



Tribunale Ordinario di Milano

Ufficio del Giudice per le indagini preliminari

dr. Guido Salvini

7° piano - stanza 36 (tel.02/54334319 - fax 02/5453428)

N. 8375/20 RGNR

N. 5184/20 RG GIP

REPUBBLICA ITALIANA

In nome del Popolo italiano

Il Giudice per l'udienza preliminare, dr. Guido Salvini, ha pronunciato la seguente

SENTENZA

A SEGUITO DI GIUDIZIO ABBREVIATO

nel procedimento penale nei confronti di:

MOGLIA Alessandra, nata a Desenzano del Garda il 24.8.1975,

elettivamente domiciliata presso lo studio del difensore di fiducia Avv. Francesco COLAIANNI del Foro di Milano

Difesa di fiducia dall'avv. **Francesco COLAIANNI** del Foro di Milano

IMPUTATA

del delitto p. p. dagli artt. 110 e 356 co. 1 e 2 in relazione all'art. 355 co. 2 n. 3) c.p., perché, in concorso tra loro, MOGLIA Alessandra in qualità di amministratrice e rappresentante legale di Vivendo Pharma GmbH, ROSATI Fabio quale amministratore unico di Fitolux Pro Sri, avendo stipulato con Aria Spa, Centrale di committenza della Regione Lombardia, un contratto finalizzato alla fornitura di n. 2 milioni di dispositivi individuali di protezione (DPI) — richiedendo ed ottenendo, quale condizione per la conclusione del contratto, il pagamento anticipato della fornitura mediante il versamento della somma di € 7.200.000,00 sul c/c acceso presso la Banca Valdichiana - Credito Cooperativo di Chiusi e Montepulciano - dispositivi che, secondo gli accordi intervenuti, sarebbero dovuti essere consegnati il giorno successivo all'accordo 28.2.2020, commettevano frode nell'esecuzione del contratto di pubblica fornitura ed in particolare, in violazione del principio di buona fede nell'esecuzione del contratto, non adempivano dolosamente ai termini dell'accordo, non fornendo i DPI acquistati nel termine convenuto, né nei giorni successivi, accampando giustificazioni pretestuose quali, la festività musulmana del Venerdì (la merce era asseritamente detenuta in Turchia), l'imminente introduzione di una tassa all'esportazione delle mascherine da parte del Governo turco etc., tanto da costringere Regione Lombardia prima a formulare contestazione di inadempimento e diffida ad adempiere, ed in seguito alla risoluzione del contratto;

con l'aggravante del fatto commesso su cose destinate ad ovviare ad un comune pericolo in considerazione situazione sanitaria del Paese volta a fronteggiare dall'epidemia Covid - 19

In Milano il 2.3.2020

Persona offesa:

Regione Lombardia in persona del Presidente pro-tempore, sedente in Palazzo della Regione
Piazza Città di Lombardia n 1

Con richiesta in data 27 settembre 2021 Moglia Alessandra è stata chiamata a rispondere in concorso con Rosati Fabio del reato di frode in pubbliche forniture con l'aggravante, ai sensi dell'articolo 355 comma 2 n.3, del fatto che la fornitura fosse destinata a fronteggiare un pericolo per la collettività derivante dall'epidemia Covid - 19 in quel momento in corso.

In particolare nella sua qualità di amministratrice di Vivendo Pharma Gmbh, (e ROSATI Fabio quale amministratore unico di Fitolux Pro Sri,) avrebbe stipulato con Aria Spa, Centrale di committenza della Regione Lombardia, un contratto finalizzato alla fornitura di n. 2 milioni di dispositivi individuali di protezione cioè mascherine (DPI) e ottenuto, quale condizione per la conclusione del contratto, il pagamento anticipato della fornitura mediante il versamento della somma di 7.200.000,00 sul c/c acceso presso la Banca Valdichiana. I dispositivi che, secondo gli accordi intervenuti, avrebbero dovuto essere consegnati il giorno successivo all'accordo 28.2.2020. Tuttavia gli imputati avrebbero commesso una frode nell'esecuzione del contratto di pubblica fornitura ed in particolare, in violazione del principio di buona fede, non avrebbero adempiuto dolosamente ai termini dell'accordo, non fornendo i DPI acquistati nel termine convenuto, né nei giorni successivi, accampando giustificazioni pretestuose quali, la festività musulmana del Venerdì (la merce era asseritamente detenuta in Turchia), l'imminente introduzione di una tassa all'esportazione delle mascherine da parte del Governo turco e così via, tanto da costringere Regione Lombardia prima a formulare contestazione di inadempimento e diffida ad adempiere, ed in seguito procedere alla risoluzione del contratto.

L'imputata ha chiesto che si procedesse nei suoi confronti con giudizio abbreviato mentre il coimputato Rosati Fabio ha scelto il rito ordinario.

Il procedimento ha tratto origine da una segnalazione, **peraltro molto sintetica e di tono prudentiale e cautelativo, presentata in data 29 febbraio 2020 dal dirigente di ARIA** e cioè l'Azienda regionale per l'innovazione e gli acquisti, alla Procura della Repubblica di Milano.

Con tale segnalazione si riferiva che in quei giorni, all'inizio e nella fase di massima ed incontrollata espansione della pandemia, l'ente stava cercando di procedere all'acquisto di materiale sanitario, in particolare di mascherine, anche con procedure in deroga al Codice dei contratti.

ARIA, sempre secondo la segnalazione, era quindi entrata in contatto con la società Vivendo Pharma Gmbh¹, con sede in Svizzera, per concordare l'acquisto di mascherine destinate al

¹ tale società opera a livello internazionale nel campo della ricerca farmaceutica e tra l'altro nel settore dei farmaci generici che vengono negoziati con i Servizi Sanitari nazionali di vari paesi consentendo una consistente riduzione della spesa sanitaria pubblica rispetto ai farmaci coperti da brevetto. Si vedano in proposito le pagine 1-2 della memoria difensiva con la quale quindi si vuole sottolineare che Vivendo, pur

personale sanitario. Tale operatore economico avrebbe assicurato ARIA della fornitura delle mascherine il giorno successivo all'ordine previo pagamento anticipato da inviare ad una società ad essa collegata e cioè la Fitolux² con sede a Castiglione del Lago ed amministrata da Rosati Fabio.

Presi quindi contatti con Fitolux Pro Sri erano stati ordinati il 27 febbraio 2.000.000 di mascherine al prezzo di € 3,6 più Iva ciascuna per un valore complessivo di 7.200.000 più Iva e consegna il giorno successivo e cioè il 28 febbraio 2020.

Tuttavia il 28 febbraio 2020 le due società avevano iniziato a prospettare una serie di difficoltà che, a loro dire, avrebbero impedito di consegnare la merce nel termine previsto. In particolare la merce si sarebbe trovata in Turchia, dove anche Rosati in quel momento si trovava, e le difficoltà erano costituite dalla festività mussulmana del venerdì che avrebbe di fatto comportato la chiusura di tutti gli uffici sino a domenica e dall'imminente introduzione da parte del Governo turco di una tassa sull'esportazione delle mascherine in modo tale da tutelarne la disponibilità per il proprio paese.

La consegna veniva quindi prospettata non prima del **martedì-mercoledì della settimana successiva** e a nulla valevano le contestazioni di inadempimento formulata al telefono da ARIA a Rosati.

Alla segnalazione sono allegate alcune e-mail e comunicazioni intervenute fra le parti tra cui quella in data **27 febbraio 2020 in cui ARIA "conferma l'ordine "** di seguito riportato e cioè l'acquisto di 2.000.000 di mascherine al prezzo di € 3,60 cadauna.

In data 6 marzo 2020 il GIP convalidava il decreto di sequestro preventivo emesso dal Pubblico Ministero in relazione alla somma di € 7.200.000 pervenuta sul conto della Fitolux presso la Banca Valdichiana. Nella motivazione peraltro il GIP, così come la Procura si riportava pedissequamente al contenuto della segnalazione di ARIA senza ulteriori approfondimenti e limitandosi ad accogliere tale versione.

Il 18 giugno 2020 veniva assunta a sommarie informazioni la funzionaria di ARIA Schweigl Carmen la quale aveva tenuto buona parte dei contatti con le 2 società.

La Schweigl ha innanzitutto confermato che, a fronte del dilagare dell'epidemia, ARIA aveva cercato di effettuare alcune procedure negoziate di urgenza ai sensi dell'art. 163 del Decreto legislativo 50\2016. La società Vivendo Pharma GmbH Si trovava in un elenco inviato in quella fase emergenziale dalla Protezione civile e fra tutte aveva dato le maggiori garanzie in termini di quantitativi di mascherine disponibili e di prezzo praticabile.

Dopo una serie di contatti telefonici e via e-mail Vivendo Pharma aveva fatto presente che le mascherine si trovavano in Turchia e che, anche per ragioni legati ai costi e ai cambi³, gli accordi

svolgendo una attività commerciale a scopo di lucro, rientra in un contesto finalizzato a consentire un risparmio significativo della spesa pubblica sanitaria

² Fitolux è una società che opera soprattutto all'estero, in Medio oriente e in Nordafrica, nel campo di presidi medici quali antidolorifici e integratori per il sistema immunitario

³ la diretta presa in carico dell'operazione da parte di Vivendo, società con sede in Svizzera, non era infatti conveniente in quanto i costi per il cambio euro -franco svizzero- euro avrebbero comportato un doppio passaggio della merce

andavano presi direttamente con una società italiana, la Fitolux, amministrata dal dr. Fabio Rosati.

Nel proseguo dalla confusa esposizione della testimone ella ha riferito che il Direttore generale di ARIA dr. Bongiovanni aveva avuto dei contatti telefonici appunto con il dottor Rosati che si trovava in Turchia e questi li aveva rassicurati in merito alla possibilità di fornire 2.000.000 di mascherine per "il giorno seguente ", cioè il 28 febbraio e che sarebbero giunte all'aeroporto di Malpensa.

Secondo la testimone la conclusione dell'accordo sarebbe intervenuta tra Bongiovanni e Rosati via telefono a mezzo WhatsApp, in sostanza vi **sarebbe stato un accordo verbale**.

Non vi era mai stato un accordo per iscritto e del resto all'ordine con numero di protocollo 9726 del 27 febbraio 2020 alla richiesta di conferma via PEC non era seguita una risposta scritta come la stessa Schweigl aveva verificato successivamente.

Secondo la testimone era stato Rosati a chiedere il pagamento anticipato dell'intera fornitura.

Tuttavia il 28 febbraio le mascherine non era arrivate e Rosati aveva manifestato in proposito le difficoltà già accennate nell'originaria segnalazione di ARIA. A quel punto, il 2 marzo ARIA avevano annullato l'ordine e inviato la segnalazione alla Procura.

Moglia Alessandra sentita in veste di indagata in data 18 marzo 2021 ha fornito una ricostruzione più precisa e convincente.

In particolare ha spiegato che:

-il 26 febbraio dopo una serie di richieste provenienti da più parti in merito alla possibilità di acquistare mascherine ella si era messo in contatto con il dr. Rosati che operava prevalentemente all'estero in campo sanitario e che le aveva assicurato di poter procurare mascherine al **prezzo di € 3.60 ciascuna CIF e cioè con costi e responsabilità a carico a del venditore fino alla dogana del paese destinazione**. Subito tuttavia il dr. Rosati le aveva fatto cenno al fatto che il parlamento turco stava per emettere un decreto che avrebbe fortemente ridotto la possibilità di esportare mascherine dalla Turchia verso l'estero in quanto tale paese rischiava di rimanerne sprovvisto

- aveva quindi parlato con la dr.ssa Schweigl informandola della possibilità ma che **i tempi di consegna non sarebbero stati inferiori ad una settimana** trattandosi peraltro di mascherine provenienti da un paese extraeuropeo e a causa delle difficoltà che il decreto in corso di approvazione in Turchia avrebbe potuto comportare

- inizialmente la dr.ssa Schweigl non aveva mostrato particolare interesse ma poi il 27 febbraio ella l'aveva chiamata e l'aveva chiamata anche un funzionario di ARIA⁴ chiedendo un consistente numero di mascherine, almeno 1.000.000 e l'Iban per poter effettuare il pagamento. La dott.ssa Moglia aveva risposto che ella era solo una intermediaria e aveva indicato a Fitolux come diretto fornitore

- nel corso delle conversazioni la Moglia aveva compreso che la sua interlocutrice era molto concitata e aveva una gran fretta ed era anche disponibile a fare subito **il pagamento e questo**

⁴ probabilmente il dr Bongiovanni

perché doveva fare una “comunicazione” che la dr.ssa Moglia aveva compreso essere la conferenza stampa quotidiana della Regione Lombardia la quale intendeva comunicare di aver potuto procurarsi le mascherine anche più velocemente della Protezione civile

- anche alla Protezione civile come alla Schweigl la dr.ssa Moglia aveva confermato che le mascherine potevano arrivare dalla Turchia non prima dell'inizio della settimana seguente

-tuttavia nella prima mattina del 28 febbraio la Schweigl aveva insistito affinché le mascherine arrivassero subito e la dr.ssa Moglia non aveva potuto che ribadire che quel giorno, venerdì, era giorno di preghiera per i mussulmani e sabato e domenica gli uffici in Turchia sarebbero stati proprio chiusi. La Schweigl aveva inoltre insistito affermando che non era vero che il governo turco stesse per limitare l'esportazione delle mascherine. L'imputata ha tuttavia allegato all'interrogatorio **varia documentazione fra cui un tabulato dell'OCSE da cui risulta che proprio il 28 febbraio il governo turco era intervenuto in tal senso**

-a quel punto aveva avuto una conversazione con il dottor Bongiovanni, dirigente di ARIA, il quale l'aveva trattata in modo assai poco educato dicendole che “era una criminale organizzatrice di una truffa internazionale”

- a quel punto il dr. Rosati le aveva chiesto di poter parlare direttamente con Bongiovanni ma poi le aveva riferito che anche lui era stato insultato e che comunque **si erano accordati per la consegna della merce martedì 3 marzo o al massimo mercoledì 4 marzo**

- Il 3 marzo il dr. Rosati le aveva riferito di aver già predisposto presso la sua banca la restituzione della somma ricevuta da ARIA ma il giorno successivo le aveva detto che la Guardia di Finanza gli aveva bloccato il conto corrente nonostante tra l'altro egli avesse ormai la disponibilità delle mascherine da inviare in Italia

Sulla base di quanto sinora esposto all'udienza del 27 settembre 2022 il Pubblico Ministero ha chiesto la condanna di Moglia Alessandra alla pena di anni 1 e mesi 8 di reclusione e € 3000 di multa, senza il riconoscimento delle circostanze attenuanti generiche.

Ma la formulazione dell'accusa di frode in pubbliche forniture elevate nei confronti dell'imputata è decisamente inconsistente tanto in fatto quanto in diritto.

Possono infatti essere condivise le osservazioni contenute nella memoria del difensore dell'imputata che descrivono in modo molto più aderente alla realtà e più corretto, in fatto e in diritto, la dinamica degli avvenimenti.

Infatti :

- la conferma d'ordine inviata il 27 febbraio 2020 da ARIA a Fitolux e a Vivendo⁵ **non costituisce affatto la conclusione di un contratto ma una proposta contrattuale che richiedeva una espressa accettazione o una controproposta in particolare da parte della fornitrice Fitolux con particolare riferimento ai tempi di consegna, addirittura indicato per il giorno successivo, il 28 febbraio**, nonché ai destinatari cui la merce doveva essere distribuita.

Tanto è vero che tale comunicazione si conclude con le parole " *si attende di ricevere conferma tramite Pec.... e tramite e-mail* ".

⁵ si veda l'allegato 16 alla memoria del difensore dell'indagata

Tale accettazione non vi è mai stata e **tale circostanza fa di per sé cadere ogni possibile ipotesi di reato di frode in pubblico che evidentemente ha come presupposto l'esistenza di un contratto**. Si ricordi del resto che la stessa Schweigl con riferimento alla comunicazione del 27 febbraio ha dovuto ammettere che *"non è mai seguita risposta scritta o quantomeno non l'ho mai rinvenuta. Il fatto che non fosse pervenuta conferma scritta l'ho verificato successivamente. Voglio precisare che non vi era il tempo materiale, che eravamo in lock down e che quindi molti operatori erano a casa in ferie o smart working"*.

Queste affermazioni confermano la leggerezza, in quella situazione pur difficile, della responsabile degli acquisti di ARIA.

Vi è solo da aggiungere che certamente in quel momento ARIA agiva in quel regime di urgenza previsto dall'art. 163 del Decreto legislativo 50\ 2016 relativo ai contratti pubblici ma che tale previsione incide esclusivamente sulle procedure di scelta del contraente che possono avvenire al di fuori delle vie ordinarie ma certo **non deroga alle ordinarie norme del Codice civile secondo cui la conclusione dei contratti può avvenire solo con l'accordo delle parti** e cioè con la positiva manifestazione di volontà di ciascuna parte rivolta all'altra

- la richiesta di consegnare le mascherine **entro il giorno successivo era del resto sul piano fattuale palesemente assurda**. Anche senza considerare il diverso fuso orario, di 3 ore più avanti in Turchia, i voli diretti da questo paese verso l'Italia erano bloccati proprio in ragione della pandemia tanto che lo stesso dr. Rosati per rientrare in Italia nei giorni successivi avevo dovuto effettuare un tortuoso percorso attraverso paesi dell'est europeo. Inoltre il giorno di venerdì è, come noto, festività mussulmana cui seguivano giorni anch'essi inutilizzabili come sabato e domenica

- per di più ARIA aveva **aumentato le sue pretese chiedendo la consegna dei dispositivi fosse estesa a numerose aziende e presidi sanitari sparpagliati in tutta la Lombardia e cioè quelli, ben 37**, elencati nell'allegato alla e-mail di ARIA del 27 febbraio 2020 17.28 inviata peraltro non a Fitolux che doveva effettuare la consegna ma ad Alessandra Moglia per Vivendo che ha stata solo una intermediaria⁶

La proposta, le trattative ed il prezzo prospettato riguardavano invece **una consegna CIF che in termini commerciali comporta la consegna della merce da parte del venditore presso il punto doganale**, in questo caso l'aeroporto della Malpensa, rimanendo a carico dell'acquirente l'ulteriore distribuzione diffusa della merce stessa.

-non vi è ugualmente dubbio che FITOLUX non stesse ingannando il proprio committente ma stesse effettivamente e concretamente operando per avere l'immediata disponibilità delle mascherine come risulta dalla disponibilità dell'azienda turca La Roucci Kiyetli tas ve Madenler di Istanbul (si vedano i documenti 1, 2 e 3 allegati alla richiesta di Riesame del sequestro preventivo presentata da Rosati Fabio)

-quanto al bonifico dell'intera somma effettuato in modo più che frettoloso da ARIA non risulta in alcun modo che la fornitrice FITOLUX l'abbia mai imposto. Anzi il dr. Rosati appena rientrato in Italia la notte del 2 marzo⁷ **disponeva alla sua banca la restituzione integrale della somma alla Regione Lombardia. Ordine che non poteva essere eseguito perché il 4 marzo 2020 alle**

⁶ si veda allegato 12 alla memoria del difensore di Moglia Alessandra

⁷ il bonifico si era concretizzato presso la Banca Valdichiana solo la mattina del 2 marzo

ore 13:30 veniva eseguito da personale della Guardia di Finanza il decreto di sequestro preventivo emesso dal GIP e questo proprio mentre la restituzione era in corso di lavorazione.

A tutto concedere anche se si dovesse dare credito alla confusa versione esposta nella “segnalazione” di ARIA il reato di cui all'art. 356 Codice penale non sarebbe comunque in alcun modo ravvisabile.

Infatti il Tribunale del Riesame nel suo provvedimento in data 9 marzo 2022 che ha annullato il decreto di sequestro preventivo della somma di € 7.200.000 ha ricordato che “ai fini della configurabilità del delitto di frode nelle pubbliche forniture, non è sufficiente il semplice inadempimento doloso del contratto, richiedendo **la norma incriminatrice una condotta qualificabile in termini di malafede contrattuale, consistente nel porre in essere un espediente malizioso o ingannevole idoneo a far apparire l'esecuzione del contratto conforme agli obblighi assunti**”⁸.

Tali requisiti certamente non sono ravvisabili nel caso in esame.

In sostanza appare evidente che il comportamento di ARIA, pur in un momento di **esasperata concitazione, è stato del tutto disordinato**. Infatti ha ritenuto concluso un contratto che non lo era, soprattutto non lo era alle condizioni inattuabili proposte dalla stessa ARIA, ha effettuato frettolosamente il bonifico, poi, verosimilmente per tamponare la situazione di confusione, già il 29 febbraio ha presentato precipitosamente la “segnalazione” alla Procura e solo dopo questa, l'1 marzo, ha inviato a Fitolux la contestazione di inadempimento. Gli inquirenti hanno poi seguito inutilmente, sposandola, l'iniziativa di ARIA del 29 febbraio disponendo il 4 marzo il sequestro preventivo di urgenza di una somma di cui era già stata disposta da parte di FITOLUX la restituzione.

Vi sono da aggiungere per quanto riguarda la specifica posizione di Moglia Alessandra che questa non era nemmeno parte del presunto contratto ma insieme alla sua società, la Vivendo, semplice intermediaria e, come si desume ampiamente dalle comunicazioni riportate nella memoria del difensore, ha continuato a fornire ad ARIA le informazioni di cui disponeva per agevolare il buon esito dell'operazione e **in uno spirito di collaborazione in una situazione tanto importante per la collettività**.

Per concludere non sembra del resto un caso che la **Regione Lombardia**, che pur in data 21 aprile 2022 aveva nominato un suo difensore, **non si sia costituita parte civile e non abbiano alcun modo partecipato alle udienze**.

Nei confronti di Moglia Alessandra deve essere quindi emessa sentenza di assoluzione in ordine al reato lei ascritto perché il fatto non sussiste.

P. Q. M.

Visto l'art.442 c.p.p.

⁸ così Cass. Sez 6 penale sentenza n. 45105 del 28 ottobre 2021. Numerose altre sentenze della Suprema Corte sono del tutto conformi richiedendo sempre, per la configurazione del reato, una astuzia o malizia diretta ad ingannare l'altro contraente

assolve

Moglia Alessandra in ordine al reato lei ascritto perché il fatto non sussiste

(motivazione nel termine di 30 giorni dal dispositivo)

Milano, 13 dicembre 2022

Il Giudice
Guido Salvini