

Con. St., Sez. V, Sentenza n.5032

N. 05032/2011REG.PROV.COLL.

N. 00938/2011 REG.RIC.

N. 00939/2011 REG.RIC.

N. 01008/2011 REG.RIC.

N. 02941/2011 REG.RIC.



**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Consiglio di Stato
in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)**

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 938 del 2011, proposto da: DEPFA BANK PLC, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avv. Fabio Merusi e Giuseppe Massimiliano Danusso, con domicilio eletto presso l'avv. Fabio Merusi in Roma, corso Vittorio Emanuele II, n. 18;

contro

PROVINCIA DI PISA, in persona del Presidente della Giunta provinciale in carica, rappresentata e difesa dall'avv. Mario P. Chiti, con domicilio eletto presso Luigi Manzi in Roma, via Federico Confalonieri, n. 5;

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 939 del 2011, proposto da: DEXIA CREDIOP S.P.A., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avv. Fabio Merusi e Giuseppe Massimiliano Danusso, con domicilio eletto presso Fabio Merusi in Roma, corso Vittorio Emanuele II, n. 18;

contro

PROVINCIA DI PISA, in persona del Presidente della Giunta provinciale in carica, rappresentata e difesa dall'avv. Mario P. Chiti, con domicilio eletto presso Luigi Manzi in Roma, via Federico Confalonieri, n. 5;

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 1008 del 2011, proposto da: PROVINCIA DI PISA, in persona del Presidente della Giunta provinciale in carica, rappresentata e difesa dall'avv. Mario P. Chiti, con domicilio eletto presso Luigi Manzi in Roma, via Federico Confalonieri, n. 5;

contro

DEXIA CREDIOP S.P.A., e DEPFA BANK PLC, ciascuna in persona del proprio legale rappresentante in carica, entrambe rappresentate e difese dagli avv. Fabio Merusi e Giuseppe Massimiliano Danusso, con domicilio eletto presso Fabio Merusi in Roma, corso Vittorio Emanuele II, n. 18;

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 2941 del 2011, proposto da: PROVINCIA DI PISA, in persona del Presidente della Giunta provinciale in carica, rappresentata e difesa dall'avv. Mario P. Chiti, con domicilio eletto presso Studio Legale Manzi in Roma, via Federico Confalonieri, n. 5;

contro

DEXIA CREDIOP S.P.A., e DEPFA BANK PLC, ciascuna in persona del proprio legale rappresentante in carica, entrambe rappresentate e difese dagli avv. Fabio Merusi e Giuseppe Massimiliano Danusso, con domicilio eletto

presso Studio Grez in Roma, corso Vittorio Emanuele II, n. 18;

per la riforma

quanto ai ricorsi n. 938, 939 e 1008 del 2011:

della sentenza del T.A.R. Toscana, Firenze, Sez. I, n. 6579 dell'11 novembre 2010, resa tra le parti, concernente IN VIA DI AUTOTUTELA GARA PER INDIVIDUAZIONE INTERMEDIARI FINANZIARI PER RISTRUTTURAZIONE DEL PROPRIO DEBITO;

quanto al ricorso n. 2941 del 2011:

della sentenza del T.A.R. Toscana – Firenze, Sez. I, n. 154 del 27 gennaio 2011, resa tra le parti, concernente IN VIA DI AUTOTUTELA GARA PER INDIVIDUAZIONE INTERMEDIARI FINANZIARI PER RISTRUTTURAZIONE DEL PROPRIO DEBITO;

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Provincia di Pisa (nei ricorsi NRG. 938 e 939/2011) e di Dexia Crediop S.p.A. e di Depfa Bank Plc (nei ricorsi 1008 e 2941/2011);

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 maggio 2011 il Cons. Carlo Saltelli e uditi per le parti gli avvocati Merusi, Danusso e Chiti;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

1.1. L'Amministrazione provinciale di Pisa con determinazione dirigenziale n. 4105 del 1° settembre 2006, avente ad oggetto “Gestione attiva dell'indebitamento della Provincia di Pisa: operazione di ristrutturazione – determinazione a contrarre”, stabiliva di effettuare una gara ufficiosa per l'individuazione di uno o più intermediari finanziari con i quali perfezionare un'operazione di ristrutturazione del debito per un importo complessivo fino a €. 99.870.000, distinti in 4 lotti, riferiti ai diversi Istituti di credito con i quali erano stati accessi i mutui originari (punto 1), dando atto che l'importo complessivo dell'operazione avrebbe potuto subire modifiche in relazione al pagamento di ulteriori rate di ammortamento da parte della Provincia, alle scadenze di legge o per motivi di superiore interesse per l'ente (punto 2) e che l'aggiudicazione sarebbe stata effettuata, in relazione alla riduzione del valore finanziario delle passività totali a carico della Provincia, al netto di tutti gli oneri (punti 3), approvando il bando per l'espletamento della gara ufficiosa e della lettera di invito (punto 4), fissando le misure di pubblicità necessarie per la massima partecipazione dei soggetti interessati (punto 5) e demandando ad un successivo provvedimento la formalizzazione dei contratti da stipulare con uno o più intermediari finanziari aggiudicatari dell'operazione e la definizione delle ulteriori condizioni dell'operazione (punto 6).

1.2. Con la delibera n. 7 del 23 gennaio 2007, avente ad oggetto “Gestione attiva dell'indebitamento della Provincia di Pisa: operazione di ristrutturazione – Determinazione conclusiva”, la giunta provinciale prendeva atto, approvandoli, dei lavori della commissione tecnica di individuazione dell'Istituto di Credito Associazione temporanea Depfa Bank Plc – Dexia Crediop S.p.A. con cui concludere l'operazione di ristrutturazione del debito, composta da emissione di prestito obbligazionario al tasso Euribor + 0,063%, alla stessa scadenza dei mutui originari ed abbinamento di strumento derivato avente lo scopo di cautelare l'Amministrazione Provinciale da variazioni incrementative eccessive di tassi di interesse (punti 1 e 2); disponeva l'effettuazione della operazione di ristrutturazione del debito con possibilità di estinzione anticipata totale o parziale senza oneri a carico della Provincia, all'offerta personalizzata dell'istituto di credito stesso, quale condizione all'interno della procedura di ristrutturazione del debito effettuata, il cui piano di ammortamento costituiva allegato alla deliberazione stessa (punto 3); dava atto che l'operazione di ristrutturazione del debito in questione sarebbe stata effettuata con possibilità di estinzione anticipata anche parziale con le seguenti modalità: a) senza oneri a carico della Provincia; b) in coincidenza con il pagamento di una cedola semestrale di interessi; c) nel rispetto della normativa vigente (in particolare art. 35, comma 7, della legge 23 dicembre 1994 n.724) (punto 4); rinviava al Consiglio Provinciale l'operazione per l'emissione del prestito obbligazionario (punto 5); dava atto altresì che l'operazione avrebbe comportato una riduzione della rata di ammortamento per l'anno 2007 di €. 1.425.000,00 circa, con beneficio al termine dell'operazione di €. 50.000,00 circa, rispetto alle condizioni dei mutui attualmente in essere (punto 6); dava atto ancora che l'operazione rientrava nella previsione di cui commi 736, 737, 738 della legge 27 dicembre 2006, n. 296 e che, in particolare, ai sensi del comma 737 della legge stessa il contratto sarebbe stato trasmesso, prima della sottoscrizione, al Ministero dell'Economia e delle Finanze –

Dipartimento del Tesoro per l'effettuazione delle operazioni sopra indicate (punto 7).

Con la successiva determinazione dirigenziale n. 876 del 16 febbraio 2007 ("Gestione attività dell'indebitamento della provincia di Pisa: operazione di ristrutturazione – determinazione conclusiva") veniva affidata all'Istituto di Credito Associazione Temporanea di Impresa Depfa Bank PLC – Dexia Crediop

S.p.A. (punto 1) l'operazione di ristrutturazione del debito, secondo le modalità della delibera della Giunta provinciale n. 7 del 23 gennaio 2007, disponendone l'effettiva attuazione con possibilità di estinzione anticipata totale o parziale senza oneri a carico della Provincia, all'offerta personalizzata dell'istituto di credito stesso (punti 1, 2 e 3), dando atto che la predetta operazione di ristrutturazione del debito sarebbe stata effettuata con possibilità di estinzione anticipata anche parziale con specifiche modalità [a) senza oneri a carico della Provincia; b) in coincidenza con il pagamento di una cedola semestrale di interessi; c) nel rispetto della normativa vigente (in particolare art. 35, comma 7, della legge 23 dicembre 1994, n. 724)], (punto 4)

1.3. Il Consiglio Provinciale di Pisa poi, con delibera n. 60 del 7 giugno 2007 ("Emissione prestito obbligazionario e perfezionamento di operazioni in strumenti finanziari derivati") stabiliva, tra l'altro, di: 1) richiedere agli istituti mutuanti l'estinzione anticipata dei mutui di cui all'elenco allegato A, da effettuarsi ai sensi dell'articolo 41, comma 2, della legge 28 dicembre 2001, n. 448, per procedere alla conversione degli stessi mediante l'emissione di buoni obbligazionari provinciali; 2) approvare l'emissione di un prestito obbligazionario per un importo nominale massimo di €. 100.000.000,00 (Provincia di Pisa [2007 – 2023 ultima scadenza dei mutui originari] a tasso variabile) destinato al rimborso anticipato dei mutui di cui all'elenco allegati, senza spese per l'estinzione anticipata, le cui caratteristiche principali erano contenute nel regolamento, allegato B, alla delibera e sinteticamente indicate; 3) approvare che il prestito obbligazionario era sottoscritto integralmente da Dexia Crediop S.p.A. e da Depfa Bank Plc; 4) approvare che Depfa Bank svolgeva la funzione di rappresentante dei possessori dei titoli obbligazionari nei confronti dell'ente emittente, ai sensi dell'art. 35, comma 7, della legge 23 dicembre 1994, n. 724; 5) approvare che la Provincia, in relazione alla garanzia che assisteva il servizio finanziario del prestito obbligazionario, assumeva

una puntuale serie di obblighi tra cui, in particolare, quelli: a) di vincolare e delegare pro solvendo e non pro soluto a favore dei possessori dei titoli obbligazionari, per tutta la durata del prestito obbligazionario, a valere sulle entrate afferenti ai primi tre titoli del bilancio, le somme necessarie ad assicurare il servizio del prestito tanto per il pagamento delle cedole interessi quanto per il rimborso del capitale sulla base del piano di ammortamento; b) di notificare al tesoriere, al momento dell'emissione del prestito obbligazionario un atto di delega di pagamento per il periodo di durata del prestito, con l'indicazione delle rate di rimborso di capitale, secondo il piano allegato, nonché delle cedole di interessi, il cui valore sarebbe stato calcolato sulla base del tasso utilizzato per la determinazione della prima cedola (precisando che il valore delle cedole d'interessi contenute nella suddetta delega di pagamento era puramente indicativo e che pertanto il tesoriere sarebbe stato tenuto a corrispondere a titolo di interessi gli importi di volta in volta dovuti da calcolarsi secondo le modalità indicate nella suddetta delega di pagamento), con obbligo del tesoriere, proprio in ragione dell'atto di delega, di accantonare le somme occorrenti per il servizio del prestito o di apporre specifici vincoli sull'anticipazione di tesoreria concessa e disponibile e a versarle alle scadenze del piano di ammortamento a favore dell'intermediario che avrebbe curato il servizio stesso, assicurando la disponibilità per tali scadenze; c) di iscrivere ogni anno nella parte passiva del bilancio, per tutta la durata del prestito, le somme occorrenti per il servizio finanziario del prestito, prevedendo che qualora il tesoriere non avesse effettuato gli integrali pagamenti alle scadenze stabilite, la Provincia avrebbe provveduto direttamente ed immediatamente, senza necessità di alcun atto di costituzione in mora da parte dei possessori dei titoli; d) di inserire in ogni contratto di tesoreria che dovesse essere stipulato nel periodo di durata del prestito obbligazionario l'obbligo per il tesoriere di effettuare, alle scadenze previste dal piano di ammortamento del prestito obbligazionario, i pagamenti di

cui al precedente punto b) e con le modalità in esso previste (prevedendo adeguate forme di comunicazione a Depfa Bank Plc, quale rappresentante dei titoli, delle eventuali variazioni del servizio di Tesoreria); e) di rispettare quanto previsto dall'art. 159, comma 3, del decreto legislativo "Norme sull'esecuzione forzata nei confronti degli enti locali"; f) di inviare, su richiesta di Dexia Crediop e/o di Depfa Bank Plc, una copia certificata conforme all'originale degli atti (certificazioni) di cui alle precedenti lettere c) (bilancio dell'ente) ed e) (delibere di quantificazione preventiva degli importi delle somme destinate alle finalità di cui all'art. 159, comma 2, del Decreto Legislativo) entro 30 giorni dalla data della richiesta; g) di inviare annualmente a Dexia Crediop ed a Depfa Bank Plc, una copia certificata, conforme all'originale, del conto consuntivo nonché del conto del patrimonio entro 30 giorni dalla relativa data di approvazione; h) di prestare – qualora manchi o risulti insufficiente il gettito dei proventi delegati o comunque ne sia impedita la disponibilità o vincolatività – idonee garanzie alternative considerate da Depfa Bank Plc e Dexia Crediop equivalenti all'originaria delegazione di pagamento; 6) autorizzare l'accentramento del suddetto prestito

obbligazionario presso la Monte Titoli S.p.A., incaricata di curare il servizio di gestione dei titoli emessi ed in particolare del pagamento delle cedole interessi e delle rate di capitale; 7) approvare il pagamento degli interessi e delle rate di capitale relativo ai titoli emessi, secondo le modalità ivi stabilite; 8) assumere l'impegno di comunicare alla Monte Titoli S.p.A., nonché a Dexia Crediop S.p.A. e Depfa Bank Plc qualsiasi variazione relativa alle modalità dei pagamenti indicati; 9) prendere atto che l'assistenza relativa a tutti gli adempimenti necessari per il perfezionamento dell'accantonamento del BOP – Provincia di Pisa 2007 – 2004 a tasso variabile presso la Monte Titoli ed in particolare per la predisposizione dei moduli richiesti dalla Monte Titoli per la gestione dei rapporti con la Provincia di Pisa sarebbe stata fornita da Dexia Crediop S.p.A. e da Depfa Bank Plc; 10) prendere atto che il ricavato dell'emissione del prestito avrebbe dovuto essere versato da Dexia Crediop S.p.A. e da Depfa Bank Plc al Tesoriere alla data prevista per il regolamento dei titoli sottoscritti, ai sensi di quanto previsto dall'art. 14 bis del decreto legge 13 maggio 1991, n. 151, convertito con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 202 nonché dall'art. 9, comma 2, del citato D.M. n. 420/96 previa ricezione da parte della stessa Depfa Bank Plc della delegazione di pagamento notificata; 11) prendere atto che la Provincia avrebbe potuto utilizzare i fondi rivenienti dall'emissione del prestito obbligazionario esclusivamente al fine di cui all'articolo 41, comma 2, della legge 448/2001, nonché ai sensi dell'articolo 35 della legge n. 724/1994; 12) prendere atto che, ai sensi dell'articolo 35, comma 6, della legge 724/1994 e dell'art. 13 del Decreto del Ministro del Tesoro 5 luglio 1996, n. 420, la Provincia sarebbe stata tenuta a versare all'entrata statale (con la specifica indicazione della puntuale imputazione al bilancio) entro i 30 giorni successivi al versamento presso il tesoriere provinciale dell'importo del prestito sottoscritto, un contributo una tantum dello 0,1% calcolato sull'ammontare nominale del prestito obbligazionario sottoscritto; 13) prendere atto che, considerato quanto previsto dalla normativa vigente e, in particolare, dalle istruzioni applicative di cui alla circolare Banca d'Italia n. 53775 del 16 gennaio 2007, non era necessario il preventivo ottenimento del nulla osta all'emissione da parte della Banca d'Italia essendo, al momento, sufficiente un'informativa di carattere generale circa le principali tecniche del prestito stesso; 14) riconoscere a Dexia Crediop e Depfa Bank Plc la facoltà di rendere pubblico il suo intervento nella realizzazione della presente emissione obbligazionaria; con i successivi punti da 15 a 20, venivano quindi impartite al Dirigente del Servizio Finanziario le necessarie ed opportune direttive per la concreta esecuzione della deliberazione stessa.

Con altra determinazione dirigenziale n. 3266 del 22 giugno 2007 ("Aggiudicazione definitiva relativa all'operazione di emissione del prestito obbligazionario") si

disponeva tra l'altro di aggiudicare definitivamente l'operazione di cui alla delibera consiliare n. 60 del 7 giugno 2007, stabilendo che il prestito obbligazionario sarebbe stato sottoscritto a fermo da Depfa Bank Plc (capofila, per il 50%) e da Dexia Crediop S.p.A. (per il 50%); prendendo atto che, sulla base dei conteggi forniti dagli istituti mutuanti, l'importo dovuto per l'estinzione anticipata dei mutui contratti con tali istituti era pari a €. 95.493.043,77; approvando, secondo quanto autorizzato dalla ricordata delibera consiliare ed in esecuzione della stessa, l'emissione di un prestito obbligazionario per un importo nominale complessivo di Euro 95.494.000,00, destinato al rifinanziamento/estinzione anticipata dei mutui (art. 41 legge 448/2001), da perfezionarsi nel rispetto dei limiti e sulla base delle condizioni autorizzate con la più volte ricordata delibera consiliare, determinando, sempre nel rispetto di quest'ultima, le caratteristiche tecniche dell'emissione (data di emissione: 28 giugno 2007; data di godimento 28 giugno 2007; data di scadenza 28 dicembre 2024; godimento delle cedole di interessi: 28 dicembre e 28 giugno di ogni anno a partire dal 28 dicembre 2007); approvando altresì il regolamento definitivo, la delegazione di pagamento relativa al prestito obbligazionario ed il piano di ammortamento e nominando Depfa Bank Plc, quale rappresentante dei Portatori dei Titoli.

La complessa procedura si perfezionava la comunicazione a Dexia Crediop S.p.A. e Depfa Bank Plc dell'assegnazione del servizio di ristrutturazione di parte del debito provinciale (giusta nota del 27 giugno 1997) e con la ulteriore determinazione n. 3418 del 3 luglio 2007 ("Perfezionamento di operazioni in strumenti finanziari derivati") con la quale si stabiliva di: 1) individuare quale proposta rispondente agli obiettivi della Provincia di Pisa per la ristrutturazione del debito, il derivato corrispondente alla struttura n. 4, riadeguato secondo l'offerta corrispondente al giorno di chiusura dell'operazione con riferimento al tasso floor, tenuto conto di un tasso cap del 5,99%, così come stabilito dal gruppo di esperti di

lavoro in data 27 giugno 2007; 2) approvare gli schemi di Accordo Quadro ("Master Agreement") elaborati da ISDA – International Swap and Derivates Association Inc., già International Swap Dealers Association Inc. – comprensivi del relativo Prospetto delle clausole analitiche ("Schedule"), forniti da Dexia e Depfa" 3) stipulare rispettivamente con Dexia e Depfa il sopracitato Accordo Quadro ("Master Agreement") elaborato da ISDA – International Swap and Derivates Association Inc., già International Swap Dealers Association Inc. – comprensivo del relativo Prospetto

delle clausole analitiche ("Schedule"); 4) individuare nelle strutture di tasso di cui all'ipotesi di trasformazione dell'indebitamento formulata da Dexia e Depfa, come descritti nei rispettivi "documenti di conferma", la strategia più adeguata alle esigenze della Provincia per il perfezionamento delle suddette operazioni di Interest Rate Swap; 5) approvare i termini e le condizioni di cui alle strutture di tasso sopra individuate, come riportati nei predetti "documenti di conferma"; 6) dare atto che, in considerazione della volatilità dei tassi di mercato, i tassi definitivi delle operazioni sarebbero stati concordati tra le parti all'atto del perfezionamento delle operazioni stesse sulla base delle concorrenti condizioni di mercato; 7) dare atto che i flussi relativi alle operazioni sarebbero stati contabilizzati nei relativi bilanci di previsione di competenza, mediante creazione di apposite poste in entrata e in uscita; 8) prendere atto che i pagamenti relativi alle operazioni sarebbero stati effettuati secondo i dettagli puntualmente riportati nella stessa delibera; 9) prendere altresì atto che la Provincia era giunta alla determinazione di perfezionare le operazioni di Interest Rate Swap con Dexia e Depfa non per fini speculativi, ma, unicamente, per la copertura del rischio di tasso e per la gestione delle proprie passività risultanti da emissioni obbligatorie, da mutui passivi e da altre forme di ricorso al mercato finanziario consentite dalla legge e che in particolare le operazioni descritte venivano poste in essere sugli importi sottostanti che risultavano

effettivamente dovuti dell'Ente, il quale si impegnavano a mantenere, per tutta la durata delle operazioni stesse, un sottostante indebitamento che avesse un'elevata corrispondenza finanziaria con le operazioni di swap con particolare riguardo alla durata e alla tipologia di tasso e in ogni caso alla modifica dell'operazione in caso di riduzione dell'indebitamento; 10) dare atto che le operazioni Interest Rate Swap, come descritte nei relativi "Documenti di conferma", erano in linea con l'art. 1, comma 736, della legge n. 296 del 27 dicembre 2006, con il D.M. 1° dicembre 2003, n. 389 e la successiva circolare esplicativa 27 maggio 2004; in particolare, con riferimento all'indebitamento sottostante, sono pienamente in linea con l'art. 3, comma 3, del suddetto Decreto n. 389/2003; 10) dare atto che l'ente aveva provveduto alla verifica del merito del credito delle controparti con cui concludere operazioni in strumenti derivati, in base al quale risultavano affidatarie di un rating sufficientemente affidabile (per Dexia Aa2 di Moody's, AA- di S&P's e AA di Fitch; per Depfa Aa3 di Moody's, AA- di S&P's e AA- di Fitch).

I.4. Con la determinazione n. 2799 del 29 giugno 2009 il Dirigente del Servizio Gestione Risorse Finanziarie ed Umane: 1) annullava d'ufficio "con efficacia retroattiva con conseguenza del venir meno degli atti stessi dalla stessa data nella quale sono stati emanati" le determinazioni n. 913 del 16 febbraio 2007 e n. 3266 del 22 giugno 2007, nella parte relativa all'operazione in strumenti finanziari derivati, nonché la determinazione n. 3418 del 3 luglio 2007; 2) procedeva alla restituzione del differenziale attivo complessivo di Euro 24.271,39 relativo al primo semestre, ottenuto dalla Provincia di Pisa per effetto delle clausole contrattuali, in data 10 gennaio 2008 per Euro 12.986,39 dalla Depfa Bank Plc (ordine di riscossione n. 1558/2008) ed in data 8 gennaio 2008 per Euro 11.285,00 da Dexia Crediop S.p.A. (ordine di riscossione 1557/2008), imputando la relativa spesa al bilancio dell'ente (punto 3) e trasmettendo copia della delibera al Ministero dell'economia e delle finanze (a completamento delle comunicazioni inviate a

seguito della legge finanziaria 2007 e della circolare del 31 gennaio 2007 dello stesso Ministero, nonché alla Banca d'Italia ed alla Consob) (punto 4).

Detto provvedimento era fondato sulla seguente motivazione:

"In data successiva alla stipulazione dei contratti sono inoltre emersi profili di criticità che sono stati oggetto di valutazione e di approfondimento da parte di esperti della materia e che hanno condotto al documento "analisi posizione in derivati della provincia di Pisa", redatto da una società esperta nel settore, depositata agli atti del servizio finanziario;

che tali analisi hanno evidenziato:

- da una lato la violazione dell'articolo 41 della Legge finanziaria 448 del 2001 in quanto non risulta rispettato il principio della convenienza economica così come previsto dalla normativa suddetta. Infatti il contratto swap al momento della stipula deve avere un valore iniziale pari a zero, al contrario, come evidenziato dalla relazione, lo swap con Dexia pari a €. 44.400.000,00 aveva un valore negativo pari a circa 644.355,00 euro e lo swap con Depfa pari ad €. 51.094.000,00 aveva un valore negativo pari a circa 741.000,00 euro, prima cioè che le condizioni di mercato si verificassero. Ora, poiché all'istante della stipula il valore era, appunto, diverso da zero, la parte contrattuale (Banca) per la quale il contratto aveva valore positivo doveva corrispondere una somma di pari ammontare in modo da "riequilibrare" economicamente il contratto stesso; pertanto questo costo è il mancato premio che la Provincia avrebbe dovuto incassare a fronte del valore negativo dello swap;

- dall'altro lato la violazione dell'articolo 3 C.M. 27.05.2004 laddove precisa che la vendita del floor è ammessa solo per il finanziamento dell'acquisto del cap; ora il valore di mercato dello swap, calcolato al momento della stipula,

indica proprio che il valore del cap era inferiore a quello del floor, ovvero che il premio che la Provincia avrebbe dovuto pagare, e che implicitamente ha pagato, per l'acquisto del cap era inferiore al premio che la Provincia avrebbe dovuto incassare a fronte della vendita del floor; che le violazioni suddette sono dipese dai c.d. "costi impliciti" dello swap stipulato, come tali non calcolabili dalla Provincia di Pisa se non denunciati dalle banche proponenti il derivato; che, pertanto, gli Istituti Bancari non hanno dichiarato né mai indicato che lo swap dovesse avere un costo (e il costo implicito andava considerato nell'analisi di convenienza); che, dunque, già il solo costo implicito dello swap vanificava la convenienza economica di emissione dei bond; che pertanto se la Provincia avesse avuto informazioni complete sull'operazione di interest rate swap, sarebbe pervenuta ad un risultato di affidamento dell'operazione diverso da quello effettuato con gli atti citati; Valutato l'interesse pubblico all'annullamento degli atti derivanti da violazioni di legge dovute a mancanza di conoscenza di alcuni elementi informativi rilevanti per il procedimento inerente la ristrutturazione del debito e valutato che in ogni caso si è all'interno del termine di ragionevolezza per l'annullamento degli atti; considerato che la violazione del principio di economicità e di convenienza finanziaria, quale elementi di interesse pubblico, sono stati avvalorati anche dalla recente normativa, in particolare dalla legge finanziaria del 2005 che all'articolo 1, comma 136, prevede espressamente la possibilità di annullamento d'ufficio di provvedimenti amministrativi, anche legittimi "al fine di conseguire risparmi o minori oneri finanziari"; considerati e valutati comparativamente gli interessi dei soggetti coinvolti Dexia – Depfa, che in ogni caso hanno violato il principio di buona fede e correttezza nel non rendere edotta la Provincia circa i rilevanti costi impliciti dei derivati proposti, tali da far venir meno il bilanciamento tra valore del cap comprato e del floor venduto, consigliati e sottoscritti".

II.1. Di tale determinazione e della successiva deliberazione della Giunta Provinciale n. 83 del 15 luglio 2009 (avente ad oggetto "Individuazione operazione di ristrutturazione del debito – Contratti di interest rate swap con Dexia Crediop S.p.A. e Depfa Bank Plc – Annullamento parte delibera G.P. n. 7 del 23/10/2007", Dexia Crediop S.p.A. e Depfa Bank Plc hanno chiesto l'annullamento al Tribunale amministrativo regionale per la Toscana con due separati ricorsi, iscritti rispettivamente al NRG. 1667 e 1668 dell'anno 2009, deducendone l'illegittimità alla stregua di tre articolati motivi di censura, rubricati rispettivamente "Violazione e falsa applicazione artt. 7 ss L. 241/90 – violazione del principio del giusto procedimento amministrativo e del contraddittorio amministrativo – Difetto di istruttoria", "Violazione e falsa applicazione dell'art. 21 nonies Legge 241/90 per mancanza dei requisiti richiesti dalla norma; violazione e falsa applicazione dell'art. 41 l. 448/2001 e dell'art. 3 Circolare Ministero Economia e Finanze 27.5.2004; eccesso di potere per errore nei presupposti e travisamento dei fatti – Sviamento di potere – contraddittorietà – incompetenza" e "Illegittimità dei provvedimenti gravati nella parte in cui dispongano di procedure "alla restituzione del differenziale attivo complessivo di Euro 24.271,39 relativo al primo semestre, ottenuto dalla Provincia di Pisa per effetto delle clausole contrattuali..."; Eccesso di potere per errore nei presupposti e travisamento dei fatti – Violazione e falsa applicazione art. 21 nonies L. 241/90 – Violazione del principio di diritto enunciato dall'Ad. Plenaria del Consiglio di Stato, 30.7.2008, n. 9".

Con l'impugnativa è stata anche formulata domanda di risarcimento dei danni derivanti dall'illegittimità degli atti impugnati.

Con separati atti le predette società hanno proposto motivi aggiunti, chiedendo l'annullamento anche della delibera del Consiglio Provinciale 29 settembre 2009, n. 76, avente ad oggetto "Individuazione operazione di ristrutturazione del debito – Contratti di interest rate swap con Dexia Crediop S.p.A. e Depfa Bank Plc annullamento parte delibera C.P. n. 60 del 7/6/2007", oltre che di ogni altro presupposto conseguente o connesso.

A sostegno di tale impugnativa sono stati dedotti i seguenti ulteriori motivi di censura: "I. Violazione e falsa applicazione artt. 7 e ss. l. 241/1990 – violazione del principio del giusto procedimento amministrativo e del contraddittorio amministrativo – Difetto di istruttoria"; "II. Violazione e falsa applicazione art. 3 l. 203/2008 – Violazione e falsa applicazione art. 3 l. 241/1990 – Motivazione errata, insufficiente e carente – Eccesso di potere per errore nei presupposti e travisamento dei fatti – Contraddittorietà tra parti dello stesso provvedimento"; "III. Violazione e falsa applicazione dell'art. 21 nonies Legge 241/1990 per mancanza dei requisiti richiesti dalla norma; violazione e falsa applicazione dell'art. 41 l. 448/2001 e dell'art. 3 Circolare Ministero Economia e Finanze 27.5.2004; eccesso di potere per errore nei presupposti e travisamento dei fatti – Sviamento di potere – contraddittorietà – Incompetenza"; "III.IV. Illegittimità derivata dall'illegittimità della determina dirigenziale 2799/2009 nella parte in cui dispone di procede "alla restituzione del differenziale attivo complessivo di Euro 24.271,39 relativo al primo semestre, ottenuto dalla Provincia di Pisa per effetto delle clausole contrattuali..."; Eccesso di potere per errore nei

presupposti e travisamento dei fatti – Violazione e falsa applicazione art. 21 nonies L. 241/1990 – Violazione del principio di diritto enunciato dall'Ad. Plenaria del Consiglio di Stato, 30.7.2008, n. 9"; è stata altresì proposta domanda risarcitoria.

Con ulteriori motivi aggiunti entrambe le predette società, avuta conoscenza del parere della società Calipso, posto a fondamento dei provvedimenti impugnati,

hanno lamentato anche "Violazione di legge ed eccesso di potere per estraneità dell'atto invocato al procedimento amministrativo; difetti dei presupposti; errore di fatto sui presupposti; travisamento dei fatti; falso presupposto di fatto, contraddittorietà intrinseca allo stesso provvedimento e sviamento, nonché violazione del regolamento CE 29.9.2003, n. 1725".

In sintesi, secondo le società ricorrenti, i provvedimenti impugnati, attraverso i quali l'amministrazione provinciale di Pisa aveva inteso esercitare il potere di autotutela, annullando sostanzialmente gli atti di affidamento dell'operazione di ristrutturazione del debito, relativamente all'operazione in strumenti finanziari derivati, oltre ad essere viziati dalla macroscopica violazione delle norme in tema di garanzie partecipative (a causa dell'omessa comunicazione di avvio del procedimento), erano anche privi di fondamento giuridico, non risultando affatto violata la legge 28 dicembre 2001, n. 408, che si riferiva solo ai contratti relativi ai mutui contratti dagli enti locali successivamente al 31 dicembre 2006 e non anche alle operazioni di ristrutturazione dei debiti, tanto più che il derivato, per un verso, non era configurabile quale passività, né il valore dell'operazione poteva essere considerata come una commissione o un costo, costituendo piuttosto una valorizzazione storica dello swap, e, per altro verso, non rientrava neppure nell'ambito di applicazione della circolare ministeriale 27 maggio 2004; inoltre, sempre secondo le ricorrenti, non solo non sussisteva alcun interesse pubblico all'annullamento degli atti, non essendo stati neppure valutati i contrapposti rilevanti interessi privati in gioco, per quanto gli effetti degli impugnati provvedimenti non avrebbero giammai potuto estendere i propri effetti sul contratto medio tempore stipulato, in relazione al quale, in virtù di apposita clausola contrattuale, sussisteva la giurisdizione del giudice inglese.

Sotto altro profilo, le società ricorrenti evidenziavano che i provvedimenti impugnati erano stati inammissibilmente adottati sulla base di una erronea

consulenza, resa da un soggetto privato, da cui peraltro poteva desumersi che la questione dei presunti costi impliciti connessi all'operazione di ristrutturazione del debito non rientrava nell'ambito della convenienza economica di cui alla legge 28 dicembre 2001, n. 448, posta a fondamento dei provvedimenti di autotutela.

II.2. L'adito Tribunale amministrativo regionale per la Toscana, sez. I, con la sentenza n. 6579 dell'11 novembre 2010, nella resistenza dell'amministrazione provinciale di Pisa, riuniti i due separati giudizi per ragioni di connessione oggettiva e soggettiva, li ha in parte accolti ed in parte respinti.

Rigettata infatti la censura attinente alla dedotta violazione delle garanzie partecipative, i primi giudici hanno delineato i caratteri essenziali dell'operazione di ristrutturazione del debito avviata dalla Provincia di Pisa, osservando che "...gli swap sono contratti a termine, che prevedono lo scambio in termini di flussi di cassa calcolati con modalità stabilite alla stipulazione del contratto", consentendo "...di diminuire il rischio connesso, come nel caso di specie, alle fluttuazioni dei tassi di interesse o di scambio", ed evidenziando che "L'Interest Rate Swap è il contratto di swap più diffuso, con il quale due parti si accordano per scambiarsi reciprocamente, per un periodo di tempo predefinito al momento della stipula, pagamenti calcolati sulla base di tassi di interesse differenti e predefiniti, applicati al capitale. Non sussiste quindi uno scambio di capitali, ma solo di flussi corrispondenti al differenziale fra i due interessi. Il contratto ha scadenze che superano l'anno e i pagamenti devono essere effettuati a scadenze periodiche, comprese tra i tre e di dodici mesi. Per garantire l'equilibrio tra le parti detto contratto, al momento della stipulazione, deve dare un risultato differenziale pari a zero; in caso contrario risulterà squilibrato a favore di uno dei contraenti", ed hanno quindi ritenuto legittimo l'operato dell'amministrazione che, avendo appurato, sulla scorta di apposita relazione elaborata dalla società specializzata Calipso, che gli swap sottoscritti avevano un valore negativo a carico della

Provincia (realizzando un ingiustificato squilibrio fra le posizioni contrattuali dei contraenti), ha annullato in autotutela le delibere di affidamento dell'operazione di ristrutturazione del proprio debito, nella parte relativa all'operazione in strumenti finanziari derivati, sussistendo una effettiva violazione dell'art. 41, comma 2, della legge 28 dicembre 2001, n. 448.

Tuttavia, secondo il predetto tribunale, i provvedimenti impugnati non comportavano la caducazione automatica del contratto già stipulato, a tal fine essendo necessaria un'apposita pronuncia del giudice competente a conoscere dell'esecuzione del contratto, individuato nel giudice ordinario: ciò rendeva fondato il terzo motivo di censura sollevato dalle società ricorrente; veniva infine dichiarata inammissibile la domanda risarcitoria.

II.3. Avverso tale sentenza hanno ritualmente e tempestivamente proposto appello: a) Depfa Bank Plc (NRG. 938/2001); b) Dexia Crediop S.p.A. (NRG. 939/2011); c) la Provincia di Pisa (NRG. 1008/2011)

II.3.1. Depfa Bank Plc e Dexia Crediop S.p.A. con motivi pressochè identici, ripercorso il complesso e articolato procedimento attraverso cui la Provincia di Pisa aveva provveduto alla ristrutturazione della propria esposizione debitoria, stipulando contratti di swap e sottolineata la correttezza e trasparenza del loro comportamento, hanno lamentato che i primi giudici: a) avevano omesso di pronunciare sulla eccezione di difetto di giurisdizione, stante la nullità e inesistenza dei provvedimenti impugnati, con i quali l'amministrazione aveva inammissibilmente inteso annullare unilateralmente i contratti, adducendo peraltro motivi che non attenevano affatto alla fase procedimentale di evidenza pubblica di scelta del contraente culminata nell'aggiudicazione, quanto piuttosto a vizi della volontà contrattuale; b) avevano erroneamente respinto la censura relativa alla violazione dell'articolo 7 della legge 7 agosto 1990, n. 241, travisando i fatti e malamente apprezzando la documentazione prodotta anche dall'amministrazione provinciale, tanto più che giammai quest'ultima aveva reso disponibile la relazione della società Calipso sulla scorta delle cui osservazioni era stato esercitato il potere di autotutela; c) avevano inopinatamente ritenuto sussistenti i presupposti per l'esercizio del potere di autotutela, laddove difettavano l'attualità dell'interesse pubblico (tanto più che i contratti di swap erano stati stipulati da oltre due anni), la comparazione degli interessi in gioco e la stessa ragionevolezza del tempo trascorso tra l'aggiudicazione ed il suo annullamento; d) erano infine incorsi in falsa interpretazione, valutazione ed applicazione al caso di specie dell'articolo 41 della legge 28 dicembre 2001, n. 448, assolutamente non applicabile ai contratti swap (che non costituiscono strumenti di debito) ed al presunto differenziale negativo (del tutto inesistente), che non rientravano nella valutazione di convenienza economica dell'operazione.

In entrambi i giudizi si è costituita la Provincia di Pisa deducendo l'inammissibilità e l'infondatezza degli avversi gravami, di cui ha chiesto il rigetto.

II.3.2. La Provincia di Pisa ha a sua volta chiesto la riforma della predetta sentenza, sostenendone l'erroneità per "Violazione e falsa applicazione dei principi in tema di riparto di giurisdizione amministrativa ed ordinaria per le controversie sui contratti pubblici. Violazione e falsa applicazione del D. Lgs. n. 104/2010 (artt. 133, 121, 122) e del D. Lgs. n. 163/2006. Violazione e falsa applicazione della direttiva UE 2007/66", rilevando, in estrema sintesi, che l'annullamento, anche a seguito di autotutela, dell'aggiudicazione produce effetti caducanti sul contratto e che in tale fattispecie sussiste la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, inopinatamente negata dai primi giudici.

In questo giudizio si sono costituite Depfa Bank Plc e Dexia Crediop S.p.A., deducendo l'inammissibilità, l'improcedibilità e l'infondatezza dell'avverso gravame, di cui hanno chiesto il rigetto.

III. 1. Con altra sentenza, n. 154 del 27 gennaio 2011, il Tribunale amministrativo regionale per la Toscana, sez. I, riuniti i separati ricorsi proposti dalla Provincia di Pisa nei confronti di Dexia Crediop S.p.A. (NRG. 51/2011) e Depfa Bank Plc (NRG. 52/2011) per la declaratoria di inefficacia del contratto in strumenti finanziari derivati stipulato in data 4 luglio 2007 (tramite sottoscrizione di ISDA master agreement, schedule e termini e condizioni definitive del contratto), richiamata la propria precedente sentenza n. 6579 dell'11 novembre 2010 nella parte in cui era stato dichiarato che il giudice competente a decidere sulla inefficacia dei contratti doveva ritenersi solo quello ordinario, li ha dichiarati inammissibili.

III.2. Con rituale e tempestivo atto di appello la Provincia di Pisa ha chiesto la riforma di tale sentenza, deducendone l'erroneità alla stregua di due motivi, rubricati rispettivamente, il primo "I. Carenza dei presupposti per la declaratoria di inammissibilità dei ricorsi nn. 51 e 52/2011 della Provincia di Pisa", ed il secondo "II. Violazione e falsa applicazione dei principi in tema di riparto di giurisdizione amministrativa e ordinaria per le controversie sui contratti pubblici. Violazione e falsa applicazione del d. lgs. n. 104/2010 (artt. 133, 121, 122) e del d. lgs. 163/2006 . Violazione e falsa applicazione della direttiva UE 2007/66)", con cui sono state sostanzialmente svolte le stesse argomentazioni spiegate poste a sostegno del ricorso in appello NRG. 1008/2011.

Anche in questo giudizio (NRG. 2941/11) si sono costituite Depfa Bank PLC e Dexia Crediop S.p.A., deducendo l'inammissibilità, l'improcedibilità e l'infondatezza dell'avverso gravame, di cui hanno chiesto il rigetto.

IV. Tutte le parti hanno depositato ulteriore documentazione e con apposite memorie hanno illustrato le proprie rispettive tesi difensive.

All'udienza del 17 maggio 2011, dopo la rituale discussione nel corso della quale le parti hanno insistito con argomentazioni contrapposte sulla questione di giurisdizione, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

V. In linea preliminare deve disporsi la riunione degli appelli in trattazione per evidenti ragioni di connessione,

obiettiva (unica essendo la vicenda oggetto di controversia) e soggettiva (identiche essendo tutte le parti in causa), tanto più che tre di essi, quelli contraddistinti dai NRG. 938/2011, 939/2011 e 1008/2011, sono rivolti avverso la stessa sentenza.

VI. Possono essere esaminati congiuntamente, stante la loro assoluta identità, gli appelli proposti da Depfa Bank Plc (NRG. 938/2011) e da Dexia Crediop S.p.A. (NRG. 939/2011).

VI.1. Con il primo motivo le predette banche hanno sostenuto il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo in subiecta materia, sottolineando che la relativa eccezione, ancorché spiegata in primo grado, non era stata neppure esaminata dai primi giudici.

In sintesi, a loro avviso, i provvedimenti impugnati (determinazione dirigenziale n. 2799 del 29 giugno 2009 [recante, tra l'altro, l'annullamento d'ufficio delle determinazioni n. 913 del 16 febbraio 2007, avente ad oggetto "gestione attiva dell'indebitamento della Provincia di Pisa: operazione di ristrutturazione determinazione conclusiva nella parte relativa all'operazione in strumenti finanziari derivati", nella parte relativa all'operazione in strumenti finanziari derivati; n. 3266 del 22 giugno 2007, avente ad oggetto "aggiudicazione definitiva relativa all'operazione di emissione del prestito obbligazionario nella parte relativa all'operazione in strumenti finanziari derivati", pure nella parte relativa all'operazione in strumenti finanziari derivati e n. 3418 del 3 luglio 2007, avente ad oggetto "Perfezionamento di operazioni in strumenti finanziari derivati"] e le

successive deliberazioni confermate della giunta provinciale [n. 83 del 15 luglio 2009] e del Consiglio provinciale [n. 76 del 29 settembre 2009]), erano da considerare nulli ed inesistenti perché solo apparentemente costituivano esercizio di un potere amministrativo, laddove con essi l'amministrazione aveva inteso unilateralmente risolvere il contratto, adducendo a fondamento motivi che peraltro non riguardavano la fase procedimentale ad evidenza pubblica e la conseguente aggiudicazione, bensì consistevano in veri e propri vizi della volontà contrattuale, così che la controversia de qua apparteneva alla cognizione del giudice ordinario.

VI.1.1. Il corretto ed esaustivo esame del motivo impone innanzitutto l'individuazione e l'esatta qualificazione giuridica degli impugnati provvedimenti, se cioè essi costituiscono manifestazione del potere pubblicistico di provvedere, anche in autotutela, sussistendo su di essi il sindacato giurisdizionale del giudice amministrativo, quale giudice del corretto esercizio della funzione pubblica, ovvero se essi siano atti di gestione/esecuzione dei contratti stipulati (di strumenti finanziari derivati), ipotesi che invece radicherebbe la giurisdizione del giudice ordinario.

Peraltro, in relazione alla eventuale natura giuridica pubblicistica dei predetti provvedimenti, occorre poi stabilire se in astratto esista in capo all'amministrazione, e quali ne siano eventualmente i limiti, un potere amministrativo idoneo a togliere effetto all'attività svolta nell'ambito della serie procedimentale inerenti ai contratti pubblici, ancorché essa si sia esaurita con l'aggiudicazione definitiva ed il contratto sia stato stipulato e sia in corso di esecuzione, e, per altro verso, qualora tale potere sussista, se esso sia stato in concreto correttamente esercitato dall'amministrazione provinciale di Pisa.

VI.1.2. Deve innanzitutto premettersi che, secondo un consolidato indirizzo giurisprudenziale, dal quale non vi è motivo alcun per discostarsi, anche in relazione ai procedimenti ad evidenza pubblica per l'affidamento di lavori, servizi e

forniture, l'amministrazione conserva il potere di annullare il bando, le singole operazioni di gara e lo stesso provvedimento di aggiudicazione, ancorché definitivo, in presenza di gravi vizi dell'intera procedura, dovendo tener conto delle preminenti ragioni di salvaguardia del pubblico interesse (ex pluribus, C.d.S., sez. V, 1° ottobre 2010, n. 7273; sez. IV, 15 settembre 2006, n. 5374; sez. VI, 6 dicembre 2010, n. 8554).

E' stato più volte ribadito che, anche se nei contratti della pubblica amministrazione l'aggiudicazione, quale atto conclusivo del procedimento di scelta del contraente, segna normalmente il momento dell'incontro delle volontà dell'amministrazione e del privato in ordine alla conclusione del contratto (volontà che per quanto riguarda la posizione dell'amministrazione si è manifestata con la individuazione dell'offerta ritenuta migliore), non è tuttavia precluso all'amministrazione di procedere con successivo atto (e con un richiamo ad un preciso e concreto interesse pubblico) all'annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione.

Tale potere di autotutela trova fondamento nei principi di legalità, imparzialità e buon andamento, cui deve essere improntata l'attività della pubblica amministrazione, ai sensi dell'articolo 97 della Costituzione, in attuazione dei quali l'amministrazione deve adottare atti il più possibile rispondenti ai fini da conseguire (fermo l'obbligo nell'esercizio di tale delicato potere, anche in considerazione del legittimo affidamento eventualmente ingeneratosi nel privato, di rendere effettive le garanzie procedurali, di fornire un'adeguata motivazione in ordine alle ragioni che giustificano la differente determinazione e di una ponderata valutazione degli interessi, pubblici e privati, in gioco (C.d.S., sez. V, 4 gennaio 2011, n. 11; 10 settembre 2009, n. 5427; sez. IV, 31 ottobre 2006, n. 6456; sez. VI, 26 luglio 2010, n. 4864).

Poiché pertanto il provvedimento di aggiudicazione definitiva non costituisce di per sé ostacolo giuridicamente insormontabile al suo stesso annullamento, anche in autotutela, oltre che all'annullamento degli atti amministrativi che ne costituiscono il presupposto, non può accogliersi la tesi propugnata dalle appellanti secondo cui le sole (peraltro pacifiche) circostanze dell'intervenuta stipulazione del contratto e della sua attuale esecuzione, costituirebbero elementi sufficienti ad escludere nella fattispecie in esame la giurisdizione del giudice amministrativo e a radicare quella del giudice ordinario.

Di fronte all'esercizio del potere di annullamento la situazione del privato è di interesse legittimo, a nulla rilevando che tale esercizio, in ultima analisi, produca effetti indiretti su di un contratto stipulato da cui sono derivati diritti.

Non può neppure condividersi la apodittica prospettazione delle banche secondo cui i provvedimenti impugnati dovrebbero essere considerati nulli e/o inesistenti, non ricorrendo a tal fine alcuno dei presupposti stabiliti dall'articolo 21 septies della legge 7 agosto 1990, n. 241, né avendo del resto sul punto gli appellanti svolto alcuna specifica contestazione o addotto alcuna prova: invero, come si evince dalla loro stessa lettura, i predetti provvedimenti non difettano *ictu oculi* degli elementi essenziali, non risultano viziati da difetto assoluto di attribuzione e non risultano neppure adottati in violazione o in elusione del giudicato; tanto meno è stata indicata l'eventuale espressa previsione di legge che ne determinerebbe la nullità.

VI.1.3. Quanto alla verifica in concreto del potere esercitato dall'amministrazione provinciale con i provvedimenti impugnati, deve osservarsi che, sempre secondo il già ricordato consolidato indirizzo giurisprudenziale, in linea generale la legittimità di un provvedimento di autotutela è subordinata, oltre che alla comunicazione di avvio del procedimento, anche ad una adeguata motivazione circa la natura e la gravità delle anomalie verificatesi, la sussistenza di un interesse pubblico attuale alla

sua eliminazione (che tuttavia non può giammai ridursi all'esigenza del mero ripristino della legalità violata, C.d.S., 24 settembre 2010, n. 7125), la comparazione tra quest'ultimo e la contrapposta posizione consolidata dell'aggiudicatario e la ragionevole durata del tempo intercorso tra l'atto illegittimo e la sua rimozione (*ex multis*, C.d.S., sez. V, 1° ottobre 2010, n. 7273; 7 aprile 2010, n. 1946; 7 gennaio 2009, n. 1; sez. VI, 16 aprile 2010, n. 2178; 11 gennaio 2010, n. 4; 18 agosto 2009, n. 4958).

VI.1.3.1. Orbene, tralasciando per il momento la problematica concernente la sussistenza nel caso di specie di tali presupposti (questione che attiene alla verifica del corretto esercizio del potere e che costituisce oggetto del secondo, terzo e quarto motivo degli appelli in trattazione) e focalizzando invece l'attenzione sulla qualificazione giuridica da attribuire ai provvedimenti impugnati, occorre evidenziare che, come pure emerge dalla lettura della determinazione dirigenziale n. 2799 del 29 giugno 2009, l'amministrazione provinciale di Pisa non ha inteso esercitare un potere negoziale di recesso unilaterale dai contratti stipulati in data 4 luglio 2007, avendo piuttosto esercitato il potere amministrativo di annullare in autotutela l'aggiudicazione in favore di Depfa Bank Plc e Dexia Crediop S.p.A. dell'operazione di ristrutturazione del proprio debito, nella parte relativa all'operazione in strumenti finanziari derivati, con effetto caducante sui contratti già stipulati.

Infatti la decisione dell'amministrazione di riesaminare prima e di annullare poi, nei limiti indicati, tutti gli atti di affidamento della ristrutturazione del debito è stata dichiaratamente determinata, per un verso, dall'accertata violazione delle finalità dell'articolo 41 della legge 28 dicembre 2001, n. 448, non risultando a tal riguardo rispettato il principio della convenienza economica (in quanto il contratto swap al momento della stipula non aveva un valore iniziale pari a zero, bensì negativo, senza che a fronte di tale elemento economico negativo fosse stata prevista in favore dell'amministrazione una somma di pari ammontare così da riequilibrare il contratto stesso) e, per altro verso, dalla pur riscontrata violazione dell'art. 3 C.M. 27 maggio 2004 (nella parte in cui precisava che la vendita del floor è ammessa solo per il finanziamento dell'acquisto del cap, in quanto il valore di mercato dello swap, calcolato al momento della stipula, indica proprio che il valore del cap era inferiore a quello del floor ovvero il premio che l'amministrazione provinciale avrebbe dovuto pagare e che, implicitamente aveva pagato, per l'acquisto del floor era inferiore al premio che avrebbe dovuto incassare a fronte della vendita del floor), così che in definitiva l'operazione era stata caratterizzata da "costi impliciti" dello swap stipulato, non evidenziati né nella presentazione delle offerte, né all'atto della stipula dei contratti, ma appurati solo successivamente a quest'ultima, a seguito di apposita attività di indagine affidata alla società Calipso.

VI.1.3.2. Ciò posto, se è vero che nella predetta determinazione dirigenziale, si precisa che i "costi impliciti" degli swap stipulati non erano immediatamente accertabili e verificabili dall'amministrazione provinciale "se non denunciati dalle banche proponenti il derivato", deve rilevarsi che una tale argomentazione non costituisce affatto la contestazione (nei confronti delle banche affidatarie dell'operazione) di una violazione di un obbligo precontrattuale di informazione (attinente pertanto alla fase negoziale della vicenda e quindi ad un vizio di formazione della volontà

negoziale), indicando piuttosto una mera constatazione di una circostanza di fatto (l'ignoranza incolpevole dell'amministrazione in ordine ai c.d. "costi impliciti" dell'operazione), volta a giustificare l'impossibilità dell'amministrazione provinciale di verificare non già (e non solo) la sussistenza del costo implicito in sé, quanto piuttosto l'insufficiente apprezzamento della situazione economico – finanziaria discendente dalla complessiva operazione di ristrutturazione del debito (tra cui rientra anche quella in strumenti finanziati derivati) ed in particolare l'erroneo ed insufficiente apprezzamento incolpevole

della convenienza economica che sola poteva giustificare l'intera operazione di ristrutturazione, ai sensi dell'articolo 41 della legge 28 dicembre 2001, n. 448 (profilo che, com'è agevolmente intuibile, attiene non già al momento negoziale, bensì al profilo interno dell'amministrazione di procedere effettivamente alla complessiva operazione di ristrutturazione del debito e quindi alla corretta ed effettiva tutela dell'interesse pubblico affidato alla cura dell'amministrazione).

In definitiva il potere di autotutela culminato nella ricordata determinazione dirigenziale non è stato esercitato per sottrarsi puramente e semplicemente ad un contratto economicamente squilibrato, quanto piuttosto a causa della mancata corretta valutazione della convenienza economica che legittimava l'operazione di ristrutturazione del debito, ai sensi dell'articolo 41 della legge 28 dicembre 2001, n. 448, e che, come tale, non rientrava nella "causa" del contratto di swap, costituendone piuttosto il presupposto logico – giuridico.

Che questo, e solo questo, sia effettivamente il fondamento del potere esercitato è confermato anche dal richiamo operato nella motivazione della determinazione impugnata all'articolo 1, comma 136, della legge finanziaria del 2006, che consente di provvedere anche all'annullamento di atti amministrativi legittimi al fine di conseguire risparmi o minori oneri finanziari.

IV. 1.3.4. Del resto, a fronte della così delineata "causa" del potere concretamente esercitato dall'amministrazione provinciale, la tesi sostenuta dalle banche appellanti, secondo cui si sarebbe invece in presenza di un illegittimo esercizio di potere unilaterale di recesso dai contratti stipulati, non risultata confortata da alcun elemento probatorio.

Invero, anche a prescindere dalla rilevanza preminente, in tema di interpretazione degli atti amministrativi, del criterio letterale (la cui applicazione nel caso di specie conduce proprio al riconoscimento della natura provvedimentale e non negoziale degli atti impugnati), deve rilevarsi che la gara ufficiosa bandita

dall'amministrazione provinciale di Pisa per la ristrutturazione di parte 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).

Concretamente, poi, l'individuazione della offerta migliore tra quelle presentate è stata effettuata da un'apposita commissione tecnica, i cui risultati sono stati approvati e fatti propri con la determinazione dirigenziale n. 913 del 16 febbraio 2007.

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.

VI. 1.4. Sulla scorta di tali osservazioni non sussiste nella controversia in esame l'ecceptione difetto di giurisdizione del giudice amministrativo.

VI.1.4.1. Innanzitutto la mancanza di macroscopici vizi di nullità dei provvedimenti impugnati e la loro ragionevole riconducibilità all'esercizio del potere amministrativo di autotutela (e non già all'esercizio di un potere negoziale di risoluzione unilaterale dei contratti stipulati), ferma restando l'indagine sul corretto esercizio del potere di autotutela, implica l'irrelevanza della clausola contrattuale contenuta nei contratti swap che, derogando alla giurisdizione italiana, non solo assoggetta la disciplina degli stessi alla legge inglese, ma li sottopone anche alla relativa giurisdizione inglese

(punto 13 documenti ISDA – International Swap Dealers Association Inc. – Master agreement, versati in atti).

Sul punto deve ricordarsi che, ai sensi dell'articolo 4 della legge 31 maggio 1995, n. 218, la deroga alla giurisdizione italiana può riguardare solo le cause vertenti su diritti disponibili (Cass. SS.UU., 20 aprile 2010, n. 9308) e quindi solo le questioni di interpretazione ed esecuzione dell'accordo (agreement), ma non può estendersi fino a comprendere anche il sindacato sul corretto esercizio del potere amministrativo, non potendo ascrivere al novero dei diritti disponibili gli interessi pubblici alla cui cura è finalizzato l'esercizio dei poteri pubblicistici accordati alla pubblica amministrazione anche nell'ambito dei procedimenti di gara.

Ciò priva altresì di rilievo anche la dedotta pendenza innanzi al giudice inglese della stessa controversia, non potendo configurarsi nel caso di specie un'ipotesi di litispendenza internazionale, mancandone evidentemente il presupposto fondamentale, costituito proprio dall'avere ad oggetto diritti disponibili per i quali possa operare la deroga alla giurisdizione italiana.

VI.1.4.2. Né al fine di fondare la tesi del difetto di giurisdizione del giudice amministrativo risulta pertinente il richiamo alla decisione della Terza Sezione della Corte di Giustizia del 12 maggio 2001 (prodotta dalle appellanti), relativa ad una pronuncia pregiudiziale sull'esatta interpretazione dell'art. 22, punto 2, e 27 del regolamento CE n. 44/2001 richiesta dal Kammergericht Berlino (nella causa tra Berliner Verkehrsbetriebe (BVG), Anstalt des öffentlichen Rechts e JPMorgan Chase Bank NA, Frankfurt Branch, in merito ad un contratto avente ad oggetto un prodotto finanziario derivato).

Se è vero che la Corte ha dichiarato che "l'art. 22, punto 2, del regolamento (CE) del Consiglio 22 dicembre 2000, n. 44/2001, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, va interpretato nel senso che non si applica ad una controversia nel cui ambito una società deduce l'inopponibilità di un contratto nei suoi confronti in ragione della asserita invalidità, per violazione dello statuto, di una decisione dei suoi organi che non ha portato alla conclusione del contratto", occorre infatti rilevare che la competenza esclusiva del giudice tedesco, invocata nel caso di specie da BVG, persona giuridica di diritto pubblico (relativamente al giudizio di cognizione della invalidità per vizio del consenso della deliberazione che aveva condotto alla conclusione del contratto) non è fondata sulla natura giuridica della posizione giuridica eventualmente fatta valere (che è pacificamente di diritto soggettivo, laddove nel caso in esame si è in presenza di un interesse legittimo), quanto piuttosto sul solo criterio di collegamento riguardante l'individuazione del giudice – interno - competente (art. 22, punto 2, del regolamento n. 44/2001), al solo fine di sottrarsi alle conseguenze dell'azione di inadempimento contrattuale instaurata dalla controparte (JPMorgan) innanzi al giudice inglese, competente secondo la clausola contrattuale.

Pertanto il diniego della rilevanza della competenza esclusiva dichiarata dalla Corte di Giustizia non è invocabile nel caso oggetto della presente controversia che non attiene ad una situazione di esecuzione contrattuale (diritto soggettivo), ma al corretto esercizio del potere amministrativo e quindi ad interessi pubblici, non disponibili.

VI.1.4.3. In conclusione, pertanto, correttamente i primi giudici hanno esaminato la questione della legittimità degli impugnati provvedimenti dell'amministrazione provinciale di Pisa che, in quanto espressione del potere amministrativo di autotutela, rientrano nella giurisdizione del giudice amministrativo.

VI.1.5. Esigenze sistematiche inducono la Sezione ad esaminare di seguito la questione concernente la sussistenza o meno della giurisdizione del giudice amministrativo in ordine agli effetti dell'annullamento dell'aggiudicazione del contratto di derivati finanziari, anche se tale questione in realtà costituisce oggetto dei motivi di gravame dei due appelli proposti dall'amministrazione provinciale di Pisa.

Secondo i primi giudici la decisione sull'efficacia del contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione spetterebbe al giudice ordinario; la Sezione tuttavia non condivide tale assunto.

VI.1.5.1. Invero, posto che, come si è già rilevato, non vi è dubbio circa l'effettiva configurabilità del potere della pubblica amministrazione di procedere in via di autotutela all'annullamento degli atti di un procedura ad evidenza pubblica, ivi compreso il provvedimento di aggiudicazione definitiva dell'appalto (di lavori, di servizi o di fornitura) e fermo restando quanto si dirà in seguito sul corretto esercizio nel caso di specie del predetto potere di autotutela, occorre rilevare che, come per altro già puntualmente sottolineato dalla giurisprudenza di questo consesso, l'annullamento dell'aggiudicazione "...in virtù della stretta consequenzialità tra l'aggiudicazione della gara pubblica e la stipula del relativo

contratto, l'annullamento giurisdizionale ovvero l'annullamento a seguito di autotutela della procedura amministrativa comporta la caducazione automatica degli effetti negoziali del contratto successivamente stipulato, stante la preordinazione funzionale tra tali atti" (C.d.S., sez. V, 14 gennaio 2011, n. 11; 20 ottobre 2010, n. 7578), con attribuzione delle relative controversie alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Ciò in virtù della disciplina introdotta dal decreto legislativo 20 marzo 2010, n. 53, poi trasfusa nell'articolo 122 del codice del processo amministrativo, imperniata sulle esigenze di semplificazione e concentrazione delle tutele ai fini della loro effettività, dovendo precisarsi al riguardo che le disposizioni contenute negli articoli 121 e 122, riferiti alle modalità di esercizio di un potere di decisione del giudice, trovano piena applicazione anche in relazione ai contratti stipulati sulla base di aggiudicazioni annullate in epoca anteriore all'entrata in vigore del citato decreto legislativo 20 marzo 2010, n. 53, purché, come nel caso di specie, sia ancora controversa l'efficacia del contratto, stante la loro pacifica natura processuale (così C.d.S., sez. III, 11 marzo 2011, n. 1570).

Non ha pregio la tesi che pretende di distinguere tra annullamento giurisdizionale e annullamento in autotutela.

Ciò che rileva, infatti, è il collegamento sostanziale tra i due atti, l'aggiudicazione e il contratto, i quali simul stabunt, simul cadent, qualunque sia la sede dell'annullamento (illegittimità dichiarata dal giudice a seguito di ricorso ovvero illegittimità o inopportunità, conseguente dell'esercizio del potere di autotutela da parte dell'amministrazione).

D'altra parte, anche a non voler condividere la tesi dell'effetto immediatamente caducante dell'annullamento dell'aggiudicazione sul contratto successivamente stipulato, così che l'inefficacia conseguirebbe solo all'esito di una specifica decisione dell'organo giurisdizionale competente, deve osservarsi che i ricordati

articoli 121 e 122 attribuiscono esclusivamente al giudice amministrativo tali poteri di decisione (e valutazione) dell'efficacia del contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione; né può ammettersi una (peraltro) irragionevole diversificazione della disciplina in esame, con la reviviscenza del potere del giudice ordinario sulla sorte del contratto, allorché l'annullamento dell'aggiudicazione (o degli atti ad essa presupposti) sia effetto dell'esercizio del potere di autotutela.

Ciò senza contare che nel caso di specie, essendo stato l'annullamento disposto in via di autotutela da parte della stessa amministrazione, può finanche dubitarsi della stessa esistenza in capo al giudice (amministrativo) di un potere di valutazione sul se dichiarare o meno inefficace il contratto, in quanto tale potere processuale – strumentale alla tutela specifica delle parti – appare assorbito dal potere amministrativo dell'amministrazione.

Né d'altra parte può dubitarsi della ragionevolezza della scelta del legislatore di affidare la decisione di tali controversie alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, laddove si tenga effettivamente conto che esse, come del resto emerge dagli atti di causa, sono caratterizzate da una inestricabile commistione di interessi, pubblici e privati, tra i quali è quanto meno problematico, se non impossibile, individuare con assoluta certezza posizioni di interesse legittimo e/o di diritto soggettivo che, com'è noto, costituiscono il discrimine fondamentale della giurisdizione ordinaria e di quella generale di legittimità del giudice amministrativo.

VI.1.5.2. Trova inoltre conferma, sotto il diverso profilo in esame, l'irrilevanza nella fattispecie in esame delle clausole contrattuali di deroga alla giurisdizione italiana, che, come già rilevato, è configurabile solo per quanto attiene ai diritti disponibili, ipotesi che non sussiste nel caso di specie, tant'è che lo stesso legislatore, nell'impossibilità di poter individuare con certezza una posizione di

diritto soggettivo, ha ritenuto di dover affidare tali controversie alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Quest'ultimo è quindi un giudice esclusivo *ratione materiae* e non già un giudice esclusivo in relazione ad un determinato criterio di collegamento della competenza territoriale (del giudice ordinario), il che anche sotto questo profilo rende privo di utilità per le banche appellanti il richiamo alla sentenza della III sezione della Corte di Giustizia del 12 maggio 2011.

VI.1.5.3. In definitiva va affermata la giurisdizione del giudice amministrativo anche in ordine agli effetti sul contratto dell'annullamento in via di autotutela dell'aggiudicazione (e degli atti ad essa presupposti).

VI.2. Può ora passarsi all'esame degli altri motivi di gravame proposti da Depfa Bank Plc e Dexia Crediop S.p.A., con cui è stata sostanzialmente contestata la legittimità dell'esercizio del potere di autotutela.

VI.2.1. E' innanzitutto infondato il secondo motivo di gravame con il quale le banche appellanti hanno denunciato che, diversamente da quanto ritenuto dai primi giudici, l'amministrazione non avrebbe loro garantito l'esercizio della garanzie partecipative, avendo omesso la comunicazione di avvio del procedimento di autotutela, tanto più che l'amministrazione provinciale di Pisa non avrebbe mai reso disponibile il contenuto della relazione della società Calipso, in base alle cui conclusioni sarebbero stati adottati gli impugnati provvedimenti.

Al riguardo, non vi è dubbio che l'avvenuto perfezionamento di una procedura ad evidenza pubblica, segnato dall'adozione di un provvedimento di aggiudicazione definitiva, differenzia evidentemente la posizione dell'aggiudicatario ai fini dell'applicazione delle garanzie partecipative di cui agli articoli 7 e seguenti della legge 7 agosto 1990, n. 241, imponendo, nel caso di esercizio da parte dell'amministrazione dell'esercizio del potere di autotutela, l'obbligo di comunicare l'avvio del relativo procedimento, proprio per consentire all'aggiudicatario non

solo di svolgere le proprie (naturali) difese, ma soprattutto di fornire all'amministrazione l'imprescindibile apporto di osservazioni, controdeduzioni e chiarimenti al fine della corretta e completa attività istruttoria per l'adozione di un "giusto" provvedimento (ragionevole, coerente ed adeguato cioè alla concreta, caratterizzato altresì dalla opportuna valutazione degli interessi, pubblici e privati, in gioco).

La giurisprudenza ha nondimeno più volte osservato che non sussiste la violazione dell'articolo 7 della legge 7 agosto 1990, n. 241 se all'interessato sia stata comunque data aliunde informazione dell'avvio del procedimento, con conseguente possibilità di rappresentarvi le proprie valutazioni (C.d.S., sez. VI, 9 marzo 2011, n. 1476; 4 dicembre 2009, n. 7607; sez. IV, 4 marzo 2009, n. 1207), ciò in quanto l'invocata disposizione non deve essere interpretata ed applicata in modo formalistico, ma con riferimento alla sua ratio (di assicurare la partecipazione del privato interessato al procedimento amministrativo, con la conseguenza che l'eventuale omissione dell'adempimento non determina illegittimità dell'azione amministrativa, laddove il destinatario abbia avuto, comunque e aliunde, conoscenza del procedimento in corso, con conseguente possibilità di parteciparvi).

Nel caso in esame, come si ricava dall'esame della documentazione versata in atti, con apposita nota raccomandata in data 5 giugno 2009 (prot. 145105 02.04.00) a firma del Direttore generale, l'amministrazione provinciale di Pisa ha informato Dexia Crediop S.p.A. e Depfa Banl Plc che, tra l'altro, dal riesame dell'intera vicenda culminata con la conclusione dei contratti di interest swap in data 4 luglio 2007, era emerso innanzitutto uno squilibrio economico determinato dal valore iniziale negativo dei contratti stessi, per un ammontare pari a €. 638.500, in relazione al quale non era stato corrisposto alcun elemento economico di riequilibrio in favore della Provincia di Pisa, benché esso costituisse esso un costo implicito degli swap, che non era stato considerato nell'analisi di convenienza

dell'operazione di emissione obbligazionaria finalizzata all'estinzione anticipata dei mutui in essere (di entità tale da vanificare di fatto la stessa convenienza della complessa operazione di ristrutturazione dei debiti).

Nella predetta comunicazione era stato altresì evidenziato che un valore iniziale dello swap, negativo, determinava ulteriori conseguenze (pur esse negative per l'amministrazione) "...con riferimento al collar (acquisto di cap e vendita di floor) inserito nel contratto stesso; il mark to market dello swap andava ricondotto alla differenza tra valore del cap rispetto al floor", osservandosi in particolare che "In sostanza, il cap acquistato aveva un valore (premio che la Provincia avrebbe dovuto pagare) inferiore al valore del floor venduto dalla Provincia (premio che l'ente avrebbe dovuto incassare..." e che "...la normativa vigente (art. 3 della Circolare Ministeriale del 27 maggio 2004 del Ministero dell'Economia e delle Finanze) vieta tutto ciò atteso che il collar, come combinazione di opzione acquistata e opzione venduta, è consentito a condizione che il floor venduto serva unicamente a finanziare l'acquisto del cap e perché questo sia vero, il valore del cap deve essere uguale e di segno contrario a quello del floor venduto".

Ancorché non espressamente qualificata dall'amministrazione provinciale di Pisa ai sensi dell'art. 7 della legge 7 agosto 1990, n.241, tale comunicazione conteneva tutti gli elementi necessari e sufficienti a consentire alle sue destinatarie, odierne appellanti, non solo di comprendere agevolmente l'intenzione dell'amministrazione di rivedere l'intera procedura che aveva condotto alla stipula dei contratti, ma anche di intervenire in tale procedimento di riesame, fornendo tutte le informazioni e le conoscenze utili ed adeguate per apprezzare complessivamente e correttamente l'intera vicenda; peraltro, indipendentemente, da ogni considerazione sulla eventuale fondatezza e pertinenza delle considerazioni circa la nullità dei contratti anche per la violazione da parte delle banche degli obblighi di informazione sull'effettiva portata dell'operazione finanziaria, in tale nota risulta

altresì concesso alle banche un termine, non irragionevole (sul punto non vi è stata alcuna contestazione) di cinque giorni "per valutare le opportune determinazioni" ed è manifestata in modo chiaro ed inequivocabile l'intenzione di tutelare l'interesse della provincia anche con le più opportune iniziative giudiziarie.

Le banche appellanti hanno avuto pertanto piena ed adeguata conoscenza dell'intenzione dell'amministrazione di avviare il procedimento di revisione dell'intera procedura di ristrutturazione della propria posizione debitoria culminata con l'aggiudicazione in favore delle appellanti dell'operazione di ristrutturazione di una parte del proprio debito e sono state effettivamente poste nella condizione di poter svolgere tutte le necessarie ed opportune deduzioni e osservazioni.

Né può sostenersi che la violazione delle garanzie processuali dovrebbe comunque configurarsi per la mancata trasmissione della relazione della società Calipso, sulla scorta delle cui conclusioni l'amministrazione aveva determinato l'avvio del procedimento di autotutela, essendo sufficiente osservare che le considerazioni contenute in tale relazione sono state ampiamente sintetizzate nella determinazione impugnata; né d'altra parte è stato dedotto o eccepito che la mancata effettiva conoscenza della relazione Calipso abbia impedito il completo ed integrale esercizio del diritto di difesa (a causa della eventuale insufficienza della indicazione di tali ragioni del provvedimento

impugnato).

VI.2.2. Ugualmente infondato è il terzo motivo con il quale le parti appellanti hanno sostenuto che gli impugnati provvedimenti di autotutela sarebbero stati adottati benchè non ne sussistessero i presupposti legittimanti, difettando, in particolare, l'attualità dell'interesse pubblico, la corretta valutazione dei contrapposti interessi in gioco ed essendo stato violato il principio della ragionevolezza del termine entro cui il potere di autotutela può essere esercitato.

VI.2.2.1. Quanto all'attualità dell'interesse pubblico, esso, lungi dal concretizzarsi nel mero ripristino della legalità violata, è rinvenibile non solo nella necessità

(formale) di eliminare la violazione dei principi di economicità e convenienza finanziaria (su cui avrebbe dovuto fondarsi, ai sensi dell'articolo 41 della legge 28 dicembre 2001, n. 448, l'operazione di ristrutturazione (di parte) del debito della Provincia di Pisa, ma soprattutto (profilo sostanziale) la necessità di far venir meno questi "costi impliciti", originariamente non conosciuti e non conoscibili, che gravavano sulle risorse dell'ente per tutta la durata dell'operazione stessa (fino al 2014), privandola peraltro proprio della finalità (riduzione dei debiti) che l'aveva giustificata.

Si è in presenza in effetti non già di un mero generico interesse pubblico alla legittimità dell'azione amministrativa o al rispetto del principio di legalità di cui all'articolo 97 della Costituzione, ma dell'interesse pubblico concreto, specifico e attuale, da ricollegare direttamente al principio di buon andamento dell'azione amministrativa, sub specie della sua economicità, incidendo i "costi impliciti" dell'operazione in strumenti finanziari derivati in modo rilevante sulle effettive disponibilità economico – finanziarie dell'amministrazione provinciale: del resto è stato più volte ricordato dalla giurisprudenza che l'attualità dell'interesse pubblico alla rimozione di un provvedimento illegittimo è dimostrata dalla sua idoneità a spiegare continuativamente i propri effetti negativi sull'organizzazione dell'ente.

VI.2.2.2. Né può condividersi la tesi delle appellanti, secondo cui il potere di autotutela sarebbe stato esercitato a notevole distanza di tempo (dall'adozione del provvedimento di aggiudicazione) in violazione del principio di ragionevolezza, incidendo sull'affidamento ingenerato sulla legittimità dell'attività amministrativa svolta ed in particolare del provvedimento di aggiudicazione della gara.

Anche a prescindere dal fatto (di per sé obiettivo) che la determinazione dirigenziale n. 2799 del 29 giugno 2009 è intervenuta a distanza di circa due anni dall'affidamento alle banche appellanti dell'operazione di ristrutturazione del debito e dalla conclusione dei contratti di derivati, spazio temporale che di per sé

può considerarsi ragionevole anche in ragione della difficoltà dell'amministrazione di riscontrare ed apprezzare la sussistenza dei ricordati "costi impliciti" dell'operazione finanziaria, occorre rilevare che il principio di ragionevolezza impone in realtà la necessità del puntuale apprezzamento del ragionevole affidamento suscitato nell'amministrato sulla regolarità della sua posizione, di cui deve essere dato atto nella motivazione, comparandolo con gli interessi pubblici.

Nel caso in esame tale valutazione, anche comparativa, risulta effettivamente compiuta, avendo l'amministrazione provinciale di Pisa, come si ricava dalla lettura della impugnata determinazione dirigenziale n. 2799 del 29 giugno 2009, ritenuto rilevante l'interesse pubblico ad eliminare un ingiustificato ed ingiustificabile aggravio della posizione economico – finanziaria dell'ente, determinato dalla stessa operazione di ristrutturazione (di parte) del proprio debito finalizzata ad alleviare la sua complessiva posizione debitoria, tanto più che l'erroneo apprezzamento della convenienza dell'operazione era stata determinata dal comportamento reticente delle stesse banche affidatarie dell'operazione, che né nella proposta contrattuale oggetto di gara, né successivamente avevano evidenziato tali "costi impliciti": il che in altri termini significa che l'amministrazione ha ritenuto, non irragionevolmente, che non potesse trovare tutela l'affidamento delle banche alla legittimità dell'aggiudicazione, avendo esse stesse omesso di comunicare elementi di fatto decisivi ai fini della corretta e legittima determinazione dell'amministrazione di affidare loro l'operazione finanziaria di ristrutturazione del debito.

E' appena il caso di rilevare che alla stregua delle considerazioni svolte è altresì infondato l'ulteriore profilo di censura sollevato relativo alla pretesa omessa valutazione degli interessi privati in gioco ed alla omessa o erronea loro valutazione comparativa con quelli pubblici.

VI.2.3. Con il quarto motivo di censura le parti appellanti hanno sostenuto che i primi giudici avevano superficialmente apprezzato la fattispecie in esame,

incorrendo in falsa interpretazione ed applicazione dell'articolo 41 della legge n. 448 del 2001, atteso che, per un verso, essa non era applicabile ai contratti swap, che non costituiscono strumenti di debito, e, per altro verso, che il presunto differenziale negativo, di cui hanno decisamente contestato la stessa sussistenza, non poteva neppure rientrare nella convenienza economica di cui alla disposizione del richiamato articolo 41 della legge 448 del 2001.

Al riguardo la Sezione osserva quanto segue.

VI.2.3.1. Con la determinazione dirigenziale n. 4105 del 1° settembre 2006 l'Amministrazione provinciale di Pisa decideva di effettuare una gara ufficiosa per l'individuazione di uno o più intermediari finanziari con i quali perfezionare una operazione di ristrutturazione del proprio debito per un importo complessivo fino a €. 99.870.000,00, distinti in quattro lotti, riferiti ai diversi istituti con i quali erano stati accessi i mutui originari; l'amministrazione intendeva così perseguire i seguenti obiettivi "1) riduzione dell'importo della rata annuale per il rimborso dei mutui in essere, da realizzare mediante l'allungamento del periodo di ammortamento o la modifica di altre condizioni, quale ad esempio le modalità di rimborso del prestito, oppure altre operazioni indicate dagli istituti partecipanti; 2) revisione dei tassi di interesse, attraverso prodotti innovativi con profilo di rischio ed importo predefiniti; 3) sfruttamento del periodo particolarmente favorevole sui tassi di interesse per scadenza lunghe", fermo restando che l'operazione di ristrutturazione avrebbe dovuto consentire una riduzione del valore finanziario delle passività totali a carico dell'ente".

Tale operazione trovava il suo espresso fondamento positivo nell'articolo 41 ("Finanza degli enti territoriali" della legge 28 dicembre 2001, n. 448 ("Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato – legge finanziaria 2002")), che al primo comma dispone testualmente: "Al fine di contenere il costo dell'indebitamento e di monitorare gli andamenti di finanza

pubblica, il Ministero dell'economia e delle finanze coordina l'accesso al mercato dei capitali delle province, dei comuni, delle unioni di comuni, delle città metropolitane, delle comunità montane e delle comunità isolate, di cui all'articolo 2 del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, nonché dei consorzi tra enti territoriali e delle regioni. A tal fine i predetti enti comunicano periodicamente allo stesso Ministero i dati relativi alla propria situazione finanziaria. Il contenuto e le modalità del coordinamento nonché dell'invio dei dati sono stabiliti con decreto del Ministero dell'economia e delle finanze da emanare di concerto con il Ministero dell'interno, sentita la Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge. Con lo stesso decreto sono approvate le norme relative all'ammortamento del debito e all'utilizzo degli strumenti derivati da parte dei succitati enti" ed al secondo comma aggiunge che "Fermo restando quanto previsto nelle relative pattuizioni contrattuali, gli enti possono provvedere alla conversione dei mutui contratti successivamente al 31 dicembre 1996, anche mediante il collocamento di titoli obbligazionari di nuova emissione o rinegoziazioni, anche con altri istituti, dei mutui, in presenza di condizioni di rifinanziamento che consentano una riduzione del valore finanziario delle passività totali a carico degli enti stessi, al netto delle commissioni e dell'eventuale retrocessione del gettito dell'imposta sostitutiva di cui all'articolo 2 del decreto legislativo 1° aprile 1996, n. 239, e successive modificazioni".

Il D.M. 1 dicembre 2003, n. 389, recante "Regolamento concernente l'accesso al mercato dei capitali da parte delle province, dei comuni, delle città metropolitane, delle comunità montane e delle comunità isolate, nonché dei consorzi tra enti territoriali e delle regioni, ai sensi dell'articolo 41, comma 1, della L. 28 dicembre 2001, n. 448", per quanto qui interessa, all'articolo 3, rubricato "Operazioni in

strumenti derivati, prevede "1. In caso di operazioni di indebitamento effettuate in valute diverse dall'euro, è fatto obbligo di prevedere la copertura del rischio di cambio mediante «swap di tasso di cambio», inteso come un contratto tra due soggetti che assumono l'impegno di scambiarsi regolarmente flussi di interessi e capitale espressi in due diverse valute, secondo modalità, tempi e condizioni contrattualmente stabiliti.

2. In aggiunta alle operazioni di cui al comma 1 del presente articolo e all'articolo 2 del presente decreto, sono inoltre consentite le seguenti operazioni derivate:

a) «swap di tasso di interesse» tra due soggetti che assumono l'impegno di scambiarsi regolarmente flussi di interessi, collegati ai principali parametri del mercato finanziario, secondo modalità, tempi e condizioni contrattualmente stabiliti; b) acquisto di «forward rate agreement» in cui due parti concordano il tasso di interesse che l'acquirente del forward si impegna a pagare su un capitale stabilito ad una determinata data futura; c) acquisto di «cap» di tasso di interesse in cui l'acquirente viene garantito da aumenti del tasso di interesse da corrispondere oltre il livello stabilito; d) acquisto di «collar» di tasso di interesse in cui all'acquirente viene garantito un livello di tasso di interesse da corrispondere, oscillante all'interno di un minimo e un massimo prestabiliti; e) altre operazioni derivate contenenti combinazioni di operazioni di cui ai punti precedenti, in grado di consentire il passaggio da tasso fisso a variabile e viceversa al raggiungimento di un valore soglia predefinito o passato un periodo di tempo predefinito; f) altre operazioni derivate finalizzate alla ristrutturazione del debito, solo qualora non prevedano una scadenza posteriore a quella associata alla sottostante passività. Dette operazioni sono consentite ove i flussi con esse ricevuti dagli enti interessati siano uguali a quelli pagati nella sottostante passività e non implichino, al momento del loro

perfezionamento, un profilo crescente dei valori attuali dei singoli flussi di pagamento, ad eccezione di un eventuale sconto o premio da

regolare al momento del perfezionamento delle operazioni non superiore a 1% del nozionale della sottostante passività”.

In base a tale substrato normativo non può negarsi che la convenienza economica della ristrutturazione del debito, come del resto già accennato in precedenza” costituisse effettivamente la “causa” della stessa procedura di gara indetta dall’amministrazione provinciale di Pisa, avendo quest’ultima l’obiettivo di ridurre la sua esposizione debitoria e verosimilmente poter disporre di una maggiore liquidità da utilizzare per la tutela degli altri interessi pubblici affidati alle sue cure: la complessiva operazione di ristrutturazione del debito, del resto, secondo la stessa ratio ispiratrice del citato articolo 41 della legge 28 dicembre 2001, n. 441, intendeva coniugare i vari interessi in gioco di contenimento della spesa pubblica, assicurando agli enti locali la possibilità di far fronte alla cura e alla tutela delle funzioni loro affidate, attraverso un’accorta politica di gestione economico – finanziaria anche del bilancio e delle relative poste passive.

A ciò consegue che l’esistenza di “costi impliciti”, sia pur riscontrati dall’amministrazione provinciale solo dopo la conclusione del contratto, incideva effettivamente sulla convenienza economica dell’operazione di ristrutturazione del debito, diminuendone la sua stessa efficacia, a nulla rilevando la prospettazione, peraltro meramente formalistica, degli appellanti secondo cui gli strumenti finanziari derivati non sarebbero strumenti di debito e come tale non rientrerebbero nell’ambito di applicazione del ricordato articolo 41 della legge 28 dicembre 2001, n. 10: è sufficiente replicare al riguardo che i derivati costituivano lo strumento stesso attraverso cui si realizzava concretamente l’operazione di ristrutturazione del debito, così che essi (ed in particolare i loro “costi impliciti”, non facilmente riscontrabili dall’amministrazione e neppure dichiarati dalle banche) non possono non rientrare e non essere valutati ai fini della convenienza economica della operazione stessa e negli obiettivi perseguiti con essa perseguiti.

VI.2.3.2. Le appellanti hanno poi contestato la fondatezza della accertata sussistenza del differenziale negativo o quanto meno di uno squilibrio economico iniziale (e quindi il valore negativo del derivato per la Provincia di Pisa), fonte pertanto dei presunti “costi impliciti”, su cui si fondano in particolare gli impugnati provvedimenti di autotutela.

In particolare le tesi svolte negli atti di appello, come evidenziato nelle proprie difensive dall’appellata amministrazione provinciale di Pisa, sono fondate su articolare e specifiche considerazioni di carattere economico – finanziario impregnate, tra l’altro, sulle caratteristiche contrattuali del bond, sulle caratteristiche contrattuali del debito della Provincia di Pisa come coperto dal derivato rispetto al debito originario, sulle modalità di valutazione del pricing, sui flussi di cassa generati ex post dal derivato, secondo le conclusioni di una apposita relazione elaborata, per conto degli appellanti, da MTM Advisor s.r.l.

L’appellata amministrazione provinciale di Pisa, a sua volta, a confutazione delle avverse tesi ha depositato una relazione (intitolata “Replica alla memoria di Depfa Bank e Dexia Crediop”), anch’essa di natura tecnico – finanziaria, finalizzata tra l’altro a dimostrare l’effettivo squilibrio economico iniziale della struttura del derivato, l’effettiva esistenza di “costi impliciti” dell’operazione di ristrutturazione del debito, la difficoltà dell’amministrazione provinciale di ravvisare la presenza dei predetti costi impliciti al momento della conclusione del contratto e la mancata trasparenza nell’attività svolta dalle banche.

Ciò posto, la Sezione osserva che la delibazione del motivo di gravame presuppone la valutazione della fattispecie controversia (operazione di ristrutturazione del debito, contratto di derivati finanziari e suoi effetti) secondo criteri propri della scienza economico – finanziaria, così che a tal fine, anche in ragione delle contrapposte tesi delle parti, suffragate da specifiche relazioni tecniche, è indispensabile disporre apposita consulenza tecnica.

Quest’ultima, infatti, può essere disposta dal giudice quando l’esercizio del potere amministrativo richiede non una scelta di opportunità, ma l’esatta valutazione di un fatto secondo i criteri di una determinata scienza o tecnica, così che essa costituisce un mezzo d’indagine finalizzato ad aiutare il giudice nella soluzione di questioni che comportino specifiche conoscenze (C.d.S., sez. V, 14 febbraio 2011 , n. 953); del resto, anche nel giudizio di legittimità non può non essere valutata, eventualmente proprio attraverso una consulenza tecnica, l’eventuale erroneità dell’apprezzamento dell’amministrazione, ove tale erroneità sia in concreto valutabile (C.d.S., sez. VI, 20 luglio 2010, n. 4663).

A tal fine con separata ordinanza si provvede alla nomina del consulente tecnico, alla formulazione dei quesiti, alla fissazione del termine entro cui il consulente deve comparire innanzi al magistrato delegato e a tutti gli altri adempimenti di cui all’articolo 67, comma 3, c.p.a..

In atteso del deposito della relazione di consulenza tecnica la trattazione degli appelli deve essere rinviata, come da

dispositivo.

VII. Quanto agli appelli proposti dalla Provincia di Pisa, sia avverso la stessa sentenza impugnata con gli esaminati appelli da Depfa Bank Plc e Dexia Crediop S.p.A. (NRG. 1008/2011), sia avverso l'altra sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Toscana, sez. II, n. 154 del 27 gennaio 2011 (NRG. 2941/2011), la Sezione osserva che, alla stregua delle osservazioni svolte sub. VI.1.5, i motivi di gravame, sostanzialmente fondati sulla sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo a conoscere degli effetti dell'annullamento, in via di autotutela dell'aggiudicazione, sul contratto già stipulato e in corso di esecuzione sono fondati.

Tuttavia ai fini della esatta individuazione delle conseguenze che nel caso di specie si riconnettono all'annullamento dell'aggiudicazione in autotutela, è indispensabile il previo accertamento della legittimità del potere di autotutela esercitato e dei

provvedimenti adottati, il che impone di riservare ogni decisione all'esito della disposta consulenza tecnica d'ufficio.

VIII. Alla stregua delle osservazioni svolte, previa riunione degli appelli, respinti i primi tre motivi degli appelli principale proposti da Depfa Bank Plc e da Dexia Crediop S.p.A., deve disporsi con separata ordinanza, impregiudicato ogni ulteriore decisione nel merito e sulle spese, apposita consulenza tecnica d'ufficio in relazione al quarto motivo di gravame; anche quanto agli appelli proposti dalla Provincia di Pisa deve disporsi, impregiudicata ogni decisione anche sulle spese, deve disporsi il rinvio dopo il deposito della relazione di consulenza tecnica d'ufficio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, non definitivamente pronunciando sugli appelli proposti da Depfa Bank Plc (NRG. 938/2011), da Dexia Crediop S.p.A. (NRG. 939/2011) e dalla Provincia di Pisa (NRG. 1008/2011) avverso la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Toscana, sez. I, n. 6579 dell'11 novembre 2010, nonché sull'appello proposto dalla Provincia di Pisa (NRG. 2941/2011) avverso la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Toscana, sez. I, n. 154 del 27 gennaio 2011, così provvede:

- riunisce tutti gli appelli;
- accoglie gli appelli proposti dalla Provincia di Pisa;
- respinge il primo, il secondo ed il terzo motivo degli appelli proposti da Depfa Bank s.r.l. (NRG. 938/2011) e da Dexia Crediop S.p.A. (NRG. 939/2011);
- dispone, come da separata ordinanza, consulenza tecnica d'ufficio in relazione al quarto motivo dei predetti appelli;
- resta impregiudicata ogni decisione sulle spese.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 17 maggio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Stefano Baccarini, Presidente

Vito Poli, Consigliere

Francesco Caringella, Consigliere

Carlo Saltelli, Consigliere, Estensore

Doris Durante, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

II 07/09/2011

IL SEGRETARIO

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