

IL COMMISSARIO PREFETTIZIO
De Franco Nazzareno

IL SEGRETARIO COMUNALE
Silena Cingolani



Comune di Cattolica
Provincia di Rimini



**VERBALE
DELIBERAZIONE DEL COMMISSARIO PREFETTIZIO**

N. 8 DEL 02/12/2010

PUBBLICAZIONE ED ADEMPIMENTI

La presente delibera, verrà affissa all'Albo Pretorio per 15 giorni consecutivi a decorrere dal 06.12.2010 (T.U. n.267/2000, art. 124, c.1).

Contestualmente all'affissione sarà trasmessa per l'esecuzione ai seguenti uffici:
- ufficio legale – servizi finanziari

Dalla Residenza Municipale, li 06.12.2010

Istruttore Amministrativo
Sandrino Galli

CONTRATTI PER OPERAZIONI SU STRUMENTI FINANZIARI DERIVATI STIPULATI CON LA BANCA NAZIONALE DEL LAVORO S.P.A. IN DATA 15.05.2003, IN DATA 01.12.2003 ED IN DATA 22.10.2004. DECLARATORIA DI NULLITA' DELLA DELIBERA G.M. N. 59 DEL 14.05.2003.

L'anno duemiladieci , il giorno due , del mese di dicembre , alle ore 11:00 in una Sala della Residenza comunale, con l'assistenza del SEGRETARIO COMUNALE, il COMMISSARIO PREFETTIZIO nell'esercizio delle competenze e dei poteri DELLA GIUNTA COMUNALE, conferitegli dal Prefetto di Rimini con decreto del 19/11/2010, provvede a deliberare sull'oggetto sopra indicato.

CERTIFICATO DI PUBBLICAZIONE

Il sottoscritto, su attestazione del Messo Comunale,
CERTIFICA

che copia della presente delibera è stata affissa all'Albo Pretorio per 15 giorni consecutivi dal 06.12.2010. al 21.12.2010 senza reclami, ed è divenuta esecutiva in quanto (T.U. n.267/2000):

(X) dichiarata immediatamente eseguibile (art.134, c.4);

() decorsi 10 giorni dalla pubblicazione (art. 134, c.3).

Dalla Residenza Municipale, li _____

Istruttore Amministrativo
Sandrino Galli

IL COMMISSARIO PREFETTIZIO

Vista l'allegata proposta di delibera n. 16 predisposta in data 01/12/2010 dal Responsabile del Procedimento;

Visti i seguenti pareri richiesti ai sensi del D.Lgs. 18.08.2000 n. 267, art. 49, comma 1, (allegati all'originale del presente atto):

a) - Parere favorevole per la Regolarità Tecnica espresso in data 01/12/2010 dal Dirigente Responsabile del SETTORE 01 dott. Claudia Rufer;

b) - Parere irrilevante per la Regolarità Contabile espresso in data 01/12/2010 dal Dirigente Responsabile del Settore Servizi Finanziari dott.ssa Claudia Rufer;

Con i poteri della Giunta comunale,

DELIBERA

1. - di approvare l'allegata proposta di deliberazione n. 16.

.....

Successivamente

IL COMMISSARIO PREFETTIZIO

Ritenuto che sussistono particolari motivi d'urgenza, ai sensi dell'art. 134 - 4° comma - del T.U.EE.LL. di cui al Decreto Legislativo 18 agosto 2000, n. 267;

Con i poteri della Giunta comunale,

DELIBERA

- di dichiarare il presente atto immediatamente eseguibile



PROPOSTA
DELIBERAZIONE DEL COMMISSARIO PREFETTIZIO

N. 16 DEL 01/12/2010

CONTRATTI PER OPERAZIONI SU STRUMENTI FINANZIARI DERIVATI STIPULATI CON LA BANCA NAZIONALE DEL LAVORO S.P.A. IN DATA 15.05.2003, IN DATA 01.12.2003 ED IN DATA 22.10.2004. DECLARATORIA DI NULLITA' DELLA DELIBERA G.M. N. 59 DEL 14.05.2003.

CENTRO DI RESPONSABILITA': SETTORE 01
SERVIZIO: SERVIZI FINANZIARI
DIRIGENTE RESPONSABILE: Claudia Rufer

.....

IL COMMISSARIO PREFETTIZIO

Richiamata la deliberazione n. 105 del 22.12.2009, dichiarata immediatamente eseguibile, con la quale il Consiglio Comunale ha approvato il Bilancio di Previsione per l'esercizio finanziario 2010, il Bilancio Pluriennale per il triennio 2010-2012 e la Relazione Previsionale e Programmatica;

Richiamato l'atto della Giunta Comunale n. 44 del 22.03.2010, dichiarato immediatamente eseguibile, con il quale è stato approvato il Piano Esecutivo di Gestione (P.E.G.) e sono state assegnate le risorse ai diversi settori dell'Ente per l'esercizio 2010;

PREMESSO

- che con Deliberazione di Consiglio n. 18 del 27.03.2003, avente ad oggetto "Bilancio di previsione per l'esercizio finanziario 2003 e relazione previsionale e programmatica", il Comune di Cattolica stabiliva, quale linea di indirizzo per l'esercizio 2003, di dare mandato ai competenti organi "di verificare la possibilità di migliorare ulteriormente la gestione del passivo o per il mezzo della estinzione anticipata, rinegoziazione della durata degli stessi e i relativi tassi anche in considerazione di quanto disposto dalla Legge 448 del 28 dicembre 2001, nonché con operazioni di swap con l'indicazione che in questo caso la convenienza per l'Ente deve essere massima e senza rischi per gli esercizi futuri;"

- che con Deliberazione G.M. n. 59 del 14.05.2003, avente ad oggetto "Approvazione contratto interest rate swap", si stabiliva di ricorrere con urgenza allo strumento di finanza derivata proposto dalla Banca Nazionale del Lavoro s.p.a., approvando lo schema di contratto ivi allegato;

- che in data 15.05.2003 veniva sottoscritto con la B.N.L. s.p.a. un primo contratto mediante scrittura privata per operazioni su strumenti finanziari derivati "interest rate swap", volto alla trasformazione del tasso fisso medio ricevuto in un tasso fisso inferiore crescente attraverso la vendita di Cap e Opzioni digitali e prevedente un'operazione di Up front (premio di liquidità) come attualizzazione di una parte dei flussi finanziari attesi;
- che in data 29.11.2003 perveniva da parte della B.N.L. s.p.a. una proposta di rinegoziazione del contratto in essere;
- che con Determinazione dirigenziale n. 706 del 01.12.2003 si stabiliva di procedere alla rinegoziazione del contratto sottoscritto in data 15.05.2003, sulla base delle condizioni riassunte nello schema ivi allegato;
- che in data 01.12.2003, in esecuzione della suddetta Determinazione dirigenziale, veniva sottoscritto un secondo contratto mediante scrittura privata per operazioni su strumenti finanziari derivati "interest rate swap", volto alla trasformazione del tasso variabile ricevuto in tasso fisso scalettato crescente attraverso la vendita di Cap e Opzioni digitali alle soglie indicate come "soglie out" e prevedente due operazioni di Up front (premio di liquidità) come attualizzazione di una parte dei flussi finanziari attesi;
- che con Determinazione dirigenziale n. 581 del 13.10.2004 si stabiliva di aderire ad una ulteriore proposta contrattuale della B.N.L. s.p.a., sulla base delle condizioni riassunte nello schema ivi allegato;
- che in data 22.10.2004, in esecuzione della succitata Determinazione dirigenziale, veniva sottoscritto un terzo contratto mediante scrittura privata per operazioni su strumenti finanziari derivati "interest rate swap" volto alla copertura dal rialzo dei tassi di mercato attraverso l'acquisto di uno "Zero cost collar" e la vendita di un Opzione digitale;

VISTI i rilievi formulati in merito alle suddette operazioni di finanza derivata dal Ministero dell'Economia e delle Finanze - Dipartimento della Ragioneria generale dello Stato - Ispettorato generale di Finanza Servizi Ispettivi di Finanza Pubblica, nella Relazione del 23.01.2006 sulla verifica amministrativo-contabile eseguita presso il Comune di Cattolica nel periodo dal 24.10.05 al 11.11.2005;

VISTA la Deliberazione G.M. n. 54 del 05.04.2006 con la quale si stabiliva di intraprendere ogni più opportuna azione stragiudiziale e/o giudiziale volta ad ottenere l'accertamento della invalidità e/o inefficacia dei contratti in essere con la B.N.L. sottoscritti mediante scrittura privata in data 15.05.2003, 01.12.2003 e 22.10.2004 per operazioni su strumenti finanziari derivati "interest rate swap", nonchè volta a far valere ogni pretesa conseguente e derivante dal mancato rispetto delle regole di comportamento imposte dalla normativa all'intermediario finanziario nella fase che precede la stipula dei contratti e nella fase esecutiva degli stessi e di dare mandato al legale ad intraprendere ogni più opportuna azione stragiudiziale e/o giudiziale volta ad ottenere quanto sopra indicato;

VISTA la Deliberazione G.M. n. 182 del 29.11.2006 con cui si confermava, all'esito della rinnovata istruttoria compiuta in merito alla proposta di rinegoziazione presentata dalla B.N.L. s.p.a., le determinazioni assunte con la Delibera G.M. n. 54 del 05.04.2006;

CONSIDERATO che il giudizio civile attivato dal Comune in esecuzione delle predette Delibere è tuttora pendente in 2° grado davanti alla Corte di Appello di Bologna,

per l'impugnazione della sentenza del Tribunale di Bologna n. 5244 del 10.12.2009 con cui sono state respinte in primo grado le domande di nullità e/o di inefficacia dei contratti di cui trattasi;

VISTA ed integralmente richiamata la relazione dell'Avvocato Coordinatore dell'Ufficio Unico di Avvocatura Pubblica prot. n. 31883 del 09.11.2010;

VISTA la Deliberazione G.M. n. 164 del 09.11.2010 con cui si è stabilito di attivare il procedimento di riesame, in autotutela amministrativa, degli atti che hanno preceduto, in presunta funzione autorizzatoria, la stipula dei tre contratti di finanza derivata stipulati con la B.N.L. s.p.a. (Deliberazione di Giunta comunale n. 59 del 14.05.2003 e Determinazioni dirigenziali n. 706 del 01.12.2003 e n. 581 del 13.10.2004), onde verificare la loro conformità al dettato normativo e la possibile sussistenza di vizi di illegittimità e di nullità;

VISTA la Nota del Dirigente Settore 1 prot. n. 31954 del 09.11.2010 di comunicazione di avvio del procedimento;

VISTA la memoria pervenuta tramite P.E.C. in data 17/11/2010 e assunta al protocollo in data 19/11/2010, a firma del Prof. Avv. Angelo Clarizia, con cui la Banca chiede l'archiviazione del procedimento e l'astensione dall'assunzione di provvedimenti di autotutela amministrativa per i seguenti motivi:

- 1) l'autotutela sarebbe illegittima per violazione di legge e per eccesso di potere sotto il profilo dello sviamento, in quanto il Comune così facendo eluderebbe la sentenza del Tribunale di Bologna, esecutiva, resa tra le stesse parti;
- 2) la declaratoria di nullità non sarebbe ammessa in autotutela amministrativa, essendo di esclusiva competenza dell'Autorità Giudiziaria;
- 3) in ogni caso, non sussisterebbero i vizi prospettati, per tutte le ragioni esposte nella sentenza del Tribunale di Bologna e nelle memorie difensive;

RITENUTE tali considerazioni non condivisibili in quanto:

- 1) la sentenza emessa in 1° grado dal Tribunale di Bologna non è passata in “giudicato”, non è neppure provvisoriamente “esecutiva” (essendo sentenza di rigetto) e soprattutto attiene, sotto il profilo civilistico, ai contratti ed ai rapporti contrattuali intercorsi tra il Comune e la Banca, mentre il presente procedimento attiene, sotto l'aspetto pubblicistico, agli “atti amministrativi” che hanno preceduto (in funzione autorizzatoria) la stipula dei contratti stessi;
- 2) pur in assenza di una disciplina espressa, si ritiene che anche gli atti amministrativi affetti da nullità siano necessariamente soggetti alla funzione di riesame, non essendo ipotizzabile che, proprio in relazione ai vizi di maggiore gravità, non sia consentito rimediare in autotutela amministrativa;

RITENUTO che gli atti amministrativi di cui trattasi siano affetti dai seguenti vizi, per tutti i motivi esposti nella citata relazione dell'Avvocato Coordinatore dell'Ufficio Unico di Avvocatura Pubblica prot. n. 31883 del 09.11.2010:

- 1) incompetenza per mancanza della Deliberazione a contrattare del Consiglio comunale in violazione degli artt. 42 e 203 del T.U.E.L. e comunque, in relazione alla Determina dirigenziale n. 706/2003, violazione della regola del *contrarius actus*;
- 2) difetto di un elemento essenziale degli atti amministrativi adottati per mancata indicazione dei mutui swappati;
- 3) difetto di legittimazione e di autonomia negoziale in violazione dell'art. 41 Legge 28.12.2001, n. 448 (Legge Finanziaria 2002);
- 4) violazione degli artt. 119 u.c. Cost., 202 D.Lgs. 267/2000 e 30, comma 15, della Legge

27.12.2002, n. 289 (Legge finanziaria 2003);

CONSIDERATO, in particolare, che il primo vizio, di incompetenza relativa, rappresenta un vizio di illegittimità, che renderebbe tali atti annullabili ai sensi dell'art. 21-octies Legge 241/90, con possibilità di annullamento d'ufficio ai sensi dell'art. 21-nonies Legge 241/90 e dell'art. 1, comma 136, Legge 311/2004;

CONSIDERATO, però, che la contemporanea presenza nei medesimi atti amministrativi di altri e più gravi vizi, comportanti conseguenze più radicali (nullità), pone su un piano subordinato la percorribilità di tale rimedio (annullamento d'ufficio);

RITENUTO, infatti, che tali atti, in relazione alle altre tre patologie sopra indicate (mancata individuazione dei mutui swappati, difetto di legittimazione e di autonomia negoziale e violazione degli artt. 119 u.c. Cost., 202 D.Lgs. 267/2000 e 30, comma 15, della Legge 27.12.2002, n. 289) siano radicalmente nulli ai sensi dell'art. 21-septies Legge 241/90;

RITENUTO, quindi, che vi siano tutti i presupposti per addivenire alla declaratoria di nullità degli atti amministrativi suddetti, accertandone l'inidoneità a produrre effetti giuridici sin dall'inizio;

VISTO l'art. 48 del D.Lgs n. 267/2000;

VISTI gli artt. 28 e 37 dello Statuto comunale;

VISTO il Decreto prefettizio prot. n. 2361/2010/Gab del 19.11.2010 con cui è stato sospeso il Consiglio comunale di Cattolica ed è stato nominato il Commissario prefettizio per la provvisoria amministrazione dell'Ente, conferendogli i poteri spettanti al Consiglio, al Sindaco ed alla Giunta comunale;

RITENUTA la propria competenza ad adottare il presente atto, trattandosi di riesaminare, mediante un contrarius actus, una precedente Delibera adottata dalla Giunta comunale;

DELIBERA

1) di accertare e dichiarare la nullità, ai sensi dell'art. 21-septies Legge 241/90, della Deliberazione di Giunta comunale n. 59 del 14.05.2003 che ha preceduto, in presunta funzione autorizzatoria, la stipula del contratto di finanza derivata in data 15.05.2003, per tutti i motivi richiamati in premessa;

2) di prendere atto che, alla nullità dell'atto suddetto, consegue l'inidoneità dello stesso a produrre effetti giuridici sin dall'inizio;

3) di riservare al Dirigente del Settore 1 ogni atto e comportamento conseguente alla presente deliberazione nella gestione del rapporto contrattuale con la Banca.

Ai sensi dell'art. 3, ultimo comma, Legge 241/90, si avverte che avverso il presente atto è possibile ricorrere al T.A.R. dell'Emilia Romagna o, in alternativa al Presidente della Repubblica, rispettivamente entro 60 e 120 giorni dalla sua avvenuta conoscenza.

Inoltre,

DELIBERA

di dichiarare il presente atto immediatamente eseguibile ai sensi dell'art. 134, comma 4 del D.Lgs. 267/2000.

.....