



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio
(Sezione Terza Ter)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 9280 del 2010, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Comitato Radio Televisioni Locali , e Soc Gruppo Europeo di Telecomunicazioni Srl, in persona dei rispettivi rappresentanti legali, rappresentati e difesi dall'avv. Domenico Siciliano, con domicilio eletto presso Domenico Siciliano in Roma, via Antonio Gramsci, 14;

contro

Ministero dello Sviluppo Economico, - Dipartimento Comunicazioni, in persona del Ministro p.t.;
Autorita' per le Garanzie nelle Comunicazioni, in persona del legale rappresentante,
rappresentati e difesi dall'Avvocatura dello Stato, domiciliataria per legge in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti di

Soc Tel Lombardiasrl, in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avv. Ferdinando Carabba Tettamanti, Luca Arnaboldi, Fabio Giuseppe Angelini, Tommaso Matteo Ferrario, con domicilio eletto presso Ferdinando Carabba Tettamanti in Roma, via Condotti,91;

per l'annullamento della

DELIBERA 366/10/CONS DELL'AGCOM RECANTE IL PIANO DI NUMERAZIONE AUTOMATICA DEI CANALI DELLA TELEVISIONE DIGITALE TERRESTRE IN CHIARO E A PAGAMENTO; DEGLI ATTI CONNESSI E DEI RELATIVI BANDI DI ATTRIBUZIONE DELLE NUMERAZIONI - ART 119 CPA

DETERMINAZIONI DIRIGENZIALI MINISTERIALI 16 e 24 novembre 2010 DI ATTRIBUZIONE DELLA POSIZIONE NELLA NUMERAZIONE AUTOMATICA (motivi aggiunti);

DEGLI ELENCHI DEI PALINSESTI ASSEGNATI (motivi aggiunti);

DELLA DETERMINAZIONE MINISTERIALE 22 novembre 2010 IN MATERIA DI ORDINAMENTO AUTOMATICO DEI CANALI DELLA TELEVISIONE DIGITALE TERRESTRE (motivi aggiunti);

Visti il ricorso , i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero dello Sviluppo Economico , dell' Autorita' per le Garanzie nelle Comunicazioni e della Soc Tel Lombardiasrl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 luglio 2011 il dott. Carlo Taglienti e uditi per le parti i difensori come

specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso notificato il 29 ottobre 2010 e depositato il 4 novembre successivo il Comitato Radio Televisioni locali ed il Gruppo europeo di telecomunicazioni hanno impugnato la delibera dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni n. 366/10/CONS adottata nelle sedute dell'8 e 15 luglio 2010, recante "Piano di numerazione automatica dei canali della televisione digitale terrestre, in chiaro e a pagamento, modalità di attribuzione dei numeri ai fornitori di servizi di media audiovisivi autorizzati alla diffusione di contenuti audiovisivi in tecnica digitale terrestre e relative condizioni di utilizzo", unitamente a tutti gli atti connessi ed ai relativi bandi adottati ai sensi dell'art. 10, commi 4 e 5, della suddetta deliberazione.

Parte ricorrente deduce i seguenti profili di illegittimità:

Nullità o annullabilità per incompetenza del sottoscrittore dei bandi impugnati; violazione delle leggi n. 223/1990, n.249/1997, dei decreti legislativi n.3000/1999, n. 259/2003, n. 177/2005, del DPR 28 novembre 2008 n. 197 e del D.M. 16 dicembre 2004 ; eccesso di potere per errore in fatto e diritto: i bandi hanno natura concessoria e devono essere sottoscritti dal direttore generale e non dal capo dipartimento;

Violazione degli artt. 1, 3 e 7 della legge n. 241/90, degli artt. 11, 12 e 27 del D Lgs n. 259/2003 e della delibera AGCOM n. 453/03/CONS; eccesso di potere per violazione dei principi del giusto procedimento, sviamento, difetto d'istruttoria, manifesta ingiustizia, violazione dei principi in materia di partecipazione: il termine per la formulazione di osservazioni da parte degli interessati è stato fissato in quindici giorni, in violazione dell'art. 11 del D.Lgs n. 259/2003 e della delibera AGCOM n. 453/03/CONS, che prevedono un termine non inferiore a trenta giorni, non sussistendo ragioni di necessità ed urgenza che giustificano provvedimenti cautelari ai sensi dell'art. 12 c.6 stesso decreto; lo schema di provvedimento è stato pubblicato solo su internet e tardivamente sulla Gazzetta Ufficiale; i contributi partecipativi non sono stati considerati;

Violazione dell'art. 32 del D Lgs n. 177/2005 e degli artt. 1 e 3 della legge n. 241/90; violazione dei principi di eguaglianza, pluralismo, buon andamento e imparzialità dell'azione amministrativa (artt. 3, 21 e 97 Cost); eccesso di potere per difetto d'istruttoria,sviamento, manifesta ingiustizia, perplessità, contraddittorietà, illogicità e irragionevolezza, carenza di motivazione: parte ricorrente premette che il provvedimento impugnato prevede i seguenti posizionamenti: a) per le prime nove posizioni, alle emittenti nazionali ex analogiche; b) poi dieci numeri per emittenti locali ex analogiche ordinate secondo la media dei punteggi ottenuti nelle ultime tre graduatorie approvate dal CORECOM in relazione alla distribuzione dei contributi di cui alla legge n. 448/1998; c) poi di nuovo le emittenti nazionali ordinate secondo le abitudini e preferenze degli utenti ed a seguire i canali della nuova offerta digitale; d) quindi ancora le emittenti locali ex analogiche secondo le graduatorie CORECOM e a seguire le nuove offerte in digitale secondo la data di autorizzazione; e) infine la ripetizione di detto schema sino ad esaurimento dei fornitori. Tale schema "a spezzatino" non segue i criteri di cui al citato art. 32; assolutamente illogico è il riferimento alle graduatorie CORECOM che riguardano tutt'altra fattispecie, relativa ai contributi pubblici; peraltro non tutti hanno partecipato all'assegnazione di detti contributi; non si è voluto seguire il criterio dell'audience;

Violazione art. 32 cit e degli artt 27 e segg del D Lgs 259/2003, degli artt 5 e segg della Direttiva autorizzazioni e degli artt. 8 e sgg della Direttiva quadro; violazione dei principi di eguaglianza, pluralismo, buon andamento e imparzialità dell'azione amministrativa; eccesso di potere per sviamento, manifesta ingiustizia, perplessità e contraddittorietà: non sono state seguite le procedure ed i criteri stabiliti dagli artt. 27 e segg del Codice (D.Lgs n.

259/2003); doveva essere seguita una procedura ad evidenza pubblica, come avvenuto in precedenti casi;

Eccesso di potere per irragionevolezza, violazione del principio di proporzionalità, sviamento: sono stati assegnati solo 15 giorni per l'informativa all'utenza del nuovo posizionamento.

Con primi motivi aggiunti notificati il 2 dicembre 2010, sono stati impugnati gli atti di assegnazione alla GET, nell'ambito delle numerazioni automatiche, delle posizioni nelle regioni Lombardia e Piemonte; gli elenchi dei palinsesti assegnatari di numeri dell'ordinamento automatico dei canali della televisione digitale terrestre su base nazionale nelle regioni Lombardia, Piemonte ed Emilia Romagna, e dei palinsesti non assegnatari, nonché la mancata assegnazione di numeri richiesti nell'ordinamento automatico dei canali; viene altresì impugnata la determina 22 novembre 2010 di invito ad adeguarsi alla normativa AGCOM.

Evidenziati alcuni particolari disservizi conseguenti ai provvedimenti di assegnazione dei numeri, quali ad es. la sovrapposizione di emittenti, parte ricorrente deduce:

invalidità derivata,

nullità o annullabilità della determina ministeriale 22 novembre 2010 per incompetenza del soggetto sottoscrittore, ovvero per mancata sottoscrizione;

violazione dell'art. 32 D.Lgs n. 177/2005, degli artt 1 e 3 della l.n. 241/90 degli artt 27 e sgg del D.Lgs n. 259/2003; degli artt. 5 e sgg della Direttiva autorizzazioni e degli artt 8 e sgg della Direttiva quadro; violazione dei principi di eguaglianza, pluralismo e buon andamento e imparzialità dell'azione amministrativa; eccesso di potere per difetto d'istruttoria, sviamento, ingiustizia manifesta, perplessità, contraddittorietà, illogicità e irragionevolezza, errore nei presupposti, difetto di motivazione: i provvedimenti impugnati hanno creato sovrapposizioni sugli stessi canali di più emittenti; risultano assegnazioni non rispettose degli stessi criteri deliberati da AGCOM;

violazione dell'art. 97 Cost, degli artt 1 e 10 bis della l. n. 241/90; del principio del giusto procedimento; eccesso di potere per sviamento, manifesta ingiustizia, carenza di motivazione: non è stata fornita alcuna spiegazione in ordine alla mancata assegnazione di numeri formalmente richiesta.

Con secondi motivi aggiunti, notificati il 30 marzo 2011, parte ricorrente impugna ulteriori elenchi dei palinsesti assegnatari di numerazione, pubblicati sul sito internet il giorno 11 febbraio 2011; la mancata assegnazione della numerazione richiesta.

Vengono avanzati gli stessi profili di censura contenuti nei primi motivi aggiunti (con esclusione di quello indicato al n.7), evidenziandosi ulteriori incongruenze e disservizi connessi alle nuove assegnazioni, e spesso conseguenza dell'utilizzazione delle graduatorie CORECOM: ad es ad alcune emittenti ex analogiche sono stati assegnati sino a sei numeri ciascuna, e ad altre nessuno.

Costitutesi le Amministrazioni intime hanno sostenuto l'infondatezza del ricorso per i seguenti motivi: il termine di 30 giorni per la partecipazione al procedimento degli interessati non ha valenza assoluta, può essere derogato con atto regolamentare di pari forza, come avvenuto nella fattispecie; la riduzione del termine a 15 giorni è stata disposta in considerazione dell'esistenza di precedente analoga consultazione; l'Amministrazione non può né deve rispondere puntualmente a tutte le osservazioni, ma deve valutare i vari orientamenti, operando comunque scelte discrezionali; l'art. 11 c.4 del provvedimento prevede comunque la possibilità per l'utente di riordinare i canali secondo sue personali scelte (il 57% degli utenti sembra adottare tale sistema personalizzato); in Francia ed in Germania le numerazioni iniziano da 1 e non da 100 per semplicità; alle televisioni locali si è comunque assicurato un primo gruppo di numeri da 10 a 19, per emittenti di qualità e legate al territorio; si tratta comunque di esercizio della discrezionalità tecnica; sono state utilizzate le graduatorie CORECOM in quanto non era tecnicamente possibile utilizzare l'auditel; per le emittenti pluriregionali dispone adeguatamente l'art. 5 c.4 lett b) della delibera 366 impugnata; non si applica alla fattispecie l'art. 27 del D.Lgs n. 259/2003 bensì l'art 32 del DLgs 177/2005; per

L'informazione all'utenza sono stati dati termini differenziati a seconda che si tratti di tecniche ancora da digitalizzare o già digitalizzate.

Costituitasi la controinteressata Telelombardia, premesso di avere avuto in assegnazione i numeri 10 e 11, ha pure sostenuto l'infondatezza del ricorso in quanto: i bandi non hanno natura concessoria e possono essere sottoscritti dal competente dirigente, le radiodiffusioni sono ora in regime autorizzatorio; circa il termine per la consultazione, non si applica il DLgs 259/2003; i 15 giorni concessi hanno comunque consentito la partecipazione dei ricorrenti; rimane fermo il diritto dell'utente di ordinare i canali a suo piacimento; ai primi posti sono stati inseriti i canali ex analogici poiché è stato ritenuto non utilizzabile, in quanto pattizio, il progetto dell'Associazione DGTV; le graduatorie CORECOM riguardano proprio le emittenti locali a carattere informativo, il sistema auditel avrebbe potuto comportare distorsioni in relazione alle televendite; gli artt. 29 e sgg del D.Lgs 259/2003 riguardano frequenze radio e utenze telefoniche; sui motivi aggiunti: la nota 22.11.2010 non ha natura provvedimento; l'art. 5 c.4 lett. b) della delibera consente di privilegiare i nuovi contenuti riconducibili ad emittenti ex analogiche; l'art. 10 bis della l.n. 241/90 non trova applicazione nelle procedure concorsuali.

Con ordinanza collegiale n. 2199/2011 e decreto Presidenziale n. 1983/2011 è stata ordinata l'integrazione del contraddittorio, autorizzando la notifica per pubblici proclami. Parte ricorrente ha ottemperato con deposito del 27 aprile 2011.

Con memorie le parti costituite hanno replicato alle deduzioni avversarie.

In particolare parte ricorrente ha rilevato che: anche le emittenti che trasmettono televendite possono partecipare all'assegnazione dei contributi pubblici ed essere inserite nelle graduatorie CORECOM, le quali, peraltro, risultano contestate anche dall'Antitrust; il D.Lgs n. 259/2003 si applica anche alle trasmissioni televisive; dalle assegnazioni effettuate risulta l'illogicità dei criteri; i trenta giorni per la partecipazione degli interessati sono previsti nella legge e non nel regolamento (art. 11 D.Lgs n. 259/2003); la prima consultazione aveva oggetto diverso.

Ha altresì sollevato questione di costituzionalità dell'art. 32 c.2 e 4 del D Lgs 177/2005 per eccesso di delega legislativa.

Parte resistente ha precisato che la precedente consultazione era avvenuta in base alla delibera n.647/09/CONS; che l'indagine Demoskopea rispetta i criteri dell'art. 32 cit; che oltre al criterio di assegnazione utilizzando le graduatorie CORECOM sono previsti anche altri criteri alternativi.

Alla pubblica udienza del 14 luglio 2011 i difensori delle parti hanno ribadito tesi e ragioni, soffermandosi in particolare sulla recente sentenza della Sezione n. 5633/2011 e sull'utilizzo delle graduatorie CORECOM; quindi la causa è stata spedita in decisione.

DIRITTO

Con il ricorso in epigrafe ed i due atti per motivi aggiunti, è stata impugnata la delibera dell'AGCOM n. 366/10/CONS, ed atti connessi, relativa a "Piano di numerazione automatica dei canali della televisione digitale terrestre, in chiaro e a pagamento, modalità di attribuzione dei numeri ai fornitori di servizi di media audiovisivi autorizzati alla diffusione di contenuti audiovisivi in tecnica digitale terrestre e relative condizioni di utilizzo", nonché i relativi bandi adottati ai sensi dell'art. 10 commi 4 e 5 della suddetta deliberazione; sono stati poi impugnati gli atti di concreta assegnazione della numerazione automatica alle varie emittenti, adottati con due provvedimenti successivi recanti gli elenchi degli assegnatari; è stata infine contestata giudizialmente anche la mancata assegnazione di posizioni richieste.

1.Come noto, e rilevato dalle parti nella discussione orale, questa Sezione ha già avuto modo di pronunciarsi su precedente ricorso avente ad oggetto la medesima delibera n. 366/10/CONS, con sentenza n. 5633 del 24 giugno 2011.

In detta decisione è stato ben messo in evidenza l'iter normativo e procedimentale che ha condotto alla deliberazione qui impugnata, che appare utile riproporre.

1.1. Con legge n. 88 del 2009 (legge comunitaria per il 2008), il legislatore ha delegato il Governo a rispettare gli obblighi imposti dalla direttiva n. 2007/65/CE, che realizzava la seconda riforma, dopo quella del 1997, dell'impianto normativo comunitario in materia di radiodiffusioni televisive.

La delega è stata esercitata con il d.lgs. 15 marzo 2010, n. 44, che ha inciso profondamente sul d.lgs. n. 177 del 2005, ridenominato Testo unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici (di seguito Testo unico, ovvero T.U.).

In particolare, e per quanto in questa sede rileva, l'art. 32 del Testo Unico, come modificato, prevede, ai commi 2 e 3, che “fermo il diritto di ciascun utente di riordinare i canali offerti sulla televisione digitale nonché la possibilità per gli operatori di offerta televisiva a pagamento di introdurre ulteriori e aggiuntivi servizi di guida ai programmi e di ordinamento canali”, l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (di seguito, Autorità o AGCOM) “al fine di assicurare condizioni eque, trasparenti e non discriminatorie, adotta un apposito piano di numerazione automatica dei canali della televisione digitale terrestre, in chiaro e a pagamento, e stabilisce con proprio regolamento le modalità di attribuzione dei numeri a fornitori di servizi di media audiovisivi autorizzati alla diffusione di contenuti audiovisivi in tecnica digitale terrestre”.

Quindi, la suindicata disposizione indica i principi che governano l'attribuzione delle numerazioni, che possono così riassumersi: a) garanzia della semplicità d'uso del sistema di ordinamento automatico dei canali; b) rispetto delle abitudini e preferenze degli utenti, con particolare riferimento ai canali generalisti nazionali e alle emittenti locali; c) ripartizione della numerazione in base ai generi di programmazione tematici (semigeneralisti, bambini e ragazzi, informazione, cultura, sport, musica, televendite); d) individuazione di numerazioni specifiche per i servizi di media audiovisivi a pagamento; e) possibilità, tramite accordi, di scambio della numerazione all'interno di uno stesso genere, previa comunicazione alle autorità amministrative competenti; f) revisione del piano di numerazione in base allo sviluppo del mercato, sentiti i soggetti interessati.

Sulla base di tale previsione normativa l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni ha avviato un procedimento volto all'adozione del regolamento previsto dall'art. 32 del Testo Unico; in particolare, con delibera n. 122/10/CONS del 16 aprile 2010, l'AGCOM, “stante la particolare novità e rilevanza della materia oggetto di regolamentazione, nonché al fine di approfondire gli aspetti relativi alle abitudini e preferenze degli utenti”, ha aperto una consultazione pubblica sullo schema di provvedimento recante il "Piano di numerazione automatica dei canali della televisione digitale terrestre, in chiaro e a pagamento, modalità di attribuzione dei numeri ai fornitori di servizi di media autorizzati alla diffusione di contenuti audiovisivi in tecnica digitale terrestre e relative condizioni di utilizzo”, dando il termine di 15 giorni alle parti interessate per far pervenire eventuali osservazioni n merito allo schema di provvedimento.

Nell'ambito di tale procedimento istruttorio l'Autorità, oltre ad aver acquisito contributi scritti ed audizioni da una numerosa platea di soggetti (operatori nazionali e locali, associazioni rappresentative di emittenti e di consumatori, nonché enti locali), considerato che erano emerse opinioni divergenti quanto all'arco delle numerazioni da utilizzare soprattutto in riferimento ai canali compresi tra 1 e 10 (e, al loro interno, l'attribuzione dei numeri 8 e 9 alle emittenti locali e regionali), ha commissionato un'apposita indagine di mercato avente ad oggetto lo studio delle abitudini e delle preferenze degli utenti nella sintonizzazione dei canali della televisione analogica e digitale terrestre dei canali sul telecomando, e ciò in aderenza ai criteri stabiliti dal legislatore, volti ad enucleare le "abitudini e preferenze degli utenti, con particolare riferimento ai canali generalisti nazionali e alle emittenti locali", nonché a salvaguardare "adeguati spazi nella numerazione che valorizzino la programmazione delle emittenti locali di qualità e quella legata al territorio" (art. 32, comma 2, lett. b) e c), del Testo Unico).

Dall'indagine effettuata dalla società Demoskopea s.p.a, risultata aggiudicataria del servizio nell'ambito della procedura ad evidenza pubblica avviata con delibera n. 220/10/CONS dell'11 maggio 2010, sono emersi complessivamente i seguenti risultati:

- circa il 70% degli utenti si è organizzato per vedere le trasmissioni in digitale terrestre, acquistando un decoder o un televisore con decoder integrato;
- coloro che possiedono un decoder/televisore integrato sembrano continuare a vedere la televisione anche in modalità analogica (circa il 59% utilizza entrambi i telecomandi);
- in relazione al sistema analogico, la sintonizzazione dei canali vede nelle prime posizioni le reti nazionali e dalla nona posizione in poi le reti locali;
- in relazione al sistema digitale terrestre, i canali memorizzati sul telecomando dalla prima all'ottava posizione sono sostanzialmente identici a quelli sintonizzati sul telecomando dell'analogico. Sebbene dall'ottava posizione in poi si evidenzia una concentrazione più elevata, rispetto alle prime posizioni, dei canali locali, è da notare che le reti memorizzate si riferiscono ad emittenti più recenti introdotte proprio con l'avvento del digitale terrestre;
- una percentuale significativa di essi (ben il 57%) ha ordinato i programmi secondo le proprie preferenze;
- l'avvento del digitale terrestre non ha modificato (50%) o ha modificato solo parzialmente (30%) l'impostazione dei canali rispetto a quanto avveniva precedentemente.

Al termine della consultazione è stata approvata la delibera n. 366/10/CONS, gravata in via principale nell'odierno giudizio, con la quale è stato definito, come più volte detto, il Piano di numerazione automatica dei canali della televisione digitale terrestre (in chiaro e a pagamento), sono state stabilite le modalità di attribuzione dei numeri ai fornitori di servizi di media audiovisivi autorizzati alla diffusione di contenuti audiovisivi in tecnica digitale terrestre, e sono state previste, infine, le relative condizioni di utilizzo.

In virtù del nuovo ordinamento automatico dei canali, è stato definito un canale di segnalazione tramite il descrittore Lcd (Logical Channel Descriptor), nel quadro della c.d. Service Information (Dvb-Si), che consente di comunicare ai ricevitori la posizione da assegnare ad un canale sul telecomando; pertanto, i ricevitori destinati alla ricezione dei programmi digitali terrestri, sono dotati di una funzionalità che consente la visualizzazione della lista di tutti i canali nazionali e locali e della relativa numerazione assegnata: tale meccanismo di preselezione automatica dei canali, tuttavia, nel caso di preferenza da parte del singolo utente per un ordine progressivo differente, consente la disattivazione della presintonizzazione automatica e il posizionamento delle emittenti su altra numerazione del telecomando (art. 2).

Il Piano di numerazione automatica è organizzato sulla base di una numerazione aperta distinta per "archi di numerazione" costituiti da blocchi consecutivi di 100 numeri.

Per quanto concerne l'attribuzione della numerazione alle emittenti, nell'Allegato A alla delibera n. 366/10/CONS, si prevede, sommariamente, che:

- ai canali generalisti nazionali (ex analogici) sono attribuiti i numeri da 1 a 9 del primo arco di numerazione e, per le emittenti che non trovano collocazione in tale sequenza di numeri, almeno il numero 20 del primo arco di numerazione (art. 4);
- alle emittenti locali vanno i numeri da 10 a 19 e da 71 a 99 del primo arco di numerazione, ripetuti con la stessa successione anche per il secondo e terzo arco di numerazione, nonché tutto il settimo arco di numerazione per le esigenze di crescita della nuova offerta digitale non simulcast di quella analogica (art. 5);
- ai canali digitali terrestri a diffusione nazionale in chiaro sono assegnati i numeri da 21 a 70 del primo arco di numerazione, suddivisi nei seguenti generi di programmazione: semigeneralisti, bambini e ragazzi, informazione, cultura, sport, musica, televendite (art. 6);

- alle trasmissioni differite di uno stesso palinsesto, cui è stata già attribuita una numerazione nel primo arco di numerazione, è riservata la numerazione nel secondo e terzo arco di numerazione, con attribuzione, ove possibile, di una posizione corrispondente a quella del primo arco;
- ai servizi di media audiovisivi a pagamento sono assegnati il quarto e quinto arco di numerazione (art. 8);
- alle numerazioni per i canali diffusi in alta definizione (HD) è riservato il sesto arco di numerazione;
- alle numerazioni per i servizi radio è riservato l'ottavo arco di numerazione;
- ad ulteriori tipologie di servizi sono riservate le numerazioni successive all'ottavo arco di numerazione;
- ai servizi di sistema, quali le guide ai programmi e i canali mosaico, sono riservati i numeri 0, 100, 200, 300, 400, 500, 600, 700, 800, 900.

Quanto ai criteri con cui attribuire le numerazioni relative ai blocchi di competenza, la direttiva individua i parametri specifici cui fare riferimento, distinti a seconda delle tipologie di emittenti. Ad esempio, per i canali generalisti nazionali, “l’attribuzione delle numerazioni è effettuata sulla base del principio del rispetto delle abitudini e preferenze degli utenti” (art. 4, comma 2); per le emittenti locali, invece, “le numerazioni vengono attribuite, progressivamente, a partire dal numero 10, secondo la collocazione derivante dalla media dei punteggi conseguiti da ciascuna emittente nelle ultime tre graduatorie approvate dai Comitati regionali delle Comunicazioni, ai sensi del Decreto del Ministro delle Comunicazioni n. 292 del 5 novembre 2004, alla data di entrata in vigore del presente provvedimento” (art. 5, comma 4).

In ordine alle modalità di attribuzione della numerazione, infine, si prevede (art. 10, comma 1) che essa abbia luogo con separato provvedimento ministeriale, integrativo dell’autorizzazione, secondo le procedure previsti nei successivi commi:

“4. Relativamente alle aree tecniche ancora da digitalizzare il Ministero pubblica il bando per l’attribuzione delle numerazioni non oltre i sessanta giorni antecedenti la data fissata per lo switch-off dell’area tecnica interessata, invitando i soggetti ivi operanti a presentare la domanda di attribuzione della numerazione nel termine prefissato dal bando stesso. Il Ministero provvede all’attribuzione della numerazione spettante a ciascuno di essi almeno 15 giorni prima della data di switch –off”.

“5. Relativamente alle aree tecniche già digitalizzate, il Ministero pubblica il bando per l’attribuzione delle numerazioni entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente provvedimento, invitando i soggetti ivi operanti a produrre la domanda di attribuzione della numerazione nel termine prefissato dal bando stesso. Il Ministero provvede all’attribuzione della numerazione spettante a ciascuno di essi entro 60 giorni dal termine per la presentazione delle domande”.

“6. Il Ministero comunica l’attribuzione dei numeri ai soggetti richiedenti e all’Autorità e li rende pubblici sul proprio sito Internet”.

1.2. E’ necessario ancora premettere che la suddetta sentenza non ha affrontato, evidentemente in relazione ai profili di gravame ivi sollevati, tutti gli aspetti critici evidenziati con il presente ricorso ed i motivi aggiunti, ed in particolare non risulta esaminata alcuna questione di costituzionalità dell’art. 32 cit, né l’operatività dell’art. 11 del D.Lgs n. 259/2003 in ordine ai termini per l’apporto partecipativo degli interessati, né, se non marginalmente, l’utilizzo delle graduatorie CORECOM per l’assegnazione della numerazione automatica alle reti locali; a tali graduatorie ci si riferisce incidentalmente senza esaminare rilievi critici, evidentemente non posti nel relativo ricorso, circa la loro utilizzazione nella fattispecie.

2. Illustrato sinteticamente il quadro complessivo nell’ambito del quale s’inseriscono gli atti impugnati, e valutati i confini del recente precedente giurisprudenziale della Sezione, può ora prendersi in esame il merito del ricorso e dei motivi aggiunti.

2.1 Il Collegio, per motivi di precedenza logica e processuale, esamina in primo luogo la questione di costituzionalità dell'art. 32 commi 2-4 del D.Lgs n. 177/2005, come sostituito dall'art. 5 comma 2 del D.Lgs n. 44 del 15 marzo 2010, sollevata per eccesso di delega legislativa, assumendosi da parte ricorrente che la legge n. 88/2009 non contiene delega per intervenire sulla numerazione automatica dei canali della televisione digitale terrestre.

Il Collegio osserva in primo luogo come sulla questione non si è formato alcun contraddittorio, non essendo stata notificata la memoria che la contiene.

In ogni caso essa appare manifestamente infondata.

Come noto la legge n. 88/2009 delega il Governo ad adottare decreti legislativi recanti norme occorrenti per dare attuazione ad alcune direttive comunitarie, tra le quali la direttiva 2007/65/CE relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti l'esercizio delle attività televisive.

Al riguardo deve considerarsi che il contenuto dell'art. 32 del T.U è essenzialmente tecnico ed è teso a dare un ordine nella utilizzazione delle trasmissioni in digitale; e la direttiva comunitaria, proprio al primo "considerando" afferma che le nuove tecnologie di trasmissione di servizi di media audiovisivi rendono necessario un adattamento del quadro normativo: quindi è chiaro che è rimesso agli Stati di adottare accorgimenti quanto meno tecnici per disciplinare l'introduzione delle nuove tecnologie e segnatamente del sistema digitale terrestre. Le finalità della direttiva impongono quindi l'adozione di accorgimenti tecnici quali quello contenuto nel citato art 32, nuovo testo.

Peraltro anche il considerando 37 prevede che i consumatori possano utilizzare i media in modo efficace, sicuro e con cognizione di causa, avvalendosi dell'intera gamma di possibilità offerte dalle nuove tecnologie della comunicazione; ed il considerando 29, con maggiore precisione, afferma che a causa del progresso tecnologico, con particolare riguardo al digitale, dovrebbero essere adeguati i criteri secondari per garantire una regolamentazione adeguata.

La natura stessa della direttiva poi implica che gli Stati membri sono liberi di scegliere i mezzi ritenuti più appropriati per dare esecuzione ai principi ivi affermati.

E quindi l'art. 2 c.1 lett. b) della legge n. 88/2009 prevede tra i criteri direttivi: "ai fini di un migliore coordinamento con le discipline vigenti per i singoli settori interessati dalla normativa da attuare, sono introdotte le occorrenti modificazioni alle discipline stesse, fatti salvi i procedimenti oggetto di semplificazione amministrativa ovvero le materie oggetto di delegificazione".

E' chiaro che la norma deve essere intesa in senso ampio e non vincolata alla preesistenza di una disciplina specifica sull'assegnazione automatica dei canali; il legislatore delegato (peraltro risulta con la determinante partecipazione delle Commissioni parlamentari VII e IX : parere del 4 febbraio 2010) ha quindi ritenuto che questo nuovo sistema tecnico di assegnazione dei canali fosse idoneo ad adattare al sistema vigente l'introduzione delle nuove tecnologie.

2.2 Con il primo motivo di gravame del ricorso introduttivo si contesta la competenza del direttore del competente dipartimento a sottoscrivere i bandi emessi in base alla delibera 366/10/CONS, in quanto essi avrebbero natura concessoria e sarebbero di competenza del Direttore Generale della DGSCER.

Il Collegio non condivide detta censura, in primo luogo perché l'eventuale concessione non deriva dal bando ma semmai dal provvedimento di assegnazione conseguente all'espletamento dello stesso; e comunque perché nella fattispecie si verte più propriamente in un regime di autorizzazione amministrativa ai sensi dell'art. 15 del D.Lgs n. 177/2005 e dell'art. 25 del D.Lgs n. 259/2003.

Da ultimo parte ricorrente non ha fornito elementi di prova in ordine alla distribuzione delle competenze interne al Ministero.

2.3. Con il secondo motivo di gravame del ricorso principale si contesta, in primo luogo, la violazione del termine minimo di trenta giorni per la consultazione degli interessati, previsto nell'art. 11 c.1 del D.Lgs 259/2003 e dall'art. 3 c.1 della delibera AGCOM n. 453/03/Cons.

La censura appare fondata.

Come detto nell'esposizione in fatto, l'AGCOM nella delibera propedeutica all'approvazione del "Piano", e cioè nella delibera n. 122/10/CONS del 16 aprile 2010, ed in particolare nell'allegato C, ha invitato le parti interessate a far pervenire eventuali osservazioni allo schema di delibera pubblicato, entro e non oltre 15 giorni dalla pubblicazione del "presente documento" sul sito Web dell'Autorità.

Tale termine è in palese violazione col disposto del citato art. 11 c.1 che prevede un termine non inferiore a trenta giorni.

Contrariamente a quanto sostenuto dalla difesa dell'Amministrazione, la fonte primaria della disposizione è appunto nel decreto legislativo e non nella deliberazione AGCOM n. 453/03/CONS che non fa altro che recepire la disposizione legislativa; è quindi escluso che un successivo atto deliberativo-regolamentare dell'Autorità possa modificare la disposizione in esame.

E non può essere contestata l'applicabilità dell'art. 11 cit. alla presente fattispecie, oltre che per l'ambito di operatività della normativa che concerne tutte le comunicazioni elettroniche (vedi ad es. lett. cc) e dd) dell'art. 1 riguardante le declaratorie, che individuano proprio le trasmissioni televisive), in quanto, tra l'altro, la stessa delibera n. 453/03/CONS interviene in attuazione del D.Lgs n. 259/2003, e la delibera 122/10/CONS reca detto decreto tra i suoi presupposti.

Si assume, d'altra parte, che la consultazione doveva ritenersi sostanzialmente già avvenuta, in quanto disposta con precedente delibera n. 647/09.

Ma per stessa ammissione dell'Autorità tale delibera aveva avviato una istruttoria ex art. 43 del D.Lgs n. 177/2005 e cioè di verifica su eventuali posizioni dominanti nel sistema integrato delle comunicazioni, sottoponendo all'esame degli operatori del settore una proposta di autoregolamentazione in tema di ordinamento automatico dei canali predisposta dall'Associazione Dgtvi, procedura poi archiviata proprio per l'entrata in vigore in data 31 marzo 2010 del D.Lgs n. 44/2010 che ha introdotto il nuovo testo dell'art. 32 nel T.U dei servizi media audiovisivi e radiofonici; disciplina questa che ha costituito il presupposto normativo per l'adozione del "Piano" da parte dell'AGCOM di cui alla delibera 366/10/CONS qui impugnata.

Pertanto l'oggetto della consultazione precedentemente effettuata era assolutamente diverso dal "Piano" qui in esame, sia per i presupposti normativi, completamente nuovi, sia per i contenuti.

In ogni caso il comportamento dell'Autorità appare contraddittorio, in quanto, ove si fosse ritenuta già espletata la consultazione, non si sarebbe dovuto procedere ad una nuova; considerato che si è ritenuto necessario procedere ad una nuova consultazione (e giustamente), non potevano che essere rispettati i termini di legge per essa previsti.

Irrilevante è il riferimento all'indagine di mercato effettuata dalla Demoskopea s.p.a., in quanto successiva (delibera 11 maggio 2010) all'invito a presentare osservazioni (delibera 16 aprile 2010), e quindi non utilizzabile per ritenere sufficiente il termine abbreviato di 15 giorni.

Inutilizzabile è anche la disposizione che consente provvedimenti d'urgenza, in quanto connessi ad una attività cautelare che è fuori dalla fattispecie.

Destituita di fondamento è invece la seconda parte della censura, riguardante la mancata considerazione da parte dell'Autorità delle osservazioni presentate dagli interessati.

Risulta che nelle pagine da 3 a 7 della delibera l'Autorità ha esaminato, ovviamente raggruppandole in relazione agli argomenti da trattare, le numerose osservazioni pervenute, tra le quali anche quelle relative all'utilizzo delle

graduatorie CORECOM, di cui appresso si dirà.

Dovendosi escludere, anche alla luce delle disposizioni contenute nel regolamento approvato con delibera n. 453/03/CONS che impongono la valutazione degli “orientamenti” espressi nelle osservazioni, l’obbligo di una risposta puntuale ad ogni singola soggettiva osservazione, la censura deve essere respinta.

2.4. Con il terzo motivo di gravame, contenuto nel ricorso introduttivo, si censura in particolare l’utilizzazione delle graduatorie CORECOM per l’assegnazione dei canali alle emittenti locali, secondo quanto disposto dall’art. 5 della delibera 366/10/CONS.

Ad avviso del Collegio la censura è fondata.

E’ appena il caso di premettere che sussiste un concreto interesse giuridicamente tutelato alla migliore collocazione possibile nella numerazione automatica dei canali, in quanto è innegabile che avere sul telecomando la posizione 10 è diverso da avere la posizione ad es. 120 o 230 o 700; ciò evidentemente in relazione alla maggiore possibilità di ascolto da parte degli utenti ed ai maggiori connessi introiti della pubblicità; e tale interesse non è inficiato dalla considerazione che è sempre possibile una numerazione personalizzata dei canali in quanto, dalle stesse indagini effettuate dall’Autorità, è risultato che solo il 57% della popolazione effettuata tale operazione, comunque trattasi di dato aleatorio a fronte di un sistema certo quale quello automatico..

Per l’assegnazione dei canali l’Autorità doveva seguire il criterio stabilito nell’art. 32 del T.U. ed in particolare, per quanto qui interessa, a) garanzia della semplicità dell’uso del sistema di ordinamento automatico dei canali; b) rispetto delle abitudini e preferenze degli utenti, con particolare riferimento ai canali generalisti nazionali e alle emittenti locali.

Tanto premesso, si osserva come il suddetto art. 5 della delibera impugnata, dedicato alla numerazione delle emittenti locali, dopo aver disposto che ad esse sono attribuiti i numeri da 10 a 19 e da 71 a 99 del primo arco di numerazione, che per il secondo e terzo arco si ripetono blocchi attribuiti alle emittenti locali con la medesima successione del primo e che il settimo arco di numerazione è riservato alle emittenti locali, stabilisca che “4 Ai fini di valorizzare la programmazione delle emittenti locali di qualità e quelle legate al territorio, le numerazioni relative ai blocchi di competenza delle emittenti locali di cui ai commi 1, 2 e 3 vengono attribuiti secondo i seguenti criteri: a) in ogni regione e nelle province autonome di Trento e Bolzano le numerazioni vengono attribuite, progressivamente, a partire dal n.10, secondo la collocazione derivante dalla media dei punteggi conseguiti da ciascuna emittente nelle ultime tre graduatorie approvate dai Comitati regionali delle comunicazioni, ai sensi del decreto del Ministro delle comunicazioni n. 292 del 5 novembre 2004, alla data di entrata in vigore del presente provvedimento....”; seguono altri criteri che riguardano specifiche fattispecie.

Il suddetto D.M. reca “nuove norme per la concessione alle emittenti televisive locali dei benefici previsti dall’art. 45 comma 3 della legge 23 dicembre 1998 n. 448” ; il detto art. 45 c.3 stanziava contributi per le emittenti locali che siano state ammesse alle provvidenze di cui all’art. 7 del decreto legge 27 agosto 1993 n. 323 (convertiti in legge 422/93); il citato art. 7, che sostituisce l’art. 23 della legge 6 agosto 1990 n. 223, prevede provvidenze per le emittenti locali che abbiano registrato la testata televisiva presso il competente tribunale e che trasmettano quotidianamente per almeno un ora programmi informativi autoprodotti su avvenimenti politici, religiosi, economici sociali, sindacali o culturali. Gli elementi di valutazione, secondo il regolamento (art. 4) sono la media del fatturato nel triennio precedente ed il personale dipendente applicato allo svolgimento dell’attività televisiva, in relazione al contratto di lavoro applicato, con particolare rilevanza per la presenza di giornalisti .

Trattasi all’evidenza, per stessa esplicita affermazione contenuta nell’art. 45 c.3 l.n.488/99, di misure a sostegno all’emittenza locale ed anche al fine di incentivare l’adeguamento degli impianti in base al piano nazionale di assegnazione delle frequenze.

All'osservazione fatta da alcuni interessati al procedimento circa la non rispondenza di detto criterio alle "abitudini e preferenze degli utenti" di cui all'art. 32 del T.U., l'Autorità risponde, nella delibera 366/10/CONS, che l'utilizzo delle graduatorie suddette costituisce un dato oggettivo e facilmente misurabile rispetto ai criteri alternativi proposti i quali postulano la necessità della formulazione di nuove apposite graduatorie e l'impiego di tempi procedurali non conciliabili con la necessità di provvedere all'assegnazione della numerazione dell'ordinamento automatico dei canali con l'urgenza che è stata più volte rappresentata.

Ma, premesso che l'urgenza non appare normativamente giustificata (ed è frustrata da un comportamento affrettato che causa illegittimità), in ogni caso essa non poteva avallare scelte non rispondenti al criterio direttivo dell'art. 32 cit.; mentre sembra che la ragione sostanziale dell'utilizzo di dette graduatorie sia stato proprio il fatto che si trattava di un dato già pronto e disponibile, oltre che oggettivo.

Tuttavia il Collegio ritiene che sia le finalità per le quali dette graduatorie vengono compilate, sia gli elementi presi in considerazione per l'attribuzione dei punteggi, nulla hanno a che fare con il rispetto delle abitudini e preferenze degli utenti, che possono ben prescindere dal fatturato triennale e dal numero dei giornalisti.

Tra l'altro, come pure osservato in ricorso, la partecipazione alla procedura per ottenere il contributo era volontaria, talchè alcune emittenti, pur radicate per l'ascolto nel territorio, potrebbero non comparire minimamente in dette graduatorie; l'utilizzo delle quali per finalità completamente diverse, deciso successivamente, potrebbe avere "spiazzato" emittenti che altrimenti avrebbero partecipato a quella selezione; come pure eventuali nuove emittenti, potrebbero non aver avuto la possibilità di partecipare alla selezione per i contributi, ma essere già apprezzate sul territorio.

Fermo restando comunque che non compete a questo Giudice indicare all'Amministrazione quale strumento tecnico adottare, appare evidente che il disposto della legge imponeva di misurare in concreto l'ascolto maggiore o minore che le singole emittenti locali realizzavano sul territorio, attribuendo numeri più bassi a quelle che appunto riscuotevano le maggiori preferenze degli utenti, e non consentiva di utilizzare strumenti indiretti che avrebbero potuto falsare il dato oggettivo e tradire la volontà del legislatore delegato.

Per quanto riguarda gli altri aspetti evidenziati nel terzo motivo essi non meritano accoglimento.

La delibera, in primo luogo, contiene esplicita disposizione che consente agli utenti di ordinare i canali secondo la propria scelta.

Quanto all'aspetto della "semplicità" del sistema, che parte ricorrente ritiene tradito dal complesso criterio di assegnazione dei canali escogitato dall'AGCOM denominato dagli stessi ricorrenti "a spezzatino", il criterio appare assai ampio e tale da consentire l'uso di una discrezionalità tecnica incensurabile in questa sede.

2.5. Nemmeno il quarto ed il quinto profilo di gravame meritano accoglimento.

Con il quarto si censura la violazione dell'art. 32 cit e degli artt 27 e segg del D Lgs 259/2003, degli artt 5 e segg della Direttiva autorizzazioni e degli artt. 8 e segg della Direttiva quadro; violazione dei principi di eguaglianza, pluralismo, buon andamento e imparzialità dell'azione amministrativa; eccesso di potere per sviamento, manifesta ingiustizia, perplessità e contraddittorietà: non sarebbero state seguite le procedure ed i criteri stabiliti dagli artt. 27 e segg del Codice (D.Lgs n. 259/2003); doveva essere seguita una procedura ad evidenza pubblica, come avvenuto in precedenti casi.

La presunta violazione dell'art. 27 e segg.del D Lgs n. 259/2003 non sembra sussistere, in quanto trattasi di normativa dettata per le emittenti radio.

Nella fattispecie poi esiste una normativa di legge speciale, contenuta nel citato art. 32 del T.U, che deve trovare diretta applicazione.

Con il quinto motivo si censura il provvedimento per eccesso di potere per irragionevolezza, violazione del

principio di proporzionalità, sviamento: sono stati assegnati solo 15 giorni per l' informativa all'utenza del nuovo posizionamento.

Ma, ad avviso del Collegio, il tempo concesso alle emittenti per avvertire l'utenza del nuovo posizionamento, in assenza di precise disposizioni di legge o di regolamento, appare rimesso alla discrezionalità tecnica dell'Amministrazione, che non sembra viziata sotto il profilo della manifesta irragionevolezza.

2.6. Gli atti impugnati con i motivi aggiunti subiscono gli effetti caducatori propri della illegittimità derivata.

Restano assorbiti gli ulteriori profili.

La novità e il grado di difficoltà delle questioni trattate costituiscono giusta causa di compensazione tra le parti delle spese del presente giudizio..

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza Ter)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla gli atti impugnati.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 14 luglio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Daniele, Presidente

Carlo Taglienti, Consigliere, Estensore

Donatella Scala, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 29/07/2011

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)