

**Al Signor Ministro  
dello Sviluppo Economico  
ROMA**  
mail: [segreteria.ministro@mise.gov.it](mailto:segreteria.ministro@mise.gov.it)  
PEC: [segr.min@pec.mise.gov.it](mailto:segr.min@pec.mise.gov.it)

**Alla Direzione Generale per i Servizi  
di Comunicazione elettronica, Radiodiffusione  
e Postali - Divisione IV  
del Ministero dello Sviluppo Economico  
ROMA**  
mail: [giovanni.gagliano@mise.gov.it](mailto:giovanni.gagliano@mise.gov.it)  
PEC: [dgscerp.div04@pec.mise.gov.it](mailto:dgscerp.div04@pec.mise.gov.it)

**Al Signor Presidente  
dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni  
ROMA**  
mail: [segreteria.cardani@agcom.it](mailto:segreteria.cardani@agcom.it)  
PEC: [agcom@cert.agcom.it](mailto:agcom@cert.agcom.it)

**Alla Direzione Infrastrutture e Servizi di Media  
dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni  
ROMA**  
mail: [dis@agcom.it](mailto:dis@agcom.it)  
PEC: [agcom@cert.agcom.it](mailto:agcom@cert.agcom.it)

**Alla Direzione Generale delle Reti di  
Comunicazione, dei Contenuti e delle Tecnologie  
Direzione B (Reti e Servizi  
di comunicazione elettronica)  
Unità B.1 (Attuazione  
del quadro normativo)  
della Commissione Europea  
BRUSSELS – BRUXELLES**  
mail: [Wolf-Dietrich.Grussmann@ec.europa.eu](mailto:Wolf-Dietrich.Grussmann@ec.europa.eu)

**Al Signor Sottosegretario  
alla Presidenza del Consiglio  
con delega alle Politiche e agli Affari europei  
ROMA**  
mail: [segreteriagozi@governo.it](mailto:segreteriagozi@governo.it)  
PEC: [info.politicheeuropee@pec.governo.it](mailto:info.politicheeuropee@pec.governo.it)

**Oggetto:** caso EU Pilot n. 3473/12/INSO. Ulteriori osservazioni del denunciante alle prescrizioni di carattere finanziario contenute nel bando in data 1° febbraio 2017 (prot. n. 0008004) per la procedura comparativa per l'assegnazione delle frequenze asincrone in onde medie (art. 5, comma 1, lett. d), in risposta alla nota MISE prot. n. 0017501 del 10 marzo 2017.

Valdobbiate, 17 marzo 2017

Il sottoscritto, in qualità di autore della denuncia che ha portato all'apertura del Caso EU Pilot 3473/12/INSO, di cui all'articolo 24-bis del Decreto Legislativo 31 luglio 2005, n. 177 e alla delibera AGCOM n. 3/16/CONS, comunica quanto segue.

### **Premessa**

Con nota del 10 marzo 2017 (prot. n. 0017501), il Dirigente della Divisione IV della DGSCERP del MISE ha cortesemente riscontrato la mia precedente nota in data 6 marzo.

Espressi i doverosi ringraziamenti per l'attenzione prestata, si deve comunque osservare che la posizione ministeriale è rimasta immutata, in quanto la "dichiarazione di istituto di credito attestante l'affidabilità finanziaria del soggetto finanziario" viene ritenuta necessaria per la valutazione economica richiesta dal regolamento AGCOM n. 3/16/CONS poiché "non effettuabile in altro modo per i soggetti nuovi entranti".

Inoltre, nelle risposte ai quesiti come integrati a seguito della mia nota del 6 u.s., gli uffici ministeriali hanno ulteriormente precisato che "la dichiarazione di istituto di credito attestante l'affidabilità finanziaria del soggetto partecipante non va confusa con la garanzia fideiussoria (che è cosa diversa e che infatti il bando non la prevede tra i documenti da presentare). La documentazione richiesta, a pena di esclusione, equivale invece ad una semplice attestazione utile soltanto al fine di effettuare una valutazione circa la potenzialità economica del soggetto richiedente: valutazione prevista dall'art.5, comma 2, lettera d) del regolamento allegato alla delibera AGCOM 3/16/CONS e non effettuabile in altro modo per i soggetti nuovi entranti" (vedi a pagina [http://www.mise.gov.it/images/stories/documenti/risposte\\_quesiti\\_bando\\_asincrone\\_10\\_3\\_17.pdf](http://www.mise.gov.it/images/stories/documenti/risposte_quesiti_bando_asincrone_10_3_17.pdf)).

### **La mancata copertura normativa**

**Trattandosi di attività di una Pubblica Amministrazione, per principio non può darsi l'ipotesi di un documento, così come del conseguente onere di presentazione dello stesso, che non sia previsto dall'ordinamento giuridico, a meno che non si voglia accettare che la stessa P.A. possa prevedere adempimenti ed imporre oneri senza che ciò sia previsto dalla legge, come affermato invece dall'art. 1, comma 1<sup>1</sup>, della legge fondamentale del procedimento amministrativo (legge 7 agosto 1990, n. 241).**

Pertanto, una volta esclusa dal Ministero la riconduzione della "dichiarazione di istituto di credito" alla figura civilistica della fideiussione, permane la necessità di ricondurre detto onere ad una previsione normativa. E, infatti, l'istituto della «verifica del possesso dei requisiti di capacità economica e finanziaria» è contemplato dalla vigente disciplina grazie all'art. 83, comma 1, lett. b), del D. lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (c.d. "Codice degli appalti e dei contratti di concessione"), che ha recepito il principio dettato dall'art. 58 della direttiva 2014/24/UE in materia di criteri di selezione dei partecipanti ai procedimenti di aggiudicazione degli appalti indetti dalle amministrazioni di diritto pubblico.

---

<sup>1</sup> L'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti, nonché dai principi dell'ordinamento comunitario [rectius europeo].

In particolare, il comma 4 del citato art. 83 indica quali sono gli elementi oggetto di valutazione (fatturato - conti annuali - copertura assicurativi per rischi professionali). **Ebbene, tale normativa, attuativa del diritto europeo di cui al citato art. 58 della direttiva n. 24 del 2014, ha sostituito la precedente modalità di dimostrazione della capacità economica e finanziaria, che era basata appunto sulla presentazione della dichiarazione da parte degli istituti bancari ed era contemplata dall'art. 41, comma 1, lett. a), del previgente decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 ora abrogato.**

**Pertanto, la previsione di cui all'art. 5, comma 1, lett. e), del bando ministeriale non è sostenuta da alcuna previsione normativa e, conseguentemente, anche per questo motivo (oltre a quelli esposti nella precedente mia nota del 6 marzo 2017) deve ritenersi illegittima.**

**Detta illegittimità sussiste non solo nei confronti dell'ordinamento statale, ma anche di quello europeo, retto indiscutibilmente dallo storico principio di proporzionalità.** Infatti, *“occorre ricordare che il principio di proporzionalità, che fa parte dei principi generali del diritto comunitario, richiede che gli atti delle istituzioni comunitarie non superino i limiti di ciò che è idoneo e necessario per il conseguimento degli scopi legittimamente perseguiti dalla normativa di cui trattasi, fermo restando che, qualora sia possibile una scelta tra più misure appropriate, si deve ricorrere alla misura meno restrittiva e che gli inconvenienti causati non devono essere sproporzionati rispetto agli scopi perseguiti.”* (vedi al punto 60 della sentenza 5 maggio 1998, causa C-157/96, della Corte di Giustizia delle Comunità europee).

**Principio che, giusta la ricordata chiusura del comma 1 dell'art. 1 della legge n. 241 del 1990, regge anche l'attività della pubblica amministrazione italiana.**

## **Conclusioni**

Viene quindi accertato non solo che il Ministero abbia voluto dettare procedure e i criteri di competenza dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, ma che lo abbia fatto mediante il riferimento ad un istituto (dichiarazione di istituto di credito attestante l'affidabilità finanziaria) abrogato dalla normativa primaria.

Istituto abrogato che, oltre ad essere illegittimo, risulta anche contrario al principio di proporzionalità in quanto l'esigenza, posta dall'AGCOM di valutare (sino a 10 punti) la voce relativa alla potenzialità economica del soggetto richiedente, risulta essere esaurientemente soddisfatta da quanto lo stesso bando ministeriale prevede all'art. 5, comma 1, lettera d)<sup>2</sup>, che prevede anche la conseguente sanzione della minore o mancata attribuzione dei suddetti dieci punti in caso di non presentazione di tale documentazione.

Sanzione, quella ora ricordata, certamente calibrata e non eccessiva rispetto a quella, invece illegittima e per l'appunto sproporzionata rispetto allo scopo perseguito, della esclusione dal procedimento di gara prevista di cui al citato art. 5, comma 1, lett. e) del Bando.

---

<sup>2</sup> Copia dei bilanci regolarmente depositati negli ultimi due esercizi antecedenti a quello di presentazione della domanda; ovvero in caso di partecipazione come ditta individuale o associazione copia della dichiarazione attestante i redditi relativi agli anni 2014 e 2015.

## Richieste

Per quanto sopra esposto, e richiamato quanto già enunciato nella precedente mia nota del 6 marzo 2017, il sottoscritto denunciante chiede

### **al Ministero dello Sviluppo Economico**

- l'annullamento – in via di autotutela – dell'art. 5, comma 1, lett. e) del bando in data 1° febbraio 2017 (prot. n. 0008004) per la procedura comparativa per l'assegnazione delle frequenze asincrone in onde medie,
- il differimento del termine – ora fissato al 22 marzo 2017 – di scadenza per la presentazione delle domande di partecipazione al bando medesimo;

### **all'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni**

- di esercitare nei confronti del Ministero dello Sviluppo Economico i propri poteri a tutela della concorrenza, del pluralismo e del diritto di libertà di comunicazione dei cittadini, ottenendo dal Ministero dello Sviluppo Economico l'annullamento – in via di autotutela – dell'art. 5, comma 1, lett. e) del bando in data 1° febbraio 2017 (prot. n. 0008004) per la procedura comparativa per l'assegnazione delle frequenze asincrone in onde medie e il differimento del termine – ora fissato al 15 marzo 2017 – di scadenza per la presentazione delle domande di partecipazione al bando medesimo;

### **alla Commissione Europea**

- di considerare quanto sopra descritto per il mantenimento della procedura di infrazione attivata nei confronti dello Stato italiano, di cui al caso EU Pilot n. 3473/12/INSO, valutando il passaggio alla fase di "messa in mora".

Con ossequio.

**Giorgio Marsiglio**

