale di fronte al drammatico stato di crisi in cui versa il nostro Paese vi è più che mai bisogno di utilizzare in modo razionale ed efficiente le risorse disponibili.

Tali risorse sono in questo caso le frequenze, che costituiscono un bene dell'intera comunità, la cui natura scarsa lo rende particolarmente prezioso.

Al riguardo, né nel bando di gara né nelle precedenti delibere AGCOM si illustrano le ragioni per cui lo Stato si è determinato ad assegnarle in concessione senza pretendere dai vincitori della gara alcuna forma di contribuzione a loro carico.

Evidentemente una simile prassi non può garantire il buon andamento e l'imparzialità della pubblica amministrazione, anche alla luce della diversa procedura seguita per l'assegnazione delle frequenze destinate ai sistemi mobili. In quel caso, come si è già riferito, l'AGCOM ha preferito optare per un'asta al rialzo fra tutti gli operatori del settore. L'assegnazione del solo primo lotto – quello delle frequenze di 800mhz - ha peraltro fruttato alle casse

della Stato una somma pari a 3,7 miliardi di Euro, oltre un miliardo in più rispetto all'obiettivo minimo che l'Autorità si era dato indicendo la gara.

Al riguardo, considerato che la banda complessiva in fase di aggiudicazione con il meccanismo del Beauty Contest è ben superiore rispetto a quella messa all'asta per la telefonia, non è difficile immaginare quale grande beneficio economico potrebbe trarre lo Stato, sostituendo l'attuale procedura con un'asta al rialzo anche per le frequenze destinate al mercato televisivo: le stime elaborate in proposito dagli esperti parlano di diversi miliardi di Euro.

Ma oltre ai principi sopra menzionati, anche l'imparzialità, come noto, costituisce uno dei canoni cui deve essere informata l'azione della Pubblica Amministrazione.

Tale principio non è tuttavia salvaguardato qualora la pubblica amministrazione sottoponga a trattamenti diversi le imprese attive nel campo dei servizi di comunicazione elettronica.

Da un lato, infatti, gli operatori della telefonia sono stati costretti a versare nelle casse dello Stato ingenti somme di denaro per vedersi assegnare le frequenze messe all'asta; così invece rischia di non essere per le imprese esercenti l'attività radiotelevisiva che per effetto del Beauty Contest potrebbero ottenere le frequenze senza alcun esborso di denaro.

Due scelte diverse che in qualche modo l'amministrazione avrebbe dovuto giustificare; di tali chiarimenti, peraltro, non vi è traccia negli atti di cui si chiede l'annullamento in autotutela.

In questo modo, però, l'operato della pubblica amministrazione è lesivo del principio di parità di trattamento sancito dall'art. 3 della Costituzione e

confermato dall'art. 13 del Codice delle comunicazioni elettroniche, second. cui tanto il Ministero che l'Autorità Garante contribuiscono allo sviluppo del mercato garantendo che non vi siano discriminazioni nel trattamento delle imprese che offrono servizi di comunicazione elettronica.

La discriminazione sopra paventata è resa ancora più evidente dal fatto che in entrambi i casi – e quindi sia per gli operatori della telefonia che per quelli della televisione – si tratta di soggetti che utilizzeranno le frequenze nell'ambito della propria attività imprenditoriale e quindi allo scopo di trarne un utile di carattere privato: quanto alla RAI, sicura vincitrice di uno dei lotti appartenenti al pacchetto B, la concessione per il servizio pubblico radiotelevisivo scadrà nel 2014 e al momento non è dato sapere se verrà o meno rinnovata, con la conseguenza che anche quest'ultima potrebbe venire a detenere le frequenze assegnate per almeno venti anni in qualità di soggetto privato e quindi senza gli obblighi propri del servizio pubblico radiotelevisivo. Ma la lesione del principio in questione porta inevitabilmente con sé anche la distorsione dell'intero mercato delle comunicazioni elettroniche, nella misura in cui, evidentemente, le imprese esercenti l'attività radiotelevisiva escono favorite rispetto a quelle operanti nel campo della telefonia mobile.

Tale duplice profilo di illegittimità della procedura in questione, è dunque sufficiente a giustificare la revoca di essa, peraltro sulla scorta di pacifici principi giurisprudenziali, secondo cui la potestà di ritiro da parte dell'amministrazione può essere esercitata, in presenza di un'acclarata illegittimità degli atti precedentemente posti in essere, nonché in presenza di sopravvenuti motivi di pubblico interesse, di un mutamento della situazione di

fatto, di una nuova valutazione dell'interesse pubblico originario (Cons. Stato, sez. III, 15 novembre 2011 n. 6039).

A ciò si aggiunga, infine, che tale doveroso ritiro in autotutela degli atti della procedura in questione, non esporrebbe l'amministrazione dello stato ad alcuna pretesa risarcitoria da parte delle imprese attualmente partecipanti, in quanto non può essere riconosciuto alcun risarcimento del danno a titolo di responsabilità precontrattuale nel caso in cui gli atti di gara siano stati revocati in autotutela perché posti in essere in violazione di norme imperative (Cons. Stato, sez. VI, 3 febbraio 2011 n. 780).

Peraltro, anche ammessa per un momento la presunta possibilità giudica di un risarcimento del danno, è doveroso segnalare che l'entità di tale indennizzo sarebbe, comunque, straordinariamente inferiore alla perdita economica che lo Stato soffrirebbe lasciando proseguire il Beauty Contest.

Ferme le superiori ragioni di illegittimità di natura amministrativa, l'annullamento del bando di gara e del disciplinare in discussione si impone anche in considerazione di una oggettiva rilevanza penale della questione.

L'assegnazione dei diritti d'uso di cui si parla rappresenta una concessione a titolo gratuito di un bene statale di relevantissimo valore economico, certamente idonea ad integrare gli estremi del "peculato" di cui all'art. 314 del codice penale, "reato plurioffensivo, in quanto configura, da un lato, un delitto di abuso della situazione giuridica di cui il soggetto è titolare e, dall'altro, un delitto contro il patrimonio pubblico di cui si vuole tutelare l'integrità economica" (Cass. Pen, Sez. VI, 20 dicembre 2010, n. 256).

Nel caso di specie, nella fattispecie in esame sono ampiamente ravvisabili tutti

gli estremi del “peculato”: (a) la presenza di un Pubblico Ufficiale (non è questa la sede in cui va individuato fisicamente chi abbia regolamentato e disciplinato le premesse tecnico-amministrative per un certo tipo di “assegnazione”) che abusi di un bene pubblico sottoposto alla sua tutela; (b) la distrazione di un bene pubblico di esclusiva titolarità statale, nel nostro caso le “frequenze in banda televisiva per sistemi di radiodiffusione digitale terrestre”; (c) il duplice danno costituito, da una arbitraria ed illegittima sottrazione di un bene pubblico al patrimonio dello Stato, e da un macroscopico abuso di poteri e di funzioni da parte della Pubblica Amministrazione.

Non vanno dimenticati, infine, i profili di responsabilità contabile.

Ai sensi dell'art. 1 della legge n. 20 del 1994, *“la responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti in materia di contabilità pubblica è personale e limitata ai fatti ed alle omissioni commessi con dolo o colpa grave”*.

Ora, è copiosa la giurisprudenza che addebita a titolo di responsabilità contabile dolosa a pubblici dipendenti i fatti di peculato da essi commessi (ex multis, Corte Conti, sez. I, 9 dicembre 2002 n. 432), essendo in tali ipotesi evidente l'elemento psicologico della condotta.

Come, d'altronde, è evidente nel caso in esame, in cui, posta la precedente procedura di assegnazione di frequenze di banda larga mobile, conclusa mediante un'asta, notevolmente remunerativa per le casse dello Stato, non può esservi dubbio sulla sussistenza del dolo di chi ha, invece, arbitrariamente scelto di procedere con il Beauty Contest oggi in questione.

***2) VIOLAZIONE DEI PRINCIPI COMUNITARI DI CONCORRENZA E MASSIMA PARTECIPAZIONE - VIOLAZIONE DEGLI ARTT. 13 E 23 DEL CODICE DELLE COMUNICAZIONI ELETTRONICHE.***

Come già anticipato in fatto, anche l'ATI seconda classificata va esclusa dalla procedura di gara in questione.

Come si è detto, le Delibere AGCOM ed il conseguente bando di gara indetto dal Ministero nascono come risposta dello Stato italiano alla procedura di infrazione avviata nei suoi confronti dalla Commissione europea, che contestava al nostro Paese la mancanza di una effettiva concorrenza nel mercato televisivo a causa della posizione di assoluto dominio duopolistico assunta dai maggiori operatori del settore, ovvero RTI e RAI.

Con il parere motivato del 18 luglio 2007, la Commissione ha quindi invitato l'Italia a garantire condizioni di effettiva concorrenza, allargando il mercato anche a nuovi operatori attraverso una gara che riassegnasse le frequenze del cosiddetto dividendo digitale, ovvero quelle risultanti dal passaggio dall'analogico al digitale.

Tuttavia, il Beauty Contest finisce con il sacrificare la concorrenza e l'apertura dei mercati, valori entrambi salvaguardati, oltre che dall'ordinamento comunitario, anche dalla Costituzione e, come si è già visto, dallo stesso Codice delle comunicazioni elettroniche.

A ben vedere, infatti, la procedura che si è scelto di utilizzare per la riassegnazione delle frequenze non apre la strada verso un assetto maggiormente competitivo del mercato televisivo e pertanto non appare in grado di assicurare il raggiungimento dello scopo che si intende perseguire,

anche alla luce della procedura di infrazione pendente sul nostro Paese.

Il Beauty Contest, infatti, funziona proprio come se si trattasse di un concorso di bellezza, premiando gli operatori dotati di più risorse, vuoi sotto il profilo dell'esperienza maturata vuoi sotto quello degli impianti e delle strutture tecniche a disposizione.

In un contesto come quello italiano, caratterizzato ancora oggi da un fortissimo duopolio televisivo, una simile procedura non può che premiare RTI e RAI, che superano di gran lunga – si tratta di un dato di comune esperienza - tutti gli altri concorrenti già ammessi alla gara, avuto riguardo a ciascuno dei tre criteri individuati per l'assegnazione del punteggio.

La scelta di suddividere le frequenze da assegnare in più lotti e di riservare il lotto A) ai soggetti nuovi entranti – o meglio a quelli che prima della conversione al digitale non detenevano già almeno due reti analogiche - non vale peraltro a mutare il quadro della situazione.

Si è già detto, infatti, che le frequenze ricomprese nel lotto B costituiscono il prodotto più appetibile dell'intera gara, consentendo di trasmettere sull'intero territorio nazionale mediante un'unica frequenza e senza interferenze. Analoghe caratteristiche invece non sono attribuibili alle frequenze ricomprese nel lotto A), che presentano delle criticità da un punto di vista tecnico e il cui valore non è pertanto equiparabile a quello delle prime.

In tale contesto, è quindi evidente che il Beauty Contest rafforza ancora una volta la posizione dominante dei duopolisti RTI-RAI, nella misura i criteri adottati nel bando di gara favoriscono proprio questi ultimi senza lasciare alcuna reale chance agli altri operatori, e in particolare ai soggetti nuovi



entranti, in relazione al lotto B.

Si tratta di una sin troppo facile previsione, confermata dalla scelta di Sky, già ammessa a partecipare per il lotto A2, di abbandonare la gara proprio in considerazione della carattere discutibile dei criteri adottati dal bando che, come si è già rilevato, finiscono con il favorire gli operatori già attivi sul mercato.

L'assegnazione delle frequenze sulla base delle regole contenute nel bando di gara e nel relativo disciplinare non rappresenta, quindi, una reale apertura del mercato verso nuovi soggetti – così come richiesto dalla Commissione europea a pena di sanzioni nei confronti dell'Italia - nella misura in cui non è data loro la possibilità di concorrere in condizioni di parità rispetto agli operatori incumbent.

Sul fronte interno, l'illegittimità della procedura in questione è del resto confermata dall'art. 23 del Codice delle comunicazioni elettroniche, secondo cui “Qualora sia necessario concedere in numero limitato i diritti individuali di uso delle frequenze radio, il Ministero invita a presentare domanda per la concessione dei diritti di uso e ne effettua l'assegnazione in base a procedure stabilite dall'Autorità. Tali criteri di selezione devono tenere in adeguata considerazione gli obiettivi di cui all'articolo 13.”.

Tra gli obiettivi individuati dall'art. 13 vi è quello di garantire che non vi siano, da un lato, restrizioni e distorsioni della concorrenza nel settore delle comunicazioni elettroniche, e dall'altro, disparità nel trattamento delle imprese che forniscono reti o servizi di comunicazione elettronica.

Ora, tale provvedimento legislativo non lascia spazio ad alcun tipo di

interpretazione che possa autorizzare o minimamente consentire distrazioni di beni o di risorse al di fuori di un sano mercato della concorrenza; mercato da cui peraltro lo Stato, e per esso la collettività, è legittimato a trarre congrui benefici di natura economica.

Il Beauty Contest, premiando e favorendo gli operatori incumbent rispetto ai nuovi entranti, opera evidentemente una discriminazione tra le imprese che forniscono servizi di comunicazione elettronica e per tale verso deve essere considerato illegittimo, con conseguente annullamento in autotutela del relativo bando.

Orbene, tale profilo di illegittimità è sufficiente a giustificare l'annullamento in autotutela di essa, peraltro sulla scorta di pacifici principi giurisprudenziali, da ultimo ribaditi dal Consiglio di Stato, secondo cui è consentito all'amministrazione di procedere con successivo atto di ritiro, e con un richiamo ad un preciso e concreto interesse pubblico, all'annullamento d'ufficio: tale potere di autotutela trova fondamento nei principi di legalità, imparzialità e buon andamento, cui deve essere improntata l'attività della p.a., ai sensi dell'art. 97 Cost., in attuazione dei quali l'amministrazione deve adottare atti il più possibile rispondenti ai fini da conseguire (Cons. Stato, sez. V, 7 settembre 2011 n. 5032).

Parimenti, è indubbio che la sussistenza della "destinazione pubblica" determini l'illiceità penale della distrazione del bene, laddove quest'ultimo, sul piano economico, rappresenti fonte di sfruttamento commerciale idoneo a generare profitti di natura privata, essendo in gioco un ingiusto e spropositato vantaggio economico in capo a chi finirebbe per usufruire gratuitamente di

“frequenze” produttrici di una ricchezza miliardaria sul piano commerciale.

Ciò conduce all’evidenziazione di un abuso “di legge” e “di potere” ancora più forte della condotta di peculato, e dunque un travaso di imputazione nel reato di abuso di ufficio di cui all’art. 323 c.p. (Cass. Pen, Sez. V, 10 novembre 2005 n. 11147).

Anche sul fronte della giurisdizione europea è stato chiarito che lo Stato non può in alcun modo addivenire a regolamentazioni o aiuti che di fatto si traducano in aiuto ai “privati”, pena un’arbitraria ed illecita distrazione di denaro pubblico penalisticamente rilevante . Del tutto esplicita in tal senso – e peraltro proprio in materia di trasmissioni radiotelevisive - la Corte di Giustizia europea, con la nota pronuncia sul contributo statale per l'acquisto dei decoder DTT (Corte giustizia CE, sez. III, 28 luglio 2011, n. 403, Mediaset s.p.a. c. Comm. Ce).

Inoltre, il “primato del diritto comunitario” esige che sia disapplicata qualsiasi disposizione della legislazione nazionale in contrasto con una norma comunitaria e che tale obbligo di disapplicazione incomba non solo sul giudice nazionale, ma anche su tutti gli organi dello Stato, comprese le autorità amministrative (si veda in tal senso, *ex multis*, Corte di Giustizia CE, Sez. III, 19 novembre 2009 n. 314; Corte di Giustizia CE 13 gennaio 2004 n. 453; Cass. Civ., Sez. I, aprile 2004 n. 6760). In tal senso, merita menzione particolare, il Consiglio di Stato, Sez. VI, 3 settembre 2009 n. 5197, che ha addirittura segnalato il potere dell’Agcom di disapplicare il diritto interno contrastante con le direttive comunitarie e di integrare la legge interna con il contenuto delle direttive stesse.

Sulla base di quanto sin qui rassegnato, l'illiceità penale dell'assegnazione dei diritti d'uso delle frequenze in banda televisiva per sistemi di radiodiffusione digitale terrestre - oggetto della procedura di cui si chiede l'annullamento in autotutela - è prospettabile oltre ogni ragionevole dubbio.

Ai profili di ciò si aggiunga, inoltre, la sussistenza di profili di responsabilità contabile.

Ed infatti, oltre ai suddetti profili di responsabilità contabile scaturenti dalla legge n. 20/94, deve aggiungersi che, con specifico riferimento all'abuso di ufficio, che tale fattispecie delittuosa - secondo l'art. 17, comma 30-ter, del D.L. 78/2009, convertito con modifiche nella legge n. 102 del 2009 - rientra da quelle per le quali il giudice contabile è legittimato a conoscere del danno all'immagine dell'amministrazione pubblica.

Per esse, la stessa norma specifica che *“le procure della Corte dei conti possono iniziare l'attività istruttoria ai fini dell'esercizio dell'azione di danno erariale a fronte di specifica e concreta notizia di danno”*, che peraltro può conoscersi anche a mezzo della stampa (C.Conti Reg. Veneto, sez. giurisd., 11 novembre 2009 n. 756).

Da un punto di vista contabile, infatti, i menzionati fatti penali, espressivi di una condotta estremamente riprovevole per la palese violazione degli obblighi di servizio, si rivelano altrettanto lesivi del decoro dell'Amministrazione di appartenenza, e comportano, da parte della stessa, l'assunzione di costi, ai fini della *reductio ad integrum* dell'immagine lesa (*ex multis*, C. Conti reg. Veneto, sez. giurisd., 22 giugno 2010 n. 452).

In coerenza, per quanto sopra esposto, ALTROCONSUMO e FEMI come

sopra rappresentate, difese ed elettivamente domiciliate

***DIFFIDANO***

- il Ministro per lo Sviluppo Economico a disporre il ritiro, mediante l'annullamento in autotutela, o in alternativa la revoca, del bando e del disciplinare di gara in questione, provvedendo conseguentemente alla sua riscrittura secondo criteri che assicurino un'effettiva apertura concorrenziale dei mercati, nonché il buon andamento della pubblica amministrazione;
- invitano, inoltre, la Commissione Europea, l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, l'Autorità Garante della concorrenza e del Mercato, e l'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici, ad esercitare i poteri di controllo e di vigilanza di propria competenza sulla vicenda in questione;

Trascorsi inutilmente trenta giorni dal ricevimento della presente diffida, i sottoscritti si vedranno costretti ad azionare gli strumenti giurisdizionali a propria disposizione avverso il silenzio rifiuto nel frattempo formatosi, con ogni maggior aggravio derivante dai suelencati profili di rilevanza penale e contabile della questione.

Roma, 12 dicembre 2011

Avvocato Guido Scorza

Avvocato Carmelo Giurdanella

Avvocato C. Elio Guarnaccia

Avvocato Dario Reccia

Avvocato Francesca Bilardo