

Comunicato n. 56 del 24 Giugno 2009

Alle Società Organismo di Attestazione

Oggetto: "Regole del procedimento per il rilascio del nulla osta alle operazioni di trasferimento delle partecipazioni azionarie in una S.O.A."

La previsione normativa di cui all' art. 8 del D.P.R. n. 34/2000 è volta ad operare un controllo sulle partecipazioni azionarie al fine di impedire l'acquisto delle azioni da parte di determinate categorie di soggetti ovvero il trasferimento delle stesse azioni qualora tale circolazione possa influire sulla correttezza della gestione della SOA ovvero compromettere il requisito della indipendenza di giudizio o il suo perdurare. Sulla base del disposto di cui all' art.8 D.P.R. n. 34/2000, l'interesse oggetto di protezione è quello di accertare l'insussistenza, in capo all'acquirente, di fattispecie direttamente o indirettamente impeditive all'acquisto delle partecipazioni azionarie.

L'articolo 8, commi 1 e 2, dpr 34/2000 preclude qualsiasi partecipazione, diretta o indiretta, al capitale delle Soa alle stazioni appaltanti, alle imprese esecutrici ed ai soggetti idonei alla progettazione.

Questa disposizione tassativa pone, quindi, una presunzione *iuris et de iure* in ordine alla presenza, in capo a tali soggetti, di interessi idonei ad influire sull'indipendenza della Soa.

Al di fuori di questa esclusione, l'art. 7 comma 4 dpr 34/2000 prevede che la composizione e la struttura organizzativa delle SOA debba assicurare, anche in presenza di eventuali situazioni di controllo o di collegamento (ai sensi dell'articolo 2359 c.c.), il rispetto del principio di indipendenza di giudizio e l'assenza di qualunque interesse commerciale, finanziario che possa determinare comportamenti non imparziali o discriminatori.

Per esercitare il controllo di legittimità sulle partecipazioni azionarie delle SOA, questa Autorità ha indicato nelle determinazioni e nei comunicati assunti in materia le condizioni di ammissibilità della comunicazione di richiesta di nulla osta al trasferimento di partecipazioni azionarie nonché " il percorso alla base del processo valutativo " operato dall'Autorità ai fini del rilascio del nulla osta.

È stato, pertanto, evidenziato che la sola verifica caso per caso dei diversi soggetti pubblici o privati presenti nell'azionariato e della loro azione sulla composizione e struttura organizzativa della SOA può far emergere l'incoerenza della partecipazione.

È stato altresì evidenziato che l'efficacia del nulla osta dell'Autorità alla cessione di azioni è *rebus sic stantibus*, nel senso che si autorizza al trasferimento in base agli elementi forniti nella comunicazione inviata all'Autorità e non può intendersi concessa *sine die* in quanto sopraggiunte circostanze compreso quelle incidenti sulla governance della SOA stessa potrebbero implicare la presenza di interessi diretti o indiretti idonei ad influire sul requisito di indipendenza di giudizio e l'assenza di interessi commerciali, finanziari della SOA (art. 7, comma 5 del D.P.R. n. 34/2000) e l'Autorità in qualsiasi momento può chiedere alle SOA ed ai partecipanti al relativo capitale azionario ogni informazione (art. 7, comma 6 del D.P.R. n. 34/2000).

Il processo valutativo alla base del nulla osta al trasferimento di partecipazioni azionarie ha sempre avuto come presupposto l'assunto che la preclusione richiede una valutazione concreta delle situazioni per stabilire se il governo delle SOA sia coerente con il rispetto del principio di indipendenza e di imparzialità e di non discriminazione (art. 7, comma 4 del Regolamento).

Al compimento del decennio dell'esercizio del potere di vigilanza sul sistema di qualificazione, l'Autorità ha voluto dedicare un approfondimento su come esso si è venuto evolvendo negli anni e si è soffermata, inanzitutto, in attesa di un provvedimento di carattere più generale, sulla composizione azionaria delle SOA.

Sono emerse composizioni azionarie delle SOA che spiccano per la polverizzazione delle partecipazioni azionarie e la diversità tipologica. Ciò rende difficile ed onerosa la valutazione del sussistere dei requisiti per la relativa autorizzazione.

Di recente una sentenza del TAR, a prescindere dalla questione di merito, è intervenuta sui divieti di partecipazioni azionarie contenute nell'art. 8 del Regolamento rilevando che " il comma 4 dell'art. 7 del d.p.r. n.34/2000... non preclude astrattamente la possibilità per coloro che siano soci di una società operante nel settore dei lavori pubblici di essere soci anche di una SOA, atteso che una presunta incompatibilità in tal senso deve essere valutata e rigorosamente motivata in relazione alla peculiarità e caratteristiche del caso concreto per cui ne consegue... che la mera titolarità in capo ad un socio minoritario di una soa di una partecipazione largamente minoritaria al capitale di una società di costruzioni non può determinare di per sé, in assenza di ulteriori e concreti elementi in grado di dimostrare un intreccio sostanziale di interessi tali da condizionare l'indipendenza e l'autonomia operativa della SOA, la contestata incompatibilità".

L'esperienza maturata ha evidenziato che il formale garantismo rischia di pregiudicare un funzionale esercizio della vigilanza tesa a garantire l'efficienza e l'efficacia del sistema di qualificazione e che occorre, pertanto, un generale ripensamento dell'attività di valutazione per l'esercizio del controllo sulle partecipazioni azionarie e della documentazione necessaria per la procedibilità dell'istanza.

L'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici ha, infatti, un ruolo di garante dell'efficienza e corretto funzionamento del mercato e, quindi, del sistema di qualificazione avendo l'art. 14 del D.P.R. n. 34/2000 assegnato all'Autorità penetranti poteri di vigilanza e controllo sulle SOA prevedendo, a tal fine, la possibilità per la stessa di richiedere qualsiasi documento ritenuto utile per l'esercizio del potere di vigilanza.

Il Consiglio dell'Autorità ha ritenuto quindi opportuno un approfondimento sulle metodologie e i criteri operativi utilizzati per l'esercizio della attività di vigilanza sulle partecipazioni azionarie e sugli strumenti istruttori necessari per garantire che il controllo degli azionisti sulla S.O.A. partecipata sia coerente con il rispetto del principio di indipendenza e di imparzialità e di non discriminazione.

L'approfondimento ha evidenziato la necessità di adeguare i criteri e le metodologie per l'esercizio dell'attività di valutazione di cui all'art. 8, comma 5 del D.P.R. n. 34/2000 al fine di verificare che la compravendita di azioni non influisca sulla correttezza della gestione della SOA o non comprometta il requisito dell'indipendenza.

Sul punto si è registrata, a seguito delle prime richieste effettuate in tal senso, una tendenziale disponibilità da parte delle SOA.

Sulla base delle suesposte considerazioni, il Consiglio dell'Autorità nella seduta del 24 giugno 2009, al fine di agevolare lo svolgimento del procedimento per il rilascio del nulla osta alle partecipazioni azionarie di cui all'art. 8 del D.P.R. n. 34/2000 e garantire l'uniformità e la trasparenza delle procedure e della relativa documentazione, ha definito con il presente atto la documentazione che deve essere allegata all'istanza.

Si precisa che, in mancanza di uno o più documenti o di una o più dichiarazioni, l'Autorità dichiarerà improcedibile il procedimento con conseguente necessità di ripresentare una nuova istanza.

Parimenti l'Autorità dichiarerà improcedibile il procedimento nell'ipotesi di documenti non sottoscritti o sottoscritti da parte di chi non ha la qualità di legale rappresentante.

Soltanto nel caso in cui i documenti e le dichiarazioni allegati all'istanza presentino irregolarità esclusivamente di tipo formale sanabili, l'Autorità provvederà a richiedere la loro regolarizzazione e dunque detta richiesta determinerà la sospensione del decorso del termine per la conclusione del procedimento sino all'avvenuta ricezione della documentazione regolarizzata.

L'istanza del soggetto che intende acquisire e l'istanza del soggetto che intende cedere una partecipazione azionaria devono essere inviate congiuntamente all'Autorità dalla Soa sia nel caso di nuovi soggetti sia nel caso di soci già presenti nella compagine azionaria della Soa.

Chi intende acquisire la partecipazione azionaria deve produrre insieme all'istanza:

- il CV aggiornato dal quale si evincano, oltre ai dati anagrafici e di stato civile, la situazione occupazionale e le esperienze lavorative [\[1\]](#);
- stato di famiglia [\[2\]](#);
- dichiarazione sostitutiva (o dichiarazione dei redditi degli ultimi tre anni) resa ai sensi dell'art. 47 del DPR 445/2000, che attesti la capacità reddituale e patrimoniale per il sostentamento dell'investimento;
- dichiarazione sostitutiva, ai sensi dell'art. 47 del DPR 445/2000, che attesti che non è pendente un procedimento per l'applicazione di una delle misure di prevenzione di cui all'articolo 3 della legge 27 dicembre 1956, n.1423 o non sussista una delle cause ostative di cui all'art. 10 della legge n. 575/1965;
- dichiarazione sostitutiva, ai sensi dell' art. 47 del DPR 445/2000, che attesti il prezzo di acquisto delle quote azionarie, comprensivo degli eventuali premi di maggioranza e/o diritti speciali e ogni altro onere di qualsiasi tipo ad esse connesso: subentro in garanzie, fideiussioni, prestiti da soci in essere o deliberati, anticipazioni, apporti in natura. La dichiarazione dovrà relazionare le eventuali modifiche che l'ingresso come azionista potrà

comportare alla composizione del Consiglio di amministrazione e degli altri organi societari, nonché alla Governance della SOA stessa;

- dichiarazione sostitutiva, ai sensi dell'art. 47 del DPR 445/2000, che attesti l'inesistenza di situazioni che possono pregiudicare il rispetto del principio di indipendenza di giudizio e l'assenza di qualunque interesse commerciale o finanziario che possa determinare comportamenti non imparziali o discriminatori;
- dichiarazione sostitutiva, ai sensi dell' art. 47 del DPR 445/2000, che attesti il rispetto delle condizioni previste dall'art. 8, comma 4, del D.P.R. 34/2000;

Chi intende cedere la partecipazione azionaria deve allegare alla relativa istanza:

- la descrizione delle azioni cedute, la natura delle stesse e l'elenco degli eventuali specifici poteri societari e/o opzioni ad esse connessi, il prezzo di vendita e le modalità ed i tempi di pagamento. Dovrà inoltre dichiarare, ai sensi dell' art. 47 del DPR 445/2000, gli eventuali rapporti intercorrenti con il cessionario;

La SOA deve allegare alle istanze:

- una relazione che comprovi che non sussistono ragioni che configurino che l'operazione societaria possa implicare la presenza di interessi idonei ad influire sul requisito della indipendenza per l'operato della SOA;
- una relazione in merito alle conseguenze della operazione societaria in termini di stabilità, sostenibilità, sistema di Governance ed efficienza gestionale della SOA. In allegato alla relazione dovrà essere fornita evidenza del controllo effettuato dalla SOA, anche attraverso una visura camerale aggiornata, da cui risultino, in relazione al potenziale nuovo socio:
 - tutte le attività e gli incarichi ricoperti dal cessionario in enti, associazioni e società;
 - tutte le partecipazioni detenute dal cessionario, direttamente o indirettamente, nel capitale di enti, associazioni e società;
 - in relazione a ciascuna eventuale partecipazione anche indiretta la SOA dovrà dimostrare in modo adeguato ed oggettivo, con particolare riferimento all'oggetto sociale di ogni ente, i motivi per cui gli stessi non contrastino con i principi di indipendenza, di imparzialità e non discriminazione, anche tenendo conto di situazioni di controllo e/o di collegamento con altri enti;
- la SOA dovrà inoltre fornire il Piano triennale vigente (ove esistente) o altro documento programmatico analogo, evidenziando le eventuali conseguenze su di esso che gli amministratori della SOA prevedono nel caso di nulla osta alla prospettata compravendita. In relazione alle eventuali modifiche dello stesso la SOA dovrà dimostrare come esse non inficino la indipendenza e la sostenibilità economica e finanziaria e la non discriminazione del suo operato.

La documentazione suindicata non pregiudica la possibilità per questa Autorità di chiedere ulteriori integrazioni o chiarimenti in ragione di specifiche esigenze inerenti l'istruttoria.

Il Presidente:

Deposito presso la Segreteria del Consiglio in data 30.06.09

Il Segretario: Maria Esposito

[1] Esclusivamente per le persone fisiche

[2] Esclusivamente per le persone fisiche