

STUDIO LEGALE AVVOCATO CLAUDIO LINZOLA

VIA HOEPLI 3 - 20121 MILANO

Tel. 02.87.42.83 - 02.72.000.557 Fax 02.86.07.81

avvlinzola@studiolegalelinzola.it

claudio.linzola@milano.pecavvocati.it

Egregio Signore
Aldo Dal Lago
Consigliere comunale

Milano, 18 marzo 2021

Oggetto: competenza e procedimento in materia di approvazione di atti di indirizzo relativi a società private a partecipazione pubblica

In relazione alla situazione rappresentatami (approvazione di atto di indirizzo da parte della assemblea di coordinamento intercomunale di una società partecipata dal comune) esprimo le seguenti considerazioni sul tema dell'organo comunale competente ad approvare l'atto di indirizzo, anche con riferimento alle note di Silea s.p.a. del 9.3 2021 prot. 5239 e 5342, nonché alla nota prefettizia, sullo stesso tema, del 15.3.2021, prot. 12225.

Prima di esaminare la normativa, occorre rammentare quali siano esattamente i presupposti attuali, di fatto ed a mia conoscenza, e l'oggetto dell'atto di indirizzo da approvare, che consiste nel nominare Varese Risorse Spa quale soggetto promotore cui affidare la costruzione e la gestione di una centrale per l'incenerimento di rifiuti (anche ospedalieri) ed una rete di teleriscaldamento con recupero del calore generato dalla combustione dei rifiuti.

Il soggetto promotore da nominare sarà autorizzato a costituire una società di progetto, nella quale Silea S.p.a., direttamente partecipata, potrà acquisire una partecipazione societaria di minoranza (dal 10% al 20%);

Lo statuto di SILEA (articolo 28 bis) prevede che all'assemblea intercomunale di coordinamento partecipi il "legale rappresentante del socio", cioè il sindaco del comune.

1. Il controllo "analogo"

L'assemblea intercomunale di coordinamento ha il compito di effettuare, perché ne hanno il potere i comuni, cioè i soci, i controlli sugli aspetti gestionali più importanti della vita della società partecipata (elenco di argomenti contenuto nell'articolo 28 bis dello statuto SILEA).

Tale previsione, peraltro, non riduce o condiziona affatto i poteri del socio, cioè dell'ente comune, in quanto restano ben ferme le previsioni legislative che non possono essere intaccate dalle decisioni dell'assemblea di una società e/o dal suo statuto.

Il problema che si è posto è quello del perimetro del potere del comune ed anche di quale sia l'organo del comune competente ad esprimere gli orientamenti del Comune medesimo in seno all'assemblea societaria di coordinamento intercomunale sugli argomenti indicati dal ripetuto articolo 28 *bis* dello statuto, fermi restando appunto i poteri di cui il socio (Ente locale) è titolare in forza della legge.

Atteso che, come è pacifico, i soci (Comuni) devono potere esercitare lo stesso, identico controllo sulla società *in house* che eserciterebbero sugli uffici comunali, né più né meno, occorre verificare quale sarebbe l'organo competente ad assumere i provvedimenti prima elencati (atto di indirizzo), come se i servizi pubblici fossero svolti e le opere pubbliche in questione fossero costruite direttamente dal Comune o da soggetto scelto dagli uffici comunali all'esito di procedura di evidenza pubblica e non da una società partecipata, solo formalmente esterna la Comune.

Non si può che fare riferimento, quindi, al TUEL ed in particolare all'articolo 42 che elenca le competenze dei consigli comunali.

Balzano all'evidenza, in particolare, dell'articolo 42 del TUEL, i temi di cui alla lettera e) del comma 2, che riguardano proprio gli argomenti sui quali i comuni soci di SILEA devono esprimere le proprie valutazioni.

Si tratta cioè dei temi della concessione di pubblici servizi ed affidamento di attività (teleriscaldamento) e la partecipazione dell'ente locale a società di capitali (nel caso in esame attraverso una partecipata già

esistente: SILEA s.p.a.).

Per tali argomenti, che assumono carattere fondamentale in qualsiasi attività (costo delle opere, del servizio, idoneità del soggetto che lo gestisce, entità e congruità dei ricavi attesi, congruità del rapporto tra spese di investimento e di gestione ed entrate, impatto economico sugli utenti, scelta strategica di un'opera ed una attività ormai risalente nel tempo (la VIA sul progetto è dell'aprile 2011), durata dell'investimento, ecc.) prima di formare oggetto di atti di gestione (progetto preliminare, definitivo, ecc., disciplinare di gara, capitolato di gara, ecc.) devono necessariamente essere preceduti da deliberazione/i del consiglio comunale (finanziamento dell'opera, piano finanziario, programma dei lavori pubblici e così via). E' il consiglio comunale, infatti, l'organo decisionale di ogni comune, cioè di ogni socio di Silea s.p.a., che ne determina le scelte di fondo, di orientamento., economiche e programmatiche.

La circostanza che, per scelta dei soci, le (sole) valutazioni operative e gestionali siano state rimesse ad un altro soggetto, formalmente esterno all'ente, ma in realtà assoggettato a controllo diretto e penetrante dell'ente, Silea s.p.a., la quale a sua volta abbia previsto che sia costituita una nuova società di progetto cui affidare la costruzione la gestione dell'opera e del servizio, richiede a maggior ragione che sia l'organo che determina gli indirizzi dell'ente comunale a conferire a Silea Spa tale potere.

Altre ipotesi determinano esclusivamente lo spossessamento delle prerogative consiliari, riconosciute dal TUEL.

Sul tema della ripartizione delle competenze Silea s.p.a. (nota prot. 5239) afferma:

- senza fornire supporto normativo, che sarebbe il sindaco ad esercitare il "controllo analogo", in quanto rappresentante dell'ente locale;
- in forza dell'articolo 7 di una non meglio precisata "convenzione", che sarebbe stata approvata da tutti i singoli consigli comunali, il controllo analogo può essere esercitato dai comuni singolarmente solo per i servizi resi sul proprio territorio comunale.

I due temi, solo sfiorati, aprono ulteriori prospettive di analisi, non senza evidenziare contraddizioni evidenti.

Per quanto riguarda i poteri del sindaco (o suo delegato), tale organo non può certamente esprimere un parere, magari anche lodevole, proprio ma solo quello dell'ente e le decisioni che riguardano i temi di cui all'articolo 42 del TUEL competono al consiglio comunale.

Tanto per spiegare la tesi, l'assemblea intercomunale non è un organo di ratifica di decisioni già assunte in linea tecnica, bensì, in analogia con il Comune, è il soggetto che determina ed orienta le strategie societarie. Per esempio ben potrebbe anche un consiglio comunale indicare al proprio sindaco - che magari non è affatto d'accordo - di comunicare nell'assemblea intercomunale che il socio/comune non ritenga più attuale la soluzione del teleriscaldamento (come noto avversata a livello europeo) o non ritenga opportuno costituire una ulteriore società od altro ancora.

Il sindaco, in buona sostanza, partecipa all'assemblea intercomunale solo perché non possono partecipare tutti i consiglieri comunali di tutti i comuni che sono soci della società partecipata.

Questa essendo la situazione, non deriva da tale circostanza la conseguenza giuridica per cui il sindaco possa decidere liberamente sugli argomenti in esame; o - ipotesi ancor meno accettabile - che sia rimessa al singolo sindaco addirittura la facoltà di segnalare o non segnalare al consiglio comunale se deliberare su temi che l'articolo 42 del TUEL attribuisce alla competenza consiliare.

Pare logico, evidente e conforme a normativa che il sindaco, qualora debba esprimere un voto su argomenti che sono di competenza consiliare, non possa altro che riferire in assemblea le decisioni assunte dall'organo comunale competente: il consiglio comunale.

L'altro tema, quello del controllo analogo, che sarebbe riservato secondo Silea s.p.a. solo ai comuni che godano dei servizi resi dalla società è, se possibile, ancor meno comprensibile e condivisibile.

Ci si pone una sola domanda: ma se il servizio di teleriscaldamento è erogato solo a 3 comuni perché la società partecipata (Silea s.p.a. con 87 soci/comuni) deve scegliere un partner privato (Varese Risorse s.p.a.) di cui

saranno soci tutti ed 87 i comuni attraverso Silea s.p.a, per poi costituire con il soggetto promotore (Varese Risorse s.p.a) una ulteriore società di progetto, nella quale Silea s.p.a dichiara di volere acquisire una partecipazione minoritaria (dal 10 al 20%), per erogare un servizio di teleriscaldamento a soli 3 comuni?

Cos' come non si comprende perché (e dovrebbero essere i consigli comunali a capirne le ragioni) l'atto di indirizzo, che riguarda 3 soli comuni su 87, debba essere approvato da tutti.

Già solo l'accenno ai temi fa comprendere che su tali decisioni, strategiche, di indirizzo, fondamentali non possano che essere i consigli comunali ad effettuare i doverosi approfondimenti ed a deliberare con piena cognizione di causa.

Per rispondere quindi alla domanda di quale sia il soggetto competente ad approvare l'atto di indirizzo, si conferma che il sindaco, nell'assemblea intercomunale di coordinamento, non esprime il proprio parere bensì rappresenta la posizione dell'Ente in conformità alla decisione assunta dal consiglio comunale.

2. Il diritto di accesso del consigliere comunale alla documentazione sottostante e relativa all'atto di indirizzo da assumere

Segue, subito dopo, il tema strettamente connesso della necessaria informazione che il consiglio comunale (cioè i singoli consiglieri comunali) deve ricevere in merito alle decisioni da assumere.

Il tema si declina, quindi, con il diritto di ciascun consigliere comunale, in quanto parte dell'organo consiliare collegiale, di conoscere su cosa è chiamato ad esprimersi.

Prima di entrare nel vivo del tema occorre sgomberare il campo, per evitare equivoci, dalle questioni connesse al diritto di accesso alle offerte formulate in sede di gara, prospettato da Silea s.p.a. nella propria nota del 5239.

Il tema in questione è ben diverso e riguarda gli argomenti che Silea

s.p.a. stessa definisce e qualifica "strategici" e sui quali invoca la decisione della assemblea intercomunale di coordinamento.

Va da sé che i componenti di questa assemblea devono essere messi a piena conoscenza delle questioni oggetto della deliberazione.

E siccome il sindaco (od il suo delegato) esprime con il proprio voto la volontà dell'ente che rappresenta e l'argomento ha carattere strategico ed è di competenza consiliare, come prima spiegato, è evidente che non solo e non soltanto il sindaco devono avere accesso alla documentazione ed alle informazioni, bensì l'intero consiglio comunale.

In linea generale è noto e riconosciuto pacificamente che il consigliere comunale ha il diritto di potere accedere, conoscere, esaminare e valutare tutti gli atti del consiglio comunale o della giunta comunale o del sindaco o degli uffici comunali ed anche delle strutture societarie esterne, le quali agiscono come fossero strutture comunali (società *in house*); qualora poi la decisione finale da assumere sia collegiale, il consigliere comunale esprimerà compiutamente il proprio voto, all'esito delle informazioni acquisite in seno all'organo collegiale di cui è parte.

Ciò in quanto è il consigliere comunale, ed il consiglio comunale quale organo collegiale, che esprimono gli orientamenti amministrativi dell'ente e ne approvano gli atti fondamentali e strategici dell'ente.

Il diritto a conoscere del consigliere comunale è ben più ampio e penetrante del "diritto di accesso" di cui sono titolari gli interessati (anche nel caso di accesso civico generalizzato) alla esibizione di uno o più documenti necessari a soddisfare un proprio diritto od interesse personale.

Il consigliere comunale, infatti, deve potere conoscere tutti gli atti del Comune ed anche quelli di origine solo formalmente esogena (società controllate che erogano servizi *in house*), quando riguardino scelte, compiti, spese, ricavi imputabili all'ente comunale, nessuno escluso. E questo diritto è indissolubilmente funzionale all'esercizio del proprio *munus*.

E tale potere è esercitabile, va riconosciuto ed il suo esercizio deve essere consentito sia che si tratti di consigliere di maggioranza che di

opposizione, in quanto la funzione deliberativa ed ispettiva prescinde dall'appartenenza ed è inscindibilmente ed irrinunciabilmente connessa alla carica di consigliere comunale eletto dal popolo.

Non può, dunque, essere opposto alcun rifiuto ad una richiesta di informazione, acquisizione di documenti, atti, relazioni e qualsiasi altra fonte di informazione che il consigliere comunale ritenga utile per lo svolgimento dell'incarico conferitogli dalla legge, nel caso in esame per potere deliberare in seno al consiglio comunale sulla proposta di atto di indirizzo di cui trattasi; quindi non solo quello di partecipare a deliberazioni collegiali dell'ente, bensì anche per svolgere l'altrettanto essenziale funzione ispettiva. Non ci sono, infatti, atti riservati che il consigliere comunale non abbia il diritto di conoscere; sicuramente non si pone alcun problema di riservatezza per gli atti connessi all'oggetto del presente parere.

Sul punto, come ricordato anche da Prefettura di lecco, è recentemente intervenuta una sentenza del Consiglio di Stato (sentenza n. 5032 del 13.8.2020, Sezione V) che riconosce il diritto, non condizionato, del consigliere a tutti gli atti che possono essere d'utilità all'espletamento del mandato (cfr. anche C.d.S. Sez. V, 5.9.2014, n. 4525), senza alcun limite.

La ripetuta sentenza spiega anche che non è opponibile al consigliere comunale neppure l'articolo 53 del codice degli appalti, fermo restando che, nel caso in esame la gara è terminata e cioè l'offerta è già stata presentata ed esaminata.

Dall'esame di quanto sin qui scritto si comprende anche che il sottoscritto non concorda con la nota prefettizia in data 15.3.2021. Al riguardo è da valutare l'ipotesi di chiedere alla Prefettura un riesame della propria posizione, in ragione del rilievo dei diritti che sono venuti in considerazione nella presente fattispecie.

Nel rimanere a disposizione per eventuali ulteriori chiarimenti ed approfondimenti, saluto cordialmente.

Avv. Claudio Linzola