

# Determinazione n. 3/2006 del 6 aprile 2006

*Attività promozionali all'esercizio dell'attività di attestazione.*

## IL CONSIGLIO

### *Considerato in fatto:*

L'originaria scelta del legislatore di attribuire la peculiare attività di qualificazione ad organismi, quali le SOA, di natura giuridica privatistica, seppure di diritto speciale, ha comportato, nella fase attuativa, il repentino sviluppo dell'attività promozionale, ritenuta necessaria al fine di consentire la visibilità sul mercato di soggetti sconosciuti al mondo imprenditoriale.

Tuttavia, nell'evoluzione del sistema unico di qualificazione, dalla sua istituzione ad oggi, da un lato la funzione delle Soa è divenuta ben nota a tutti i soggetti operanti nel mercato dei lavori pubblici e dall'altro, si è evidenziata in modo sempre più preoccupante una serie di comportamenti patologici dei promotori, che hanno influito negativamente sul corretto funzionamento del sistema.

Dallo specifico monitoraggio sull'attività promozionale attuato dall'Autorità con il comunicato n. 44/2005, è emerso che, nella prevalenza dei casi, l'attività di promozione commerciale viene svolta da soggetti esterni alle società, in base alla forma contrattuale atipica del "procacciatore di affari", caratterizzata dalla mancanza di un vincolo di stabilità e di un diritto di esclusiva, che ha dato luogo ai seguenti profili critici.

- a) I promotori, che sono anche consulenti delle imprese, sono concretamente in grado di influenzare le condizioni di mercato, in quanto possono determinare il passaggio di "pacchetti" di imprese da una SOA all'altra ed è per loro indifferente quale sarà la SOA prescelta, da cui riceveranno, comunque, una provvigione, in percentuale assai rilevante rispetto ai costi di qualificazione.
- b) Come denunciato dalle associazioni della SOA, spesso sono proprio i promotori a predisporre la documentazione da presentare, ai fini della qualificazione, in violazione del generale divieto, per i soggetti esterni alle SOA, di svolgere prestazioni relative all'attività di attestazione, come appunto l'acquisizione dei documenti.
- c) In alcuni casi si è riscontrato che i promotori hanno proposto alle imprese obiettivi di qualificazione non realistici, ritenendo di poter sollecitare le SOA ad una verifica compiacente; la fattispecie più grave di comportamento illecito dei promotori riguarda la falsificazione dei certificati di esecuzione dei lavori, fenomeno che rischia di essere sempre più diffuso.

### *Ritenuto in diritto :*

*Ø Inserimento dei promotori nell'organico delle SOA.*

Le determinazioni ed i comunicati elaborati, sinora, dall'Autorità non hanno previsto una specifica regolamentazione dell'operato dei promotori, ma hanno stabilito soltanto alcuni limiti alla collaborazione esterna per l'attività di promozione commerciale, considerata funzionale all'azione di organismi privati, nell'esercizio della propria libertà di iniziativa economica.

Questo orientamento si è basato anche su una lettura restrittiva della norma di cui all' art. 12, comma 2, D.P.R. 34/2000, che fa divieto alle SOA di ricorrere a prestazioni di soggetti esterni alla loro organizzazione aziendale *"Per l'espletamento delle loro attività .."*. Si è, infatti, ritenuto di dover applicare tale divieto limitatamente all'attività di attestazione propriamente detta e non anche a quelle prestazioni che si reputavano strumentali o accessorie, come le attività promozionali.

Anche la Commissione Consultiva, di cui all' art. 5 D.P.R. 34/2000, ha sostenuto che alle SOA sia consentito avvalersi di risorse esterne al proprio organico (come definito dall' art. 9 del DPR 34/2000), in ossequio alla libertà di organizzazione dell'impresa, propria di soggetti di natura giuridica privatistica, seppur di diritto speciale.

Tuttavia, l'evoluzione del sistema di qualificazione ha portato ad una sostanziale modifica dell'inquadramento delle SOA nell'ordinamento giuridico, attribuendo a tali organismi una forte

connotazione pubblicistica che in origine era assai discussa.

Infatti una recente, ma consolidata, giurisprudenza amministrativa ha definitivamente chiarito che le SOA, pur mantenendo la propria natura giuridica di società per azioni di diritto speciale, svolgono, però, una funzione pubblicistica di certificazione, che sfocia nel rilascio di un'attestazione con valore di atto pubblico. Trattasi, cioè, di un'ipotesi di esercizio privato di pubblica funzione. (Cons. Stato, sez. VI, sentenze nn. 991/2004, 993/2004 e 2124/2004).

La medesima giurisprudenza ha evidenziato come le attestazioni di qualificazione, risultato dell'attività di certificazione delle SOA, siano peculiari atti pubblici, destinati ad avere una specifica efficacia probatoria, come stabilito dall' art. 1, DPR 34/2000: *"L'attestazione di qualificazione rilasciata a norma del presente regolamento costituisce condizione necessaria e sufficiente per la dimostrazione dell'esistenza dei requisiti di capacità tecnica e finanziaria ai fini dell'affidamento di lavori pubblici."*

Tanto è vero che le stazioni appaltanti, in sede di aggiudicazione dei lavori pubblici, non possono chiedere ai concorrenti la dimostrazione della qualificazione con modalità altre e diverse dall'esibizione dell'attestato di qualificazione, che fa stato fino a prova di falso.

Proprio la particolare efficacia probatoria delle attestazioni richiede che ne sia garantita la genuinità, anche attraverso il rigido controllo dell'iter formativo e la piena responsabilizzazione dei soggetti istituzionalmente deputati a svolgere l'attività di certificazione.

La concreta esperienza ha dimostrato quanto profondamente l'attività dei promotori incida nell'iter di formazione degli attestati di qualificazione e quanto sia diffusa la pratica dell'alterazione dei certificati di lavori, per cui occorre ricondurre l'attività di promozione, da chiunque svolta, nell'ambito di un controllo più efficace, attraverso l'inserimento dei promotori nell'organico delle SOA.

Questo anche in ossequio ad un'interpretazione "omnicomprensiva" della norma di cui all' art. 12, comma 2, sopra citata, relativa al divieto di affidare a soggetti esterni all'organico delle SOA lo svolgimento di ogni prestazione inerente all'attività di qualificazione; interpretazione che appare, oggi, pienamente in linea con l'accertata funzione pubblicistica di certificazione delle SOA.

L'interesse pubblico alla tutela dell'attività di certificazione deve, infatti, ritenersi prevalente sull'interesse privatistico alla libera organizzazione dell'attività di impresa delle SOA.

Infatti, la natura giuridica del soggetto che esercita l'attività di certificazione non incide sulla natura giuridica dell'attività esercitata; se il legislatore, nell'ottica della semplificazione, ha demandato a soggetti privati una attività in passato affidata esclusivamente a soggetti pubblici, tale attività resta una funzione pubblica di certificazione, con il preciso scopo di ingenerare fiducia nel contenuto dell'atto.

Per tale ragione, l'attività di certificazione è circondata di garanzie e controlli pubblici, che consistono nell'attribuzione all'Autorità di penetranti poteri di vigilanza sia sulle SOA che sulle singole attestazioni (compreso, secondo una ricostruzione logica e sistematica della giurisprudenza - al di là del mero dato letterale - il potere di annullamento diretto delle attestazioni).

L'affidamento, da parte dell'ordinamento, al controllante, degli interessi pubblici ed il conferimento di poteri di ingerenza sull'operato dei soggetti controllati, implicano che l'attività dell'Autorità sia ampia e globale e non possa limitarsi ad una mera supervisione dei soggetti controllati, ma debba comprendere una valutazione critica successiva dei comportamenti e dei risultati (in linea con la citata giurisprudenza del Consiglio di Stato, TAR Sicilia, Catania, 3.02.2003, n. 172).

Pertanto, questa Autorità, nell'esercizio dei poteri ad essa conferiti, ritiene che l'attività promozionale possa essere svolta solo da soggetti legati alle SOA da un rapporto organico.

In tal modo, si pone anche rimedio alla consuetudine per cui nei frequenti casi di contenzioso a carico delle SOA (spesso relativi alla falsificazione di certificati di lavori), le imprese si sono difese attribuendo ai promotori la responsabilità della falsificazione dei documenti prodotti (e, talvolta, anche le SOA hanno fatto lo stesso). E, fino al momento attuale, è stato difficile ricondurre ai promotori specifiche responsabilità, in quanto soggetti giuridicamente estranei all'organico delle SOA, che svolgono attività meramente strumentali all'attività di attestazione.

Delimitando l'attività di promozione unicamente a soggetti inseriti nell'organizzazione delle SOA, sarà, altresì, possibile imputare la responsabilità dell'azione ad un soggetto facilmente individuabile, perché facente parte della specifica organizzazione e, quindi, anch'egli potenzialmente imputabile di quelle condotte penalmente rilevanti, che si riconducono alla natura del soggetto che le pone in essere, quale soggetto esercente una pubblica funzione.

*Ø B) Modalità di svolgimento dell'attività promozionale.*

L'attività di promozione, svolta da soggetti inseriti nell'ambito nell'organico delle SOA, deve rispettare alcune regole affinché essa avvenga in osservanza del principio di indipendenza, imparzialità e parità di trattamento delle imprese, di cui all' art. 7 D.P.R. 34/2000.

In particolare:

1. L'attività promozionale, relativa alla diffusione di informazioni sulle caratteristiche della prestazione resa dalle SOA e delle garanzie da esse fornite allo scopo di acquisire clienti, deve escludere qualsiasi trattamento privilegiato;
2. l'attività promozionale non può mai prevedere la fissazione di tempi differenziati per il rilascio delle attestazioni, in ossequio al principio di imparzialità di trattamento;
3. laddove siano previsti incentivi di natura economica per la clientela, essi non devono comportare, comunque, una generalizzata riduzione del corrispettivo minimo di tariffa (determinato in base all'applicazione dei criteri di cui all'allegato E del D.P.R. 34/2000);
4. il contratto stipulato con le imprese deve prevedere un'autorizzazione al trattamento dei loro dati, ai sensi del d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, oltre ad una eventuale specifica autorizzazione al trattamento dei dati a fini statistici e di promozione commerciale, in assenza della quale detto trattamento non è consentito alle SOA.

Tutto ciò premesso, l'Autorità, in virtù dei propri poteri di regolazione nell'ambito del mercato dei lavori pubblici e della qualificazione dei soggetti esecutori, al fine di:

salvaguardare i valori istituzionali affidati alla sua cura e assicurare gli obiettivi di qualità nelle costruzioni che la legislazione italiana si prefigge;

garantire l'efficienza ed il corretto funzionamento del sistema unico di qualificazione;

eliminare le rilevanti distorsioni create dai promotori, attraverso un più efficace controllo dell'iter formativo dell'attestato di qualificazione;

**DISPONE :**

*che l'attività promozionale all'esercizio dell'attività di attestazione sia svolta unicamente da soggetti inseriti nell'organico delle SOA;*

*che tali soggetti, nell'esercizio dell'attività promozionale, rispettino le regole ed i limiti stabiliti nella presente determinazione;*

*che le SOA comunichino a questa Autorità i dati relativi ai soggetti inseriti nel proprio organico in qualità di promotori; tali dati saranno immessi in un data-base istituito presso questa Autorità, che sarà costantemente implementato grazie alla tempestive comunicazioni delle SOA medesime; la banca dati sarà detenuta dall'Autorità ai soli fini di controllo interno, mentre sarà negato ogni accesso esterno, nel rispetto della disciplina a tutela della privacy.*

I comunicati alle SOA n. 6 del 18/04/2001 (prot.22901/01/segr) e n. 11 del 2/07/2001 (prot. 37365/01/segr), e le determinazioni n. 38 del 27/07/2000, pubblicata in G.U. n. 128 del 08.08.2000 e n. 50 del 3/11/2000, pubblicata in G.U. n. 273 del 22/11/2000, si intendono sostituiti dalla presente determinazione, limitatamente alle parti relative alla disciplina dell'attività promozionale.

IL CONSIGLIERE RELATORE

Giuseppe Brienza

IL PRESIDENTE

Alfonso M. Rossi Brigante

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data .....

Il Segretario