Prefettura - Ufficio territoriale del Governo di Lecco

Area 2 – Raccordo con gli Enti Locali e Consultazioni Elettorali

Lecco, data del protocollo

Ai Sigg.ri Consiglieri Comunali:
Aldo Dal Lago
Salvatore Krassowski
Cesare Panzeri
Giovanni Dego

E, p. c.: Al Sig. Presidente dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

Ai Sigg.ri Sindaci dei Comuni di:
COLLE BRIANZA
CERNUSCO LOMBARDONE
OGGIONO
COLICO

Al Sig. Presidente di Silea S.p.A.

Oggetto: Diritto di accesso e controllo analogo – Esposto.

Si fa riferimento alla nota del 2 marzo u.s., con la quale le SS. LL., nella loro rispettiva qualità di Consiglieri Comunali dei Comuni di Colle Brianza, Cernusco Lombardone, Oggiono e Colico, hanno lamentato scarsa trasparenza da parte di Silea S.p.A. in occasione della convocazione dell'Assemblea di Coordinamento Intercomunale prevista per il 4 marzo u.s., avente come primo punto all'ordine del giorno "Partenariato pubblico-privato per l'affidamento della concessione di costruzione e gestione di una centrale e una rete di teleriscaldamento nei comuni di Valmadrera, Malgrate e Lecco. Atto di indirizzo nell'esercizio del controllo analogo".

In particolare, viene contestato che la partecipazione limitata ai soli Sindaci o a un loro delegato all'Assemblea della predetta Società, con obbligo di non divulgare la documentazione messa a disposizione, comprimerebbe l'esercizio del controllo analogo cui è finalizzata quella convocazione.

Per consentire a questa Prefettura di acquisire un più compiuto quadro conoscitivo della problematica, sono stati forniti da parte di Silea S.p.A., con nota del 9 marzo u.s., alcuni elementi informativi e successivamente sono stati effettuati opportuni approfondimenti nel corso di un incontro, in videoconferenza, cui hanno partecipato, in data odierna, i Sindaci dei Comuni di Lecco e di Valmadrera, il Presidente ed il Direttore della Società partecipata, assistiti dal legale della predetta Società.

In particolare, sono emerse alcune precisazioni che qui si ritiene utile evidenziare.

La procedura di partenariato pubblico-privato per l'affidamento della concessione di costruzione e gestione di una centrale e una rete di teleriscaldamento nei Comuni di Valmadrera, Malgrate e Lecco, espletata a seguito di due atti di indirizzo assunti nel 2017 dall'Assemblea Intercomunale dei soci, è giunta alla fase dell'approvazione dell'unico progetto definitivo presentato dalla Società Varese Risorse.

Prefettura Lecco - AREA II - Prot. Uscita N.0012225 del 15/03/2021

Il CdA di Silea, avvalendosi della facoltà prevista dall'art. 95, comma 12, del Decreto Legislativo n. 50/2016, prima di procedere all'aggiudicazione, ha effettuato un'analisi sia sulla convenienza economica sia sull'adeguatezza tecnica della proposta, congiuntamente al comitato ristretto dei Sindaci.

Successivamente ha formulato una serie di condizioni da richiedere a Varese Risorse, sia sul piano tecnico che economico, alle quali ha ritenuto opportuno subordinare l'assegnazione della concessione.

L'Assemblea Intercomunale, convocata proprio perché si esprima, nell'esercizio del controllo analogo, dando un preciso indirizzo al Consiglio di Amministrazione, si colloca, quindi, in una fase in cui non è ancora intervenuta l'aggiudicazione a Varese Risorse.

Con riferimento, poi, al tema del controllo analogo è stato evidenziato che, al di là dei casi espressamente previsti dagli art. 5 e 7 del Testo Unico in materia di Società a partecipazione pubblica, (per es. costituzione, liquidazione di società) e di decisioni di principio circa il modulo organizzativo da adottare (costituzione in SpA o concessione, ecc.., come previsto dall'art. 42 del TUEL), è facoltà del Sindaco investire il Consiglio Comunale su singole questioni che riguardano la propria partecipata, ma è la predetta Autorità, in quanto rappresentante dell'Ente Locale, ad esercitare il controllo analogo. E' stato, infine, sottolineato che, come disposto dall'art. 7 della convenzione che disciplina il funzionamento degli organismi del Comitato Ristretto e dell'Assemblea Intercomunale di Silea, il controllo analogo può essere esercitato singolarmente dai Comuni, in maniera piena ed esclusiva, solo per i servizi resi sul territorio comunale.

In questo quadro di contesto, Silea ha precisato di aver attuato varie iniziative per favorire il corretto esercizio del controllo analogo, tra le quali la presentazione dei principali contenuti del progetto nelle Commissioni Consiliari (allargate a tutti i Consiglieri) dei tre Comuni concedenti, interessati all'opera e la condivisione con tutti i Sindaci, componenti dell'Assemblea, dei principali elementi del progetto presentato da Varese Risorse, a fronte di una dichiarazione di impegno di riservatezza.

Al riguardo, nel corso dell'incontro è emerso che Silea si è attivata al fine di garantire ai rappresentanti dei Comuni in seno all'Assemblea la possibilità di acquisire gli elementi necessari per assumere l'atto di indirizzo proposto, chiedendo il nulla osta alla diffusione dei principali elementi del progetto a Varese Risorse che ha consentito un assenso limitato ai ristretti confini dell'esercizio del controllo analogo, tenuto conto che il project in parola non è stato ancora aggiudicato.

Come noto, infatti, l'art. 53, comma 2, lett. c) del D. Lgs n. 50/2016 (Codice dei Contratti Pubblici), prevede che il diritto di accesso è differito, in relazione alle offerte, fino all'aggiudicazione. Sino ad allora, gli atti non possono essere comunicati a terzi o resi in qualsiasi altro modo noti.

In tal senso si è espressa anche l'ANAC la quale, con l'unito parere n. 317 del 2017, ha affermato che – in ragione della tutela del regolare esercizio dell'azione amministrativa nonché del principio di segretezza delle offerte, che a sua volta tutela il principio di libera concorrenza nel mercato delle gare pubbliche – sussiste un rapporto di specialità della normativa che regola il diritto di accesso agli atti di gara rispetto a quello previsto dall'art. 43 del D. Lgs 267/2000, a favore dei consiglieri comunali.

Anche il Consiglio di Stato, con l'unita sentenza n. 5032/2020, indirettamente conferma il pronunciamento di ANAC laddove ammette al consigliere comunale l'accesso agli atti di una proposta di project, solo in quanto gli stessi si collocano nella fase antecedente la gara e, pertanto, in tal caso, il regime dell'art. 53 del D. Lgs. n. 50/2016 non risulta applicabile.

Nella situazione prospettata dalle SS.LL., si deve ritenere, in linea con il parere espresso dall'ANAC, che l'esercizio dell'ampio e rafforzato diritto di accesso da parte del consigliere comunale trovi una limitazione di fronte all'obbligo normativamente imposto alla stazione appaltante di differire l'accesso con riguardo agli atti di una procedura di gara non ancora aggiudicata.

In tale contesto, Silea S.p.A. ha rimarcato la propria responsabilità, in qualità di stazione appaltante e sub concedente, evidenziando il rischio di contenzioso, con conseguente richiesta danni che, in caso di mancata aggiudicazione del project, potrebbe scaturire dalla diffusione non controllata degli elementi economici e tecnici contenuti nella proposta di Varese Risorse.

Resta comunque impregiudicata la facoltà del Sindaco di investire il Consiglio comunale sulle questioni che riguardano la Società partecipata, pur con i limiti che scaturiscono dalle disposizioni normative sopra richiamate in materia di Contratti Pubblici e che riguardano, nel caso prospettato, i contenuti economici e tecnici del progetto presentato da Varese Risorse.

Il Prefetto
Castrese De Rosa