

I derivati bancari sono come i matrimoni: indissolubili. Il Comune non può annullarli anche se troppo esosi

Autore: Milizia Giulia

In: Diritto civile e commerciale

Il comune non può rescindere i contratti swap (od altri derivati) stipulati da più di un triennio: è data una diversa lettura al potere di annullamento d'ufficio in autotutela dei contratti per ragioni di pubblico interesse. La competenza a decidere su ciò spetta al G.O. poiché attiene alla fase privatistica del patto.

Queste sono le massime ricavabili dalla sentenza del Tar Toscana sez. I n. 263 dello scorso 21 febbraio sta suscitando diverse polemiche tra i media e gli operatori del settore, poiché contrasta, sotto molti aspetti, con le tesi costanti elaborate dalla Corte dei Conti e dal CDS. Introduce un'esegesi restrittiva della principale normativa sul recesso d'ufficio per motivi di interesse pubblico, ribadisce la giurisdizione del G.O. ed è un sunto sulla legislazione e sulla giurisprudenza in materia.

Il caso. Il comune di Prato contraeva mutui per ingenti importi e per ripianare le proprie finanze. Pubblicava, dunque, un <<"avviso per manifestazione di interesse finalizzata all'individuazione dell'advisor... nella definizione delle strategie di possibile trasformazione dell'indebitamento e nell'assistenza, consulenza e gestione in operazioni di Interest Rate Swap">>. Sceglieva una banca, controllata da un holding francese specializzata nel concedere prestiti e ripianare i debiti della Pa, con cui siglava diversi contratti dal 2002 al 2006, anche a copertura di ulteriori debiti. Resosi conto che ciò aveva comportato un disavanzo di oltre €. 83 mln, per ragioni di convenienza economica, con diverse determinazioni dirigenziali e delibere, li annullava in autotutela. Sorgeva un contenzioso risolto dal Tar Toscana n. 1925/11 che devolveva la lite al G.O. italiano, poiché << le domande atenevano "ad una fase tipicamente privatistica nella quale la stazione appaltante e il privato contraente si trovano su posizioni paritetiche che involgono posizioni di diritto soggettivo" >>. Con la delibera del Consiglio Comunale n. 30/12, ciò nonostante, ribadiva tale revoca con efficacia retroattiva. Da ciò scaturiva un procedimento

penale, pendente ed un nuovo ricorso con motivi aggiuntivi e riconvenzionali presentati da entrambe le parti, ma anche stavolta il G.A., pur accogliendolo in parte, ha confermato la giurisdizione del G.O.

Contratti derivati e swap. Gli strumenti finanziari derivati (future, option, hedge fund etc.), sono la massima forma di speculazione. Lo swap è un contratto atipico, aleatorio, oneroso e consensuale che prevede uno scambio di casse tra i contraenti. Nella fattispecie << le due parti (la banca ed il cliente) si obbligano ad effettuare dei reciproci pagamenti, secondo un piano di scadenze concordate, sulla base di un differenziale tra due tassi di interesse diversi (di solito uno fisso ed uno variabile) entrambi applicati ad un determinato capitale nozionale di riferimento >> (Cosa sono i derivati, redazione di *****). Nella cerimonia d'inaugurazione dell'anno giudiziario in corso la Corte dei conti ha rilevato la loro pericolosità (v. disavanzo statale con la ***** da €.2, 6 mld per un patto del 1994-2012) e che sono il 10% del debito nazionale. Si ricordi che, tra le altre cose, hanno causato la crisi del 2008 (v. banche USA) e sono tra gli aspetti più discussi dell'affaire MPS.

Fasi pubblicistica e privatistica del negozio e potere di autotutela: quale giurisdizione? È uno dei punti focali della decisione: la seconda, come esplicito, attiene alla giurisdizione del G.O., perciò non soggetta all'autotutela, che, se esercitata è un abuso dell'ente. La procedura con cui è stata avanzata una manifestazione di interesse a contrarre e le sue successive fasi rientrano nella disciplina pubblicistica e potevano essere annullate in autotutela. Infatti non vincolano la Pa che può indire una gara pubblica per individuare la banca. Le contestate delibere, però, avevano una duplice valenza: <<l'anticipata estinzione di contratti non ancora esauriti e la contestuale sottoscrizione di nuovi contratti (ritenuti più convenienti). Il perfezionamento del nuovo rapporto era dunque condizionato (cioè presupponeva) la conclusione (anticipata) del precedente e ciò rendeva inscindibili le due fasi nell'ambito di un unico contesto negoziale.>>. Perciò il G.A. ha potuto vagliare solo la procedura di selezione, annullandola solo parzialmente come meglio esplicito in sentenza cui si rinvia in toto. Una volta scelto, però, il contraente e <<dato il "via libera">> alla firma ed al perfezionamento dell'accordo, la fase pubblicistica s'inserisce in quella privatistica con conseguente uguaglianza dei sinallagmi e giurisdizione del G.O. sull'annullamento de qua (Cass. SS.UU. 8515 /12).

Limiti all'autotutela. A conferma di ciò, richiamando un suo precedente indirizzo su un analogo caso di

Pisa, << ha escluso che l'esercizio dell'autotutela sugli atti "a monte" di quei contratti ne comportasse la caducazione automatica e ha affermato che spetta al giudice ordinario pronunciarsi in ordine all'eventuale inefficacia degli stessi>>, al contrario di quanto sostenuto dalla difesa dell'ente, tesi, per altro ribadita anche dal CDS (Tar FI 6579/10 e 154/11, CDS sez. V 5032/11). Ciò contrasta con la Cass. SS.UU 1460/12 che, invece, prevede la devoluzione della lite al G.A. quando questi si sia già pronunciato, con sentenza passata in giudicato, sulla revoca in autotutela degli atti e della procedura di gara. In caso contrario si violano l'art. 12 preleggi, i principi comunitari e di trasparenza, chiarezza etc. che ispirano l'operato della Pa e si ha un contrasto col giudicato civile.

L'ente può rescindere il contratto per risparmiare? È il punto più controverso della sentenza. È opinione costante che l'accordo possa essere rescisso d'ufficio in autotutela se troppo caro (spending review) e/o per ragioni di pubblico interesse, come ha fatto l'ente (CDS sez. V 1946/10), ai sensi del combinato disposto degli artt. 136, comma I L. 311/04, 21 nonies L. 241/91 e della L. 15/05. La prima disposizione codifica l'unica ipotesi di <<annullamento in re ipsa>> che, però, deve avvenire in <<tempi ragionevoli>>.

Le nuova esegesi del Tar. Per il G.A. sono 3 anni <<dall'acquisizione di efficacia del provvedimento, anche se la relativa esecuzione sia perdurante>>. Dette scelte incidono sui <<rapporti contrattuali o convenzionali con privati >> e se effettuate oltre questo termine (nel nostro caso erano passati 10 anni), seppur per supremi fini, costituiscono un abuso, ledono il principio di certezza nelle negoziazioni con la Pa e, quindi, il recesso è illegittimo.

N. 00263/2013 REG.PROV.COLL.

N. 00746/2012 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 746 del 2012, integrato da motivi aggiunti, proposto da XX S.p.A.,
omissis;

contro

Comune di Prato, in persona del Sindaco p.t., omissis;

per l'annullamento

A) con l'atto introduttivo del giudizio:

- della delibera n. 30 del 19 aprile 2012, con la quale il Consiglio comunale di Prato deliberava di: 1) annullare d'ufficio, con efficacia retroattiva, la deliberazione C.C n. 101/2006, relativamente e limitatamente alla sola parte inerente all'autorizzazione nonché agli indirizzi dettati in merito alla stipulazione con XX s.p.a. dei contratti swap, con il conseguente venir meno di tutti gli atti collegati e degli effetti del rapporto contrattuale successivamente perfezionatosi; 2) annullare altresì, con efficacia retroattiva, le deliberazioni C.C. n. 140 del 03/10/2002 e n. 214 del 28/10/2004 (come rettificata dalla delibera C.C. n. 254 del 23/12/2004), relativamente e limitatamente alla sola parte inerente all'autorizzazione nonché agli indirizzi dettati in merito alla stipulazione con XX s.p.a. dei contratti swap, con il conseguente venir meno, per quanto occorrer possa, di tutti gli atti collegati e degli effetti dei rapporti contrattuali successivamente perfezionatisi; 3) trasmettere la delibera stessa al Ministero dell'economia e delle finanze - Dipartimento del Tesoro, a completamento della comunicazione inviata a seguito della legge finanziaria per l'anno 2007 ed alla circolare 31.01.2007 del Ministero dell'economia e delle finanze, alla Banca d'Italia ed alla Consob;

di ogni altro atto presupposto, connesso, conseguente a quello impugnato sub A), con particolare ma non esclusivo riferimento a:

- il parere favorevole espresso, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 49, comma 1, del D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267, dal Responsabile del Servizio servizi finanziari in ordine alla regolarità tecnica in data 16.04.12 e dal Responsabile del Servizio servizi finanziari in data 17.04.12 in ordine alla regolarità contabile;

- il parere espresso dalla Commissione consiliare n. 2 "Sviluppo economico, finanze, patrimonio, politiche comunitarie" in data 18.04.12;

- la nota prot. n. 10800/2012 del 23 gennaio 2012, con la quale il Comune di Prato comunicava di aver avviato un secondo procedimento di autotutela;

di ogni altro presupposto, connesso e conseguente.

B) con i motivi aggiunti depositati il 12/7/2012:

- della deliberazione del 5 giugno 2012 n. 249 con cui la Giunta comunale, alla luce della delibera C.C n. 30/2012, ha deliberato di annullare d'ufficio con efficacia retroattiva le deliberazioni G.C. n. 745 del 20/11/2002 e n. 669 del 19/4/2004, relativamente e limitatamente alle parti inerenti alle disposizioni dettate in merito alla stipulazione con XX s.p.a. dei contratti swap, con il conseguente venir meno di tutti gli atti collegati e degli effetti dei rapporti contrattuali successivamente perfezionatisi; autorizzando conseguentemente il dirigente responsabile dei servizi finanziari a procedere all'annullamento, in via di autotutela, di tutti i provvedimenti dirigenziali prodromici alla stipulazione delle varie operazioni in strumenti derivati conclusi con XX s.p.a. dal 2002 al 2006.

C) con i motivi aggiunti depositati il 20/9/2012:

della determinazione dirigenziale del 2.7.2012 n. 1625 con la quale il Dirigente dell'Ufficio servizi finanziari e tributi, ha annullato d'ufficio con efficacia retroattiva i seguenti atti:

- determinazione dirigenziale n. 3671 del 22.1.2002;

- determinazione dirigenziale n. 3842 del 4.12.2002;

- determinazione dirigenziale n. 2407 del 4.8.2003;

- determinazione dirigenziale n. 3956 del 29.12.2004;

- determinazione dirigenziale n. 1961 del 28.6.2006;

disponendo altresì di trasmettere l'atto al Ministero dell'economia e delle finanze, alla Banca d'Italia ed alla Consob.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Prato;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 novembre 2012 il dott. ***** e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1) Il Comune di Prato nell'anno 2002, avendo contratto diversi mutui con istituti di credito, ha deciso di procedere alla ristrutturazione del suo debito e a tal fine ha pubblicato un "avviso per manifestazione di interesse finalizzata all'individuazione dell'advisor... nella definizione delle strategie di possibile trasformazione dell'indebitamento e nell'assistenza, consulenza e gestione in operazioni di Interest Rate Swap". Sono pervenute sette proposte e, a seguito del loro esame da parte di una commissione tecnica appositamente nominata, è stata individuata come migliore quella formulata da XX s.p.a. (nel seguito: "XX") che pertanto è stata nominata advisor con determinazione dirigenziale 29/7/2002 n. 2331. Successivamente è stato sottoscritto l'accordo quadro ISDA Master Agreement il quale prevede, tra l'altro, l'applicazione al medesimo della legge inglese e la deroga alla giurisdizione italiana a favore di quella britannica relativamente a "qualsiasi causa, azione o procedimento legale" riguardante il medesimo. Infine, con determinazione dirigenziale 4/12/2002 n. 3842, il Comune di Prato ha approvato il testo della proposta irrevocabile da formulare a XX per la stipula del contratto di Interest Rate Swap, poi concluso con l'accettazione della predetta società nella medesima data del 4/12/2002 con decorrenza 30/6/2002 e scadenza 30/6/2012.

Nell'anno 2003 il Comune ha approvato l'emissione di un prestito obbligazionario per il finanziamento di opere pubbliche sottoscritto integralmente da XX, su proposta della quale è stato sciolto l'originario contratto e sono stati stipulati due nuovi contratti di Interest Rate Swap a copertura di ulteriori posizioni debitorie dell'Amministrazione.

Nell'anno 2004 questa ha poi deciso l'emissione di buoni obbligazionari e XX ha quindi fornito, in qualità di advisor, una proposta complessiva per l'estinzione anticipata, mediante l'emissione di un prestito obbligazionario, dei mutui che essa aveva contratto con la JJ s.p.a. e con YY s.p.a. mediante emissione di prestiti obbligazionari e la ristrutturazione dello swap in essere, per adeguarlo all'avvenuta modifica delle passività sottostanti. Conseguentemente il Consiglio comunale, con deliberazione 28/12/2004 n. 214, ha stabilito la conversione dei mutui con emissione di prestito obbligazionario sottoscritto interamente da XX e la contestuale stipulazione del contratto di swap.

Con determinazione dirigenziale 29 dicembre 2004 n. 3956 il Comune di Prato e XX hanno sciolto il contratto di Interest Rate Swap in essere e stipulato due nuovi contratti a copertura delle ulteriori

emissioni obbligazionarie.

Le operazioni suddette sono state poi oggetto di una ulteriore ristrutturazione e con determinazione dirigenziale 28/6/2006 n. 1691 l'Amministrazione ha stabilito di sciogliere i tre contratti swap all'epoca in essere con XX e di stipulare un nuovo contratto sulle medesime posizioni debitorie. Il nuovo contratto swap è stato stipulato mediante scambio di proposta irrevocabile del Comune in data 28/6/2006 e accettazione da parte di XX il 29/6/2006.

2) In data 31/12/2010, con determinazione dirigenziale n. 4142, l'Amministrazione ha però deciso di annullare in via di autotutela tale ultimo provvedimento, stabilendo altresì di non procedere al pagamento a favore di XX del differenziale negativo al 31 dicembre 2010 pari a € 1.039.409,55. Ciò in quanto il contratto, al momento della stipulazione, avrebbe previsto costi impliciti non evidenziati, in violazione dei principi di convenienza economica di cui alla legge 28 dicembre 2001 n. 448, e anche perché XX avrebbe operato in conflitto di interessi rivestendo allo stesso tempo il ruolo di advisor del Comune e di sua controparte contrattuale.

3) La determinazione dirigenziale n. 4142/2010 è stata impugnata da XX davanti a questo Tribunale con ricorso rubricato al n. 554/2011; dal canto suo il Comune di Prato ha qui proposto il ricorso rubricato al n. 383/2011 per la declaratoria dell'inefficacia del medesimo contratto di Interest Rate Swap stipulato con XX.

Con sentenza n. 1925 del 12 dicembre 2011 il TAR, riuniti i ricorsi, li ha dichiarati entrambi inammissibili per difetto di giurisdizione, evidenziando che le domande attenevano "ad una fase tipicamente privatistica nella quale la stazione appaltante e il privato contraente si trovano su posizioni paritetiche che involgono posizioni di diritto soggettivo"; e rilevando altresì l'inesistenza di "un giudice nazionale competente cui le parti debbano essere rimesse, poiché la giurisdizione italiana è stata da loro derogata".

4) In data 19/4/2012 il Consiglio comunale di Prato, con deliberazione n. 30, ha disposto l'annullamento d'ufficio, con efficacia retroattiva, delle deliberazioni consiliari n. 101 del 15/6/2006, n. 214 del 28/10/2004 e n. 140 del 3/10/2002 nelle sole parti relative alle autorizzazioni nonché agli indirizzi dettati in merito alla stipulazione con XX dei contratti swap, con il conseguente venir meno di tutti gli atti collegati e degli effetti dei rapporti contrattuali successivamente perfezionatisi. L'articolata motivazione della deliberazione C.C. n. 30/2012 fa riferimento a una pluralità di vizi riscontrati negli atti annullati (omesso espletamento di una procedura selettiva volta all'individuazione del contraente swap, esistenza di un conflitto di interessi in capo a XX, successiva emersione di costi impliciti non originariamente evidenziati).

Conseguentemente, per gli stessi motivi:

- la Giunta comunale di Prato, con deliberazione n. 249 del 5/6/2012, ha annullato in autotutela e con efficacia retroattiva, nei medesimi limiti di cui sopra, le proprie precedenti deliberazioni n. 745 del 20/11/2002 e n. 669 del 19/10/2004 (riguardanti anch'esse i contratti swap stipulati con XX);

- il Dirigente del Servizio servizi finanziari e tributi del predetto Comune, con determinazione n. 1625 del 2/7/2012, ha annullato d'ufficio, con efficacia retroattiva, le proprie precedenti determinazioni dal 2002 al 2006 finalizzate alla stipulazione dei contratti in questione.

5) I citati provvedimenti comunali, finalizzati a smantellare i rapporti ancora esistenti tra il Comune di Prato e XX, sono stati impugnati da quest'ultima società con l'atto introduttivo del presente giudizio e con i motivi aggiunti successivamente depositati.

L'Amministrazione intimata si è costituita in giudizio formulando ampie controdeduzioni e proponendo altresì domanda riconvenzionale volta all'accertamento e alla declaratoria dell'inefficacia ex tunc dei contratti swap via via perfezionati con XX, nonché dell'accordo quadro ISDA Master Agreement stipulato il

29/11/2002.

6) Entrambe le parti hanno depositato memorie e repliche in vista dell'udienza del 21 novembre 2012, in cui la causa è passata in decisione.

DIRITTO

1) Nell'impugnata deliberazione C.C. n. 30/2012 si fa riferimento alle operazioni in strumenti derivati concluse tra il Comune di Prato e XX nel periodo 2002-2006, identificandole come segue:

- swap 1, perfezionato in data 4/12/2002;

- swap 2 e 3, perfezionati in data 6/8/2003;

- swap 4 e 5, perfezionati in data 29/12/2004;

- swap 6, perfezionato in data 29/6/2006.

Dagli atti acquisiti al giudizio risulta quanto segue:

- il primo contratto interest rate swap (IRS) è stato perfezionato in data 4/12/2002 per un importo nominale di € 83.824.626,88 (scadenza 30/6/2012);

- in data 6/8/2003 il predetto contratto è stato anticipatamente sciolto dalle parti ed è stato sostituito da un nuovo contratto swap per un importo nominale di € 113.105.592,42 (scadenza 30/6/2013); in pari data è stato sottoscritto un ulteriore contratto swap per un importo nominale di € 13.055.932,44 (sempre con scadenza 30/6/2013);

- in data 30/12/2004 le parti hanno anticipatamente sciolto il contratto di importo nominale pari a € 113.105.592,42 e contestualmente hanno stipulato due nuovi contratti swap, entrambi con scadenza 30/11/2019, per importi nominali, rispettivamente, di € 27.870.000,00 e € 37.553.000,00;

- in data 29 giugno 2006, infine, le parti hanno anticipatamente sciolto entrambi i contratti perfezionati il 30/12/2004, nonché il contratto perfezionato il 6/8/2003 per un importo nominale di € 13.055.932,44 e contestualmente hanno stipulato un nuovo contratto swap, con scadenza 30/6/2026, per un importo nominale di € 67.524.044,17.

Il contratto del 2006 è dunque l'unico i cui effetti non sono ancora esauriti.

2.1) Con la prima censura formulata nel ricorso si sostiene:

- che gli atti annullati in via di autotutela dall'Amministrazione resistente riguardano la fase privatistica dei rapporti tra il Comune di Prato e XX, posto che i soli atti riconducibili alla fase pubblicistica di individuazione del contraente swap (mediante procedure di evidenza pubblica) sono rimasti integri e pienamente validi; ciò vale: per la determinazione dirigenziale n. 1077 del 17/4/2002 di indizione della procedura per la selezione dell'advisor; per la deliberazione della Giunta comunale n. 524 del 25/7/2002 di approvazione degli esiti della procedura selettiva; per la determinazione dirigenziale n. 2331 del 29/7/2002 di nomina di XX quale advisor;

- che dunque l'autotutela è stata illegittimamente esercitata per rimuovere atti di natura negoziale;

- che l'impugnata deliberazione C.C. n. 30/2012, in quanto ripercorre l'iter già seguito dal Comune di Prato con la determinazione dirigenziale n. 4142/2010, contrasta anche con il giudicato formatosi sulla sentenza di questo TAR n. 1925/2011, pronunciata sul ricorso proposto da XX contro detta determinazione.

2.2) Il primo problema da affrontare riguarda l'oggetto della procedura concorsuale indetta con l'avviso del 24/4/2002 finalizzata all'individuazione dell'advisor del Comune di Prato.

L'Amministrazione resistente sostiene che tale procedura era finalizzata esclusivamente all'individuazione dell'advisor, mentre l'individuazione del contraente swap doveva essere oggetto di una procedura diversa e competitiva; la società ricorrente contesta questa ricostruzione affermando che l'avviso e gli atti della procedura conclusasi con la deliberazione G.C. n. 524 del 25/7/2002 esprimevano la volontà "di individuare non solo e non principalmente l'Advisor, ma anche, eventualmente, la Banca capace di proporre l'operazione di swap più conveniente rispetto alle esigenze di ristrutturazione del debito proprie del Comune" (pag. 5 della memoria depositata il 19/10/2012).

La stessa ricorrente peraltro afferma poi: "La selezione, dunque, era finalizzata ad individuare anche una potenziale controparte swap, pur con ciò non escludendo la possibilità di concludere l'operazione con controparti diverse dall'advisor".

Si evidenzia in tal modo che gli atti della selezione di cui si tratta erano caratterizzati da un equivoco di fondo: essi erano, infatti, certamente finalizzati all'individuazione dell'advisor, mentre non vincolavano l'Amministrazione in ordine alla scelta del contraente, che (come la stessa parte ricorrente ammette) ben poteva essere operata attraverso una successiva gara.

L'avviso pubblicato il 24/4/2002 aveva ad oggetto la "individuazione dell'advisor del Comune di Prato nella definizione delle strategie di possibile trasformazione dell'indebitamento e nell'assistenza, consulenza e gestione in operazioni di Interest Rate Swap" (ricomprendendo dunque tra le possibili funzioni dell'advisor anche quelle relative alla gestione delle operazioni di IRS) ed era indirizzato a istituti di credito e istituzioni finanziarie "che abbiano interesse a presentare proposte di ristrutturazione del debito anche con utilizzo di operazioni di "Interest Rate Swap" " (il che sembra non escludere la coincidenza tra advisor e contraente swap). E' comunque da escludere che la gara fosse finalizzata anche all'individuazione del soggetto con cui sarebbero stati stipulati i contratti swap e infatti né nella deliberazione G.C. n. 524/2002, né nella determinazione dirigenziale n. 2331/2002 si fa cenno all'affidamento di un incarico di tal genere.

Decisivo in proposito è poi il contenuto della deliberazione del Consiglio comunale n. 140 del 3/10/2002 laddove si riportano le direttive per l'utilizzo degli strumenti derivati, precisando tra l'altro: "B) Le controparti che forniranno all'Ente gli strumenti derivati se diverse dall'Advisor individuato nella fase propedeutica saranno scelte esclusivamente fra intermediari creditizi di pari valore, affidabilità ed esperienza nel settore"; così chiarendo che fino a quel momento il contraente swap non era stato ancora definitivamente individuato. Tale individuazione può ritenersi concretata con la deliberazione G.C. n. 745 del 20/11/2002 in cui si approva la proposta di operazione IRS presentata da XX e a cui hanno fatto seguito la sottoscrizione, da parte del Dirigente dell'Area risorse finanziarie, dell'accordo quadro ISDA Master Agreement in data 25/11/2002 (in esecuzione della determinazione dirigenziale n. 3671 del 22/11/2002) e la stipula, in data 4/12/2002, del primo contratto swap (come da determinazione dirigenziale di pari data n. 3842).

In relazione a quanto sopra si può concludere che le determinazioni del C.C. e della G.C. successive all'individuazione dell'advisor si qualificano come atti provvedimenti finalizzati, per la parte che qui interessa, alla scelta del contraente swap (comprensiva, come rilevato dall'Amministrazione, della decisione implicita di non procedere attraverso l'evidenza pubblica); ne consegue:

- che tali atti costituiscono esercizio di potere autoritativo e pertanto sono suscettibili di autotutela;

- che risulta irrilevante il mancato annullamento d'ufficio degli atti relativi alla procedura selettiva finalizzata alla scelta dell'advisor del Comune di Prato.

2.3) A diverse conclusioni si deve invece pervenire per quanto riguarda le deliberazioni C.C. 28/10/2004 n. 214 e 15/6/2006 n. 101, di cui l'impugnata deliberazione consiliare n. 30/2012 ha disposto l'annullamento limitatamente "alla sola parte inerente all'autorizzazione nonché agli indirizzi dettati in merito alla stipulazione con Dexia Crediop SpA dei contratti swap...".

Entrambe le deliberazioni annullate prevedevano, insieme a nuove emissioni obbligazionarie e/o alla rinegoziazione dei prestiti obbligazionari in essere a carico del Comune, il contestuale perfezionamento di operazioni di ristrutturazione degli swap in essere, consistenti nell'estinzione dei contratti in corso, a fronte della sottoscrizione di nuovi contratti. In entrambi i casi il C.C. di Prato ha autorizzato operazioni sui derivati caratterizzate da un duplice contenuto: l'anticipata estinzione di contratti non ancora esauriti e la contestuale sottoscrizione di nuovi contratti (ritenuti più convenienti). Il perfezionamento del nuovo rapporto era dunque condizionato (cioè presupponeva) la conclusione (anticipata) del precedente e ciò rendeva inscindibili le due fasi nell'ambito di un unico contesto negoziale. L'operazione, nella parte riguardante l'anticipata estinzione di contratti in essere tra il Comune e XX, ha natura prettamente civilistica, caratterizzata dalla posizione paritetica dei soggetti coinvolti e dall'accordo tra i medesimi intervenuto circa la scelta di procedere nel senso indicato; la stessa natura, però, deve essere riconosciuta anche alla successiva fase riguardante la stipula dei nuovi contratti, tenuto conto che la riconosciuta inscindibilità dei due momenti negoziali comportava che gli stessi dovessero necessariamente svolgersi tra le medesime parti, non residuando alcuno spazio per una procedura concorsuale volta a individuare possibili diversi contraenti.

In entrambi i casi considerati non è dunque ravvisabile l'esercizio di poteri pubblicistici; con le deliberazioni n. 214/2004 e n. 101/2006 il C.C. di Prato non ha esercitato poteri autoritativi, ma ha manifestato la volontà di operare una precisa scelta negoziale, dando il "via libera" alla modifica dei rapporti contrattuali con XX, da perfezionare successivamente a cura del dirigente di settore. Dette deliberazioni si inseriscono quindi nella fase privatistica di gestione dei rapporti in corso con il predetto istituto finanziario, al pari della determinazione dirigenziale n. 1691/2006 (attuativa della deliberazione

consiliare n. 101/2006), oggetto della sentenza n. 1925/2011.

Riconosciuta a tali provvedimenti la natura di atti che, per quanto riguarda i rapporti contrattuali con XX, attengono alla fase esecutiva degli stessi, ne consegue che l'impugnata deliberazione C.C. n. 30/2012, nella parte in cui annulla gli atti in questione, incide su posizioni paritetiche delle parti, inerenti a diritti soggettivi (perché relativi alla fase privatistica dei rapporti tra l'Amministrazione e XX) e dunque risulta sottratta alla giurisdizione del giudice amministrativo, per rientrare in quella del giudice civile (in questo caso non italiano, bensì inglese), così come già affermato nella citata sentenza n. 1925/2011.

2.4) In relazione a quanto sopra si può affermare che la censura relativa all'illegittimo esercizio dell'autotutela è infondata per quanto riguarda la deliberazione consiliare n. 140 del 3/10/2002, rispetto alla quale non sussiste il preteso contrasto con le conclusioni raggiunte da questo Tribunale nella sentenza n. 1925/2011. In quel giudizio, come rilevato, si faceva questione di atti che incidevano sulla fase privatistica del rapporto tra XX e l'Amministrazione resistente e gli esiti a cui il TAR è pervenuto in quell'occasione sono qui ribaditi al punto precedente, con riferimento alle deliberazioni C.C. n. 214/2004 e n. 101/2006. La deliberazione consiliare n. 140/2002 (così come la deliberazione G.C. n. 745/2002) attiene invece alla fase pubblicistica del rapporto e ciò porta a conseguenze diverse rispetto a quelle illustrate nella sentenza n. 1925/2011 e non precluse dal giudicato formatosi su di essa.

In relazione a quanto sopra va riconosciuta la giurisdizione di questo Tribunale sulle questioni relative all'annullamento in autotutela dei provvedimenti comunali da ultimo citati (e in tal senso la presente controversia si differenzia nettamente da quella sulla quale si sono pronunciate le SS.UU. della Corte di Cassazione nella recente ordinanza 29 maggio 2012 n. 8515, riconoscendo la giurisdizione del giudice ordinario perché in quella vicenda "il rapporto dedotto in giudizio" era "di natura prettamente civilistica, derivando dalla conclusione di contratti eminentemente di diritto privato, che hanno posto le parti in posizione del tutto paritaria").

3) A questo punto occorre soffermarsi su un altro profilo; se solo le deliberazioni adottate nel 2002 dal Consiglio e dalla Giunta comunale di Prato sono suscettibili di autotutela (perché i provvedimenti

successivi ineriscono tutti alla fase privatistica del rapporto con XX), l'annullamento delle deliberazioni "a monte" può determinare (come è nelle intenzioni del Comune) il venir meno degli atti "a valle" e, soprattutto, del contratto swap stipulato nel 2006, l'unico ancora in essere? Ad avviso del Collegio la risposta deve essere positiva; le deliberazioni C.C. n. 140/2002 e G.C. n. 745/2002 costituiscono il presupposto in base al quale sono stati poi stipulati l'accordo quadro ISDA Master Agreement e il primo contratto swap; tutti i successivi contratti trovano a loro volta fondamento nel predetto accordo quadro e nell'originario contratto del 2002.

Circa la sorte del contratto conseguente all'esercizio dell'autotutela da parte della P.A. si osserva quanto segue.

Nelle sentenze n. 6579 dell'11 novembre 2010 e n. 154 del 27 gennaio 2011 (pronunciate nell'ambito di un complesso contenzioso riguardante contratti swap stipulati dalla Provincia di Pisa) questo Tribunale ha escluso che l'esercizio dell'autotutela sugli atti "a monte" di quei contratti ne comportasse la caducazione automatica e ha affermato che spetta al giudice ordinario pronunciarsi in ordine all'eventuale inefficacia degli stessi.

La Sezione Quinta del Consiglio di Stato, pronunciandosi sugli appelli proposti contro le citate sentenze di questo TAR, ha espresso, nella sentenza n. 5032 del 7 settembre 2011, un diverso orientamento, escludendo che possa distinguersi, quanto agli effetti e anche ai fini della giurisdizione, tra annullamento giurisdizionale e annullamento in autotutela.

Per quanto qui interessa, la posizione assunta dal Consiglio di Stato ha trovato autorevole avallo nell'ordinanza delle SS.UU. della Corte di Cassazione n. 14260 dell'8 agosto 2012, pronunciata su un regolamento di giurisdizione proposto in un giudizio in cui un'azienda ospedaliera ha chiesto la declaratoria di inefficacia o di nullità di un contratto stipulato con una società sulla base di deliberazioni poi annullate in autotutela con cui era stata affidata una fornitura, senza gara. E' evidente l'analogia con la vicenda qui in esame, in cui il Comune resistente ha annullato per una pluralità di motivi, tra i quali il mancato svolgimento di procedure concorsuali, provvedimenti relativi all'individuazione del contraente

con cui stipulare contratti swap. Nella decisione citata le SS.UU. hanno affermato:

” se è previsto che la giurisdizione del giudice amministrativo ricorra quando si tratti di dichiarare l'inefficacia del contratto a seguito dell'annullamento della aggiudicazione (art. 133, comma 1, lett. e), ad eguale conclusione deve giungersi anche nella situazione - di gran lunga più grave - in cui la inefficacia del contratto consegua all'annullamento di un affidamento diretto, senza alcuna previsione di gara, in violazione delle norme comunitarie e nazionali in materia di contratti pubblici.

Nel caso in esame, va, in particolare, sottolineato che vi è una sentenza passata in giudicato del giudice amministrativo che ha confermato il provvedimento di annullamento emesso dalla pubblica amministrazione. Per effetto di tale pronuncia si consolida l'effetto dell'annullamento emesso in sede di autotutela.

In questo contesto riconoscere la giurisdizione del giudice civile sul contratto, oltre a contraddire i principii comunitari indicati, comporterebbe il duplice, pernicioso effetto di moltiplicare i procedimenti e di porre le condizioni per un possibile conflitto di pronunce.

La conclusione cui deve necessariamente giungersi è, allora, che, se è vero che la norma testualmente non prevede il caso, in quanto limita il riconoscimento della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo alle ipotesi di inefficacia del contratto conseguente all'annullamento dell'aggiudicazione, è altrettanto vero che non ci si deve fermare al solo criterio ermeneutico testuale in quanto, in base all'art. 12 preleggi, questo deve essere integrato dal criterio della ratio legis.

Ed è di tutta evidenza che si è in presenza di un'eadem ratio che - come si è detto - è quella di preservare i principii di trasparenza, pubblicità e concorrenza cui deve ispirarsi la pubblica amministrazione in materia di appalti pubblici.

Invero, il senso della disposizione è quello di attribuire al giudice amministrativo la cognizione piena di tutte le controversie conseguenti all'annullamento di un'aggiudicazione - comunque intervenuta -; quindi, a maggior ragione, nell'ipotesi di affidamento diretto, posto in essere in violazione delle norme nazionali e comunitarie, per non essere stata disposta alcuna gara.

D'altra parte, sarebbe una contraddizione logica del sistema ammettere la giurisdizione del giudice amministrativo nel caso in cui una gara sia, comunque, stata effettuata e negarla in quello, di gran lunga più grave, di affidamento diretto, posto in essere dalla pubblica amministrazione con abuso delle funzioni pubbliche”.

Quanto sopra porta ad affermare che l'annullamento in autotutela dei provvedimenti amministrativi prodromici alla stipulazione di un contratto determina la possibilità che, ad opera del giudice competente, sia dichiarata l'inefficacia del contratto in questione e che il giudice al quale è affidata la giurisdizione in materia è quello amministrativo. Applicando tali principi alla vicenda in esame si deve concludere:

- che l'annullamento d'ufficio disposto dal Comune di Prato nei confronti delle citate deliberazioni del 2002, se configurabile come legittimo esercizio dell'autotutela, può incidere sull'efficacia dei conseguenti atti contrattuali, con effetti a cascata fino al contratto swap stipulato nel 2006;

- che spetta a questo Tribunale pronunciarsi sia sull'azione impugnatoria proposta da XX contro i provvedimenti di autotutela di cui sopra, sia (ove detti provvedimenti resistano alle censure di illegittimità formulate dalla parte ricorrente) sulla domanda proposta in via riconvenzionale dall'Amministrazione resistente, finalizzata alla declaratoria di inefficacia dei contratti in questione.

4) Con il secondo motivo di ricorso XX ha dedotto che il Comune resistente avrebbe potuto, tutt'al più, esercitare l'autotutela a norma dell'art. 1 comma 136 della legge n. 311/2004 che recita: “Al fine di conseguire risparmi o minori oneri finanziari per le amministrazioni pubbliche, può sempre essere

disposto l'annullamento di ufficio di provvedimenti amministrativi illegittimi, anche se l'esecuzione degli stessi sia ancora in corso. L'annullamento di cui al primo periodo di provvedimenti incidenti su rapporti contrattuali o convenzionali con privati deve tenere indenni i privati stessi dall'eventuale pregiudizio patrimoniale derivante, e comunque non può essere adottato oltre tre anni dall'acquisizione di efficacia del provvedimento, anche se la relativa esecuzione sia perdurante". Rispetto a tale previsione l'esercizio dell'autotutela nel caso di specie sarebbe illegittimo perchè tardivo.

Nell'impugnata deliberazione consiliare n. 30/2012 il Comune di Prato ha espresso l'avviso "che, trovandosi l'art. 1 comma 136 L. n. 311/04 e l'art. 21 nonies L. 241/90 in rapporto di complementarità, e non di esclusione, l'amministrazione possa nel caso di specie legittimamente esercitare il potere generale di annullamento d'ufficio, previsto e disciplinato da tale ultima disposizione normativa".

Il Collegio è di diverso avviso. Premesso che le due norme sono coeve (la prima risale al dicembre 2004, mentre la seconda è stata introdotta con la legge n. 15 del febbraio 2005), sussiste un rapporto di specialità della prima rispetto alla seconda. Quest'ultima infatti codifica il caso generale, disponendo: "Il provvedimento amministrativo illegittimo ai sensi dell'articolo 21-octies può essere annullato d'ufficio, sussistendone le ragioni di interesse pubblico, entro un termine ragionevole e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati, dall'organo che lo ha emanato, ovvero da altro organo previsto dalla legge"; mentre la disposizione di cui al citato art. 1 comma 136 fa riferimento alla specifica finalità "di conseguire risparmi o minori oneri finanziari per le amministrazioni pubbliche" e, nel secondo periodo, disciplina puntualmente la fattispecie dell'annullamento "di provvedimenti incidenti su rapporti contrattuali o convenzionali con privati".

Nelle sue difese l'Amministrazione resistente ha richiamato la sentenza del Consiglio di Stato, sez. V, n. 1946 del 7 aprile 2010, in cui si legge a proposito della norma invocata dalla società ricorrente:

"Con tale disposizione è stato disciplinato l'annullamento in re ipsa di provvedimenti che comportano un indebito esborso di danaro pubblico, senza incidere sulla generale codificazione dell'istituto a sensi dell'art. 21 nonies, comma 1, della l. 241/1990 (entrato in vigore dopo l'art. 1, comma 136 ad opera della l.

n. 15/2005).

In assenza di coordinamento tra le due norme deve ritenersi che il citato comma 136 abbia individuato l'unica ipotesi di annullamento per ragioni di pubblico interesse in re ipsa, con esclusione di altri casi, non connessi a risparmi o minori oneri per la p.a., in precedenza a volte ammessi dalla giurisprudenza".

Le considerazioni appena riportate sono condivisibili nella parte in cui evidenziano che l'art. 1 co. 136 ha sollevato l'amministrazione, nell'esercizio dell'autotutela, dall'onere di una puntuale motivazione sull'interesse pubblico quando dichiaratamente persegue la finalità "di conseguire risparmi o minori oneri finanziari"; occorre però evidenziare che quando questo obiettivo incide su "provvedimenti incidenti su rapporti contrattuali o convenzionali con privati" l'autotutela è soggetta a particolari limiti: in particolare, l'annullamento "non può essere adottato oltre tre anni dall'acquisizione di efficacia del provvedimento, anche se la relativa esecuzione sia perdurante".

Detto limite temporale traduce in un dato concreto il parametro indeterminato costituito dal "termine ragionevole" dell'art. 21-nonies ed è stato individuato dal legislatore quale punto di equilibrio tra il potere di annullamento d'ufficio per ragioni di convenienza economico-finanziaria e l'esigenza di certezza nei rapporti contrattuali tra la P.A. e i privati. In questo quadro non sembra possibile individuare - come invece prospettato dal Comune di Prato - uno spazio per l'esercizio dell'autotutela finalizzato ad evitare "un illegittimo esborso di denaro pubblico" (così si esprime la delibera consiliare n. 30/2012) ai sensi della disposizione generale e dunque senza rispettare i limiti e i vincoli dettati dalla norma speciale; se la ragione dell'autotutela è quella "di conseguire risparmi o minori oneri finanziari" e il provvedimento da annullare incide su "rapporti contrattuali o convenzionali con privati", non appare convincente sostenere che l'amministrazione può esercitare il suo potere secondo modalità diverse (in particolare per quanto riguarda il limite temporale) da quelle fissate dall'art. 1 comma 136, con il solo vincolo di una più ampia e puntuale motivazione e con la conseguente possibilità di incidere su contratti in corso intervenendo su provvedimenti (come è nel caso in esame) a dieci anni di distanza dalla loro adozione.

In conclusione, il Collegio ritiene fondata la censura formulata nel ricorso; e non può indurre a diverse

conclusioni il riferimento alla mala fede del contraente privato, prospettata dal Comune resistente, posto che la norma da applicare fa riferimento al solo dato oggettivo del decorso del triennio "dall'acquisizione di efficacia del provvedimento, anche se la relativa esecuzione sia perdurante" (salve ovviamente le eventuali conseguenze derivanti dalle indagini penali in corso, cui non è cenno, peraltro, negli atti impugnati).

5) In relazione a quanto sopra va parzialmente accolta l'azione impugnatoria proposta con l'atto introduttivo del giudizio contro la deliberazione del C.C. di Prato n. 30 del 19/4/2012, che va conseguentemente annullata nella sola parte in cui ha disposto l'annullamento d'ufficio della deliberazione consiliare n. 140 del 3/10/2002.

Alle medesime conclusioni si deve pervenire per quanto riguarda i motivi aggiunti depositati il 12/7/2012 con cui XX ha impugnato, sulla base delle stesse censure, la deliberazione della Giunta comunale di Prato n. 249 del 5/6/2012, nella parte in cui il predetto organo ha disposto l'annullamento in autotutela della propria precedente deliberazione n. 745 del 20/11/2002 (di cui si è trattato al punto 2.2).

6) A conclusioni diverse si deve invece pervenire per quanto riguarda:

- l'azione impugnatoria proposta con l'atto introduttivo del giudizio contro la deliberazione del C.C. di Prato n. 30 del 19/4/2012, nella parte in cui ha disposto l'annullamento d'ufficio delle deliberazioni consiliari n. 101 del 15/6/2006 e n. 214 del 28/10/2004;

- i motivi aggiunti depositati il 12/7/2012 con cui XX ha impugnato la citata deliberazione G.C. n. 249/2012, nella parte relativa all'annullamento in autotutela della precedente deliberazione del medesimo organo n. 669 del 19/10/2004, che si inserisce - come la deliberazione C.C. n. 214/2004 - nel procedimento negoziale riguardante la prima ristrutturazione dei contratti swap;

- i motivi aggiunti depositati il 20/9/2012 con cui è stata impugnata la determinazione dirigenziale n. 1625 del 2/7/2012 di annullamento in autotutela di precedenti determinazioni dirigenziali (n. 3671 del 22.1.2002; n. 3842 del 4.12.2002; n. 2407 del 4.8.2003; n. 3956 del 29.12.2004; n. 1691 del 28.6.2006, quest'ultima erroneamente indicata con il n. 1961), tutte direttamente incidenti sulla stipulazione dei contratti (accordo quadro e successivi swap) sottoscritti con XX e dunque pienamente rientranti nella fase negoziale dei rapporti con la predetta società.

In coerenza con quanto affermato nella sentenza di questo TAR n. 1925/2011 (pronunciata proprio su un precedente provvedimento dirigenziale del Comune di Prato di annullamento in autotutela della determinazione n. 1691/2006) le domande di annullamento dei provvedimenti citati, asseritamente assunti in autotutela, devono essere rivolte al giudice civile (in questo caso non italiano, bensì inglese), poiché tali atti riguardano in realtà la fase tipicamente privatistica nella quale il Comune di Prato e la società ricorrente si trovano su posizioni paritetiche che involgono posizioni di diritto soggettivo.

7) Alla fase relativa all'esecuzione del contratto appartiene anche la domanda riconvenzionale formulata dal Comune di Prato, volta alla declaratoria dell'inefficacia ex tunc dei contratti stipulati con XX; una volta caducato l'annullamento d'ufficio della deliberazione C.C. n. 140/2002 e della deliberazione G.C. n. 745/2002 e rimessa al giudice civile la cognizione delle questioni concernenti gli altri provvedimenti oggetto dell'autotutela comunale, anche sulla domanda riconvenzionale dell'Amministrazione va riconosciuta la giurisdizione di quel giudice e non del giudice amministrativo.

8) La novità e la particolare complessità delle questioni coinvolte nella controversia, nonché l'esito del giudizio giustificano l'integrale compensazione tra le parti delle spese di causa.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Prima), definitivamente pronunciando:

a) accoglie parzialmente l'azione impugnatoria proposta da XX con l'atto introduttivo del giudizio e conseguentemente annulla la deliberazione del C.C. di Prato n. 30 del 19/4/2012, nella sola parte in cui ha disposto l'annullamento d'ufficio della deliberazione consiliare n. 140 del 3/10/2002;

b) accoglie parzialmente l'azione impugnatoria proposta da XX con i motivi aggiunti depositati il 12/7/2012 e conseguentemente annulla la deliberazione della G.C. di Prato n. 249 del 5/6/2012, nella sola parte in cui ha disposto l'annullamento in autotutela della precedente deliberazione n. 745 del 20/11/2002;

c) dichiara inammissibili per difetto di giurisdizione le ulteriori azioni impugnatorie proposte da XX con l'atto introduttivo del giudizio e con i motivi aggiunti depositati il 12/7/2012 e il 20/9/2012 (secondo quanto precisato in motivazione al punto 6);

d) dichiara inammissibile per difetto di giurisdizione la domanda riconvenzionale formulata dal Comune di Prato nell'atto depositato il 9/6/2012;

e) compensa integralmente tra le parti le spese del giudizio.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Firenze nelle camere di consiglio dei giorni 21 novembre 2012 e 6 febbraio 2013, con l'intervento dei magistrati:

*****, Presidente

***** , ***** , Estensore

***** , Primo Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 21/02/2013

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)

<https://www.diritto.it/i-derivati-bancari-sono-come-i-matrimoni-indissolubili-il-comune-non-puo-annullarli-a-nche-se-troppo-esosi/>