

IL CONTROLLO GIURISDIZIONALE SUI PROVVEDIMENTI EMESSI DALL' AUTORITÀ PER
LA VIGILANZA SUI LAVORI PUBBLICI

Dott.ssa Ilaria Cartigiano

*Specializzata presso la Scuola di Specializzazione
per le Professioni Legali dell'Università degli Studi di
Roma Tor Vergata.*

1.Nozione e natura delle Autorità amministrative indipendenti

L'evoluzione tecnologica di molti settori di primario interesse pubblico, la progressiva globalizzazione dei mercati, il ritiro dello Stato dall'esercizio diretto dell'attività economica, ha evidenziato l'inadeguatezza del tradizionale sistema ordinamentale fondato sul principio della separazione dei poteri. Pertanto, le istituzioni designate dalla Carta fondamentale hanno dovuto sostanzialmente rinunciare al controllo diretto di numerosi settori socio-economici di grande importanza, in relazione agli interessi pubblici e privati in essi coinvolti, in favore di nuove strutture amministrative: le Autorità amministrative indipendenti. Si tratta di entità che sfuggono al circuito della legittimazione democratica, fondandosi sulla loro stessa natura di strutture ad alta specializzazione tecnica. La tecnicità è chiaramente il punto di forza di questi nuovi modelli organizzativi e rispecchia la nota specializzazione del sapere contemporaneo; inoltre tale carattere è legato al profilo dell'indipendenza e neutralità delle Autorità. Esse, infatti, fondando la loro legittimazione sulla competenza tecnica, si liberano dall'ingerenza della politica e dei controlli sul loro operato nell'ambito dei singoli procedimenti, pur rimanendo vincolate alle direttive di orientamento generale impartite dagli organi costituzionalmente rappresentativi.

Attualmente, non esiste una definizione giuridica unitaria di "Autorità indipendenti", nonostante l'espressione venga utilizzata dallo stesso legislatore in diversi testi normativi, quest'ultimo non ne ha fissato una precisa delimitazione concettuale.

Il concetto di "Autorità amministrative indipendenti" presenta una singolare valenza terminologica. Risulta, infatti, contraddittorio ritenere che possano esistere "autorità amministrative", caratterizzate da un vincolo di asservimento agli interessi pubblici, ma che siano allo stesso tempo "indipendenti", ossia fundamentalmente libere nell'esplicazione della loro attività funzionale e, quindi, sottratte al controllo insito nell'esistenza di un vincolo gerarchico. Tuttavia, la funzione costituzionale di tali Autorità è proprio quella di assicurare protezione a categorie di interessi, collettivi o diffusi, al fine di garantire concretamente, nell'interesse della collettività, una posizione di terzietà e neutralità. Da un punto di vista storico, il modello delle Autorità amministrative indipendenti, non è una peculiarità del nostro ordinamento. Il fenomeno delle *Autorités administratives indépendentes* è nato in Francia al fine di sottrarre ai poteri di Governo una serie di settori amministrativi di particolare rilievo, in cui il conflitto tra interessi pubblici e interessi privati, necessitava di un particolare controllo¹. In altre parole, sulla scia dell'esempio dell'esperienza comunitaria e soprattutto di quella francese, che ha istituzionalizzato la categoria delle *Autorités*

¹ A. PERINI, *Autorità amministrative indipendenti e tutela giurisdizionale*, in *Dir. amm.*, 71 ss.

administratives indépendantes, il modello delle autorità indipendenti è stato preferito ad altri tipi organizzativi (quali, per es., le agenzie), per rispondere alla necessità d'istituire un organo di vigilanza e di controllo volto esclusivamente al perseguimento dell'interesse pubblico e che operi come organismo *super partes* rispetto agli interessi dei soggetti nei cui confronti agisce, autonomo ed indipendente dal potere esecutivo.²

Il primo elemento qualificante è costituito dal carattere pubblico delle Autorità, poiché la costituzione dei nuovi organismi avviene sempre per legge o tramite atti ad essa equiparati. Strettamente legata alla natura pubblicistica di tali enti è la loro subordinazione alla legge e al principio di legalità. Nei provvedimenti istitutivi vengono delineati i principi specifici in virtù dei quali la singola Autorità è tenuta ad operare, le linee organizzative della stessa, i meccanismi di nomina degli organi di vertice, la disciplina dei poteri conferiti, nonché la tutela giurisdizionale e giurisdizionale prevista come garanzia contro i provvedimenti illegittimi o ingiusti emanati dall'Autorità medesima. Ne deriva, che la legge costituisce il fondamento dell'esistenza della singola Autorità e allo stesso tempo il vincolo principale nell'esplicazione della sua attività. Di pari rilevanza, è il carattere costitutivo della loro indipendenza, che si realizza attraverso il requisito dell'autonomia. Le Autorità godono di autonomia di organizzazione, che si sostanzia nella facoltà di darsi regole per il funzionamento interno, di autonomia di organico, o meglio possibilità di gestire le scelte relative al personale dipendente, nonché di autonomia finanziaria e contabile. L'autonomia dell'azione delle Autorità è però direttamente proporzionale al grado di indipendenza dei loro vertici. Per tale ragione le leggi istitutive riservano il potere di nomina non al Governo, ma al Parlamento nelle persone dei Presidenti delle Camere o attraverso un'elezione da parte delle assemblee o, ancora, al Presidente della Repubblica su proposta dei Presidenti delle Camere. Le stesse persone fisiche titolari degli organi di vertice devono essere in possesso di determinati requisiti soggettivi che attestino l'esperienza nel settore, la moralità e l'indipendenza, garantita anche dalla previsione di un regime di incompatibilità tra la carica e l'esercizio di attività professionale o di consulenza, la posizione di amministratore o dipendente di enti pubblici o privati. Anche la durata della carica e la sua limitata revocabilità e rinnovabilità sono considerate elemento caratterizzante l'indipendenza. Con particolare riguardo alle singole Autorità si segnala che con l'entrata in vigore del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, istituita con legge n. 109/94, ha assunto la denominazione di Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture. La necessità di affidare poteri di vigilanza ad un organismo di settore appositamente creato, si pone in linea di continuità con le regole sostanziali dell'evidenza pubblica. Esse, infatti, ricevendo una nuova lettura, ad opera delle direttive comunitarie 2004/17/CE e 2004/18/CE, sono finalizzate a selezionare il contraente migliore per la P.A., sotto un profilo sia qualitativo che quantitativo, nonché alla tutela della concorrenza. L'interesse delle imprese e del mercato assurge, così, a pari rilevanza dell'interesse pubblico che la stazione appaltante è tenuta a perseguire. Si afferma, in altre parole, l'esigenza di riconoscere la titolarità e la missione istituzionale di vigilanza e controllo ad un ente *ad hoc* equidistante dagli interessi parziali e confliggenti dei soggetti regolati.³ L'Autorità, organo collegiale costituito da tre membri nominati con determinazione adottata d'intesa dai Presidenti della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica, "*opera in piena autonomia e con indipendenza di giudizio e di valutazione*" e ha il compito di vigilare sui contratti pubblici, anche di interesse regionale, di lavoro, servizi e forniture nei settori ordinari e nei settori

² M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato*, Bologna, 1992.

³ A. PREDIERI, *L'eromper delle autorità amministrative indipendenti*, Firenze, Passigli, 1997.

speciali, al fine di garantire il rispetto dei principi di correttezza e trasparenza delle procedure di scelta del contraente, e di economia ed efficiente esecuzione dei contratti, nonché il rispetto delle regole della concorrenza nelle singole procedure di gara. Inoltre, vigila sull'osservanza della disciplina legislativa e regolamentare vigente, verificando la regolarità delle procedure di affidamento e l'economicità di esecuzione dei contratti pubblici, nonché procede all'accertamento che dall'esecuzione dei contratti in esame non sia derivato pregiudizio per il pubblico erario.

Particolare rilievo assume l'art. 4, comma 4 lett. h) e i), della legge 11 febbraio 1994 n. 109, laddove stabiliscono che l'autorità esercita i poteri sanzionatori di cui ai commi 7 e 17 e che essa vigila sul sistema di qualificazione delle imprese di cui all'art. 8 della legge. La disposizione va completata con quanto stabilito nell'art. 6 del D.P.R. n. 554 del 1999.

L'art. 4, commi 6, 7 e 17, conferma che l'Autorità ha un potere autarchico superiore rispetto alle singole amministrazioni pubbliche e alle imprese operanti nel settore dei lavori pubblici, posto che in base a tali disposizioni sono tenute a fornire tutti i documenti e i chiarimenti necessari all'espletamento delle funzioni di vigilanza e, in caso di rifiuto, l'Autorità può irrogare la sanzione amministrativa costituita dal pagamento di una somma di denaro.

In particolare, il comma 7, ultima parte, del citato art. 4 stabilisce che *"i provvedimenti dell'Autorità devono prevedere il termine di pagamento della sanzione e avverso di essi è ammesso ricorso al giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva da proporre entro trenta giorni dalla data di ricezione dei provvedimenti medesimi."* Tale disposizione assume un'importanza notevole, in quanto da essa emerge che anche dinnanzi all'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici si aprono procedimenti sanzionatori e che essa è sottoposta alla giurisdizione (esclusiva) del giudice amministrativo. A proposito di quest'ultimo profilo è da rilevare come la disposizione cristallizzi la regola della giurisdizione esclusiva innanzi al giudice amministrativo solo rispetto ai provvedimenti sanzionatori disciplinati nel medesimo comma e non rispetto a tutti gli altri atti dell'Autorità, come si vedrà in seguito.

2. Tutela Giurisdizionale avverso gli atti amministrativi delle Authorities

La problematica relativa alla tutela avverso gli atti adottati dalla Autorità amministrative indipendenti riflette il dibattito in ordine alla natura giuridica degli organismi in questione. La posizione di terzietà, neutralità e imparzialità rispetto agli interessi coinvolti, nonché i poteri di cui dispone l'Autorità hanno indotto parte della dottrina ad assimilare le funzioni della stessa a quelle dell'autorità giurisdizionale. Secondo tale orientamento, il tratto dell'indipendenza dell'Autorità dovrebbe far propendere per la sua riconducibilità nel novero dei soggetti che svolgono funzioni giurisdizionali, il cui statuto è sancito dall'art. 104 della Carta costituzionale, che, letto in concordanza con l'art. 101 Cost., e disponendo l'inaffidabilità dei magistrati, assicura la loro soggezione solo alla legge e l'autonomia dell'organizzazione giurisdizionale nel suo complesso. In secondo luogo, è stato rilevato che le Autorità sono titolari, solo marginalmente, di funzioni amministrative attive in senso proprio. A parere della dottrina in esame, fin dal evolversi del fenomeno nel nostro ordinamento, le autorità amministrative indipendenti sono state accostate al giudice. Già nella relazione sulla riforma dell'amministrazione centrale presentata il 18

giugno 1985 dalla Commissione per la modernizzazione delle istituzioni presieduta da Franco Piga⁴, si osserva che alcune autorità amministrative di grande rilievo - la CONSOB, il Garante dell'editoria e l'ISVAP - si caratterizzano per indipendenza ed accentuata imparzialità d'azione, tanto da poter essere assimilate al giudice, non solo in ragione dell'indipendenza derivante dalla sola soggezione alla legge, ma anche per il ruolo *super partes*, assimilabile a quello del giudice e finalizzato ad una tutela imparziale dei cittadini. La tesi della natura para-giurisdizionale è stata oggetto di critiche, da parte di coloro, che invece sostengono il carattere amministrativo delle funzioni degli organismi in esame. In primo luogo, l'esistenza di un organismo *super partes* oltre ad assicurare l'imparzialità dell'azione amministrativa, sancita dall'art. 97 Cost.,⁵ è finalizzata, ragione della complessità del degli interessi pubblici e privati, a neutralizzare l'ingerenza di forze organizzate, che spingono verso soluzioni più convenienti per gruppi particolari⁶. In secondo luogo, la qualificazione amministrativa delle Autorità sarebbe diretta conseguenza della natura discrezionale, sia amministrativa che tecnica, della sua attività.

Sebbene l'orientamento prevalente sia orientato ad assimilare le Autorità amministrative indipendenti agli enti pubblici e, quindi ai soggetti di diritto amministrativo, permangano profili di incertezza nel sistema controllo giustiziale avverso i loro atti.

L'attrazione del provvedimento sanzionatorio nella giurisdizione esclusiva, si è resa necessaria secondo alcuni, per non fare ricadere gli atti nell'ambito della giurisdizione del giudice ordinario, posto che esso ha giurisdizione in materia di sanzioni amministrative pecuniarie in base alle l. n. 689 del 1991, nonostante l'art. 22 di tale legge faccia riferimento alle ordinanze-ingiunzioni e alle confische.

L'art. 6 della l. n. 205 del 2000, prevede, poi, che siano devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie relative a procedure di affidamento di lavori, servizi o forniture svolte da soggetti comunque tenuti, nelle scelte del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria, ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale. Dalla lettura di tali norme non sembra possibile attrarre gli atti dell'Autorità nella giurisdizione esclusiva, sia in quanto essa non si ingerisce mai nelle procedure di affidamento di appalti pubblici, lavori, servizi e forniture e sia perché essa non svolge un servizio pubblico in senso tecnico, bensì una funzione pubblica in posizione di indipendenza e di imparzialità.

Sicché, si potrebbe concludere, ritenendo che gli atti dell'Autorità sono sottoposti alla giurisdizione amministrativa ordinaria, tranne per gli indicati procedimenti sanzionatori, per i quali è stata espressamente stabilita la regola secondo cui sono sottoposti alla giurisdizione esclusiva del medesimo giudice, e tranne per gli atti emanati nei confronti delle S.O.A.

La questione su cui la dottrina si è interrogata è se una volta individuate le norme rilevanti in materia di ricorsi giurisdizionali, sia possibile applicarle in modo automatico, ovvero sia necessario un parziale adattamento, dal momento che l'atto o il provvedimento impugnato promana non da una pubblica amministrazione, bensì da un soggetto le cui caratteristiche (indipendenza, imparzialità, neutralità) si avvicinano considerevolmente a quelle delle

⁴ N. LONGOBARDI, *Autorità amministrative indipendenti e diritti: la tutela dei cittadini e delle imprese*, in *Foro amm. TAR* 2007.

⁵ A. MASSERA, "Autonomie" e "indipendenza" nell'amministrazione dello Stato, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, Milano, 1988.

⁶ A. PERINI, *Autorità amministrative indipendenti e tutela giurisdizionale*, in *Dir. Amm.*, 1994.

autorità giurisdizionali. Per poter fornire una soluzione occorre esaminare le differenti forme di tutela apprestate dalla legislazione così da poterne valutare la compatibilità con la disciplina dettata per le Autorità amministrative indipendenti.

Per quanto concerne il ricorso gerarchico improprio, esso si caratterizza per il fatto che tra l'organo che ha adottato l'atto e il soggetto cui si ricorre difetta un rapporto di gerarchia. Posto che non esiste una disciplina generale dettata per tale forma di ricorso, ne deriva che gli atti adottati dalle Autorità sono suscettibili di essere gravati attraverso il ricorso gerarchico improprio solo in quei casi in cui sia rinvenibile una apposita norma di legge che deponga in tal senso. In difetto, il rimedio in questione deve escludersi.

Alcuni problemi pone, invece, il ricorso gerarchico proprio, accordato a chiunque vi abbia interesse per contestare al cospetto dell'autorità gerarchicamente sovra-ordinata i provvedimenti non definitivi adottati dall'autorità subordinata che si assumo viziati per ragioni di legittimità o di merito. La ragione per cui si può ipotizzare l'applicabilità del rimedio in questione alle Autorità indipendenti risiede nella circostanza che esso rappresenta un mezzo di gravame di carattere generale (artt. 1, 6 del D.P.R. n. 1199/71), pertanto ammesso anche in assenza di una espressa previsione normativa nei casi in cui l'amministrazione emanate sia organizzata in una struttura gerarchizzata. In realtà il ricorso gerarchico proprio non può ritenersi applicabile agli atti emanati dalle Autorità, in quanto non è possibile configurare un rapporto di gerarchia per questi organismi, in considerazione del carattere dell'indipendenza e della composizione collegiale.

Più complesso è il quesito relativo all'ammissibilità del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, ritenuto dalla dottrina inapplicabile agli atti adottati dalle Autorità perché idoneo a ledere l'essenza stessa dell'Autorità, pregiudicandone l'indipendenza. Tuttavia, tale affermazione non è apparsa soddisfacente ed è stata superata alla luce delle modifiche apportate alla disciplina del ricorso straordinario, innanzi al Capo dello Stato dall'art. 69, comma 1, della legge n. 69 del 2009 e dall'art. 7, comma 8, C.p.a., ritenendo così ammissibile il ricorso straordinario con riferimento alle controversie devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo. Appare, dunque, un retaggio del passato l'impostazione che affermava la natura non amministrativa, ma paragiurisdizionale, con l'effetto di escludere l'applicabilità del D.P.R. n. 1199/71.⁷

Nell'esaminare il ricorso giurisdizionale, si deve segnalare che nel sistema italiano non è possibile applicare il modello dei paesi di common law, dove, le Autorità sarebbero sottratte al controllo giurisdizionale. Prima che il codice del processo amministrativo dettasse una disciplina della giurisdizione amministrativa avente ad oggetto i provvedimenti delle Autorità amministrative indipendenti, la possibilità di una tutela dinnanzi al giudice amministrativo era logica conseguenza dell'art. 113, comma 1, della Cost., ai sensi del quale "*contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa*", vantando il soggetto leso dal provvedimento dell'Autorità una posizione di interesse legittimo.

L'art. 133, comma 1, lett. l) del c.p.a. ha devoluto alla competenza del giudice amministrativo le controversie aventi ad oggetto tutti i provvedimenti, anche sanzionatori, adottati non solo dalle Autorità, ma anche dalla Consob e dalla Banca D'Italia, nell'intento di garantire una tutela giurisdizionale piena ed effettiva contro i provvedimenti emessi

⁷ P. DE LISE, *Le autorità amministrative indipendenti*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2011.

dalle Autorità.⁸ Tuttavia, com'è noto sulla questione è intervenuta la sentenza della Corte Costituzionale n. 162/2012 dichiarando l'illegittimità costituzionale, per eccesso di delega, delle disposizioni del codice del processo amministrativo che rimettevano le controversie in materia di sanzioni irrogate dalla Consob, alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, con conseguente competenza del giudice ordinario.

Superate sono anche le posizioni dottrinali dirette a limitare il sindacato giurisdizionale sugli atti delle Autorità soltanto ad alcuni vizi di legittimità (violazione di legge e incompetenza), in una prospettiva che privilegia la generalizzazione delle tipologie dei motivi di gravame. La questione più significativa, tuttavia, riguarda il rapporto tra accertamento compiuto dall'Autorità e poteri del giudice a cui viene proposto il ricorso avverso l'atto adottato dall'Autorità⁹.

La tesi della paragiurisdizionalità porta a ritenere che la successiva verifica giudiziale dei provvedimenti dell'Autorità non possa giungere ad uno scrutinio integrale del fatto, limitandosi alla verifica del modo in cui l'Autorità abbia esercitato la sua discrezionalità tecnica; ove, invece, si intende aderire all'ipotesi di un'autorità con funzioni amministrative, l'esame della fattispecie da parte del giudice si estenderebbe a tutti i classici vizi relativi al potere discrezionale. In realtà, nessuna norma di diritto positivo limita lo scrutinio del TAR e del Consiglio di Stato, cosicché l'eventuale affermazione della natura paragiurisdizionale non impedirebbe al giudice di compiere *ex novo* la valutazione già effettuata dall'Autorità.

In altre parole, la dottrina si è chiesta se il giudice amministrativo debba limitarsi alla mera verifica dell'iter logico, o se, spingendosi oltre, possa sostituire la propria valutazione tecnica a quella operata dall'Autorità indipendente. L'individuazione degli effettivi poteri di intervento del giudice amministrativo rispetto al provvedimento dell'Autorità, ha costituito oggetto di ampio dibattito. Viene cioè in rilievo il confronto tra le due tesi del controllo forte e del controllo debole. Sulla questione, la giurisprudenza amministrativa ha sempre unanimemente escluso che il giudice possa spingersi fino ad imporre il proprio giudizio. Si è, cioè, prevalentemente optato per un sindacato di tipo debole, che, pur consentendo al giudice di accedere alla valutazione tanto del fatto quanto delle modalità di accertamento e attuazione della regola tecnica, non gli consentirebbe, ove accerti la palese erroneità e inattendibilità della decisione dell'Autorità, di dettare la disciplina degli interessi in conflitto.¹⁰ In una prospettiva parzialmente diversa la giurisprudenza amministrativa ha affermato l'esigenza "di un sindacato tendente ad un modello comune a livello comunitario, in cui il principio di effettività della tutela giurisdizionale sia coniugato con la specificità di controversie"¹¹. Si tende in tal modo a superare la ricostruzione incentrata sulla distinzione tra controllo forte e controllo debole, in favore di un modello fondato sulla più ampia effettività delle tutele.

La ricostruzione della vicenda fatta dalla dottrina segnala un'evoluzione della giurisprudenza, che prende le mosse dalla sola verifica della logicità e congruenza del provvedimento adottato dall'autorità senza la possibilità di

⁸ G. GRÜMER, *Note minime sul riparto di giurisdizione e sulla tutela giurisdizionale in materia di sanzioni delle autorità amministrative indipendenti*, in *GiustAmm.it*.

⁹ S. BARIATTI, L. PERFETTI, *Prime osservazioni sulle previsioni del "Libro Bianco in materia di azioni per il risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust" della Commissione e del Codice del Consumo quanto alle relazioni tra procedimenti antitrust e giurisdizione*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2008, 1151; M. E. SCHINAIA, *Il controllo giurisdizionale sulle autorità amministrative indipendenti*, in *Foro amm. CDS*, 2003, 3160.

¹⁰ Cons. St., Sez. VI, 1 ottobre 2002, n. 5156.

¹¹ Cons. St., 2 marzo 2004, n. 926.

valutazioni di merito,¹²passando poi ad ammettere la sindacabilità delle valutazioni tecniche compiute dall'autorità, fino a giungere ad affermare che tale sindacabilità attiene sia alle scelte tecniche compiute sia alla corretta interpretazione dei concetti giuridici indeterminati.¹³Con riguardo alle valutazioni di tipo tecnico la tutela giurisdizionale per essere effettiva non può limitarsi ad un sindacato meramente estrinseco, ma deve permettere al giudice di effettuare un controllo intrinseco tale da estendersi sino alla verifica dell'analisi compiuta dall'Autorità. Quindi, in relazione all'intensità del sindacato giurisdizionale, una volta rilevato che le attività tipiche delle Autorità indipendenti, essendo caratterizzate da un forte tecnicismo, si esplicano maggiormente attraverso di regole extragiuridiche, si può ritenere che la loro realizzazione nel procedimento amministrativo è riconducibile alla discrezionalità tecnica. Pertanto, il problema del sindacato giurisdizionale si pone in termini non dissimili rispetto a quello generale sui limiti del controllo della discrezionalità tecnica. Al giudice è consentito andare oltre la verifica dei vizi emergenti, spingendo il sindacato fino all'apprezzamento dell'attendibilità delle scelte compiute con il solo limite del divieto di sostituirsi all'Autorità qualora le sue valutazioni si ritengano non condivisibili. Si vuole in questo modo porre l'attenzione verso la ricerca di un sindacato in cui il principio di effettività della tutela giurisdizionale sia legato alla specificità di controversie nelle quali in giudice amministrativo è chiamato a verificare il corretto esercizio del potere da parte dell'Autorità.¹⁴

Tale modello è stato, poi, ritenuto conforme ai principi sanciti dall'art. 6 della Cedu da parte della Corte europea,¹⁵la quale ha rilevato che la "conformità con l'art. 6 della Convenzione non esclude che in un procedimento di natura amministrativa, una pena sia inflitta da un'autorità amministrativa." Tuttavia, si presuppone che la decisione di un'autorità amministrativa che non soddisfi le condizioni di cui all'art. 6 venga sottoposta ad un vaglio a posteriori da parte di un organo giudiziario avente giurisdizione piena che verifichi non solo la coerenza logica della motivazione, ma anche l'adeguatezza e la proporzionalità della sanzione.¹⁶

Infine, in materia di sanzioni amministrative pecuniarie in dottrina si afferma che una maggiore tutela sarebbe garantita dal giudice ordinario, rispetto a quella erogabile dal giudice amministrativo, in quanto il sindacato di legittimità del giudice ordinario si configurerebbe come un pieno sindacato di merito sul fatto. Si ritiene, precisamente che il giudice ordinario, a differenza del giudice amministrativo, sarebbe in grado di sostituirsi completamente all'attività sanzionatoria delle Autorità, accertando direttamente l'esistenza o meno della commissione dell'illecito. Tale orientamento non appare, tuttavia, condivisibile posto che la giurisdizione del giudice amministrativo in materia di sanzioni irrogate dalle Autorità amministrative indipendenti è una giurisdizione piena, essendo il giudice in grado, anche sotto il profilo probatorio, di effettuare un pieno accesso al fatto. L'art. 134 c.p.a., individua, infatti, tra controversie nelle quali il giudice amministrativo esercita una giurisdizione con cognizione estesa al merito, le controversie aventi ad oggetto le sanzioni pecuniarie applicate dalle Autorità amministrative indipendenti. Pertanto, alla luce di ciò il giudice potrà, tenuto conto delle valutazioni

¹² Cons. St., 18 giugno 2002, n. 5156, in *Foro it.*, 2003, III.

¹³ Cons. St., Sez. VI, 8 febbraio 2007, n. 515.

¹⁴ R. GAROFOLI, *Autorità amministrative indipendenti e tecniche di sindacato giurisdizionale*, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹⁵ CEDU, caso n. 43509/08.

¹⁶ G. GRÜMER, *Note minime sul riparto di giurisdizione e sulla tutela giurisdizionale in materia di sanzioni delle autorità amministrative indipendenti*, in *GiustAmm.it*.

svolte sul fatto, rideterminare la sanzione qualora risulti non equa, non congrua, non proporzionata, incontrando il solo limite dell'esercizio del potere sanzionatorio.¹⁷

3. La tutela giurisdizionale delle S.O.A.

In questo quadro si inserisce la tematica della giurisdizione relativa al complicato meccanismo, predisposto dal legislatore, in materia di qualificazione delle imprese esecutrici di lavori pubblici.

Come si è già ricordato l'art. 4, comma 4 lett. i) della l. n. 109/1994 stabilisce che l'Autorità "*vigila sul sistema di qualificazione di cui all'art. 8.*" L'art. 8 della medesima legge statuisce che i soggetti esecutori, a qualsiasi titolo, di lavori pubblici debbono essere qualificati e debbono improntare la loro attività ai principi della qualità, della professionalità e della correttezza. Inoltre, stabilisce che con regolamento deve essere istituito un sistema di qualificazione unico per tutti gli esecutori dei lavori pubblici e che tale sistema è attuato da organismi di diritto privato di attestazione, appositamente autorizzati dall'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, sentita una commissione consultiva istituita presso l'autorità medesima. Gli organismi di attestazione sono soggetti alla sorveglianza dell'Autorità e la durata dell'efficacia della qualificazione deve essere non inferiore a due anni e non superiore a tre. Alle S.O.A., costituite nella forma delle società per azioni con oggetto sociale esclusivo, viene affidato un servizio, oggettivamente pubblico, quale quello della qualificazione delle imprese esecutrici di lavori pubblici, che comporta una immediata incidenza anche nell'individuazione del tipo di giurisdizione connesso a ciascuna fase procedimentale e a ciascuno dei rapporti giuridici che si instaurano tra i vari soggetti interessati.

Il sistema prevede una prima fase, in cui le società che intendono svolgere l'attività di attestazione devono ottenere l'autorizzazione dall'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, che, verificato il possesso dei requisiti previsti dal regolamento n. 34 del 2000, emette il provvedimento autorizzatorio oppure lo nega; nella fase successiva, le S.O.A., autorizzate dall'Autorità, debbono svolgere la funzione di attestazione nei confronti delle imprese richiedenti, concludendo con esse un contratto che ha come oggetto principale l'emanazione dell'attestazione di qualificazione. Tale sistema è reso complesso dalla circostanza che la fase antecedente all'ottenimento dell'attestazione di qualificazione e quella successiva, in cui sia la S.O.A., sia l'impresa qualificata, possono perdere i rispettivi requisiti¹⁸ e ciò avviene sotto il controllo permanente e costante dell'autorità per la vigilanza sui lavori pubblici. Pertanto l'individuazione delle tutele possibili e del giudice innanzi al quale esse possono essere esperite non può prescindere dall'esame della natura di tali rapporti e da quella dei soggetti cui essi sono legati.

¹⁷ G. GRÜMER, *Note minime sul riparto di giurisdizione e sulla tutela giurisdizionale in materia di sanzioni delle autorità amministrative indipendenti*, in *GiustAmm.it*.

¹⁸ per le prime quelli necessari a fornire l'attestazione, e per le seconde quelli necessari per mantenere la qualificazione ottenuta.

L'art. 10, comma 1, del d.p.r. n. 24/2000 stabilisce: “ *lo svolgimento da parte delle S.O.A. dell'attività di attestazione della qualificazione(...)è subordinato alla autorizzazione dell'autorità*”; il comma 5 stabilisce: “ *l'autorizzazione è revocata dall'autorità quando sia accertato il venire meno dei requisiti e delle condizioni (...)*; il comma 6 stabilisce: “ *il procedimento di revoca dell'autorizzazione è iniziato d'ufficio, quando l'autorità viene a conoscenza dell'esistenza, anche a seguito di denuncia di terzi interessati dal verificarsi di una delle circostanze di cui al comma 5. A tal fine l'Autorità contesta alle S.O.A. gli addebiti accertati, invitandola a presentare le proprie osservazioni e controdeduzioni entro un termine perentorio non inferiore a trenta giorni, decorsi i quali, entro i successivi novanta giorni, viene assunta la decisione in ordine alla revoca*”. Con riguardo alla disciplina della seconda fase del sistema sopra esposto, assume rilevanza l'art. 15, comma 2, laddove si statuisce che: “ *l'impresa che intende ottenere l'attestazione di qualificazione deve stipulare apposito contratto con una delle S.O.A. autorizzate*”; il comma 4 stabilisce: “ *della stipula del contratto, del rilascio o del diniego di rilascio dell'attestazione la S.O.A. informa l'autorità nei successivi trenta giorni.*” Vengono, altresì, in rilievo gli artt. 14 e 16 del medesimo regolamento. All'art. 14 è previsto che *l'autorità vigila sul sistema di qualificazione, e a tal fine, anche effettuando ispezioni o richiedendo qualsiasi documento ritenesse necessario, controlla le S.O.A. (...)*; ed inoltre che: “ *i poteri di vigilanza e di controllo dell'autorità (...) sono esercitati anche su motivata e documentata istanza di altra impresa, che in ogni momento può chiedere la verifica della sussistenza dei requisiti che hanno dato luogo al rilascio dell'attestazione, sempre che vanti un interesse concreto e attuale.*” Nel secondo articolo richiamato si legge: “ *le determinazioni assunte dalle S.O.A. in merito ai contratti stipulati dalle imprese per ottenere la qualificazione sono soggette al controllo dell'autorità qualora l'impresa interessata ne faccia richiesta entro il termine di trenta giorni dalla data di effettiva conoscenza della determinazione stessa.*”; “ *l'autorità, sentita l'impresa richiedente e le S.O.A. e acquisite le informazioni necessarie, provvede entro sessanta giorni ad indicare alle S.O.A. le eventuali condizioni da osservarsi nell'esecuzione del contratto stipulato. L'inottemperanza da parte delle S.O.A. alle indicazioni dell'autorità costituisce comportamento valutabile ai sensi dell'art. 10, comma 5 del presente regolamento*”.

Dunque, il procedimento per ottenere l'autorizzazione a svolgere l'attività di attestazione segue lo schema classico di un soggetto privato che presenta un'istanza, corredata da un elenco di documenti (indicati nell'art. 10 d.p.r. n. 34 del 2000); in virtù della quale si apre così un procedimento amministrativo che si conclude entro il termine di sessanta giorni dal ricevimento dell'istanza. L'Autorità conserva il potere di controllo anche successivamente nei confronti delle S.O.A. autorizzate; potere che si può concretizzare nella revoca dell'autorizzazione e che può essere esercitato d'ufficio dall'Autorità, oppure su denuncia di terzi interessati. Il procedimento di riesame della posizione delle S.O.A. si svolge in forma contenziosa e nel caso si concluda con un provvedimento di revoca, le imprese qualificate dalla S.O.A. possono trasferire il contratto ad un'altra S.O.A, anche per diretta disposizione dell'Autorità.

Risulta evidente che ci si trova di fronte a due procedimenti: il primo è un normale procedimento autorizzatorio volto a conferire al soggetto una particolare qualificazione soggettiva idonea ad immetterlo nel settore dei lavori pubblici, e la natura della situazione soggettiva dell'impresa è quella dell'interesse legittimo pretensivo, attesa l'esistenza di un potere discrezionale in capo all'autorità concedente; il secondo è un procedimento sanzionatorio esecutivo, subordinato al venire meno dei requisiti posti a garanzia dell'indipendenza. A ciò va aggiunta la ragione

decisiva che la revoca ha in questo caso una evidente valenza sanzionatoria, anche se l'impedimento a svolgere l'attività da parte della S.O.A. "sanzionata" costituisce un'indiretta cura dell'interesse pubblico affinché l'attività di attestazione venga svolta da soggetti rispettosi delle regole poste a garanzia del corretto funzionamento del sistema. Questo secondo procedimento, che si svolge secondo uno schema contenzioso, non sembra si possa ricondurre a un semplice procedimento di secondo grado.

L'individuata natura dei due procedimenti e del soggetto che ne è titolare cioè l'Autorità per la vigilanza dei lavori pubblici, conduce alla conclusione che la giurisdizione sia quella del giudice amministrativo. Sicché l'impresa che voglia svolgere l'attività di attestazione oppure quella che, una volta autorizzata, si vede revocato il provvedimento sanzionatorio, devono impugnare, rispettivamente l'atto di diniego e quello di revoca, innanzi al T.A.R. per il Lazio.

4. Conclusioni

La rilevanza della questione riguardante la natura giuridica delle Autorità non è, dunque, meramente teorica, poiché la soluzione incide in merito alla sottoponibilità degli atti delle Autorità al controllo giurisdizionale.

L'impostazione, che facendo leva sulla posizione di neutralità rivestita e sul riconoscimento di poteri sanzionatori in capo alle Autorità, le qualifica come organismi paragiurisdizionali, non appare degna di accoglimento; in quanto da tale ricostruzione discenderebbe la non impugnabilità dei provvedimenti sanzionatori dell'Autorità, non ulteriormente sottoponibili al sindacato di altro giudice. Il Consiglio di Stato è intervenuto sulla tematica, chiarendo che, non potendosi ipotizzare all'interno del nostro ordinamento un *tertium genus* tra amministrazione e giurisdizione, le Autorità amministrative indipendenti devono considerarsi pubbliche amministrazioni.

Precisamente, le Authorities svolgano, oltre ai poteri di controllo e sanzionatori, poteri amministrativi propri, intesi in senso classico, pertanto la conseguenza primaria della riconosciuta natura amministrativa delle Autorità è la sottoponibilità dei loro atti al sindacato giurisdizionale secondo quanto disposto dall'art. 113 Cost.