

ANAC: quattro modelli a garanzia dell'indipendenza della SOA

14 Maggio 2015

Necessarie le comunicazioni preventive per personale, amministratori e sindaci della SOA, per la quale sono state predisposte le istanze standardizzate di autorizzazione e nulla osta da presentare obbligatoriamente all'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC).

E' quanto contenuto rispettivamente nel Comunicato alle SOA n. 1 del 1 aprile 2015 e negli atti tipo integrativi al Manuale sull'attività di qualificazione per l'esecuzione di lavori pubblici di importo superiore a 150 mila euro (di seguito semplicemente Manuale), pubblicati sul sito istituzionale dell'Autorità lo scorso 2 aprile.

Dopo un primo intervento del novembre scorso (*cf.* news ANCE 17 dicembre 2014), continua così la revisione del Manuale sulla qualificazione SOA, entrato in vigore nell'ottobre 2014 con la pubblicazione in gazzetta ufficiale del relativo provvedimento di adozione da parte dell'Autorità (G.U. n. 251 del 28.10.2014).

L'integrazione al Manuale sulla qualificazione riguarda i seguenti quattro atti tipo:

- istanza di autorizzazione all'esercizio dell'attività di attestazione (mod. A.1);
- istanza di nulla osta alla cessione di azioni di una SOA (mod. B.1);
- istanza di nulla osta all'assunzione di personale (mod. C.1);
- istanza di nulla osta alla nomina di amministratori e sindaci (mod. D.1).

Tali atti si aggiungono alla modulistica presente nel Manuale, prevista qualora, ad es., la SOA debba presentare aumenti di capitale, o le imprese debbano far redigere la perizia giurata per la qualificazione mediante l'utilizzo della cessione di un ramo d'azienda.

Il Manuale si pone, quindi, come riferimento dei modelli di atti tipo, ossia diretti a standardizzare le istanze, le dichiarazioni e la documentazione da chiedere alle SOA - collazionando e rivedendo le diverse comunicazioni, succedutesi negli anni - con l'obiettivo di semplificare e rendere più trasparente delle procedure di autorizzazione della SOA.

Dalla pubblicazione del Comunicato e dei suddetti atti tipo è possibile trarre spunto per un approfondimento sulle SOA, in merito a:

1. requisito dell'indipendenza,
2. personale, amministratori e sindaci,
3. soci e partecipazioni azionarie,
4. acquisizioni dell'organismo SOA.

1. Requisito dell'indipendenza

La prima parte del Manuale è dedicata agli organismi di attestazione (pp. 17-102), in cui sono specificati anche i requisiti generali che le SOA devono possedere ai fini dell'autorizzazione che l'A.N.AC. rilascia per l'esercizio dell'attività di attestazione ai sensi dell'art. 68 del D.P.R. 207/2010.

L'A.N.AC. ha il compito di riscontrare, sulla base della documentazione presentata dalla società richiedente, la sussistenza delle condizioni che garantiscono che questa attività sarà improntata al rispetto del principio di indipendenza di giudizio e in assenza di qualunque pericolo che possa condizionare la valutazione delle imprese (pp. da 17 a 21 e da 33 a 40).

Tutti i documenti necessari per la presentazione dell'istanza all'Autorità sono puntualmente elencati nel modello A.1 dello scorso 2 aprile sopra citato. La quantità e la specificità dei documenti richiesti è proporzionata alla delicatezza delle funzioni pubblicistiche svolte dalla SOA, che a mente del Codice devono essere svolte *«garantendo l'assenza di qualunque interesse commerciale o finanziario che possa determinare comportamenti non imparziali o discriminatori»* (art. 40, comma 3, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163).

Anche in seguito al rilascio dell'autorizzazione, l'A.N.AC. rimane l'unico soggetto referente per la SOA, che deve dimostrare il mantenimento, durante tutto il periodo attività, delle condizioni che hanno consentito il rilascio dell'atto autorizzativo.

Le società organismo di attestazione "SOA", infatti, pur essendo società per azioni di diritto privato, sono soggette ad un controllo costante dell'Autorità che, in sede ispettiva, ne controlla il corretto svolgimento dell'attività, oltre che il permanere dei requisiti generali e speciali, posti a tutela della sua serietà e moralità professionale.

Seguendo un condivisibile ordine logico, il Manuale approfondisce la problematica della dimostrazione dei requisiti delle SOA e le modalità in cui questi devono essere dimostrati, prima ancora di disciplinare la qualificazione delle imprese. La certezza

dell'attestazione consegue, infatti, all'indipendenza di giudizio delle SOA.

La centralità di tale "prerequisito" di indipendenza è ben chiara anche alla Corte di Giustizia europea, laddove ha accertato che anche i minimi tariffari inderogabili, previsti nel Regolamento 207/2010, sono giustificabili nei limiti in cui siano diretti a garantire l'indipendenza delle SOA dai propri clienti (Corte giust. 12 dicembre 2013, causa C-327/12 -IV, 495, che tuttavia esprime perplessità in merito alle modalità di calcolo degli stessi compensi).

La decisione della Corte - così come illustrato nella news ANCE del 31 gennaio 2014 - è basata sulla necessità di derogare ai principi sulla concorrenza, limitando la possibilità di negoziare i prezzi dei servizi di attestazione offerti; ciò al fine di consentire alle SOA di mantenere una certa "distanza" rispetto alle imprese che chiedono di essere ammesse al mercato dei lavori pubblici. Infatti, *«la fissazione di tariffe minime assicura la buona qualità dei servizi ed è coerente con la realizzazione dell'obiettivo della tutela dei destinatari dei servizi stessi»*.

Ancora dubbia, invece, la connessione tra tale requisito di indipendenza e la norma nazionale che vieta alle società di attestazione di avere una sede legale fuori dal territorio italiano, come tutte le altre aziende private.

Al riguardo, i giudici europei dovranno a breve decidere se sostenere, o meno, la tesi del Governo italiano, secondo cui l'eventuale sede all'estero metterebbe a rischio l'indipendenza delle SOA, minando la pubblica sicurezza e l'ordine pubblico (Causa C-593/13). In tal caso, la potenziale minaccia deriverebbe dalla natura delle funzioni esercitate dalle SOA, che le rende soggette a possibili attenzioni della criminalità organizzata.

Tanto premesso, secondo il Governo italiano, se la sede legale delle SOA non si trovasse in territorio italiano, non potrebbe, essere garantita l'efficacia dei controlli, posti a tutela dei destinatari (indiretti o diretti) dei servizi e più generale del mercato degli appalti pubblici.

2. Personale, amministratori e sindaci

Come ben evidenziato nel Manuale (pp. 45 e 46), il personale delle SOA, i soggetti che svolgono funzioni di amministrazione, direzione e controllo nelle stesse nonché tutti i soggetti che svolgono attività in maniera diretta o indiretta in nome e per conto delle SOA devono possedere i requisiti morali previsti dall'art. 64, comma 6 e dimostrarne la loro persistenza in ogni occasione di verifica.

Al personale minimo previsto per l'autorizzazione (pari a 10 unità) si aggiungono, poi, ulteriori requisiti speciali di professionalità, riassumibili sostanzialmente in un titolo di studio specifico ed nell'esperienza di settore.

Nell'elencazione dei requisiti generali, l'articolo 64, comma 6 (lett. d), e), ed f)), riproduce sostanzialmente alcune delle cause ostative alla partecipazione dalle gare presenti nel Codice dei contratti (art. 38, comma 1, lett. b), c) ed f)), cui si sommano: una maggiore severità sui reati finanziari, le false dichiarazioni/documentazioni in merito alle informazioni richieste, la presenza di situazioni idonee a pregiudicare il requisito dell'indipendenza e l'utilizzo per le attestazioni con dolo o colpa grave di documentazione dell'impresa non veritiera.

L'accertamento, da parte dell'Autorità del venire meno o della mancanza dei suddetti requisiti, determina in 15 giorni «*la decadenza dalla carica per i soggetti che svolgono funzioni di amministrazione, direzione e controllo nelle SOA*» a mezzo di dichiarazione degli organi sociali delle SOA (art. 67, comma 3 del Regolamento).

Pertanto, a mente dell'ultimo comunicato A.N.AC. del 1° aprile u.s., ove le SOA intendano nominare un nuovo amministratore o sindaco, queste dovranno trasmettere all'Autorità una comunicazione preventiva, allegando tutti i documenti necessari a dimostrare, in capo al candidato, il possesso dei requisiti morali e di indipendenza richiesti dal Regolamento (artt. 64, commi 4 e 6 e art. 67 comma 2 del Regolamento).

Anche l'assunzione di personale, da parte della SOA, è preventivamente comunicata all'Autorità, cui è delegato il compito di verificare la sussistenza per questi soggetti dei requisiti di legge.

La stessa Autorità emette per personale da assumere (così come per amministratori e sindaci) un provvedimento espresso, entro il termine di 60 giorni dal ricevimento della comunicazione (Comunicato n. 3 del 4 dicembre 2014 e artt. 64, commi 4 e 6, 67, comma 2 e 68, comma 2 del Regolamento). Decorso il termine senza che vi sia alcun provvedimento, il silenzio dell'A.N.AC. deve essere inteso come un provvedimento di accertamento positivo.

Qualora, invece, vengano meno i requisiti in capo al personale già assunto, la SOA avvia le procedure per la risoluzione del rapporto di lavoro subordinato, informandone entro 15 giorni l'Autorità (art. 67, comma 4 del Regolamento).

La successiva cessazione del rapporto di lavoro, se si tratta di personale, o

dell'incarico, se si tratta di soggetti con funzioni di amministrazione, direzione e controllo, è comunicata all'Autorità sempre entro 15 giorni.

Con la disciplina sopra ricostruita, riconducibile ai modelli di istanza C.1 e D.1 del 2 aprile scorso sopra riportati, l'Autorità sembrerebbe voler creare un sistema di controlli preliminari sui soggetti legati alle SOA. L'obiettivo sotteso è di intervenire, prima che questi soggetti possano incidere negativamente sull'attività della SOA e, quindi, sull'indipendenza della stessa.

Sotto un diverso profilo, tale controllo si innesta in un articolato sistema di accertamenti che interessano la società SOA, la quale si attiva eseguendo, a supporto dell'Autorità, controlli prodici sulla propria composizione e struttura organizzativa.

L'obbligo di controlli periodici è previsto nel Regolamento anche sulle imprese attestate che sono tenute ad adempiere, alle eventuali richieste della SOA, in un termine che non può essere superiore a 30 giorni (art. 70, comma, lett. *f*) del Regolamento). Giova al riguardo precisare che, come specificato nel Manuale (pp. 421 e 424), tale obbligo è rafforzato dalla possibilità l'Autorità di sanzionare l'impresa reticente o mendace, una volta valutata la corretta formulazione della richiesta di informazioni da parte della SOA (art. 74, commi da 1 a 4, su cui si fa riserva di futuro approfondimento).

Tornando al controllo "interno" effettuato dalle SOA, il Manuale (pp. da 42 a 48) prevede che personale, amministratori, soci e sindaci debbano adempiere a specifici obblighi di informazione, al fine di consentire alle stesse SOA e all'Autorità il controllo sul rispetto del principio d'indipendenza ed assenza di interessi esterni nonché sul mantenimento dei requisiti morali.

In particolare, le prime tre categorie di soggetti (personale, amministratori, soci) devono, trasmettere alla SOA una dichiarazione sostitutiva di atto notorio ai sensi dell'art. 47 del D.P.R. 445/2000 (e quindi sotto la propria responsabilità penale) in cui attestino il possesso dei requisiti di moralità e indipendenza di giudizio, specificando altresì in un distinto documento il proprio stato civile, le generalità di ogni singolo componente il "nucleo di famiglia storico" (fino al secondo grado) e il "nucleo familiare attuale", riportando anche i soggetti conviventi. Ai sindaci spetta unicamente prestare la dichiarazione sull'indipendenza di giudizio, oltre che il documento che rappresenta la situazione familiare.

La redazione di quest'ultimo documento, che tuttavia potrebbe presentare il fianco ad alcune criticità non solo perché nel caso in cui uno dei soci della SOA sia

persona giuridica, le suddette dichiarazioni dovranno essere prodotte da tutti gli amministratori, indipendentemente da una valutazione della loro influenza sulla *governance* della SOA, ma anche per un'implicita contraddittorietà con le prescrizioni del Decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, il codice sulla privacy.

Gli elementi di incompatibilità con la disciplina della privacy potrebbero emergere laddove gli stessi soggetti si rifiutino di trasmettere ad un soggetto privato (come è e rimane la società SOA), un documento da cui potrebbero emergere peculiari aspetti della vita propria privata, riconducibili a "dati sensibili" dell'interessato.

Infatti, indipendentemente dalla rilevanza in concreto delle situazioni auto dichiarate, la mancanza del relativo documento incide sempre sul completamento dell'attività di controllo da parte della SOA e, di conseguenza, dell'Autorità; ciò in ragione di un obbligo del tutto unico nel panorama giuridico italiano, anche rispetto a quelli posti a carico della pubblica amministrazione.

Raccolta la documentazione sopra evidenziata, la SOA verifica che non sia venuto in essere un mutamento nei requisiti dei soggetti rilevanti dal quale possa nascere un pericolo per l'attività svolta, anche mediante accesso al certificato integrale del Casellario giudiziale ed alla documentazione fornita delle Camere di commercio.

In caso di esito positivo dei riscontri, la SOA invia all'Autorità una relazione basata sui riscontri semestrali effettuati (il 15 aprile e il 15 ottobre di ogni anno) nonché la relativa documentazione, attestante l'organigramma aggiornato, il DURC, la regolarità fiscale dell'Agenzia delle entrate, nonché l'inesistenza di situazioni che possono pregiudicare l'attività di attestazione.

In caso di esito negativo, la SOA dovrà, altresì, relazionare in modo dettagliato e puntuale circa le eventuali criticità riscontrate.

3. Soci e partecipazioni azionarie

Il rispetto del requisito di indipendenza della SOA ha imposto all'Autorità la fissazione nel Manuale di una disciplina particolareggiata per i soci e, più in generale, per le partecipazioni azionarie (pp. da 21 a 32 e da 49 a 90).

Infatti, il Regolamento attribuisce all'Autorità il potere di valutare caso per caso il passaggio di quote dell'organismo di attestazione, al fine di autorizzare l'acquisto delle azioni di una SOA, laddove non siano presenti ostacoli alla partecipazione azionaria per soggetti ritenuti a priori, o secondo un giudizio di merito,

incompatibili con l'attività di attestazione (art. 66, commi 1, 2,4 e 6).

Nell'istanza di richiesta di rilascio di nulla osta al trasferimento di azioni del socio della SOA, ai sensi dell'art. 66, commi 3 e 4 del D.P.R. 207/2010, di cui al modello B.1 dello scorso 2 aprile sopra riportato, sono elencati tutti i documenti da allegare a supporto della possibile mutazione della partecipazione al capitale sociale della SOA.

Tra la documentazione è presente una relazione in merito alle conseguenze dell'operazione societaria in termini di stabilità, sostenibilità, sistema di *governance* ed efficienza gestionale della SOA. E' in tale relazione che deve essere affrontata dalla SOA richiedente l'eventuale problematica messa in luce dalla Corte Costituzionale, al fine di escludere che il sopravvenuto collegamento tra soggetti giuridicamente distinti possa essere sia lesivo della corretta attività di attestazione (sentenza n. 94 del 20/05/2013).

Secondo la Corte sussiste a carico di alcuni soggetti (esplicitati o meno nel Regolamento) il divieto di possedere o acquisire una quota, anche minoritaria, del capitale sociale di una SOA, perché possono mettere a rischio l'autonomia ed indipendenza di giudizio della stessa, ossia le caratteristiche che sono poste a supporto della «*necessità di tutelare l'interesse generale alla corretta ed efficiente allocazione delle risorse destinate all'esecuzione di opere pubbliche*».

Sotto un diverso profilo, l'esigenza di garantire gli assetti concorrenziali dei mercati richiede l'eliminazione per le SOA di ogni possibile contesto o pratica facilitante la collusione o anche la semplice confusione di interessi.

E', pertanto, necessario evitare la partecipazione azionaria di una società, operante in un mercato in una diversa società attiva in un mercato contiguo o a valle, poiché tale partecipazione può favorire quello scambio di informazioni tra operatori che si trova spesso «*alla base di condotte anticoncorrenziali in funzione della fonte, del tasso di elaborazione, del vantaggio per gli operatori e per gli utenti e che pertanto può di per sé costituire un cartello illecito, per il suo oggetto o per i suoi effetti*».

Tale possibilità non sussiste invece qualora, come da Regolamento, sia associazioni di categoria a detenere azioni di una SOA (art. 66, comma 2), seppure in questo caso sono presenti alcune limitazioni in ragione della misura e delle condizioni cui sono soggette le partecipazioni di soggetti rappresentanti interessi collettivi.

Anzitutto, il Manuale evidenzia che tale possibilità non sussiste per tutte le associazioni, perché sussiste un divieto di partecipazione al capitale azionario delle SOA per le associazioni nazionali delle imprese non sottoscrittrici di «*contratti collettivi nazionali di lavoro per i dipendenti delle imprese edili ed affini o di comparto*» (p. 27).

Una volta accertato tale requisito, può essere ammessa la partecipazione della stessa associazione nazionale anche a più società di qualificazione, laddove sia rispettato in ognuna di esse il limite massimo di partecipazione del 10%. Sia che si tratti di una singola o di più associazioni nazionali, tale limite è comunque inderogabile, configurandosi come misura complessiva entro la quale è ammessa la rappresentanza all'interno della SOA di interessi collettivi.

Un'ipotesi particolare è, infine, rappresentata dal caso in cui le associazioni in parola, pur mantenendosi entro i limiti suddetti, si raffrontino in un contesto azionario frammentato di partecipazioni, tanto da esigere una particolare attenzione dell'Autorità; ciò al fine di poter in concreto garantire il rispetto dei principi fondanti di indipendenza, di imparzialità e di non discriminazione.

Più in generale nel Manuale è chiarito su quali soggetti debbano eseguirsi i dovuti controlli dovuti per i soci.

Infatti, in assenza di specifiche indicazioni normative, è specificato che la verifica di idoneità degli stessi soci debba riguardare sia persona giuridica che la persona fisica, inclusi l'eventuale coniuge, convivente, madre, padre, etc. di quest'ultima e fermo restando il potere dell'Autorità, di estendere l'ambito soggettivo della verifica ad ulteriori soggetti, rispetto ai quali l'accertamento venga ritenuto imprescindibile ai fini di una completa valutazione.

Sotto questo aspetto, sempre nel Manuale, è dedicato ampio spazio ai concetti di "socio indiretto" delle azioni delle SOA e di "acquisto indiretto", ciò in ragione del pericolo anche astratto di conflitti di interessi, che potrebbero essere sufficienti a sorreggere l'eventuale esclusione di partecipazioni societarie potenzialmente inquinanti.

Ne consegue che, laddove una SOA si trovi in una delle situazioni di controllo di diritto, di fatto, indiretto, non saranno sufficienti per l'Autorità le ordinarie verifiche sui soci della SOA, ivi comprese le società socie, ma saranno indispensabili anche verifiche sui soci della società che controlla la SOA direttamente o indirettamente, nonché sugli amministratori di quest'ultima.

Del resto, se così non fosse, secondo l'Autorità si fornirebbe agli operatori un facile strumento di elusione della normativa sull'indipendenza, potendo la stessa facilmente aggirarsi, proprio per il tramite della disciplina sui gruppi societari (artt. 2359 e seguenti c.c.).

Infatti, come sottolinea il Manuale, l'aspetto del collegamento sostanziale tra terzi e la SOA, anche al di fuori della stretta riconducibilità a fattispecie di controllo, è «*un tipico elemento che può compromettere il requisito di indipendenza di giudizio, integrando una situazione di intreccio di interessi e di poteri tale da determinare la perdita della neutralità, implicando l'interferenza, se non l'ingerenza, nell'attività societaria dei soggetti terzi o anche, solo, dei loro fini (Cons. St., 9 settembre 2008, n. 4299)*».

Per tale ragione e considerato l'ampio spettro dei fenomeni potenzialmente distorsivi (controllo indiretto di diritto, di fatto, interposizione fittizia e reale), non solo l'Autorità nel compimento delle proprie verifiche dovrà procedere ai dovuti accertamenti, ma anche la SOA non potrà essere da meno nell'osservanza degli obblighi periodici di controllo e comunicazione.

4. Acquisizioni dell'organismo SOA

Nel Manuale è specificato che non sono ammissibili investimenti delle SOA in azioni di altre società commerciali, poiché aggiungendo all'attività di attestazione un'ulteriore attività di natura finanziaria, verrebbe meno il presupposto dell'esclusività dell'oggetto richiesto dall'articolo 64, comma 3 del Regolamento (pp. 91- 99).

Le limitazioni alle partecipazioni azionarie, poste al fine di assicurare l'indipendenza e l'imparzialità delle società di certificazione e delle SOA, non sussistono laddove le operazioni societarie abbiano ad oggetto un'altra SOA, poiché qualsiasi SOA può essere ceduta ad altra (anche solamente con riferimento al ramo) oppure può fondersi per incorporazione.

In ogni caso, tali operazioni riguardano solo indirettamente le imprese, poiché le attestazioni rilasciate dalla SOA cedente restano valide a tutti gli effetti e continuano a mantenere la stessa efficacia e durata, ai sensi dell'art. 73, comma 7 del Regolamento, salvo passare al vaglio dei controlli sulla loro "attualità", ossia sulla permanenza dei relativi requisiti.

Ai fini dell'assunzione di responsabilità sia nei confronti dei terzi sia nei confronti dell'Autorità stessa delle qualificazioni, la SOA cessionaria deve, infatti, controllare i singoli certificati, prima di sostituire le attestazioni della SOA cedente con altri attestati a propria firma, con *«l'obbligo di dichiarare la decadenza dell'attestazione di qualificazione qualora accertino che la stessa sia stata rilasciata in carenza dei requisiti prescritti dal Regolamento, ovvero che sia venuto meno il possesso dei predetti requisiti»* (art. 40, comma 9 del Codice).

Tali controlli sono solitamente oggetto di precise istruzioni che l'Autorità predispone per il caso specifico e dalla cui condivisione dipende l'assenso (nulla osta) della stessa Autorità all'operazione societaria tra SOA.

20515-Indipendenza SOA comunicato 1-2015.pdf [Apri](#)

20515-ModelloD Istanza Nulla Osta Amministratori.pdf [Apri](#)

20515-ModelloC Istanza Nulla Osta Assunzione personale.pdf [Apri](#)

20515-ModelloB SOA Istanza Nulla Osta Cessione Azioni.pdf [Apri](#)

20515-ModelloA Istanza Nulla Osta Attività Attestazione.pdf [Apri](#)