

**N. 01412/2012 REG.PROV.COLL.**

**N. 00938/2011 REG.RIC.**

**N. 00939/2011 REG.RIC.**

**N. 01008/2011 REG.RIC.**

**N. 02941/2011 REG.RIC.**



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

**Il Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)**

ha pronunciato la presente

**ORDINANZA**

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 l'avv. 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 l'avv. 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 l'avv. Luigi Manzi in Roma, via Federico Confalonieri, n. 5;

***contro***

DEXIA CREDIOP S.P.A. e DEPFA BANK PLC, ognuna in persona del proprio rispettivo legale rappresentante in carica, rappresentate e difese dagli avv. Fabio Merusi e Giuseppe Massimiliano Danusso, con domicilio eletto presso l'avv. 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 lo Studio Legale Manzi in Roma, via Federico Confalonieri, n. 5;

***contro***

DEXIA CREDIOP S.P.A. e DEPFA BANK PLC, ognuna in persona del proprio rispettivo legale rappresentante in carica, 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 ANNULLAMENTO IN VIA DI AUTOTUTELA GARA PER INDIVIDUAZIONE INTERMEDIARI FINANZIARI PER RISTRUTTURAZIONE DEL PROPRIO DEBITO;

- quanto al ricorso NRG. 2941 del 2011:

della sentenza del T.A.R. TOSCANA – FIRENZE, Sez. I, n. 154 del 27 gennaio 2011, resa tra le parti, concernente ANNULLAMENTO 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 NRG. 1008 e 2941/2011);

Vista la propria precedente sentenza non definitiva n. 5032 del 7 settembre 2011;

Viste le proprie ordinanze 5103 del 12 settembre 2011 e 5628 del 19 ottobre 2011;

Vista la relazione del consulente tecnico d'ufficio depositata il 20 gennaio 2012;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 28 febbraio 2012 il Cons. Carlo Saltelli e uditi per le parti gli avvocati Merusi, Danusso e Chiti;

PREMESSO CHE:

- a) con sentenza non definitiva n. 5032 del 7 settembre 2011 la Sezione, ai fini della decisione sugli appelli riuniti, proposti rispettivamente da Dexia Crediop S.p.A. (NRG. 938/2011), da Depfa Bank Plc (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 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 (NRG. 2941/2011), ha disposto una consulenza tecnica d'ufficio per accertare se l'operazione, con cui l'Amministrazione provinciale di Pisa aveva provveduto alla gestione attiva del proprio indebitamento ed alla ristrutturazione del debito, attraverso l'operazione in strumenti finanziari (derivati) sia da considerarsi effettivamente conveniente o meno dal punto di vista economico, ai sensi e per gli effetti dell'articolo 41 della legge 28 dicembre 2001, n. 441, ed in particolare se gli swap stipulati siano stati caratterizzati o meno da costi impliciti non dichiarati ovvero non conoscibili;
- b) con ordinanza n. 5103 del 12 settembre 2011 è stata nominata quale consulente tecnico d'ufficio la dott.ssa Maria Cannata Bonfrate, dirigente generale del Ministero dell'economia e delle finanze, sono stati formulati i quesiti, è stato fissato il termine per il deposito della relazione, sono stati indicati i termini per il corretto svolgimento dell'intero procedimento per assicurare il pieno contraddittorio ed è stato delegato il cons. Carlo Saltelli a raccogliere il giuramento del c.t.u. e ad assumere ogni altro provvedimento necessario per l'espletamento del mezzo istruttorio, ivi compresa la concessione della proroga dei termini;
- c) con ordinanza n. 5628 del 19 ottobre 2011 è stato poi nominato, quale consulente tecnico d'ufficio, il dott. Roberto Angeletti dell'Ispettorato Vigilanza della Banca d'Italia (in sostituzione della dott.ssa Maria Cannata Bonfrate, che

aveva rappresentata l'esistenza di una situazione soggettiva ostativa all'espletamento del mandato);

d) il dott. Roberto Angeletti ha assunto l'incarico conferitogli prestando il giuramento di rito in data 25 ottobre 2011;

e) con decreto n. 2874 del 21 novembre 2011, accogliendo la rituale domanda di proroga dei termini per l'espletamento del mezzo istruttorio, formulata dal predetto ausiliare, il consigliere delegato ha differito la scadenza del primo termine, fissato per il 30 novembre 2011, al 19 novembre 2011, e quello secondo (per il deposito della relazione), già fissato per il 20 dicembre 2011, al 20 gennaio 2012;

**RILEVATO CHE:**

f) il consulente tecnico d'ufficio ha ritualmente depositato la relazione di consulenza in data 20 gennaio 2012, rispondendo a tutti i quesiti formulati e dando altresì atto dell'effettivo contraddittorio svoltosi con i consulenti nominati dalle parti in cause;

g) nell'imminenza dell'udienza pubblica di discussione, fissata per il 28 febbraio 2012 e regolarmente tenutasi, le parti hanno ulteriormente illustrato le proprie tesi difensive;

h) in particolare la difesa dell'Amministrazione provinciale di Pisa ha decisamente contestato le risultanze della relazione di consulenza, lamentandone l'erroneità sia quanto all'impostazione metodologica, sia quanto alle modalità di individuazione dei c.d. costi impliciti degli swap stipulati, sia in ordine alle complessive conclusioni raggiunte dal consulente tecnico d'ufficio, a suo avviso inattendibili, irragionevoli ed abnormi, ciò sulla scorta delle puntuali e circostanziate osservazioni del prof. Riccardo Cesari, allegate alla produzione documentale del 6 febbraio 2012, proprio consulente, il cui apporto collaborativo, anche nel corso della consulenza tecnica d'ufficio, sarebbe stato in definitiva ingiustamente sottovalutato e disatteso senza adeguata motivazione;

i) la difesa dell'Amministrazione provinciale di Pisa ha pertanto insistito, anche nel corso della discussione orale, nella necessità di un'adeguata integrazione della consulenza tecnica d'ufficio o quanto meno in una richiesta di chiarimenti al consulente tecnico d'ufficio, anche al fine di valutare in contraddittorio eventuali ulteriori documenti forniti dalle banche, utili e necessari alla corretta definizione della controversia;

**CONSIDERATO CHE:**

l) innanzitutto, diversamente da quanto pur velatamente accennato dalla difesa dell'Amministrazione provinciale di Pisa, non può ritenersi inficiata dal vizio di violazione del contraddittorio una relazione di consulenza tecnica d'ufficio per il solo fatto che l'ausiliare del giudice non abbia fatto proprie o accolto, sia pur parzialmente, le osservazioni del consulente di parte, essendo essenziale ai fini della validità della consulenza d'ufficio soltanto che i consulenti tecnici abbiano effettivamente partecipato alle operazioni peritali ed abbiano avuto la possibilità di esprimere il loro parere, circostanze di fatto incontestabilmente verificatesi nel caso di specie;

m) inoltre il giudice (di merito) non è tenuto, anche a fronte di una esplicita richiesta di parte, a disporre una nuova consulenza tecnica d'ufficio ovvero anche a rinnovare parzialmente quella svolta o a chiedere chiarimenti al c.t.u., ciò rientrando nell'esercizio dei suoi poteri istituzionali da giustificare con motivazione logica ed adeguata, senza che per contro sia necessaria a tal fine dar conto delle contrarie motivazioni dei consulenti di fiducia (Cass., sez. III, 15 luglio 2011, n. 15666; sez. lav., 24 settembre 2010, n. 20227; sez. III, 14 novembre 2008, n. 27247);

**RITENUTO CHE:**

n) i rilievi svolti dal prof. Riccardo Cesari, consulente dell'Amministrazione provinciale di Pisa, allegati alla produzione documentale del 6 febbraio 2012,

risultano essere prima facie quanto meno in parte diversi ovvero diversamente articolati rispetto a quelli contenuti nella relazione, dallo stesso cattedratico prodotta nel corso delle operazioni peritali, e depositata dall'ausiliare del giudice in allegato a quella d'ufficio;

o) l'indiscutibile tecnicità (di natura finanziaria e di matematica finanziaria) sia dei predetti rilievi, sia delle argomentazioni svolte dal consulente tecnico d'ufficio, considerazioni peraltro indispensabili ai fini dell'espletamento dell'incarico conferitogli, nonché la assoluta novità delle questioni di cui è stato investito il giudice amministrativo, rendono necessario ed opportuno deferire al dott. Roberto Angeletti, consulente tecnico d'ufficio, un supplemento d'indagine in contraddittorio tra le parti, al fine di fornire gli opportuni chiarimenti innanzitutto sui rilievi formulati del predetto consulente tecnico di parte, oltre che sull'effettività o sulla virtualità della individuazione del costo dei contratti di swap sottoscritti dall'Amministrazione provinciale di Pisa, oggetto di controversia, e sulla effettiva utilità economica derivata all'amministrazione dall'operazione finanziaria esaminata;

p) ai fini del conferimento del predetto supplemento di consulenza tecnica d'ufficio non è necessario procedere ad un nuovo giuramento del consulente, essendo sufficiente soltanto fissare i termini per il corretto svolgimento del mezzo istruttorio, nel rispetto del contraddittorio tra le parti, e per il deposito della relazione finale, oltre alla data della nuova udienza pubblica di discussione delle cause, come in dispositivo;

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta):

1) Dà mandato al dott. Roberto Angeletti, dell'Ispettorato Vigilanza della Banca d'Italia, già nominato consulente tecnico d'ufficio nella consulenza in questione con precedente ordinanza n. 5628 del 19 ottobre 2011: a) di esaminare i rilievi

critici formulati dal prof. Riccardo Cesari con l'atto in data 18 gennaio 2012; b) di svolgere le conseguenti opportune osservazioni ed eventuali controdeduzioni al fine di dare risposta completa ed esaustiva ai quesiti formulati con l'atto di conferimento dell'incarico di consulenza, quesiti che si intendono confermati, dando espressamente conto delle eventuali ragioni per le quali quei rilievi possono o meno essere accolti, anche in misura parziale; c) di fornire, sempre con riferimento ai quesiti sottopostigli, gli opportuni chiarimenti in ordine alle argomentazioni ed osservazioni svolte circa l'effettività o sulla virtualità della individuazione del costo dei contratti di swap sottoscritti dall'Amministrazione provinciale di Pisa, oggetto di controversia ed all'effettiva utilità economica derivata all'amministrazione dall'operazione finanziaria; d) di riassumere sinteticamente, nella parte del supplemento di relazione dedicato alla definitiva risposta ai quesiti formulati, le eventuali contrapposte tesi delle parti e le ragioni per le quali esse possono o meno essere condivise, ed in che misura;

2) Dispone, ai sensi dell'articolo 67 c.p.a., che tale ulteriore attività debba essere svolta in contraddittorio tra le parti e a tal fine : a) invita il consulente tecnico d'ufficio dott. Roberto Angeletti ad avviare l'attività di consulenza entro 10 giorni dalla comunicazione della presente ordinanza, convocando i consulenti tecnici delle parti, già precedentemente nominati; b) autorizza le parti a sostituire i consulenti già nominati ovvero ad aggiungerne altri a quelli già nominati, provvedendo a tanto direttamente nella riunione che sarà convocata dal consulente tecnico d'ufficio ai sensi del precedente punto a); c) autorizza altresì le parti ed i loro consulenti, individuati nei modi di cui al precedente punto b), a produrre per una sola volta la ulteriore documentazione che sarà ritenuta indispensabile ai fini del corretto e completo svolgimento dell'ulteriore attività istruttoria entro un termine ragionevole ed adeguato che sarà stabilito direttamente dal consulente tecnico d'ufficio nel corso della prima riunione prevista dal precedente punto a); d)



fissa per il corretto svolgimento del procedimento i seguenti termini: 16 aprile 2012, per la trasmissione, ad opera del consulente tecnico d'ufficio, ai consulenti tecnici delle parti, ed anche a queste ultime, se ne facciano espressamente richiesta, dello schema della propria relazione; 30 aprile 2012, per la trasmissione al consulente tecnico d'ufficio delle eventuali osservazioni e controdeduzioni da parte dei consulenti tecnici di parte; 14 maggio 2012, per il deposito in segreteria della relazione finale del consulente tecnico d'ufficio; e) fissa altresì per la discussione degli appelli in questione l'udienza pubblica del 19 giugno 2012, facultando le parti, in applicazione dei termini di cui all'articolo 73 c.p.a., da intendersi dimezzati, ai sensi dell'art. 119, comma 2, c.p.a., a produrre eventuali ulteriori documenti fino al 29 maggio 2012, memorie fino al 4 giugno 2012 ed eventuali repliche fino all'8 giugno 2012; f) invita il consulente tecnico d'ufficio, i consulenti di parte e le parti stessi ad utilizzare, per il sollecito svolgimento del procedimento e per rendere quanto più adeguati ed effettivi possibili i termini concessi, modalità elettroniche di comunicazione;

3) dispone altresì che la segreteria dia immediata comunicazione della presente ordinanza alle parti ed al dott. Roberto Angeletti, anche a mezzo fax ovvero utilizzando, se noti, eventuali indirizzi di posta elettronica, avendo cura di acquisire prova dell'avvenuta ricezione della stessa.

La presente ordinanza sarà eseguita dall'Amministrazione ed è depositata presso la segreteria della Sezione che provvederà a darne comunicazione alle parti.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 28 febbraio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Stefano Baccharini, Presidente

Vito Poli, Consigliere

Francesco Caringella, Consigliere

Carlo Saltelli, Consigliere, Estensore

Raffaele Prosperi, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 13/03/2012

IL SEGRETARIO

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