

## **AUTORITA' PER LA VIGILANZA SUI CONTRATTI PUBBLICI DI LAVORI, SERVIZI E FORNITURE**

### **DETERMINAZIONE 25 ottobre 2006**

**Ulteriori indicazioni in materia di attivita' promozionali all'esercizio dell'attivita' di attestazione. (Determinazione n. 5/06). (G.U. n. 263 del 11.11.2006)**

#### IL CONSIGLIO

Considerato: a seguito della pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana n. 97 del 27 aprile 2006 della determinazione n. 3/2006 del 6 aprile 2006, «Attivita' promozionali all'esercizio dell'attivita' di attestazione», le SOA hanno trasmesso alcuni quesiti ed osservazioni, che si riassumono come segue.  
A) Rapporto organico tra SOA e promotori.

Si chiede se il «rapporto organico» tra il soggetto giuridico Soa ed i promotori, stabilito nella determinazione n. 3/2006, possa realizzarsi, oltre che attraverso il contratto di lavoro subordinato, anche attraverso ulteriori fattispecie giuridiche, come:

1. il contratto di agenzia ed, in particolare, la tipologia di un unico agente nazionale che gestisca sub-agenti territoriali, legati al primo da contratti di sub-agenzia;
  2. il contratto di collaborazione con professionisti dotati di partita IVA («piccoli promotori» per i quali l'attivita' di marketing per le Soa rappresenta solo una parte della propria attivita' professionale);
  3. il contratto «a progetto» e le altre forme contrattuali di lavoro c.d. «parasubordinato»;
  4. la fattispecie contrattuale adottata da quei soggetti investiti di funzioni pubblicistiche (es: organismi che rilasciano certificazione CE), che si avvalgono di collaboratori esterni, vincolati da contratti di carattere professionale, del cui operato risponderebbero in modo totale e diretto; tali collaboratori, solo in virtu' delle funzioni che esercitano - ed indipendentemente dal tipo di rapporto giuridico in essere - rivestirebbero la qualifica di pubblici ufficiali o incaricati di pubblico servizio;
  5. associazione in partecipazione, con apporto di prestazione lavorativa (contratto caratterizzato dall'aleatorietà della controprestazione, in cui viene attribuita all'associato una quota di utili in cambio del suo apporto lavorativo);
  6. contratti con persone giuridiche ed in particolare:
    - I) contratti con societa' azioniste della Soa, anche nella forma della delega allo sviluppo commerciale all'amministratore della societa';
    - II) contratti con associazioni di categoria, gia' firmatarie di accordi con le Soa, per svolgere attivita' promozionale a loro favore, nell'ambito dei servizi ai loro associati.
- E' stato suggerito, inoltre, al fine di perseguire la «ratio» della determinazione n. 3/2006, di inserire nelle convenzioni le seguenti clausole, ritenute idonee a rendere i promotori integralmente responsabili delle attivita' svolte, nei confronti delle Soa (escluse, ovviamente, le individuali responsabilita' civili e penali):
- a. espressa indicazione del nominativo del soggetto responsabile dell'esecuzione del contratto (e del trattamento dei dati personali);
  - b. espressa assunzione di responsabilita', da parte del promotore, nei confronti della Soa, per l'attuazione del contratto;
  - c. espresso impegno del promotore alla corretta applicazione del

decreto del Presidente della Repubblica n. 34/2000 e delle determinazioni dell'Autorita';  
d. soggezione a tutti i limiti e responsabilita' del personale delle Soa, quali fissati dal decreto del Presidente della Repubblica n. 34/2000;

e. impegno del promotore a presentare idonea garanzia fideiussoria, proporzionata all'attivita' svolta;

f. clausola di esclusiva, a favore della Soa, al fine di eliminare i possibili conflitti di interesse.

Ritenuto: la principale finalita' della determinazione n. 3/2006 e' quella di ricondurre alla responsabilita' delle Soa tutte le fasi del procedimento di attestazione, compresa l'attivita' promozionale e la formazione del fascicolo, che costituiscono parte integrante e sostanziale di tale procedimento, durante le quale si e' verificato spesso il fenomeno della falsificazione dei certificati di lavori.

Questo in ossequio ad un'interpretazione «omnicomprensiva» della norma di cui all'art. 12, comma 2, decreto del Presidente della Repubblica n. 34/2000, e successive modificazioni e integrazioni, relativa al divieto di affidare a soggetti esterni all'organico delle Soa lo svolgimento di ogni prestazione inerente all'attivita' di qualificazione; esegesi che, come chiarito nella citata determina n. 3/2006, appare in linea con l'accertata funzione pubblicistica esercitata dalle Soa medesime.

Per tale motivo, la determinazione n. 3/2006 ha prescritto che l'attivita' promozionale possa essere svolta solo da soggetti legati da un «rapporto organico» agli organismi di attestazione, i quali ultimi saranno, pertanto, responsabili delle condotte illegittime poste in essere da tutti i soggetti inseriti nella propria organizzazione, al fine di garantire la legittimita' della funzione pubblica di certificazione.

Sulla base di questi criteri di rigore, non possono condividersi i molteplici tentativi di consentire l'attivita' promozionale anche a soggetti non formalmente inseriti nell'organizzazione degli organismi di attestazione.

Tutte le proposte tipologie contrattuali, anche se relative a lavoro c.d. «parasubordinato» e non propriamente autonomo ed anche qualora i contratti siano corredati da clausole con specifiche assunzioni di responsabilita' o vincoli di esclusiva dei promotori nei confronti delle Soa, non sono in linea con la ratio della determinazione.

Questo in quanto gli eventuali comportamenti illeciti posti in essere da agenti, collaboratori ecc., non sono riconducibili all'ambito di responsabilita' dell'organismo di attestazione, poiche' soggetti giuridicamente distinti.

Tale considerazione, vale, a fortiori, per quei soggetti - promotori commerciali che assumono la veste di persona giuridica.

Ne' puo' essere accolta la proposta di equiparare il semplice azionista della Soa al soggetto inserito nell'organico della medesima, dal momento che l'operato dell'azionista non impegna la societa' e non ne comporta la responsabilita'.

B) Rapporti tra i soggetti addetti al settore commerciale e gli altri dipendenti.

Sono state chieste indicazioni in merito ai rapporti tra i soggetti promotori e gli altri dipendenti delle Soa, ed in particolare:

1. se i dipendenti promotori debbano essere ricompresi nell'organico minimo o siano ad esso eccedenti;
2. se il rapporto Soa - promotore debba essere necessariamente definito a tempo indeterminato o possa essere anche a tempo

determinato; se sia ammissibile la forma contrattuale del part-time;

3. se anche i promotori debbano, al pari dei dipendenti che costituiscono l'organico minimo, sottoscrivere una clausola di esclusiva a favore della Soa, ossia l'impegno a non svolgere alcuna forma di consulenza o collaborazione a favore di soggetti esterni e di essersi dimessi da eventuali incarichi precedenti;
4. se sia necessario comunicare all'Osservatorio anche i dati relativi al personale già in organico, che tutt'ora svolge anche attività promozionali;
5. se l'inserimento dei promotori nel costituendo elenco presso l'Osservatorio comporti l'attribuzione in via esclusiva a tali soggetti della possibilità di svolgere quest'attività'.

Ritenuto:

L'art. 9 del decreto del Presidente della Repubblica n. 34/2000 specifica quali sono le professionalità che devono necessariamente costituire l'organico minimo delle Soa, per consentire lo svolgimento dell'attività istruttoria di valutazione dei requisiti per la qualificazione; in tale ambito non rientrano i promotori, i quali andranno, quindi, inquadrati, al di fuori dell'organico minimo. In quanto dipendenti esterni all'organico minimo, i soggetti che svolgono attività promozionale potranno essere assunti anche con contratto di lavoro subordinato a tempo determinato ed, altresì, con la modalità del part-time.

L'impegno a non svolgere alcuna forma di consulenza o collaborazione a favore di soggetti esterni e di essersi dimessi da eventuali incarichi precedenti deve essere sottoscritto dai dipendenti facenti parte dell'organico minimo.

Nei confronti degli altri dipendenti, non è esclusa, a priori, la possibilità di svolgere anche altre attività, purché tali ulteriori attività non siano, anche potenzialmente, in conflitto con l'attività di qualificazione, in ossequio ai principi di indipendenza ed imparzialità di cui all'art. 7, comma 4, decreto del Presidente della Repubblica n. 34/2000 e s.m.i.

In particolare, per i dipendenti che svolgono attività promozionale a favore di una Soa deve ritenersi che lo svolgimento della medesima attività a beneficio di altre Soa sia in contrasto con i principi sopra ricordati.

Le Soa devono comunicare all'Osservatorio i nominativi di tutti i soggetti che svolgono attività promozionale, anche di coloro già facenti parte dell'organico, perché siano inseriti nell'elenco dei promotori, che comporta l'attribuzione in via esclusiva della possibilità di svolgere questa attività'.

C) Altri quesiti.

Gli ulteriori quesiti formulati dalle Soa riguardano i seguenti punti:

1. se l'assorbimento nell'organico dei promotori comporti implicitamente un mutato quadro delle attività consentite alle Soa, riconoscendo alle medesime anche la possibilità di svolgere prestazioni di consulenza alle imprese, per la predisposizione della documentazione necessaria;
2. se rimanga facoltà alle Soa di avviare campagne pubblicitarie a mezzo stampa o attività di direct marketing;
3. se sia possibile applicare incentivi di natura economica, compatibilmente con il divieto, di cui all'art. 12, comma 4, decreto del Presidente della Repubblica n. 34/2000 e successive modificazioni ed integrazioni, di effettuare una diminuzione dei corrispettivi minimi tariffari.

Poiché gli incentivi relativi alla dilazione del corrispettivo sono già regolamentati dall'art. 12, comma 4, decreto del Presidente

della Repubblica n. 34/2000 e successive modificazioni ed integrazioni, l'unica forma di incentivazione economica, secondo alcune Soa, veniva praticata dai promotori, in qualità di soggetti esterni all'organico delle Soa, nella forma di uno sconto, facendo fondo alla percentuale che questi percepivano.

A seguito dell'inserimento dei promotori nell'organico, l'incentivo di natura economica, si presterebbe, a detta di tali Soa, all'unica possibile interpretazione di scontare la tariffa minima praticata direttamente dalle Soa, in contrasto con il summenzionato divieto;

4. da quando debba essere considerata operativa la determinazione n. 3/2006 e come debbano essere regolate le convenzioni in essere con i promotori, evidenziando, le Soa, difficoltà in merito alla risoluzione anticipata dei contratti ed il timore di vedersi destinatarie di richieste di adempimento contrattuale e di risarcimento di eventuali danni.

Ritenuto:

Poiché le Soa non sono state mai autorizzate a svolgere prestazioni di consulenza alle imprese, tale possibilità appare esclusa anche laddove i promotori siano inseriti nell'organico.

Al contrario non è mai stato loro precluso di svolgere attività pubblicitaria, anche a mezzo stampa, nel rispetto della specifica normativa che ne tutela la veridicità e la correttezza e con qualunque strumento ritenuto idoneo, purché posto in essere direttamente dall'organismo di attestazione, o per mezzo dei propri dipendenti.

In merito agli incentivi di natura economica, poiché gli incentivi relativi alla dilazione del corrispettivo sono già regolamentati dall'art. 12, comma 4, decreto del Presidente della Repubblica n. 34/2000 e successive modificazioni ed integrazioni, l'unica ulteriore forma di agevolazione economica rimane l'applicazione di tariffe ridotte, che non potranno, in ogni caso, essere inferiori ai previsti minimi tariffari, in ossequio all'art. 12, comma 4, decreto del Presidente della Repubblica n. 34/2000.

La determinazione n. 3/2006 esplica i suoi effetti dal momento della sua pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale n. 97 del 27 aprile 2006; pertanto, a partire da tale momento le Soa non possono più stipulare contratti secondo le tipologie sopra descritte, non conformi alle prescrizioni della determina.

Le convenzioni sottoscritte anteriormente all'entrata in vigore della determinazione n. 3/2006 devono essere risolte; infatti, atteso il potere di regolamentazione dell'Autorità nell'ambito della qualificazione dei soggetti esecutori di lavori pubblici, le Soa non possono che adeguarsi alle determinazioni in esame, che per i contratti da esse difforni costituiscono una causa di impossibilità sopravvenuta non certo imputabile alle Soa.

Tuttavia, in accoglimento delle istanze manifestate dagli organismi di attestazione ed al fine di consentire ai medesimi un passaggio graduale dall'attuale sistema di promozione commerciale a quello disciplinato dalla determina n. 3/2006, si ritiene opportuno prevedere un congruo periodo transitorio, durante il quale le Soa dovranno regolarizzare la propria posizione, entro e non oltre la data di un anno dalla pubblicazione della presente nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana.

Roma, 31 ottobre 2006

Il presidente  
Rossi Brigante

Il consigliere relatore  
Brienza