

Consiglio di Stato ad. plen., 05/05/2014 n. 13

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria)
ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 40 di A.P. del 2013, proposto da:

Regione Piemonte, in persona del Presidente protempore, rappresentata e difesa dagli avv. Franco Gaetano Scoca, Mauro Renna, con domicilio eletto presso Franco Gaetano Scoca in Roma, via Giovanni Paisiello 55;
contro

Dexia Crediop Spa, in persona del legale rappresentante protempore, rappresentata e difesa dagli avv. Francesco Cardarelli, Filippo Lattanzi, con domicilio eletto presso Filippo Lattanzi in Roma, via P.G.Da Palestrina N47;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. PIEMONTE - TORINO: SEZIONE I n. 01390/2012, resa tra le parti, concernente la sentenza del T.A.R. PIEMONTE - TORINO: SEZIONE I n. 01390/2012, resa tra le parti, con cui è stato dichiarato il difetto di giurisdizione sulla impugnativa proposta avverso il provvedimento regionale di annullamento in autotutela dell'autorizzazione alla sottoscrizione di contratti di derivati, cd. swap;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Dexia Crediop Spa;

Viste le memorie difensive;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 26 marzo 2014 il Cons. Marzio Branca e uditi per le parti gli avvocati Stefano Salvatore Scoca per delega di Mauro Renna e di Franco Gaetano Scoca, e Francesco Cardarelli.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

Fatto

FATTO

1. Con l'appello n.1758 del 2013 la Regione Piemonte ha impugnato la sentenza n. 1390 del 21 dicembre 2012, con la quale il TAR del Piemonte ha dichiarato inammissibile per difetto di giurisdizione del giudice amministrativo il ricorso proposto dalla Dexia Crediop S.p.A. avverso la deliberazione della Giunta regionale 23 gennaio 2012 n. 243305, e le conseguenti determinazioni dirigenziali, con le quali era stata parzialmente annullata d'ufficio, ai sensi dell'art. 21 nonies della L. 7 agosto 1990 n. 241, la precedente deliberazione della stessa Giunta 2 agosto 2006 n. 1353655, recante - fra l'altro - l'autorizzazione alla stipulazione di contratti di derivati - cosiddetti swaps.

In breve, la Regione aveva emesso nel 2006 due tranches di prestito obbligazionario, l'una del valore nominale di Euro. 1.800 milioni riservato ad investitori istituzionali con scadenza trentennale e tasso di interesse variabile, l'altra del valore nominale di Euro. 56 milioni, destinata a fondazioni bancarie italiane, con durata di sette anni e tasso d'interesse fisso. Ai sensi della normativa vigente - art. 41, comma 2, L. 28 dicembre 2001 n. 448 - la Regione e gli istituti bancari, selezionati mediante una gara informale per l'organizzazione ed il collocamento sul mercato della prima emissione obbligazionaria, avevano appunto concordato di affiancare ai due prestiti la stipula di contratti derivati al fine di consentire sia l'accantonamento periodico delle somme necessarie al rimborso alla scadenza, sia di disporre delle risorse necessarie a pagare le cedole, proteggendo così sia l'emittente dalle fluttuazioni dei tassi di interesse, sia gli istituti bancari dal rischio di default dello Stato.

Nel corso del 2011, la Regione ha maturato la convinzione dell'illegittimità dei contratti derivati posti in essere, per violazione sotto diversi profili della normativa vigente, per l'inidoneità a realizzare un contenimento del costo dell'indebitamento e quindi a coprire il rischio, per l'esistenza di costi impliciti e la violazione da parte delle banche degli obblighi di corretta e completa informazione, con pregiudizio dell'interesse pubblico ad evitare ulteriori esborsi fortemente lesivi dell'equilibrio finanziario regionale, prevalente sul sacrificio imposto alle banche.

Su dette basi, la Regione procedeva quindi al rammentato annullamento d'ufficio.

Dexia Crediop, uno degli istituti bancari incaricato del collocamento del prestito, con cui erano stati stipulati i contratti derivati, impugnava allora gli atti di autotutela davanti al TAR del Piemonte, deducendo una serie di illegittimità ed inoltre la nullità degli atti adottati per carenza assoluta di potere e la loro inidoneità a determinare la caducazione degli effetti contrattuali.

2. Il TAR ha ritenuto di dover preliminarmente verificare la sussistenza della propria giurisdizione, e a tanto ha proceduto, in applicazione di noti indirizzi giurisprudenziali, in base al criterio del *petitum sostanziale*, ossia individuando la "consistenza effettiva" delle situazioni giuridiche che le parti intendevano tutelare con le pretese dedotte in lite.

Nella decisione ha assunto rilievo la circostanza che nella fattispecie sia mancato un procedimento amministrativo di evidenza pubblica "a monte" della stipula dei contratti di finanza derivata, finalizzato alla valutazione dei contenuti dei medesimi, e in ciò è stato ravvisato un elemento di decisiva diversità rispetto al caso relativo allo swap stipulato dalla Provincia di Pisa deciso da TAR Toscana, I, 11 novembre 2010, n. 6579 e in sede di appello da Cons. Stato, V, 7 settembre 2011, n. 5032 e 27 novembre 2012, n. 5962. Si è osservato che, in quel caso, la Provincia di Pisa aveva selezionato l'impresa fornitrice degli strumenti finanziari derivati all'esito di una procedura di gara, condotta sulla base delle proposte avanzate dalle concorrenti in merito ai derivati, laddove nel caso in esame l'unica procedura svolta dalla Regione ha riguardato la scelta degli istituti cui affidare l'incarico di "arrangers", consistente nel coordinamento e la collocazione dei titoli relativi al prestito obbligazionario.

A conclusione della disamina della fattispecie i primi giudici hanno ritenuto che "con i provvedimenti impugnati nel presente giudizio la Regione Piemonte abbia rivestito di forma pubblicistica e autoritativa atti che, nella sostanza esprimono nulla più che la volontà dell'amministrazione di sciogliersi unilateralmente da un vincolo contrattuale ritenuto invalido".

Data la natura prettamente civilistica del rapporto, concernente contratti di diritto privato, sulla validità degli atti impugnati e sulla loro idoneità ad incidere sulla sorte dei contratti stipulati - ha affermato la sentenza - "deve necessariamente pronunciarsi il giudice civile (nel caso di specie, il giudice inglese, per espressa pattuizione delle parti)".

Di conseguenza, nella pronuncia di inammissibilità è stato ricompreso il ricorso incidentale con il quale la Regione aveva domandato che, accertata la caducazione dei contratti in questione, la ricorrente principale fosse condannata alla restituzione di quanto indebitamente percepito per tali titoli.

3. Con una lunga esposizione in fatto e in diritto la Regione Piemonte contestava in appello le statuizioni della sentenza impugnata, sostenendo in sintesi la natura pubblicistica del procedimento di selezione degli istituti bancari chiamati a progettare e collocare il prestito obbligazionario e la inclusione all'interno della stessa procedura di gara della stipula dei contratti sui derivati; il tutto, del resto, in fedele esecuzione della normativa in materia di contabilità pubblica di cui ai rr.dd. nn. 2440/1923 e 827/1924, i quali impongono l'utilizzo di procedure concorsuali aperte per la selezione dei contraenti in caso di spese a carico dell'erario oppure nel caso di previsioni di entrate nel rispetto dell'art. 19, comma 1, lett. d), del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, il quale ricomprende espressamente i servizi finanziari tra i settori esclusi.

L'autotutela in sostanza sarebbe stata esercitata non sui rapporti contrattuali in essere, ma sull'originaria fase prodromica, in cui, secondo l'assunto, emergevano vizi inerenti il contenimento del costo dell'indebitamento e mancate previsioni sulla struttura dei contratti derivati, elementi che portavano ad oneri finanziari gravosi, non previsti e contrari alla legge.

Quanto al ricorso incidentale, la Regione ribadiva le proprie tesi inerenti la dipendenza dei contratti derivati dall'originaria deliberazione della Giunta che aveva promosso il procedimento di gara e ciò anche ai sensi degli artt. 120 e seguenti del c.p.a., che affidano al giudice amministrativo, in sede di giurisdizione esclusiva, la potestà di dichiarare la caducazione dei contratti pubblici conseguenti a procedure di affidamento.

La Regione Piemonte concludeva per la dichiarazione della giurisdizione del giudice amministrativo e per la rimessione al TAR della causa, con vittoria di spese.

4. Dexia Crediop S.p.A. si è costituita nel giudizio di appello, eccependo, preliminarmente, la carenza di interesse al ricorso della Regione, poiché:

- a) gli atti adottati in assunto esercizio del potere di autotutela sarebbero inidonei a determinare la caducazione automatica dei contratti derivati;
- b) la giurisdizione spetterebbe al giudice inglese.

Dexia Crediop S.p.A. ha sostenuto, inoltre, l'infondatezza delle tesi sollevate con l'appello in esame e ha chiesto la conferma della sentenza impugnata.

5.1. La Sezione V, ha esaminato l'appello nella camera di consiglio del 23 luglio 2013, e, valutata la possibilità di contrasti giurisprudenziali e la rilevanza anche economica della questione di giurisdizione, ne ha rimesso l'esame all'Adunanza Plenaria ai sensi dell'art. 99, comma 1, c.p.a..

La Sezione, infatti, osserva come, sebbene la soluzione seguita dai primi giudici debba considerarsi coerente con una ricostruzione degli atti impugnati che ne impedisce la qualificazione come esercizio di potestà pubblica, non possa escludersi un diverso approccio alla fattispecie che tenga conto dei principi, anche di rango comunitario, vigenti comunque in materia di procedimenti selettivi per l'affidamento a privati di attività nell'interesse della pubblica amministrazione, a norma dell'art. 27 del d.lgs. n. 163 del 2006.

In tale prospettiva assumerebbe rilievo l'orientamento giurisprudenziale consolidato secondo cui la pubblica amministrazione può sempre procedere, in presenza di riscontrate irregolarità della procedura di gara, all'annullamento in autotutela dell'aggiudicazione, cui consegue la caducazione automatica del contratto successivamente stipulato (Sez. III 23 maggio 2013 n. 2802; sez. V, 7 settembre 2011 n. 5032; 14 gennaio 2011, n. 11). Pertanto, qualificandosi, in tali controversie, la posizione del privato come di interesse legittimo, non sarebbe contestabile la giurisdizione del giudice amministrativo.

5.2. Né potrebbe trascurarsi - osserva ancora la Sezione remittente, così ipotizzando una terza soluzione - l'orientamento giurisprudenziale, confermato di recente dall'Adunanza Plenaria n. 10 del 2011, secondo cui la determinazione dell'ente pubblico, che costituisce il presupposto di successiva attività contrattuale posta in essere dall'amministrazione, va configurata come esercizio di pubblico potere, il cui sindacato compete al giudice amministrativo, fermo restando che le conseguenze dell'eventuale annullamento dell'atto prodromico sui conseguenti contratti debbono essere riservate alla cognizione del giudice ordinario.

5.3. L'ordinanza avverte, infine, che sulla soluzione della questione proposta incide la peculiarità della fattispecie, rappresentata dalla deroga alla giurisdizione del giudice italiano in favore del giudice inglese, sottoscritta dalle parti contendenti nell'ambito delle pattuizioni ISDA relative ai contratti derivati.

E, se è vero che, ai sensi dell'art. 4 della l. 31 maggio 1995, n. 218, la deroga alla giurisdizione italiana può riguardare solo le cause vertenti su diritti disponibili e quindi solo le questioni di interpretazione ed esecuzione dell'accordo (agreement), e non può quindi estendersi fino a comprendere anche il sindacato sul corretto esercizio del potere amministrativo, non può trascurarsi che il giudice inglese è stato già investito della controversia portata davanti al giudice amministrativo, ed ha già deciso, in senso positivo, sulla validità e sull'efficacia dei contratti di cui trattasi. Così che una soluzione opposta a quella seguita dal primo giudice potrebbe portare a un contrasto di giudicati.

6. La Adunanza Plenaria ha trattato la questione nella camera di consiglio 26 marzo 2014, e, uditi i difensori delle parti, ha trattenuto la causa in decisione.

DIRITTO

1.1. Come riferito nell'esposizione del fatto, la sentenza di primo grado ha affermato il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo ritenendo che l'Amministrazione non disponesse del potere di procedere all'annullamento in autotutela, in quanto il petitum sostanziale emergente dagli atti portava a concludere nel senso della natura privatistica del rapporto controverso. Ne è seguita la dichiarazione della giurisdizione del giudice ordinario, "(nel caso di specie, il giudice inglese, per espressa pattuizione delle parti)".

1.2. In relazione alla detta dichiarazione della sussistenza della giurisdizione inglese, merita di essere esaminato innanzi tutto l'appello della Regione Piemonte, nella parte in cui ha sostenuto l'irrilevanza della clausola di deroga alla giurisdizione italiana in favore del giudice inglese (punto 13 del documenti ISDA - International Swap Dealers Association Ic. - Master Agreement), facendo leva sull'art. 4, comma 2, della legge 31 maggio 1995, n. 218, a norma del quale la giurisdizione italiana può essere convenzionalmente derogata a favore di un giudice straniero solo se la causa verte su diritti disponibili, e tali non potrebbero qualificarsi le posizioni tutelate dalla ricorrente appellata Dexia Crediop s.p.a., posto che nella specie si verterebbe su una domanda di annullamento di atti esercizio di potestà pubblica, cui pacificamente fanno riscontro interessi legittimi. In tal senso, si aggiunge, si è pronunciata la stessa Sezione remittente con la sentenza n. 5032 del 7 settembre 2011, concernente fattispecie analoga, sulla quale si tornerà più avanti.

1.3. La parte appellata ha osservato, invece, che l'appello dovrebbe dichiararsi inammissibile o infondato proprio a causa del rilievo preliminare ed assorbente che andrebbe attribuito alla, non contestata, sottoscrizione della deroga alla giurisdizione del giudice italiano; alla prevalenza da riconoscere sulla materia alla normativa di rango comunitario, dettata dal Regolamento (CE) 22 dicembre 2000 n. 44/2001 (in seguito Regolamento); alla circostanza che il giudice inglese è già stato investito della medesima

controversia e ha emesso pronunce che hanno accertato la sussistenza sulla vertenza della giurisdizione inglese, come anche ricordato dall'ordinanza di rimessione.

In particolare la banca appellata ha sostenuto che:

a) il Regolamento CE n. 44 del 2001, che ha sostituito la Convenzione di Bruxelles 27 settembre 1968, ratificata con la legge 21 giugno 1971 n. 804, è pienamente applicabile nella specie, posto che, come richiesto dall'art. 1, la presente vicenda concerne materia civile e non materia amministrativa, dovendosi tener conto, a tal fine, non dell'organo giurisdizionale investito ma della natura del rapporto controverso;

b) non potrebbe allegarsi, per negare la giurisdizione inglese, l'art. 22 del detto Regolamento, a norma del quale il giudice dello Stato membro ha competenza esclusiva in materia di validità delle deliberazioni delle persone giuridiche aventi sede in quello Stato, dovendo tenersi conto della giurisprudenza della Corte di giustizia (C144/10, BVG -J.P.Morgan 12 maggio 2011), secondo cui

"Ogni decisione vertente sulla validità della decisione di concludere il detto contratto, presa precedentemente dagli organi sociali deve considerarsi accessoria. Sebbene essa possa costituire parte dell'analisi che deve essere effettuata a tale riguardo, non ne costituisce cionondimeno l'unico e neppure il principale oggetto.";

c) conseguentemente, dovrebbe applicarsi l'art. 23 del Regolamento secondo cui se, come nella specie, le parti hanno stipulato una clausola di deroga alla giurisdizione nazionale a favore di quella di un altro Stato membro, quest'ultimo ha giurisdizione esclusiva sulla controversia;

d) inoltre, nella specie dovrebbe trovare applicazione l'art. 27 del Regolamento, posto che il giudice inglese è stato adito per primo sulla identica vicenda, ed ha accertato la propria giurisdizione con due successive pronunce. Recita infatti la norma invocata: "1. Qualora davanti a giudici di Stati membri differenti e tra le stesse parti siano state proposte domande aventi il medesimo oggetto e il medesimo titolo, il giudice successivamente adito sospende d'ufficio il procedimento finché sia stata accertata la competenza del giudice adito in precedenza. 2. Se la competenza del giudice precedentemente adito è stata accertata, il giudice successivamente adito dichiara la propria incompetenza a favore del primo."

1.4. L'appellata, in fine, considera erronea la motivazione con la quale la Sezione V, nella sentenza n. 5032 del 2011, citata dalla Regione Piemonte e ricordata sopra, ha affermato l'irrilevanza della deroga alla giurisdizione stipulata dalle parti, argomentando dal disposto di cui all'art. 4 della legge n. 218 del 1995, che ne riserva la praticabilità alle vertenze su diritti disponibili. Si sostiene che il Regolamento (art. 1) esclude la applicabilità delle disposizioni in esso dettate alla "materia amministrativa", con ciò superando la distinzione, propria degli ordinamenti interni, tra diritti soggettivi e interessi legittimi. In altri termini, sarebbe la legge italiana, e precisamente l'art. 4 della legge n. 218 del 1995, a doversi considerare derogata dal Regolamento, in forza della riconosciuta prevalenza della norma comunitaria sul diritto interno.

1.5. Ad avviso del Collegio, le contrapposte tesi svolte sul punto dalle due parti non colgono il nodo centrale della presente controversia e quindi non hanno portata dirimente.

La prevalenza della fonte comunitaria sulla normativa interna, anche di fonte legislativa, infatti, non esplica nella specie alcun effetto concreto, posto che, anche ammesso, in ipotesi, il superamento dell'art. 4 della legge n. 218 del 1995 ad opera del Regolamento n. 44 del 2001, la invalidità del patto sulla deroga alla giurisdizione italiana sulla presente controversia, ove risultasse fondata la tesi della Regione appellante, discenderebbe comunque dall'art. 1 del Regolamento nella parte in cui menziona, tra quelle escluse dall'efficacia del medesimo, la materia amministrativa.

E" la stessa parte appellata a citare la pronuncia della Corte di Giustizia 1 ottobre 2002 in C167/00 Henkel, secondo cui, "...esulano dall'ambito di applicazione della Convenzione di Bruxelles solamente le cause tra una pubblica amministrazione e un soggetto di diritto privato, in quanto detta autorità agisca nell'esercizio della sua potestà di imperio". E nello stesso senso viene menzionata la Relazione esplicativa della Convenzione sulla competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, conclusa a Lugano il 30 ottobre 2007, dove è detto che non è esclusa la applicazione della convenzione a controversie tra pubblica amministrazione e privati, "purché l'amministrazione non abbia agito nell'esercizio di un potere di imperio." (pag. 18 della memoria per la c.c. del 18 dicembre 2013).

Il quesito sulla applicabilità alla fattispecie del Regolamento n. 44 del 2001, dunque, rimanda a quello che logicamente lo precede, e che consiste nella corretta individuazione della materia oggetto della controversia, sostenendosi dall'appellante che si verte in materia di impugnazione di atti autoritativi emessi nell'esercizio del potere di autotutela, mentre la parte appellata, con tesi condivisa dai primi giudici, configura gli atti impugnati come determinazioni volte a recedere unilateralmente dai contratti in essere al di fuori di un contesto idoneo a connotare l'adozione di atti di imperio.

Né, d'altra parte, è stato oggetto di contestazione il principio del *petitum* sostanziale applicato dai primi giudici, in ossequio al costante insegnamento delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, secondo cui la giurisdizione si determina non solo e non tanto in funzione della concreta statuizione che si chiede al giudice, ma anche, e soprattutto, della causa petendi, ossia della oggettiva natura della situazione soggettiva giuridicamente tutelata dedotta in giudizio e individuata con riguardo ai fatti allegati e al rapporto giuridico di cui essi sono rappresentazione." (ord. 20 novembre 2013 n. 26032; ord. 27 febbraio 2012, n. 2926).

2.1. Gli argomenti svolti dall'appellante, già sinteticamente accennati sopra, possono così riassumersi:

A) la deliberazione n.1353655 del 2 agosto 2006, recante la determinazione di procedere alla emissione obbligazionaria, conteneva anche atti prodromici alla stipula dei contratti derivati, posto che tale stipula è espressamente prevista nella detta delibera;

B) a tali atti prodromici va riconosciuta la stessa natura provvedimento propria della deliberazione che li contiene, e, pertanto gli stessi erano suscettibili di annullamento in autotutela, sindacabile davanti al giudice amministrativo;

C) i motivi di illegittimità che hanno giustificato l'intervento in autotutela, benché riferiti ai diversi contratti derivati posti in essere, rifluirebbero sugli atti prodromici, che sarebbero annullabili anche in caso di successiva stipula dei contratti, purché ricorra il requisito dell'interesse pubblico, in applicazione dell'art. 21- nonies e 21quinquies, comma 1bis della legge n. 241 del 1990, e dell'art. 1, comma 136, della legge 30 dicembre 2004 n. 311 (finanziaria per il 2005);

D) il difetto di giurisdizione dichiarato dal TAR anche con riguardo alla domanda di accertamento dell'inefficacia dei contratti derivati, avanzata dalla Regione in primo grado con ricorso incidentale si porrebbe in contrasto con gli artt. 7, 120, 122 e 133, comma 1, lett. e) n. 1 del codice del processo amministrativo, che attribuisce al giudice amministrativo la giurisdizione in materia di contratti stipulati in attuazione di affidamenti di servizi pubblici.

A sostegno delle tesi svolte nell'atto di appello e nelle successive memorie, nonché in sede di trattazione orale, la Regione ha allegato il precedente, ad esse tesi favorevole, costituito dalla sentenza 7 settembre 2011, n. 5032, con la quale la Sezione V di questo Consiglio, investita di una vicenda per molti aspetti analoga a quella in esame, ha concluso per la sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo.

2.2. La parte appellata ha contrastato le posizioni della Regione sostenendo: a) l'inammissibilità dell'appello per difetto di interesse, assumendo che l'annullamento dell'atto impugnato non soddisferebbe l'effettivo interesse della Regione, da individuare nella caducazione dei contratti, posto che il giudice amministrativo non potrebbe comunque pronunciarsi sui vizi dei medesimi; b) la correttezza della pronuncia di primo grado, e sottolineando come il richiamo alla ricordata decisione n. 5032 del 2011, per le ragioni che verranno esaminate più avanti, non sia idoneo a scalfire la sentenza appellata.

3.1. Le tesi della Regione non possono essere condivise, e tale conclusione assorbe l'esame della eccezione di difetto di interesse avanzata dall'appellata.

Il contestato annullamento ha riguardato:

la deliberazione della Giunta n. 1353655 del 2 agosto 2006 nella parte del dispositivo in cui l'Amministrazione prevedeva che

- in caso di rimborso in un'unica soluzione alla scadenza finale, verrà attivata in conformità a quanto previsto dall'articolo 41 della legge 448/2001 e dal D.M. 380/2003, un'operazione in derivati che consenta alla Regione di ricreare un e etto ammortamento attraverso la stipula di uno swap di ammortamento, prevedendo costituzione di adeguate garanzie a favore della Regione ";

- approvava la sottoscrizione di " altre operazioni in derivati: eventuali operazioni di interest rate swap per la gestione del rischio derivante dall'andamento dei tassi di interesse od altre operazioni che si rendano opportune per la gestione dei rischi correlati all'operazione di provvista ";

deliberava di " approvare la stipulazione con Dexia, Merrill Lynch - o società appartenente al gruppo Merrill Lynch..... dei contratti ISDA Master Agreement quale documentazione legale standard sui mercati internazionali dei capitali, al fine del perfezionamento delle operazioni in derivati descritte nella presente delibera;

- identificare quali controparti delle eventuali operazioni in derivati Dexia, Merrill Lynch (o società appartenente al gruppo Merrill Lynch...., banche di comprovato standing nazionale ed internazionale e dotate di adeguato merito di credito e di rating superiore alla singola "A", alle condizioni e secondo i termini che saranno di volta in volta concordati tra la Regione e Dexia, Merrill Lynch;

autorizzare, altresì, il conferimento di mandato irrevocabile di pagamento al tesoriere regionale a favore delle controparti delle eventuali operazioni in derivati, da concludersi per l'ammortamento del debito (in

caso di emissione con rimborso in un'unica soluzione alla scadenza finale), per la gestione del rischio da tasso di interesse, rischio di cambio e degli altri eventuali rischi connessi all'operazione di provvista; ...dare mandato al Responsabile della Direzione Bilancio e Finanze, a tali fini attribuendogli i più ampi poteri(...) per la negoziazione e sottoscrizione dei contratti ISDA Master Agreement" e la negoziazione ed il perfezionamento, nell'ambito di tale contratto, delle operazioni in derivati esaminate in delibera che dovessero rendersi opportune in relazione all'emissione obbligazionaria").

Sono state anche annullate le determinazioni dirigenziali n. 61, 72 (riguardante l'appellata) e 174 del 2007, con le quali il Responsabile della Direzione Bilancio e Finanze approvò la documentazione ISDA e "le condizioni e i termini delle operazioni di derivato, come meglio descritte nella Confirmation allegata al presente provvedimento".

3.2. La Regione sostiene la sussistenza del potere di intervenire in autotutela sugli atti sopra trascritti affermandone la natura prodromica rispetto ai contratti perché "la gara condotta dalla Regione Piemonte ha avuto ad oggetto anche la stipulazione dei contratti derivati." (pag.19 appello).

L'assunto non trova riscontro negli atti di causa.

Sebbene possa definirsi non del tutto precisa l'espressione, che figura nella sentenza impugnata, che la deliberazione 1353655 "non conteneva alcuno specifico riferimento alla sottoscrizione dei contratti derivati qui in esame", non per questo può negarsi che la menzione dei contratti derivati, quale risulta dai testi trascritti, è assolutamente generica e riferita a mere eventualità di cui si sarebbe valutata la convenienza e l'opportunità nel successivo percorso attuativo dell'operazione riguardante il prestito obbligazionario.

Non era affatto stabilito, alla data di adozione della deliberazione (2 agosto 2006), se si sarebbe deciso di procedere alla restituzione del prestito in unica soluzione alla scadenza, e, anche in tal caso, la scelta poteva cadere, secondo quanto prescritto dall'art. 41 della legge n. 448 del 2001, sulla creazione di un fondo per l'ammortamento oppure sulla stipula di swaps.

Le tre banche selezionate, infatti, con una nuova proposta presentata il 28 settembre 2006 (doc.7 allegato all'appello), quindi a circa due mesi dalla delibera del 2 agosto oggetto di parziale annullamento, ancora si diffondevano sulla dimostrazione della convenienza di optare per una forma di ammortamento mediante derivati, piuttosto che mediante costituzione di un apposito fondo. Se ne può desumere che ancora nessuna decisione era stata assunta al riguardo.

E, allo stesso modo, non vi fu la motivata consapevolezza che sarebbero stati necessari altri contratti derivati finalizzati a garantire dalle oscillazioni dei tassi di interesse o da rischi di altra natura ("...operazioni in derivati esaminate in delibera che dovessero rendersi opportune in relazione all'emissione obbligazionaria.").

La deliberazione n. 1353655, dunque, ad onta delle espressioni usate, non conteneva, e non poteva contenere, alcuna "descrizione" delle eventuali operazioni in derivati. E questo spiega perché la deliberazione abbia demandato (comprensibilmente con i più ampi poteri) al Responsabile della Direzione Bilancio e Finanza, la negoziazione e il perfezionamento delle operazioni in derivati. Ed infatti "le condizioni e i termini finali delle operazioni di derivati" furono descritte, come risulta testualmente dalle determinazioni n. 61, 72 e 174 del 2007, nella Confirmation approvata dal Responsabile della Direzione, molti mesi dopo l'adozione della deliberazione annullata, in esito alle intervenute negoziazioni.

3.3. Neppure è possibile reperire elementi documentali che inducano a convenire sulla tesi che la gara espletata "ha avuto ad oggetto anche la stipulazione dei contratti derivati.".

Si assume che la gara, indetta per la scelta degli istituti bancari cui affidare l'incarico della collocazione del prestito e il coordinamento delle connesse operazioni, venne condotta anche in base alla capacità dei concorrenti di gestire operazioni in derivati.

Di tale circostanza non v'è alcuna traccia nella lettera di invito.

Il documento enuncia: a) condizioni di partecipazione, in primo luogo "dichiarazione attestante il possesso di almeno un rating di lungo termine non inferiore a AA - (Standard e Poor's e Ficht) o Aa3 (Moody's); b) criteri per la valutazione della capacità tecnica, con attribuzione fino a 90 punti in relazione all'entità ed al numero dei Programmi di Medium Term Notes (come quello progettato dalla Regione) e altre forme, analiticamente specificate, di prestiti obbligazionari; c) attribuzione di 10 punti per l'offerta economica, secondo l'entità delle commissioni richieste; ma non menziona affatto l'esperienza in contratti del tipo qui in contestazione.

Sul punto tace anche del tutto lo schema di contratto tra la Regione e le banche selezionate, allegato alla deliberazione n. 722946 del 22 maggio 2006, recante la prima determinazione di procedere all'affidamento dell'incarico.

Né può riconoscersi alcun rilievo alla circostanza, allegata dalla Regione, che una delle concorrenti (Lehman Brothers) fu esclusa dalla gara "perché in possesso di rating più basso di quello richiesto", come dal verbale del 15 novembre 2005. Se ne dovrebbe dedurre, secondo l'appellante, che, poiché secondo il d.m. n. 389 del 2003, le operazioni degli enti pubblici in derivati potevano essere concluse solo con "intermediari contraddistinti da adeguato merito di credito, così come certificato da agenzie di rating riconosciute a livello internazionale", l'imposizione di tale condizione di partecipazione alla gara costituirebbe la prova che la Regione aveva progettato e deciso, fin dalla scelta degli "arrangers", di porre in essere operazioni in derivati. Ne sarebbe l'ulteriore prova il contenuto dell'offerta presentata dall'appellata, (congiuntamente agli altri due istituti selezionati) come ipotesi di emissione obbligazionaria, nella quale è prefigurato l'ammortamento mediante contratti swaps, sicché dovrebbero considerarsi valutate in gara anche le caratteristiche essenziali dei contratti derivati.

Il Collegio deve osservare che l'argomento desumibile dal rating richiesto costituisce una ricostruzione del tutto opinabile, non sorretta da argomenti concreti, mentre quello riferito al contenuto dell'ipotesi di offerta è smentito per tabulas. La cosiddetta "offerta", allegata dalla Regione come documento 5 all'appello, è indicata come prodotta il 12 gennaio 2006: della stessa non può aver tenuto conto la commissione di gara per la selezione degli "arrangers", che ha concluso i suoi lavori il 15 novembre 2005 con la proclamazione dei vincitori (v. verbale in pari data).

4.1. Con diversa censura l'appellante osserva che - "anche laddove la stipulazione dei contratti non si ritenga propriamente riconducibile alla gara" - l'iniziativa di riesame posta in essere dall'Amministrazione sarebbe egualmente espressione di autotutela, perché gli atti prodromici, o comunque preliminari, alla conclusione di un contratto da parte dell'Amministrazione avrebbero natura pubblicistica, perché il procedimento di formazione della volontà contrattuale della p.a. non si svolge integralmente ed esclusivamente sul piano del diritto privato. E ciò in ragione del fatto che nell'attività contrattuale delle pubbliche Amministrazioni vengono inevitabilmente in giuoco interessi patrimoniali pubblici, oltre che imprescindibili esigenze di imparzialità negli affidamenti.

4.2.L'argomentazione, invero, sembra trovare autorevole conforto nelle proposizioni che si leggono nella sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 10 del 2011, in cui, a proposito della deliberazione di un ente di pubblico di costituire una società, è detto che gli "...atti prodromici vanno, sul piano logico, cronologico e giuridico, tenuti nettamente distinti dai successivi atti negoziali, sempre imputabili all'ente pubblico, con cui l'ente, spendendo la sua capacità di diritto privato, pone in essere un contratto societario. Gli atti prodromici attengono al processo decisionale, che da ultimo si esterna nel compimento di un negozio giuridico societario. Mentre per un soggetto privato il processo decisionale resta ordinariamente relegato nella sfera interna del soggetto, e ciò che rileva è solo il negozio giuridico finale, per un ente pubblico esso assume la veste del procedimento amministrativo,...".

4.3. Il principio testé riferito, da cui il Collegio non avrebbe motivo di discostarsi, non può trovare applicazione nella presente fattispecie.

Affinché un determinazione amministrativa possa assumere la natura dell'atto prodromico, nel senso tecnico considerato dalla giurisprudenza, occorre che sia individuabile nell'atto stesso il compimento di un processo decisionale ossia la formazione della volontà di compiere un atto di diritto privato, di cui l'ente abbia valutato ed approvato il contenuto, e che ciò risulti verificabile in base al procedimento seguito. In tal caso l'atto assume dignità provvedimento e può essere autonomamente valutato sul piano della legittimità, e formare oggetto di impugnazione in sede giurisdizionale ovvero di autotutela. In tal senso la Corte di Cassazione a SS.UU. 27 luglio 2013, n. 17780, che ha affermato la giurisdizione su un atto perché da considerarsi prodromico in quanto assunto a conclusione di un procedimento amministrativo e indirizzato a sintetizzare le valutazioni discrezionali dell'amministrazione.

Nella vicenda in esame, come si è visto, non è possibile ravvisare nelle determinazioni cui si vorrebbe attribuire la natura di atti prodromici, né alcuna veste procedimentale e neppure la precisa volontà di procedere ad una stipula di derivati, salva la generica possibilità di farvi ricorso, ove se ne ravvisasse l'opportunità, e salvo il rinvio alle future negoziazioni che ne stabilissero i concreti contenuti.

A tal proposito è utile verificare come la vicenda in esame differisca radicalmente da quella decisa, in senso favorevole alla giurisdizione amministrativa su provvedimento di autotutela, con la sentenza della Sezione V, 7 settembre 2011, n. 5032, ripetutamente invocata dall'appellante.

"...deve rilevarsi - ha osservato il Collegio - che la gara ufficiosa bandita dall'amministrazione provinciale di Pisa per la ristrutturazione di una parte dei propri debiti aveva previsto che l'individuazione dei soggetti cui affidare la complessiva operazione di ristrutturazione del debito sarebbe dovuta avvenire sulla base

dell'offerta migliore, articolata in una parte tecnica, contenente la proposta di ristrutturazione del debito, distinta per ciascuno dei quattro lotti e con l'indicazione di tutte le componenti di spesa e di entrata influenti sull'operazione, in modo da determinare il valore finanziario delle passività totali a carico dell'ente, e di una parte economica (inserita in una busta piccola e sigillata).....

Da ciò si evince che il bando di gara non prevedeva affatto una attività di negoziazione successiva del contenuto dei contratti attraverso cui si sarebbe concretamente realizzata l'operazione di ristrutturazione del debito dell'amministrazione, né aveva ad oggetto la conclusione di una sorta di accordo quadro con l'individuazione delle banche con le quali sarebbe stato poi negoziato il peculiare contenuto del predetto contratto, giacché proprio il contenuto fondamentale della complessiva operazione di ristrutturazione del debito (almeno nei suoi contenuti essenziali, tra cui non possono non ricomprendersi tutti gli effetti anche di natura economico-finanziaria) dovevano essere contenuti nella c.d. offerta tecnica.

E" pertanto priva di qualsiasi fondamento la tesi della negoziazione (del contenuto) dei contratti swap, che si sarebbe svolta successiva all'aggiudicazione e prima della loro stipulazione, in ragione della quale la mancata conoscenza dei "costi impliciti" dell'operazione configurerebbe un vizio della volontà negoziale, con conseguente natura negoziale (con valore di unilaterale dichiarazione di invalidità del contratto) degli atti impugnati."(Par. VI.1.3.4.).

E" pacifico, invece, che nella vicenda ora in esame non vi fu la richiesta (né la presentazione) di una offerta tecnica su cui valutare i contenuti economici dell'operazione in derivati, e ne fu invece espressamente prevista la negoziazione successiva, ai cui esiti, inevitabilmente, sono state imputate le criticità degli swps posti in essere. Ed infatti, come è ben noto, nessuno dei vizi di legittimità addotti a motivazione dell'intervento in autotutela riguarda le diverse proposizioni della deliberazione n.1353655 colpite dall'annullamento, essendo tutti riferiti invece ai diversi contratti derivati posti in essere.

4.4.Né, d'altra parte, potrebbe attribuirsi natura provvedimentale alle tre determinazioni con le quali il Responsabile della Direzione Bilancio e Finanze ha "approvato" l'insieme dei documenti relativi ai contratti in questione. Tali atti infatti rappresentano la presa d'atto della intervenuta conclusione della negoziazione svoltasi sul piano privatistico tra la Regione e le banche, ai fini della obbligatoria comunicazione al Ministero dell'Economia e delle Finanze ai sensi dell'art. 1 comma 737 della legge 27 dicembre 2006 n. 296, "quale elemento costitutivo dell'efficacia" della documentazione approvata.

5. Le considerazioni esposte depongono nel senso dell'infondatezza dell'appello della Regione Piemonte e della conferma della sentenza appellata.

L'indagine condotta ha messo in evidenza che nella vicenda in esame non è ravvisabile una determinazione autoritativa con riferimento alla stipula dei contratti derivati a corredo dell'emissione obbligazionaria pari a euro 1 miliardo e 800 milioni. Le decisioni assunte al riguardo, pur genericamente ipotizzate nella deliberazione n. 1353655 del 2006 riguardante l'operazione finanziaria principale, non hanno assunto carattere di concretezza ed effettiva determinatezza fino a quando, nel corso delle negoziazioni privatistiche aventi ad oggetto la definizione dell'emissione obbligazionaria, non si è ritenuto che il rimborso del prestito sarebbe avvenuto alla scadenza in unica soluzione, rendendosi necessario costituire un fondo di ammortamento ovvero ricorso agli swaps, in osservanza di quanto prescritto dall'art. 41 della legge n. 448 del 2001 e del D.M. n. 389 del 2003. Nelle trattative tra le parti contraenti si è anche raggiunto in condiviso convincimento che i contratti derivati rappresentassero lo strumento più adeguato ad assicurare il contenimento del costo dell'indebitamento e la copertura dalle varie forme di rischio connesse ad operazioni finanziarie del genere in questione.

Consegue da tali circostanze che lo scopo dell'annullamento dei contratti in questione, a carico dei quali la Regione aveva ravvisato, secondo gli esiti di apposita consulenza, molteplici cause di illegittimità, doveva essere perseguito tenendo conto della natura privatistica degli atti di cui assume l'invalidità e della conseguente posizione paritaria rivestita dall'ente pubblico che si sia vincolato contrattualmente al soggetto privato (art. 1, comma 1bis l. n. 241 del 1990). La Regione, invece, ha ritenuto di poter perseguire lo stesso scopo annullando -in parte qua - la deliberazione n. 1353655 del 2006, puntando sull'effetto caducante (o viziante) che può prodursi a carico del contratto per effetto dell'annullamento dell'atto presupposto. Ma affinché tale scelta risultasse praticabile occorre che l'atto presupposto assumesse il carattere dell'atto realmente prodromico rispetto alla successiva contrattazione, ossia si configurasse come determinazione autoritativa procedimentalizzata e riferita ai contenuti essenziali dell'operazione da porre in essere (Sez. V. sent. n. 5032 del 2001, Par. citato). L'atto di annullamento impugnato reca, bensì, l'imputazione dei vizi dei contratti alla deliberazione del 2006, ma si tratta di un mero artificio che non impedisce di riconoscere che la materia del contendere nella presente controversia è costituita, non dal sindacato sulla legittimità di un

atto di imperio, ma dal giudizio sulla fondatezza dei vizi addebitati ai contratti, che, secondo il fondamentale principio affermato dalla Corte costituzionale con la sent. n. 204 del 2004, esula dalla giurisdizione amministrativa.

Per la stessa ragione, va rigettato l'appello nella parte in cui chiede la riforma della sentenza che ha dichiarato inammissibile il ricorso incidentale proposto dalla Regione Piemonte in primo grado, e volto all'accertamento dell'inefficacia dei contratti swap e la condanna della banca appellata a restituire quanto incassato per effetto dei detti contratti.

6. Le spese del presente appello, secondo il principio della soccombenza vanno poste a carico della Regione appellante, come in dispositivo.

Diritto

PQM

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria)

definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo rigetta;

condanna la Regione Piemonte al pagamento delle spese, competenze e onorari del presente giudizio in favore della parte appellata e ne liquida l'importo in Euro 10.000,00 (diecimila), oltre gli accessori di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 26 marzo 2014 con l'intervento dei magistrati:

Giorgio Giovannini, Presidente

Riccardo Virgilio, Presidente

Pier Giorgio Lignani, Presidente

Stefano Baccharini, Presidente

Alessandro Pajno, Presidente

Marzio Branca, Consigliere, Estensore

Aldo Scola, Consigliere

Vito Poli, Consigliere

Francesco Caringella, Consigliere

Maurizio Meschino, Consigliere

Nicola Russo, Consigliere

Michele Corradino, Consigliere

Salvatore Cacace, Consigliere

DEPOSITATA IN SEGRETERIA IL 05 MAG. 2014

Note