

Niente autotutela per i derivati



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 1149 del 2011, proposto dalla società Dexia Crediop s.p.a. in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avvocati Fabio Merusi e Giuseppe Massimiliano Danusso, con domicilio eletto presso la Segreteria del T.A.R. in Firenze, via Ricasoli 40;

contro

il Comune di Firenze in persona del Sindaco in carica, rappresentato e difeso dagli avvocati Sergio Peruzzi, Francesca De Santis e Antonella Pisapia, con domicilio eletto presso l'Avvocatura Comunale in Firenze, pz. Signoria, pal. Vecchio;

per l'annullamento

della delibera della Giunta Comunale del Comune di Firenze n. 2011/G/00051 nonché della determinazione del Dirigente responsabile della Direzione Risorse Finanziarie n.

2011/DD/02723 in data 30.3.2011, e di ogni altro atto presupposto, conseguente o connesso, e comunque richiamato nei due provvedimenti impugnati, nonché per il risarcimento di tutti i danni conseguenti.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

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

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 aprile 2013 il dott. Alessandro Cacciari e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Il Comune di Firenze, il 30 maggio 2002, ha sottoscritto un contratto "derivato" con la banca Merrill Lynch che prevedeva uno scambio di somme di denaro tra le parti, a titolo di capitale ed interessi, in parte fissi e in parte variabili. Successivamente, con determinazione dirigenziale 5 maggio 2005, n. 4095, l'ente ha indetto una procedura per individuare un advisor finanziario incaricato della gestione attiva dell'indebitamento all'esito della quale sono state selezionate le banche Dexia Crediop s.p.a. e UBS limited. La prima è stata poi scelta per assistere l'Amministrazione nel perfezionamento di un'emissione obbligazionaria finalizzata all'estinzione di precedenti passività, tra cui i mutui costituenti sottostante del contratto derivato già stipulato con la Banca Merrill Lynch. Il prestito obbligazionario è stato emesso dal Comune in due tranches, il 9 e il 16 dicembre 2005 e conseguentemente, con deliberazione giunta 16 maggio 2006, lo stesso ha deciso di ristrutturare i contratti

derivati per allinearli alla nuova situazione di indebitamento.

Con determinazione dirigenziale 22 giugno 2006, n. 5869, è quindi stata indetta una procedura negoziata per individuare una controparte a tal fine, all'esito della quale con d.d. 26 giugno 2006, n. 6163 Dexia è risultata aggiudicataria, insieme a UBS e Merrill Lynch. Conseguentemente l'operazione è stata condotta da queste tre banche in quote paritetiche. In particolare, per quanto qui interessa, l'Amministrazione ha ceduto a Dexia la quota di un terzo del precedente derivato ed essa ha pagato a Merrill Lynch il prezzo per la sua estinzione.

Successivamente Dexia ha concluso con l'Amministrazione due nuovi contratti di Interest Rate Swap aventi come sottostante le due tranches del prestito obbligazionario.

Il Comune di Firenze, con deliberazione giunta 28 marzo 2011, n. 51 e determinazione dirigenziale 30 marzo 2011, n. 273, ha però deciso di annullare i precedenti provvedimenti con i quali aveva disposto la ristrutturazione dei propri contratti derivati, ovvero la deliberazione giunta 16 maggio 2006 e le determinazioni dirigenziali 5869/06 e 6163/06. I suddetti provvedimenti sono stati impugnati con il presente ricorso, notificato il 26 maggio 2011 e depositato il 1° giugno 2011, per violazione di legge ed eccesso di potere sotto diversi profili.

Si è costituito il Comune di Firenze chiedendo il rigetto del ricorso.

All'udienza del 19 aprile 2013 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. La presente controversia ha ad oggetto la legittimità degli epigrafati provvedimenti con cui il Comune di Firenze ha

inteso annullare in autotutela gli atti con cui aveva provveduto alla ristrutturazione dei contratti di "derivati" precedentemente stipulati, al fine di allinearli alla nuova situazione del proprio indebitamento.

1.1 La ricorrente, affidataria (insieme ad altri due istituti bancari) della ristrutturazione, con primo motivo lamenta che i provvedimenti impugnati avrebbero ad oggetto vizi inerenti la validità del contratto stipulato, e giudice competente a conoscere della questione sarebbe quello civile identificato in via negoziale dalle parti, ossia il giudice inglese innanzi al quale è già stato incardinato un giudizio. Quest'ultimo processo poi avrebbe carattere di principalità rispetto al procedimento in esame del quale dovrebbe disporsi la sospensione; in ogni caso i provvedimenti impugnati non avrebbero influenza alcuna sul contratto stipulato tra le parti.

Con secondo motivo deduce violazione dell'art. 1, comma 136, l. 30 dicembre 2004, n. 311 perché l'annullamento in autotutela è intervenuto oltre tre anni dal momento in cui i provvedimenti annullati hanno acquisito efficacia.

Con terzo motivo lamenta mancanza di proporzionalità fra l'interesse pubblico al mantenimento del contratto e quello al suo annullamento, in quanto l'Amministrazione avrebbe omesso di esaminare le conseguenze sul contratto sottostante derivanti dall'annullamento. Infatti senza il "collar" del contratto derivato la ristrutturazione del debito sottostante sarebbe lasciata alla variabilità del tasso di riferimento, ovvero l'euribor.

Con quarto motivo si duole del travisamento dei fatti in cui sarebbe incorsa l'Amministrazione e della motivazione asseritamente erronea: sarebbero infatti totalmente inconferenti le ragioni con le quali è stata giustificata l'adozione dei provvedimenti impugnati.

Con quinto motivo deduce che l'Amministrazione avrebbe adottato i provvedimenti impugnati di autotutela con la finalità di sciogliersi da un contratto stipulato, anziché utilizzare gli strumenti negoziali previsti in caso di sopravvenienza.

La ricorrente chiede inoltre di essere indennizzata per il pregiudizio patrimoniale derivante dall'emanazione dei provvedimenti gravati, laddove fosse verificata la loro legittimità; in caso di annullamento, chiede il risarcimento del danno comprensivo di quello conseguente alla lesione della propria immagine commerciale.

1.2 La difesa comunale replica puntualmente alle deduzioni della ricorrente e rende noto di avere proposto azione avanti al Tribunale Ordinario per accertare la nullità o l'annullabilità del contratto sottoscritto con la ricorrente, e a tale proposito chiede la sospensione del presente processo. Rende noto inoltre di avere proposto ricorso avanti a questo Tribunale Amministrativo (rubricato sub R.g. n. 533/2013) per chiedere il risarcimento danni alla ricorrente, e ne chiede la riunione al presente ricorso.

2. Il Collegio ritiene che la causa sia matura per la decisione e pertanto non dispone la riunione con il ricorso R.g. n. 533/2013, che può essere definito indipendentemente dalla presente controversia, né ravvisa alcuna ragione di pregiudizialità con il processo civile intentato dall'Amministrazione avanti il Tribunale Ordinario.

Questo Giudice ritiene infatti di essere sfornito di giurisdizione in ordine all'oggetto del contendere.

Giova ricordare che la Sezione ha, in precedenti occasioni, già affrontato tematiche relative a provvedimenti assunti da autorità pubbliche incidenti in vario modo su contratti "derivati".

In particolare, con sentenza n. 6579/2010, pur ritenendo

corretti i provvedimenti assunti in autotutela dalla Provincia di Pisa volti a rimuovere i propri atti relativi alla individuazione, a seguito di gara ufficiosa, di uno o più intermediari finanziari con i quali perfezionare un'operazione di ristrutturazione del proprio debito, ha ritenuto, non di meno, di annullare i provvedimenti in quell'occasione impugnati nelle sole parti in cui pretendevano di privare di efficacia i conseguenti contratti a suo tempo stipulati con le ricorrenti; ciò nel presupposto che nel nostro ordinamento non può essere consentito all'amministrazione di influire in modo unilaterale sull'efficacia del contratto stipulato, nemmeno allorché siano individuate violazioni della procedura di evidenza pubblica, spettando al giudice civile competente di conoscere dell'esecuzione del contratto.

Con sentenza n. 154/2011 la Sezione, pronunciando su due ricorsi proposti dalla Provincia di Pisa, ha ribadito la sussistenza della giurisdizione del giudice civile in ordine alle controversie radicate dall'amministrazione medesima per conseguire la declaratoria di inefficacia dei predetti contratti swap.

Tali sentenze sono state riformate dal Consiglio di Stato dapprima con decisione parziale/interlocutoria n. 5032/2011, resa sui ricorsi in appello riuniti proposti, da un lato, dalle società Dexia Crediop e Depfa Bank, nonché dalla Provincia di Pisa, avverso la sentenza TAR n. 6579/2010, dall'altro, dalla medesima Provincia di Pisa avverso la sentenza TAR n. 154/2011, con la quale è stata ritenuta la sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo anche per ciò che attiene ai giudizi concernenti l'efficacia del contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione con il conseguente accoglimento, al riguardo, degli appelli proposti dalla Provincia di Pisa avverso le sentenze TAR nn. 6579/2010 e 154/2011, laddove declinavano la giurisdizione del giudice amministrativo, non seguito, peraltro, dalla rimessione degli atti al primo giudice ai fini della decisione

sulla fondatezza o meno dell'originaria domanda di declaratoria di inefficacia dei contratti medesimi. Lo stesso Consiglio ha poi ritenuto, con sentenza definitiva n. 5962/2012, illegittimi i contestati atti di annullamento in autotutela dovendo ritenersi economicamente conveniente, ai sensi dell'art. 41 della legge n. 448/2001, l'operazione di ristrutturazione del debito a suo tempo operata dall'amministrazione provinciale; donde l'accoglimento degli originari ricorsi (di Dexia Crediop e Depfa Bank).

In altra occasione (sentenza n. 1925/2011, passata in giudicato) il TAR ha ritenuto il proprio difetto di giurisdizione in relazione, da un lato, al ricorso proposto dal Comune di Prato per la declaratoria di inefficacia di un contratto swap stipulato dal Comune stesso con Dexia Crediop con scambio di proposta irrevocabile del 28 giugno 2006 e correlata accettazione il successivo giorno 29, dall'altro al ricorso, riunito al primo, recante l'impugnazione, da parte del predetto istituto bancario, di una serie di atti comunali volti ad annullare, con efficacia retroattiva, le precedenti determinazioni che, nel 2006, avevano portato alla "emissione prestiti obbligazionari Dexia Crediop".

Successivamente, con sentenza n. 263/2013, resa tra le stesse parti di cui alla controversia che precede (Dexia / Comune di Prato) la Sezione ha ritenuto il proprio difetto di giurisdizione con riguardo all'impugnazione delle determinazioni comunali del 2012 recanti l'autoannullamento delle operazioni di rinegoziazione di taluni contratti swap operata nel 2006, ma, per converso, ha ritenuto la propria competenza giurisdizionale con riguardo all'impugnativa delle medesime determinazioni comunali impugnate nella parte in cui erano volte all'annullamento delle operazioni di carattere concorrenziale, risalenti al 2002, afferenti alla fase pubblicitica ed ai puntuali contenuti della stessa (con detta sentenza la Sezione ha annullato gli impugnati provvedimenti comunali e rigettato il ricorso proposto dal comune di Prato

avendo ritenuto la violazione del disposto di cui all'art. 1, comma 136, della legge n. 311/2004; censura analoga viene formulata anche in questa sede).

Ciò premesso, può osservarsi che la presente controversia trae origine dalla decisione del Comune di Firenze, assunta con deliberazione della Giunta Comunale-atto di indirizzo in data 16 maggio 2006 e determinazioni dirigenziali 22 giugno 2006, n. 5869 e 26 giugno 2006, n. 6163, di modificare il contratto di swap a suo tempo stipulato con la banca Merrill Lynch al fine di ristrutturarlo con il perfezionamento di due nuove operazioni di Interest Rate Swap, ed allinearle all'indebitamento risultante a tali date. A tal fine è stata posta in essere una procedura negoziata la quale, come risulta dalla determinazione dirigenziale 6163/2006, ha condotto alla rimodulazione del suddetto contratto mediante la stipulazione di nuovi contratti IRS con l'originale contraente Merrill Lynch e i nuovi contraenti UBS limited e Dexia Crediop s.p.a.

Con gli atti qui impugnati l'Amministrazione ha inteso annullare i sopracitati provvedimenti al fine, sia pure non dichiarato espressamente, di porre nel nulla l'efficacia del contratto stipulato con l'attuale ricorrente all'esito della suddetta operazione. Tale finalità si evince dal punto secondo del dispositivo del provvedimento dirigenziale 2723/2011 laddove si dà atto che l'annullamento dei provvedimenti dirigenziali sopracitati, assunti nel giugno 2006, "comporta minori oneri finanziari per l'amministrazione e per la banca il mancato concretarsi di attività economiche frutto di contratti conseguenti all'adozione di provvedimenti invalidi".

La finalità dei provvedimenti di cui oggi si discute consisteva quindi nel sottrarre l'Amministrazione alle conseguenze economiche negative derivanti dalla stipulazione dei contratti avvenuta all'esito della suddetta ristrutturazione. Occorre dunque interrogarsi preliminarmente sulla qualificazione giuridica dell'operazione condotta dall'Amministrazione con gli atti che ha poi preteso di

annullare in autotutela mediante i provvedimenti odiernamente gravati.

A giudizio del Collegio essa non può essere identificata come affidamento di un (nuovo) contratto pubblico.

L'Amministrazione intimata infatti ha inteso effettuare una novazione solo parziale del contratto (all'epoca) in essere con Merrill Lynch, senza modificarne gli elementi essenziali, ma solo allineandolo alla nuova situazione debitoria per estenderlo alle emissioni obbligazionarie effettuate nel dicembre 2005, come risulta dal punto a) dell'atto di indirizzo della Giunta Comunale 16 maggio 2006. In tal modo l'Amministrazione non ha affidato un nuovo contratto pubblico ma ha modificato le condizioni del contratto sopramenzionato, intervenendo quindi su un rapporto negoziale già esistente con i poteri e la capacità di diritto civile e non di diritto pubblico.

È noto infatti che la fase autoritativa, nella contrattualistica pubblica, termina con la stipulazione del contratto e tutto quanto accade a valle di tale momento, ivi comprese eventuali modifiche del rapporto quali, ad esempio le varianti in corso d'opera nei contratti dei lavori pubblici, e salve alcune specifiche eccezioni come l'autorizzazione al subappalto (C.d.S. IV, 24 marzo 2010 n. 1713), fuoriesce dalle prerogative di diritto pubblico e rientra nell'ambito del diritto civile, con conseguente giurisdizione del giudice ordinario.

Quanto avvenuto fra l'anno 2006 e l'adozione dei provvedimenti odiernamente impugnati rientra nella modifica di condizioni contrattuali in essere attuata nell'esplorazione di capacità civilistica. Con i provvedimenti che oggi pretende di annullare, il Comune di Firenze ha cioè inteso modificare le condizioni di un rapporto contrattuale (all'epoca) in essere, e non affidare un nuovo contratto pubblico.

A tal fine è irrilevante la circostanza che sia stata espletata una procedura per individuare nuovi soggetti cui affidare la ristrutturazione del contratto a suo tempo stipulato con Merrill Lynch.

La stessa Amministrazione, nel verbale della Commissione allegata alla determinazione dirigenziale 6163/2006, afferma che l'operazione è stata effettuata nell'ambito della modificazione (id est ristrutturazione) di un contratto vigente, ovvero nella fase esecutiva di un contratto già affidato nella quale si esplicita capacità di diritto civile della stazione appaltante. La procedura (cosiddetta) negoziata espletata dall'Amministrazione deve più correttamente essere qualificata come indagine di mercato posta in essere nella sua capacità di diritto civile.

L'operazione di cui si discute, ed i cui atti il Comune ha preteso di annullare in autotutela, non ha quindi comportato l'affidamento di un nuovo contratto pubblico, ma la parziale novazione e rimodulazione delle condizioni relative ad un rapporto negoziale (all'epoca) in essere, e pertanto, (conformemente a quanto dalla Sezione già ritenuto con la citata sentenza n. 1925/2011) non può che qualificarsi come attività di diritto civile su cui insiste la giurisdizione ordinaria. La cognizione del giudice amministrativo in materia è infatti limitata, ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. e), n. 1), c.p.a., all'affidamento di contratti pubblici operato da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale, e non si estende a quanto accade successivamente alla stipulazione del contratto stesso. Essa in particolare non comprende la modificazione delle condizioni contrattuali in essere, avvenga o meno con l'originario contraente o anche con terzi soggetti.

E' appena il caso di precisare che le qualificazioni delle parti non sono vincolanti ai fini dell'individuazione del

plesso giurisdizionale competente, dovendo esso identificarsi in base non alle loro prospettazioni, ma alla situazione soggettiva dedotta in giudizio.

Da quanto sopra esposto segue che i provvedimenti odiernamente impugnati non possono qualificarsi come atti pubblicistici di autotutela, bensì come atti di recesso contrattuale posti in essere dal Comune di Firenze con la capacità di diritto civile, la cui liceità deve perciò essere conosciuta dal giudice ordinario il quale, in base alle condizioni contrattuali stipulate dal medesimo Comune, risulta identificabile in quello inglese.

La controversia fuoriesce quindi dall'ambito di applicazione dell'art. 133, comma 1, lett. e), n. 1), c.p.a. che identifica il limite della giurisdizione amministrativa nel momento di affidamento del contratto pubblico, sia pure con estensione alla declaratoria di inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell'aggiudicazione. Quelli che l'Amministrazione ha inteso "annullare" con i provvedimenti gravati in questa sede sono atti non amministrativi ma civilistici, nei quali è immanente non l'interesse pubblico alla creazione di un mercato aperto e concorrenziale (che fonda la giurisdizione amministrativa in materia di procedure di evidenza pubblica) ma l'interesse privatistico dell'Amministrazione a fruire delle più opportune condizioni contrattuali nell'ambito di un rapporto negoziale in corso.

Il ricorso deve quindi essere dichiarato inammissibile per difetto di giurisdizione.

Le spese vengono compensate in relazione alla novità ed alla complessità delle questioni affrontate.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara inammissibile per difetto di

giurisdizione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Firenze nelle camere di consiglio dei giorni 19 aprile 2013, 8 maggio 2013, con l'intervento dei magistrati:

Paolo Buonvino, Presidente

Alessandro Cacciari, Consigliere, Estensore

Pierpaolo Grauso, Consigliere

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 06/06/2013