

N. 01925/2011 REG.PROV.COLL.

N. 00383/2011 REG.RIC.

N. 00555/2011 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

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 383 del 2011, proposto dal Comune di Prato in persona del competente Dirigente in carica, rappresentato e difeso dall'avv. Pasquale Vulcano, con domicilio eletto presso l'avv. Giovanni Calugi in Firenze, via Gino Capponi 26;

contro

Dexia Crediop s.p.a. in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difeso dagli avvocati Francesco Cardarelli, Stefano Grassi, Massimiliano Danusso e Matilde Tariciotti, con domicilio eletto presso l'avv. Stefano Grassi in Firenze, corso Italia 2;

sul ricorso numero di registro generale 555 del 2011, proposto da:
Dexia Crediop s.p.a. in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco Cardarelli, Stefano Grassi, Massimiliano Danusso e

Matilde Tariciotti, con domicilio eletto presso l'avv. Stefano Grassi in Firenze, corso Italia 2;

contro

il Comune di Prato in persona del Sindaco in carica, rappresentato e difeso dall'avv. Pasquale Vulcano, con domicilio eletto presso l'avv. Giovanni Calugi in Firenze, via Gino Capponi 26;

quanto al ricorso n. 383 del 2011:

per la declaratoria di inefficacia del contratto di *swap*, stipulato dal Comune di Prato con scambio di proposta irrevocabile del 28/06/2006 e di accettazione di Dexia Crediop S.p.a. del 29/06/2006, con conseguente venir meno di tutti gli atti conseguenti, presupposti e comunque collegati, tra cui l'Accordo Quadro stipulato in data 29/11/2002 con Dexia Crediop S.p.a., tramite sottoscrizione di ISDA Master Agreement, Schedule e Termini e condizioni definitive del contratto.

quanto al ricorso n. 555 del 2011, per l'annullamento:

A) della determinazione n. 4142 del 31.12.2010 con la quale il Dirigente dell'Area Risorse Finanziarie del Comune di Prato, ha disposto: 1) di annullare con efficacia retroattiva, con conseguenza del venir meno degli atti stessi e di tutti quelli conseguenti e collegati, dalla stessa data nel quale furono emanati i seguenti atti: determinazione dirigenziale n. 1691 del 28.06.2006 del responsabile del Servizio Finanziario avente ad oggetto "emissione prestiti obbligazionari Dexia Crediop - DCC n. 101 del 15.06.2006 - adempimenti" ed atti conseguenti e collegati, nella sola parte relativa ai contratti di *swap* di cui ai punti 4) e 5);

2) di non procedere al pagamento del differenziale netting negativo al 31.12.2010, pari ad Euro 1.039.409,55, in attesa degli esiti del procedimento in corso, accantonando tale importo a bilancio, fatti salvi ulteriori provvedimenti finanziari da adottare successivamente alla presente determinazione da parte del dirigente responsabile;

3) di trasmettere il presente atto al Ministero dell'Economia e delle Finanze - Dipartimento 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 e di tutte le connesse relazioni tecniche ivi richiamate;

B) della nota prot. 2011/0014296 del 1.02.2011, con la quale il Comune in risposta alla *notice of a failure to pay* di Dexia del 14.01.2011, replicava rifiutando il pagamento del *netting* in scadenza il 31.12.2010, in forza della determina 4142 del 31.12.2010 e dell'efficacia caducatoria *ex tunc* che tale delibera avrebbe determinato sul contratto di *swap* concluso nel 2006;

nonché di ogni altro atto presupposto, derivato, conseguente e comunque connesso, con particolare, ma non esclusivo, riferimento:

C) alla deliberazione n. 98 del 4.11.2010, con la quale il Comune di Prato ha avviato il procedimento sfociato nell'annullamento della determina di approvazione dei contratti di *swap* conclusi nel 2006 dall'amministrazione con Dexia Crediop, approvando nuove linee di indirizzo in tema di strumenti finanziari, con particolare riferimento ai contratti derivati/*swap*, sollecitando la giunta comunale, nel quadro degli approfondimenti in corso, ad attivare tutte le azioni a tutela dell'integrità patrimoniale del Comune di Prato ed invitandola a verificare l'opportunità, nel rispetto dei principi di buon andamento e di corretta amministrazione, di attivarsi in tutte le sedi giurisdizionali deputate nonché di verificare la possibilità di dar luogo ad atti amministrativi nell'esercizio dei poteri di autotutela;

D) alla nota prot. 155469 del 13.12.2010, con la quale il Comune di Prato comunicava che l'Amministrazione aveva avviato in data 4.11.2010 un procedimento avente ad oggetto la verifica della legittimità degli atti e dei provvedimenti amministrativi del Comune di Prato in tema di strumenti finanziari,

con particolare riferimento ai contratti in strumenti derivati e, specificamente al contratto concluso con Dexia Crediop il 29.06.2006;

E) alla nota prot. 159214 del 21.12.2010, con la quale il Comune fissava al 23.12.2010 il termine per la presentazione di memorie e documenti da parte di Dexia e stabiliva che il procedimento si sarebbe concluso entro e non oltre il 27.12.2010;

F) alla nota prot. 159984 del 22.12.2010, con la quale il Comune differiva al 28.12.2010 il termine per la presentazione di eventuali memorie e documenti ed al 31.12.2010 il termine per la conclusione del procedimento avviato con delibera n. 98 del 4.11.2010;

G) alla determinazione n. 2723 dell'8.10.2010 con la quale il Dirigente del servizio Risorse Finanziarie deliberava di conferire all'Avv. Pasquale Vulcano l'incarico di supporto amministrativo e legale su contratti derivanti/swap, e comunque quanto altro connesso ai finanziamenti ricevuti dal Comune di Prato a decorrere dal 2002, nelle parti in cui reca prime valutazioni in merito ai contratti sottoscritti dal Comune con Dexia.

Visti i ricorsi e i relativi allegati;

Visti i rispettivi atti di costituzione in giudizio di Dexia Crediop s.p.a. e del Comune di Prato;

Visto il ricorso incidentale proposto nel ricorso R.g. n. 383/2011;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'art. 120, co. 9, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 novembre 2011 il Consigliere dott. Alessandro Cacciari e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

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 avente ad oggetto la manifestazione di interesse per individuare un *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 la proposta formulata da Dexia Crediop s.p.a. (nel seguito: "Dexia") che pertanto è stata nominata *advisor* con determinazione dirigenziale 29 luglio 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 della giurisdizione italiana a favore di quella britannica relativamente a "qualsiasi causa, azione o procedimento legale" riguardante il medesimo. Infine, con determinazione dirigenziale 4 dicembre 2002, n. 3842, il Comune di Prato ha approvato il testo della proposta irrevocabile di Dexia per stipulare il contratto di *Interest Rate Swap*, poi concluso il 4 dicembre 2002 con decorrenza 30 giugno 2002 e scadenza 30 giugno 2012.

Nell'anno 2003 il Comune ha approvato l'emissione di un prestito obbligazionario per il finanziamento di opere pubbliche sottoscritto integralmente da Dexia, 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 Dexia 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 Cassa Depositi e Prestiti s.p.a. e con Cariprato-Cassa di

risparmio di Prato 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 ottobre 2004, n. 214, ha stabilito la conversione dei mutui con emissione di prestito obbligazionario sottoscritto interamente da Dexia e la contestuale stipulazione del contratto di *swap*.

Con delibera consiliare 9 dicembre 2004, n. 245, è stata poi deliberata un'ulteriore emissione di buoni obbligazionari comunali per il finanziamento di opere pubbliche.

Con successiva delibera consiliare 23 dicembre 2004, n. 254, è stato ridotto l'importo complessivo oggetto dell'operazione di emissione di prestiti obbligazionari di cui alla delibera consiliare 214/04 e si è provveduto ad emettere un nuovo prestito obbligazionario sottoscritto integralmente da Dexia. Con determinazione dirigenziale 29 dicembre 2004, n. 3956, il Comune di Prato e Dexia hanno sciolto il contratto di *Interest Rate Swap* in essere e stipulato due nuovi contratti a copertura delle ulteriori emissioni obbligazionarie.

Nell'anno 2005 è stata stabilita un'ulteriore emissione di buoni obbligazionari per il finanziamento di opere pubbliche.

Le operazioni suddette sono state poi oggetto di una ristrutturazione, e con determinazione dirigenziale 28 giugno 2006, n. 1691, l'Amministrazione ha stabilito di sciogliere i tre contratti *swap* all'epoca in essere con Dexia 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 giugno 2006 e accettazione da parte di Dexia il 29 giugno 2006.

Con determinazione 31 dicembre 2010, n. 4142, l'Amministrazione ha però deciso di annullare in via di autotutela tale ultimo provvedimento poiché a suo dire il contratto, al momento della stipulazione, avrebbe previsto costi impliciti non

evidenziati, senza rispettare quindi i principi di convenienza economica di cui alla l. 28 dicembre 2001, n. 448. Inoltre Dexia avrebbe operato in conflitto di interesse rivestendo allo stesso tempo il ruolo di *advisor* del Comune e di sua controparte contrattuale. Ha inoltre stabilito con il medesimo provvedimento di non procedere al pagamento a favore di Dexia del differenziale negativo al 31 dicembre 2010 pari a € 1.039.409,55.

Detto provvedimento è stato impugnato da Dexia con ricorso rubricato sub R.g. n. 554/2011, notificato il 4 marzo 2011 e depositato il 14 marzo 2011. La ricorrente lamenta carenza di potere poiché la determinazione annullata sarebbe espressione di una volontà negoziale e non autoritativa diretta a rivedere i rapporti contrattuali in essere tra le parti. Deduce inoltre che il potere di autotutela non avrebbe potuto essere legittimamente esercitato nel caso di specie poiché era trascorso il triennio entro il quale l'Amministrazione, ai sensi dell'art. 1, comma 136, l. 30 dicembre 2004 n. 311, può annullare i provvedimenti amministrativi incidenti su rapporti contrattuali o convenzionali con privati al fine di conseguire risparmi o minori oneri finanziari. Lamenta poi che l'Amministrazione non avrebbe consentito la partecipazione nel procedimento di autotutela e deduce che nella fattispecie non sarebbe applicabile l'art. 41, l. 448/2001, poiché non si sarebbe verificata la trasformazione di un mutuo preesistente in un nuovo debito. In subordine, deduce che la suddetta norma non troverebbe applicazione ai contratti derivati e si duole dell'asserita infondatezza, sotto il profilo tecnico, della determinazione assunta dall'Amministrazione intimata. Sostiene poi di avere agito secondo buona fede nei rapporti con quest'ultima.

Si è costituito il Comune di Prato replicando puntualmente alle deduzioni della ricorrente e sostenendo in particolare, in relazione al primo motivo, che il provvedimento annullato costituirebbe fase conclusiva dell'intera operazione di ristrutturazione del debito posta in essere. Infatti i contratti di *swap* e l'Accordo

Quadro ISDA Master Agreement sarebbero tra loro tutti legati funzionalmente, sicché l'annullamento dovrebbe ritenersi esteso a tutti gli atti collegati a quello espressamente indicato.

All'udienza del 6 aprile 2011 fissata per la decisione sulla domanda cautelare, la trattazione della causa è stata rinviata al merito.

All'udienza del 23 novembre 2011 la causa è stata trattenuta in decisione.

2. Il Comune di Prato, con ricorso notificato l'11 febbraio 2011 e depositato il 22 febbraio 2011 e rubricato sub R.g. n. 383/2011, ha chiesto a questo Tribunale di dichiarare l'inefficacia del medesimo contratto di *Interest Rate Swap* stipulato con Dexia, deducendo che al momento della stipulazione sarebbero stati previsti costi impliciti non evidenziati e non sarebbero quindi stati rispettati i principi di convenienza economica di cui alla l. 448/01. Inoltre Dexia avrebbe operato in conflitto di interesse rivestendo allo stesso tempo il ruolo di *advisor* del Comune e di sua controparte contrattuale

Si è costituita Dexia eccependo difetto di giurisdizione e replicando puntualmente nel merito alle deduzioni della ricorrente, e proponendo anche ricorso incidentale notificato il 21 marzo 2011 e depositato il 28 marzo 2011.

All'udienza del 23 novembre 2011 la causa è stata trattenuta in decisione.

3. I ricorsi devono essere riuniti per ragioni di connessione, e devono entrambi essere dichiarati inammissibili per difetto di giurisdizione di questo Tribunale.

È noto che l'iter di esecuzione di un contratto pubblico deve essere suddiviso in due fasi, la prima volta all'individuazione del contraente mediante procedure di evidenza pubblica e la seconda riguardante l'esecuzione del contratto aggiudicato. Nella prima fase la stazione appaltante agisce esplicando potestà di diritto pubblico in quanto l'individuazione del contraente è volta a tutelare non solo gli interessi della medesima stazione appaltante, ma anche quelli più generali evidenziati nelle norme di evidenza pubblica sia nazionali che comunitarie, vale a dire la creazione

di un mercato aperto, trasparente ed efficiente. Questo spiega la sottoposizione dell'agire della stazione appaltante a norme di carattere pubblicistico nella fase di individuazione del proprio contraente. Una volta che questo sia stato individuato e che il contratto sia stato stipulato, le parti si trovano invece su una posizione paritetica perché nella fase di esecuzione del medesimo contratto vengono in rilievo posizioni di diritto soggettivo, tranne alcune eccezioni specificamente individuate come l'autorizzazione al subappalto (C.d.S. IV, 24 marzo 2010 n. 1713). Si vuole quindi ricordare che il contratto pubblico di lavori, servizi e forniture è caratterizzato da questo doppio stadio, inteso come doppio *modus operandi* della stazione appaltante: pubblicistico nella fase di individuazione del contraente; civilistico nella fase di esecuzione del contratto aggiudicato. Da qui nascono le conseguenze in tema di riparto della giurisdizione.

Il giudice amministrativo, poiché è competente a sindacare l'esercizio del potere pubblico delle amministrazioni (art. 7 c.p.a.), possiede giurisdizione nella prima fase; il giudice civile possiede invece giurisdizione nella fase successiva (art. 133, comma 1, lett. e) c.p.a.).

Per individuare quale sia il plesso giurisdizionale competente nella fattispecie in esame occorre qualificare correttamente la determinazione dirigenziale del Comune di Prato n. 1691/2006.

Con tale provvedimento esso ha inteso sciogliere tre contratti *swap* stipulati con Dexia e formulato alla medesima una proposta di rideterminazione del negozio già stipulato. L'operazione poi è stata portata a termine mediante accettazione di una proposta contrattuale da parte della seconda. Trattasi quindi di un'operazione a carattere prettamente civilistico, in cui la parte pubblica e quella privata hanno sciolto per mutuo dissenso un contratto tra loro intervenuto e lo hanno contestualmente riformulato a nuove condizioni mediante scambio di proposta e accettazione, senza esplicitazione di alcuna potestà a carattere pubblicistico. Tutta

L'operazione è compresa entro l'ambito privatistico contrattuale nella quale le parti si pongono su base paritetica, venendo in rilievo unicamente diritti soggettivi e non interessi legittimi.

La fattispecie in esame é quindi diversa rispetto a quella decisa da questa Sezione con sentenza n. 6579/2010. In quest'ultima si discuteva dell'annullamento dei provvedimenti di evidenza pubblica e delle conseguenze che ne derivano sul contratto pubblico nel frattempo stipulato; qui invece si discute di un atto mediante il quale il Comune di Prato ha inteso sciogliersi da un vincolo contrattuale sorto nell'esercizio di capacità di diritto civile nato dalla rinegoziazione di un contratto già aggiudicato tra l'amministrazione ed il privato contraente.

Gli atti dell'evidenza pubblica non sono stati in alcun modo toccati dalla determinazione comunale di (preteso) annullamento n. 4142/2010 e non convince la tesi della difesa comunale, secondo la quale tale provvedimento inciderebbe su tutti gli atti precedenti a partire da quelli di affidamento, essendo i successivi contratti intervenuti con Dexia parti della stessa operazione. La tesi non convince perché la determinazione n. 4142/2010 prevede l'annullamento soltanto della precedente determinazione n. 1691/2010 e non di altri provvedimenti, né diverse conclusioni possono essere ricavate dal fatto che l'annullamento sia esteso agli atti "conseguenti e collegati". In primo luogo nemmeno nel processo amministrativo é dato ricavare un'estensione della richiesta di annullamento formulata dal ricorrente ad atti che non siano espressamente richiamati, ma indicati genericamente con frasi come quella in esame (C.d.S. V, 28 dicembre 2007 n. 6711); inoltre, ammettere tale ipotesi significherebbe riconoscere all'Amministrazione una sorta di potere implicito in materia di annullamento d'ufficio dei propri provvedimenti che, a tacer d'altro, contrasterebbe palesemente con il principio di legalità; infine è dirimente il fatto che detta estensione pretesa dall'Amministrazione riguarderebbe comunque gli atti *conseguenti* alla determinazione n. 1691/2006 e non quelli antecedenti. Ne

segue che gli atti di evidenza pubblica del Comune di Prato devono ritenersi a tutt'oggi vigenti.

4. In applicazione delle coordinate sopraesposte devono quindi trarsi le seguenti conclusioni.

Entrambi i ricorsi riguardano l'ultimo contratto di *swap* stipulato tra il Comune di Prato e Dexia a seguito di rinegoziazione di un contratto precedentemente intercorso tra loro.

Con il ricorso R.g. n. 383/2011 il Comune di Prato chiede a questo Tribunale di dichiarare l'inefficacia del contratto, ma tale richiesta deve essere rivolta al giudice civile, poiché quest'ultimo è competente in materia di esecuzione dei contratti pubblici. Su questo ricorso (come sui relativo ricorso incidentale) deve pertanto essere declinata la giurisdizione da parte del Tribunale Amministrativo adito.

Con il ricorso R.g. n. 555/2011 Dexia chiede a questo Tribunale l'annullamento della determinazione del Comune di Prato n. 4142/2010 con cui quest'ultimo ha inteso sciogliersi dal vincolo derivante dal sopramenzionato contratto, ma anche tale richiesta deve essere rivolta al giudice civile poiché attiene 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.

In conclusione entrambi i ricorsi principali e quello incidentale svolto da Dexia nel ricorso n. 383 2011 devono essere dichiarati inammissibili per difetto di giurisdizione.

Il Collegio ritiene che non esista un giudice nazionale competente cui le parti debbano essere rimesse, poiché la giurisdizione italiana è stata da loro derogata.

Le spese di causa possono essere integralmente compensate in ragione della reciproca soccombenza e della particolarità delle questioni trattate.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sui ricorsi, come in epigrafe proposti, li riunisce e li dichiara inammissibili per difetto di giurisdizione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 23 novembre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Buonvino, Presidente

Carlo Testori, Consigliere

Alessandro Cacciari, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 12/12/2011

IL SEGRETARIO

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