

Alla ANCPL

AG-32/09

19 novembre 2009

Oggetto: Finanza di progetto – cessione di quote della società di progetto

In esito a quanto richiesto con nota del 22 settembre 2009, si comunica che il Consiglio dell'Autorità nell'adunanza del 18-19 novembre 2009 ha approvato le seguenti considerazioni.

Gli aggiudicatari di una concessione per la realizzazione e/o gestione di una infrastruttura o di un servizio di pubblica utilità o di una gara di finanza di progetto, possono (o devono, nel caso in cui il bando ne preveda l'obbligo) costituire una società di progetto, in forma di società a responsabilità limitata o di società per azioni, che abbia ad oggetto sociale esclusivo la realizzazione e la gestione dell'opera.

Si tratta di un istituto di origine anglosassone (dove assume la denominazione di "società veicolo di scopo") che si caratterizza per essere un soggetto creato *ad hoc* che si sostituisce agli originari aggiudicatari della procedura di affidamento (" *La società così costituita diventa la concessionaria subentrando nel rapporto di concessione all'aggiudicatario senza necessità di approvazione o autorizzazione* " art. 156, comma 1), dando luogo ad una novazione soggettiva *ex lege*, e che procede alla realizzazione e alla gestione dell'opera pubblica consentendo di mantenere separata l'operazione finanziaria dalla responsabilità patrimoniale dei singoli aggiudicatari.

Ai sensi dell'art. 156, comma 2, del D.Lgs. n. 163/2006, la società di progetto può provvedere all'esecuzione dei lavori e alla prestazione dei servizi tramite i propri soci (purché in possesso dei requisiti stabiliti dalla vigente normativa) nei confronti dei quali procede ad un affidamento diretto dovendosi ritenere che l'esecuzione e la prestazione da parte di questi equivalga all'esecuzione e alla prestazione in proprio da parte della società.

Nonostante il richiamo ai tipi legali della società per azioni e della società a responsabilità limitata, il legislatore riserva alla società di progetto una disciplina speciale in materia di cessione delle quote societarie.

Come premesso, infatti, l'art. 156, comma 3, dopo avere disposto che il contratto di concessione stabilisce le modalità per l'eventuale cessione delle quote della società, prevede che, comunque, i soci che hanno concorso a formare i requisiti per la qualificazione (i c.d. soci qualificanti) sono tenuti a partecipare alla società ed a garantire il buon adempimento degli obblighi del concessionario sino alla data di emissione del certificato di collaudo e fa salva la possibilità che, in qualsiasi momento, facciano il proprio ingresso nel capitale della società di progetto o smobilizzino le proprie partecipazioni le banche e gli altri investitori istituzionali che non hanno concorso a formare i requisiti per la qualificazione.

A fronte del generale principio di libera circolazione di beni e servizi e segnatamente di libera circolazione dei diritti rappresentativi della partecipazione al capitale di società, è importante stabilire quali sono i limiti che il legislatore ha effettivamente inteso porre alla cedibilità delle quote della società di progetto.

La citata disposizione, così come formulata, lascia infatti spazio a dubbi interpretativi sui quali, in mancanza di pronunce giurisprudenziali, la dottrina si è confrontata pervenendo anche a posizioni divergenti.

Un primo aspetto critico riguarda l'individuazione delle categorie di soci a cui è consentita la libera cessione delle proprie quote, anche prima dell'emissione del certificato di collaudo. A fronte dell'esplicita limitazione nei confronti dei soci che hanno concorso a formare i requisiti per la qualificazione, ci si domanda infatti se tutti gli altri soci possano invece cederle liberamente, salvo esplicito divieto previsto dal contratto.

Il legislatore ha espressamente previsto che le banche e gli altri investitori istituzionali (che non hanno concorso a formare i requisiti) possano esercitare tale facoltà in qualsiasi momento, con l'evidente intento di non ostacolare quello che potrebbe rappresentare un grave problema per il concessionario, ovvero il reperimento di *partners* finanziari.

Non vengono invece menzionati i soci minoritari, ovvero quelli che pur avendo partecipato alla gara, non hanno concorso a formare i requisiti perché in consorzio o associazione con soggetti già in possesso degli stessi (art. 153, comma 8, D.Lgs. n. 163/2006).

Larga parte della dottrina ritiene che, in assenza di un esplicito divieto del legislatore, ai soci minoritari (o non qualificanti) debba esser riconosciuta la facoltà di cedere in tutto o in parte le proprie quote associative in qualsiasi momento, salva diversa previsione contrattuale.

Una simile posizione è condivisibile poiché, fatta salva l'esigenza del legislatore di garantire la stabilità e la qualificata professionalità del *project* blindando la presenza dei soci che hanno fornito i

requisiti per tutta la durata dell'esecuzione dei lavori, il principio della libera circolazione delle quote societarie dovrebbe consentire tale facoltà ai soci non qualificanti, a meno che, data la libertà negoziale riconosciuta dal legislatore sul punto (*" Il contratto di concessione stabilisce le modalità per l'eventuale cessione delle quote della società di progetto "*), il contratto di concessione non la escluda.

Un secondo punto controverso è quello della portata dell'obbligo dei soci qualificanti di mantenere la propria partecipazione, non essendo chiaro se tale obbligo escluda *in toto* la possibilità di cessione delle partecipazioni ovvero se le stesse possano essere, almeno in parte, cedute a terzi.

Tale ambiguità è stata colta anche dall'Autorità nella deliberazione n.4 del 17 gennaio 2007, dove è stato rilevato che la norma impone ai soci che hanno concorso alla qualificazione l'obbligo di partecipare alla società di progetto fino all'emissione del certificato di collaudo e che, pertanto, *" si può solo eventualmente ragionare se tale obbligo debba intendersi nel senso di mantenere intatta ed invariata la quota di partecipazione dei soci de quibus alla società di progetto o se detto obbligo possa ritenersi soddisfatto anche con una riduzione della partecipazione stessa"* (non potendosi invece dubitare che l'obbligo debba ritenersi violato quando i suddetti soci cedano l'intera propria quota di partecipazione).

Parte della dottrina, partendo dal presupposto che una deroga al principio di circolazione dei titoli rappresentativi di partecipazione al capitale sociale sarebbe ammissibile solo se risultasse da una espressa ed inequivoca disposizione e che, nel caso di specie, una norma di tale tenore manca, ritiene che i soci qualificanti possano cedere parte della propria quota prima del collaudo a condizione che mantengano una partecipazione, anche minima, al capitale.

Altra parte della dottrina (probabilmente prevalente e, ad avviso dello scrivente Ufficio, condivisibile) ritiene, al contrario, che il vincolo di incedibilità della quota dei soci qualificanti sia assoluto. Tale posizione poggia sulla considerazione che la *ratio* della disposizione (ovvero quella di garantire una presenza costante ed effettiva delle capacità professionali del concessionario al fine di assicurare il suo impegno costante per la riuscita del progetto) potrebbe risultare frustrata qualora i soci qualificanti mantenessero una partecipazione minima, e quindi puramente simbolica, del capitale potendo in tal caso essere sostituiti da soggetti sprovvisti della professionalità adeguata per realizzare le opere oggetto della concessione. Ritenuto che ciò che preme al legislatore è che l'operazione economica posta a base del bando di gara e del contratto di affidamento venga portata a buon fine proprio da quei soggetti che hanno concorso alla composizione del concessionario aggiudicatario ed i cui requisiti sono stati oggetto di valutazione, si deve ritenere che la deroga alla cedibilità delle quote da parte dei soci qualificanti sia assoluta.

Si potrebbe tuttavia valutare l'ipotesi del socio che, avendo contribuito alla formazione dei requisiti e partecipando ad una determinata quota della società di progetto, risulti affidatario dell'esecuzione di una porzione dei lavori inferiore alla propria quota di partecipazione. Ritenuto che la *ratio* della incedibilità delle quote è quella di garantire la permanenza dei requisiti necessari per la corretta esecuzione di ciascuna lavorazione, in un simile caso, si potrebbe ritenere che il socio possa cedere la propria quota per la parte eccedente la porzione di lavori affidatagli e, quindi, i requisiti da garantire.

Conclusivamente, il regime della cessione delle quote della società di progetto, prima dell'emissione del certificato di collaudo, dovrebbe riassumersi nei termini seguenti:

- i soci qualificanti debbono mantenere integra la propria quota di partecipazione, almeno entro i limiti della porzione di lavori da eseguire e, quindi, dell'ammontare dei corrispondenti requisiti di qualificazione;
- i soci che non hanno concorso a formare i requisiti hanno facoltà di cedere in tutto o in parte la propria quota, salvo che il contratto non lo escluda;
- le banche e gli investitori istituzionali possono cedere la propria partecipazione al capitale o farvi il proprio ingresso, senza che il contratto possa disporre alcunché in senso contrario.

Firmato:

Avv. Giuseppe Busia