

RGIMP 484/22

N. 16658/20 R.G.N.R.
N. 6850/20 G.I.P.
Sent. n. 1395 del 13.5.2022 (dep. il 25.5.2022)

VISTO:

Milano, 7 GIU 2022
Il Procuratore della Repubblica Agg.
Maurizio Romanelli



**PROCURA DELLA REPUBBLICA
PRESSO IL
TRIBUNALE DI MILANO**



**DICHIARAZIONE DI APPELLO DEL PUBBLICO MINISTERO
- art. 428 c.p.p. -**

Il Pubblico Ministero,

Visti gli atti del procedimento penale sopraindicato nei confronti di:

1. **FONTANA Attilio**, nato a Varese il 28.3.1952, elettivamente domiciliato presso lo studio dell' Avv. Jacopo Pensa, difensore di fiducia unitamente all' Avv. Federico Papa;
2. **SCHWEIGL Carmen**, nata a Merano il 14.5.1964 e residente in Fiume Veneto, nella Via Sacconi n. 15, elettivamente domiciliata presso lo studio dell' Avv. Domenico Aiello difensore di fiducia;
3. **BONGIOVANNI Filippo**, nato a Mazzarino il 18.2.1960, elettivamente domiciliato presso lo studio dell' Avv. Domenico Aiello di fiducia;
4. **DINI Andrea**, nato a Milano il 7.9.1964, elettivamente domiciliato presso lo studio dell' Avv. Giuseppe Iannaccone del foro di Milano, difensore di fiducia;
5. **SUPERTI Pier Attilio**, nato a Cremona l'1.4.1958, elettivamente domiciliato presso lo studio dei difensori di fiducia Avv. Pietro Gabriele Roveda e Gianluigi Bonifati del foro di Lodi;

IMPUTATI

per il reato di cui agli artt. 110, 356 commi 1 e 2, in relazione all'art. 355 comma 2 n. 3 c.p., in concorso tra loro nelle rispettive qualità di:

- BONGIOVANNI**, dipendente di regione Lombardia distaccato presso ARIA s.p.a. (Azienda Regionale per l'Innovazione e gli Acquisti, ente *in house* di Regione Lombardia, da quest'ultima interamente partecipata) con incarico di Direttore Generale;
- SCHWEIGL**, Direttore acquisti di ARIA s.p.a. e responsabile unico del procedimento;
- DINI**, amministratore unico di DAMA s.p.a.;
- FONTANA**, Presidente di Regione Lombardia;
- SUPERTI**, Direttore dell'Area di funzione specialistica Programmazione e Relazioni Esterne e Vicario del Segretario Generale di Regione Lombardia;

per avere commesso frode nell'esecuzione della fornitura CIG numero 827586215F del 16.4.2020, in forza della quale DAMA s.p.a., con sede legale in Varese, via Piemonte (società riferibile al 90 % a DINI Andrea, cognato di Fontana e al 10% a DINI Roberta, moglie di FONTANA), si obbligava contrattualmente a fornire ad ARIA - quale centrale acquisti incaricata da Regione Lombardia dell'approvvigionamento di dispositivi di protezione - 75.000 camici DPI di III categoria e 7.000 set costituiti da camice, cappellino e calzari, per l'importo complessivo di € 513.000,00, beni acquistati dalla Amministrazione pubblica per fronteggiare l'emergenza sanitaria da COVID-19 (a cui DAMA

aveva già inoltrato ulteriore e successiva proposta di fornitura di 200.000 camici per un prezzo di euro 1.200.000).

Con frode consistita nei seguenti artifici, concordati e messi in opera allo scopo di tutelare l'immagine politica del Presidente di Regione Lombardia FONTANA, una volta emerso il conflitto di interessi derivante dai rapporti di parentela con il predetto fornitore:

- nel tentare di simulare l'esistenza *ab origine* di un contratto di donazione in luogo di quello realmente stipulato di fornitura onerosa;
- nel pianificare e preordinare il parziale inadempimento dell'originario contratto di fornitura attraverso la sua trasformazione nei seguenti termini:

- 1) in relazione ai camici già consegnati, mediante la conversione della fornitura a titolo oneroso in una parziale donazione (a fronte della quale FONTANA decideva, previo accordo con DINI Andrea di pagare, a titolo personale, in favore di DAMA il prezzo dei camici, sino ad allora fatturati, mediante una disposizione di bonifico, successivamente non perfezionata per mancanza di sufficiente provvista e di un'ideale fattura giustificativa (S.O.S.);
- 2) per la parte di camici ancora da consegnare in forza dell'obbligo contrattuale (nel numero di 25.007), intervenendo sul Direttore Generale di ARIA, BONGIOVANNI, affinché rinunciaste alle residue prestazioni contrattuali al fine di contenere il danno economico per DAMA s.p.a., riducendo l'oggetto della fornitura;

artificiosamente creando, in tal modo, le premesse giustificative per non adempiere agli ulteriori obblighi derivanti dal contratto di pubblica fornitura e facendo, così, mancare beni destinati a fare fronte al quotidiano fabbisogno di camici richiesti dallo stato di emergenza sanitaria.

Tali condotte si dipanavano attraverso un accordo collusivo intervenuto tra DINI e FONTANA con il quale anteponevano, all'interesse pubblico, l'interesse e la convenienza personale del Presidente di Regione Lombardia, il quale, soggetto attuatore per l'emergenza COVID-19 in base al Decreto n. 474 del 23.2.2020 del Capo Dipartimento della Protezione Civile, si ingeriva nella fase esecutiva del contratto in conflitto di interessi e in violazione degli artt. 42 comma IV del D. Lgs. n. 50/2016, 6 bis legge n. 241/90, 7 D.P.R. n. 62/2013 e del patto di integrità in materia di contratti pubblici della Regione Lombardia, ciò in quanto il Direttore Generale di ARIA e i soggetti che in essa erano deputati agli acquisti - in forza del Decreto del Presidente della Regione Lombardia n. 523 dell'8.4.2020 - assumevano "il ruolo di funzionari o agenti del Soggetto attuatore".

Tale accordo collusivo veniva automaticamente recepito dalla centrale acquisti nelle persone di BONGIOVANNI e SCHWEIGL - che si attivavano per darvi esecuzione senza informare e coinvolgere il competente consiglio di amministrazione di ARIA ed al di fuori delle relative procedure amministrative per far apparire rispettato il contratto.

Con contributo di SUPERTI consistito nell'aver definito, nell'interesse e dietro mandato di FONTANA - nel corso della riunione tenutasi in Regione Lombardia il 19.5.2020 - i dettagli dell'accordo di massima già raggiunto tra DINI e FONTANA e nell'averlo comunicato a BONGIOVANNI come diretta volontà del Presidente alla quale dover dare esecuzione.

Con l'aggravante di avere commesso il fatto in relazione alla fornitura di cose destinate ad ovviare al comune pericolo rappresentato dalla pandemia da COVID-19.

In Milano in epoca successiva e prossima al 20.5.2020

con il presente atto dichiara di proporre appello avverso la sentenza n. 1395 pronunciata dal Giudice dell'Udienza Preliminare presso il Tribunale di Milano - Dott.ssa Valori - il 13 maggio 2022, depositata il 25 maggio 2022, che ha dichiarato il non luogo a procedere nei confronti di tutti gli imputati in ordine al reato loro ascritto "perché il fatto non sussiste".

MOTIVI

Come verrà evidenziato nel presente atto di appello, la sentenza è del tutto errata in fatto ed in diritto.

L'istruttoria dibattimentale avrebbe dimostrato, al di là di ogni ragionevole dubbio, il fatto estremamente grave dell'inadempimento - accompagnato dalle componenti di frode descritte nell'imputazione - della pubblica fornitura di dispositivi di protezione individuale nel pieno della pandemia da COVID-19.

Le condotte in contestazione, funzionali alla tutela degli interessi personali del Governatore FONTANA Attilio e di quelli economici della DAMA s.p.a. riferibile alla moglie e al cognato hanno avuto l'esito di posporre l'interesse pubblico (alla completa e tempestiva esecuzione della fornitura) ad interessi privati convergenti degli imputati FONTANA e DINI, con il concorso degli altri imputati, chiamati a dare esecuzione alle disposizioni del Presidente della Regione Lombardia.

Si censura col presente atto, pertanto, il percorso logico-giuridico seguito dal Giudice per giungere alla pronuncia di non luogo a procedere, sia con riferimento agli elementi di fatto - la cui lettura è stata per certi versi del tutto omessa - sia nelle valutazioni giuridiche adottate.

Come **criterio di orientamento**, si inizierà dalla descrizione degli accadimenti reali, che sarebbero stati ricostruiti nel processo, per poi arricchirla di volta in volta esaminando i diversi profili in diritto che si ritiene di mettere in discussione.

I vari rimandi in termini di pagine e di allegati, ove non diversamente indicato, devono intendersi relativi all'informativa riepilogativa n. 90057/21 del 19.7.2021 del Nucleo Speciale di Polizia Valutaria della G.d.f.

1. Il contratto di fornitura e il fabbisogno di Dispositivi di Protezione Individuale.

Alle condotte degli imputati fa da sfondo il contratto di pubblica fornitura perfezionatosi il 16.4.2020, con il quale DAMA s.p.a. si impegnava a consegnare ad ARIA s.p.a. - ente *in house* di Regione Lombardia¹ - 75.000 camici DPI di III categoria e 7.000 *set* costituiti da camice, cappellino e calzari, per l'importo complessivo di € 513.000,00 (cfr. All. 1).

Questo rapporto giuridico prevedeva espressamente che DAMA consegnasse 2.500 camici al giorno e che i tempi di consegna per ARIA fossero "*essenziali*".

¹ E da quest'ultima interamente partecipato ai sensi dell'art. 5.1 dello Statuto di ARIA s.p.a.

DAMA era una società riferibile alla moglie e al cognato del Presidente di Regione Lombardia – l'imputato FONTANA Attilio – ma tale rapporto giuridico era stato innestato ugualmente senza alcuna gara per fronteggiare l'emergenza sanitaria da COVID-19.

I fatti, invero, si svolgono in piena pandemia, quando ARIA non riusciva a soddisfare le richieste di DPI provenienti dagli ospedali lombardi.

È questo il primo dato che la sentenza impugnata equivoca, ma che riveste un ruolo primario per comprendere il senso della contestazione.

Alla data dell'ordinativo di fornitura il fabbisogno era pari a 50.000 camici al giorno e tale sarebbe rimasto quantomeno sino a tutto il mese di giugno.

La situazione è ben descritta da DI BENEDETTO Domenica – membro dell'Unità di crisi per la gestione dell'emergenza sanitaria – secondo la quale nei mesi da marzo a giugno 2020 *“c'è sempre stata una grande richiesta e non abbiamo mai avuto esuberi di forniture. È sempre stato tutto gestito in emergenza dall'oggi al domani e ancora oggi facciamo fronte giornalmente non potendo programmare nell'arco del mese”*. Sul fabbisogno mensile di 1,5 milioni di camici – pari a 50.000 al giorno – indicato nella nota n. 129070 del 9.6.20220, *“preciso che ho contribuito alla redazione del report in argomento...tale fabbisogno è rimasto invariato fino a metà giugno”* (cfr. s.i.t. DI BENEDETTO 8.7.2020, All. 122).

Questa circostanza era ben presente al Direttore Generale di ARIA s.p.a. BONGIOVANNI Filippo e al R.U.P. e Direttore Acquisti SCHWEIGL Carmen.

In tal senso, depongono le dichiarazioni del dipendente di ARIA DI GIACINTO UNGARETTI Carlo Alberto (cfr. s.i.t. DI GIACINTO UNGARETTI 27.7.2020, All. 124), secondo il quale *“io non facevo di queste analisi circa le carenze con il DG. Tuttavia ho sentito discorsi tra lui e la SCHWEIGL nei quali commentavano l'insufficienza delle consegne rispetto al fabbisogno corrente...forse adesso che è passata l'ondata emergenziale siamo messi bene per le sole mascherine”* ... *“se arrivava una fornitura grossa potevamo stare tranquilli per qualche giorno ma poi l'approvvigionamento diventava nuovamente un problema. Quindi sapevamo che non ci potevamo mai adagiare perché la carenza si sarebbe nuovamente verificata di lì a poco anche perché – come ho detto – molte mancate consegne venivano preannunciate solo nell'imminenza della data stimata per l'arrivo. Questo era un dato di comune conoscenza che ovviamente condividevo con BONGIOVANNI e SCHWEIGL”*.

Del resto, la stessa SCHWEIGL si è espressa in questi termini quando ha riferito in altro procedimento *“avevamo necessità di 50 mila camici al giorno e non riuscivamo mai a garantirla”* (cfr. s.i.t. SCHWEIGL 18.6.2020 acquisite ritualmente dal proc. n. 8375/20 Mod. 21)².

L'analisi compiuta dai militari in merito al soddisfacimento del fabbisogno giornaliero di camici riscontra perfettamente le citate fonti dichiarative.

Più precisamente, la tabella riepilogativa delle consegne riportata alle pagine 64 e 65 della informativa riepilogativa evidenzia che dal 16.4.2020 al 27.5.2020 solo nella giornata del 13.5.2020 il fabbisogno quotidiano di 50.000 camici era stato soddisfatto³.

È appena il caso di rilevare che, **proprio nei giorni in cui maturava l'idea di interrompere la fornitura, questo quadro si era aggravato al punto da far auspicare a BONGIOVANNI che il fabbisogno giornaliero venisse innalzato di un quinto e portato a 60.000 camici** (cfr. e-mail del D.G. del 16.5.2020, All. 160).

Il 14.5.2020, invero, la DI BENEDETTO aveva bloccato la distribuzione di 470.000 camici consegnati dalla EMGI s.r.l., in quanto risultati privi di certificazione⁴.

Appare evidente, pertanto, come sbagli il Giudice nell'affermare che nei giorni in cui interveniva l'accordo tra i correi *“il fabbisogno estremo di camici, che aveva caratterizzato la primissima fase dell'emergenza, era in via di risoluzione”* (cfr. pag. 30 sentenza).

Al di là del dato numerico, effettivamente dimezzato rispetto al mese di marzo, ARIA non era ancora in grado di far fronte alle richieste degli ospedali lombardi e in quei giorni la situazione si era aggravata.

Allo stesso modo, quindi, BONGIOVANNI ha dichiarato il falso all'ANAC con la nota dell'1.2.2021, nel corpo della quale si legge *“la fornitura di camici DPI di III categoria potrà considerarsi adeguata alle esigenze solo verso metà maggio 2020, con l'acquisto diretto disposto nei confronti dell'operatore economico IRON SERVICE⁵”*).

² Un riscontro documentale sul punto è fornito dalla e-mail del 9.6.2020 diretta a FUSARRI Paola Chiara della direzione acquisti, nella quale la SCHWEIGL scrive in riferimento ai camici *“di cui necessitiamo come l'aria”* (cfr. All. 120).

³ Questo schema è stato volutamente impostato in un'ottica di *favor rei*, dal momento che non riporta al giorno successivo le carenze della giornata precedente ma considera i surplus.

⁴ Lo stesso giorno, intervenendo nella riunione del c.d.a., il D.G. aveva rappresentato il caso EMGI come “problematico” (cfr. All. 163).

⁵ In realtà, IRON SERVICE solo il 29.6.2020 si aggiudicherà la gara per 3 milioni di camici (le cui buste erano state aperte il 25.5.2020 ma la cui offerta economica risultava anormalmente bassa) e, comunque, dal 14.5.2020 al 25.5.2020 – quando aveva iniziato a consegnare camici in assenza di contratto – le consegne erano state sospese dalla SCHWEIGL, che si era accorta della mancanza di un formale ordinativo.

È questo il primo snodo fattuale travisato in sentenza, che ne vizierà insanabilmente il percorso motivazionale.

Come si vedrà nel prosieguo, malgrado in quei giorni la situazione degli approvvigionamenti fosse diventata critica, a BONGIOVANNI veniva imposto di adeguarsi all'accordo intercorso tra DINI Andrea e FONTANA Attilio in aperto contrasto con i principi fondamentali che informano i poteri della P.A.

FONTANA e SUPERTI, a ben vedere, violavano la legale separazione esistente tra la **funzione di indirizzo politico e la funzione amministrativa**, principio definitivamente cristallizzato con le riforme Bassanini e ribadito più volte dalla Corte Costituzionale come naturale corollario dell'art. 97 della Costituzione (*ex multis*, Sentenza n. 81 del 3.5.2013).

Con la conseguenza, come si vedrà, che ARIA s.p.a. veniva trattata alla stregua di una segreteria della Presidenza di Regione⁶.

2. Il trattamento di favore verso DAMA.

La circostanza che DAMA fosse riferibile alla famiglia del Presidente di Regione Lombardia era piuttosto nota agli odierni imputati e presso i rispettivi enti.

CABRA Caterina, dell'ufficio stampa dell'Assessorato all'Ambiente e Clima di Regione, il 17.4.2020 aveva inoltrato una e-mail all'assessore CATTANEO Raffaele e a diversi colleghi della Presidenza di Regione (cfr. All. 25) con la quale, nell'annunciare alla stampa l'avvio della filiera di produzione di camici, chiedeva ai suoi interlocutori se comunicare anche il nome della DAMA.

ROMANO' Marlen, della direzione acquisti di ARIA, ha riferito di avere rilevato un anomalo interesse in relazione a DAMA da parte di BONGIOVANNI e SCHWEIGL, fin dalla fase dell'affidamento della fornitura.

Tali parole, stante la loro nettezza, meritano di essere riportate integralmente (cfr. s.i.t. ROMANO' 17.7.2020, All. 24):

***"Domanda: in relazione a tale ordine ha registrato delle anomalie e se sì quali?
Risposta: sicuramente, data la tempistica con la quale si è dato corso a tale ordine, ho pensato che dietro ci fosse un'agevolazione al processo di acquisto perché si è verificato raramente che offerte e ordine fossero così temporalmente vicini. Inoltre l'insistenza con cui***

⁶ La conferma è anche nel fatto che, all'interessamento di MOTTOLA Giorgio di Report, le richieste di quest'ultimo vennero prese in carico direttamente dalla Presidenza di Regione Lombardia (cfr. s.i.t. MOTTOLA 30.6.2020, All. 89).

BONGIOVANNI e SCHWEIGL chiedevano di procedere con tale ordine mi ha fatto capire che tale ordine potesse prescindere da ragioni relative all'emergenza sanitaria. Dico questo perché faccio questo lavoro da molti anni e ho imparato a riconoscere casi del genere'.

Risultano di interesse, sull'argomento, anche le dichiarazioni rese da MAINARDI Enrica, della Direzione Generale Ambiente di Regione.

Quest'ultima ha riferito di aver notiziato BONGIOVANNI delle connessioni tra FONTANA e la proprietà di DAMA in data anteriore alla formalizzazione della fornitura, vedendosi replicare dal Direttore Generale di ARIA che l'interesse pubblico al reperimento dei camici doveva prevalere⁷ (cfr. s.i.t. MAINARDI 8.7.2020, All. 22).

Lo stesso FONTANA Attilio era pienamente consapevole del contratto che stava per essere siglato tra DAMA e ARIA.

L'Assessore CATTANEO Raffaele è stato piuttosto chiaro sul punto, riferendo di aver avuto modo di parlare della questione con il Presidente per ben due volte, vale a dire prima del perfezionamento del contratto⁸ e nel momento in cui FONTANA decise di intervenire su di esso (cfr. s.i.t. CATTANEO 8.7.2020, All. 15).

Il fatto che FONTANA fosse a conoscenza del rapporto in essere si ricava anche dalle dichiarazioni di MARTINELLI Giulia (cfr. investigazioni difensive MARTINELLI 30.7.2020, All. 5).

Quest'ultima, responsabile della Segreteria del Presidente, ha dichiarato di aver interloquuto l'11.5.2020 con FONTANA sui legami tra la sua famiglia e la DAMA, ricevendo da quest'ultimo la risposta "ma non è una donazione?".

⁷ "Io, pertanto, ho mandato una mail a BONGIOVANNI con la quale indicavo la possibilità di procedere con tale società in quanto munita di certificazione.

Tuttavia poi al telefono ho evidenziato anche a BONGIOVANNI quella che per me restava una questione di inopportunità ovvero il fatto che tale società era legata al Presidente Fontana e segnatamente alla moglie. Bongiovanni, allo stesso modo, mi ha risposto che a lui non interessava tale circostanza in quanto doveva procedere all'accaparramento dei camici, in quanto il sistema in quel periodo era particolarmente deficitario".

⁸ "R.: ho detto a FONTANA che c'era anche DAMA tra i soggetti che avevano le carte in regola per diventare fornitore. Del resto aveva fatto dei prezzi ottimi (appena 6 euro) e forniva dei camici di ottima qualità.

D: si è posto il problema di poter danneggiare FONTANA per il tramite del reperimento della società DAMA?

Per me il problema di opportunità politica, che avrebbe potuto danneggiare FONTANA, era meno rilevante rispetto al fatto che ci fosse questa emergenza relativa alla carenza di camici nel pieno della pandemia.

La possibilità di strumentalizzazione era un aspetto recessivo rispetto all'interesse pubblico.

D: il Presidente come ha reagito alla notizia? Era sorpreso o sapeva?

R.: ho avuto la percezione che il presidente non fosse entusiasta ma che ritenesse fondate le mie considerazioni in ordine all'interesse pubblico".

Questi elementi, pretermessi dalla sentenza impugnata, spiegano le ragioni per le quali la ROMANO' aveva avvertito un trattamento di favore nei confronti della DAMA.

Ben si comprende, quindi, come l'interessamento della trasmissione giornalistica REPORT avesse destato allarme in FONTANA che si rendeva perfettamente conto del rilievo mediatico connesso al suo palese conflitto di interessi e decideva di ingerirsi.

3. La soluzione scelta per tutelare l'interesse personale del Governatore FONTANA (e contenere la perdita economica).

FONTANA e DINI si accordarono per tutelare l'immagine politica del primo convenendo che DAMA avrebbe rinunciato a farsi pagare da ARIA i camici già consegnati nel mese di aprile - e in relazione ai quali il 30.4.2020 DAMA aveva emesso la fattura n. 10865 per € 247.308 + I.V.A. - e che FONTANA si sarebbe accollato tale importo tenendola indenne.

Quest'ultimo, di conseguenza, al termine della riunione svoltasi il 19.5.2020 in Regione tra ZANETTA di DAMA e l'imputato SUPERTI accompagnato da TURTURIELLO Antonello (finalizzata a definire i dettagli esecutivi dell'accordo di massima già concluso il 16.5.2020), si recava presso UNIONE FIDUCIARIA per disporre un bonifico da € 250.000,00 in favore della società del cognato.

Quanto ai restanti 25.007 camici ancora da consegnare, FONTANA sarebbe intervenuto perché l'ente pubblico rinunciasse a pretenderli.

Il patto, come ricostruito dalla G.d.f. (cfr. pagg. 32-34 riepilogativa), interveniva sabato 16.5.2020 tra DINI e FONTANA⁹, che agiva come naturale controparte del fornitore con evidente illegittima immedesimazione organica nell'ente amministrativo regionale (ARIA) deputato all'acquisizione dei DPI.

A riscontro di questa circostanza depone il fatto che DINI Andrea, a tale data, già dava per certa l'interruzione della pubblica fornitura, malgrado non avesse ancora avuto alcuna interlocuzione con ARIA.

Questa convinzione era così forte in DINI da portarlo a chiedere a ZANETTA Paolo - Direttore di produzione di DAMA - se si riuscisse a recuperare almeno i 6.000 camici appena

⁹ In questi termini depongono gli sms del 16.5.2020 di DINI Andrea alla sorella delle 11:56 ("*passa lui*"), nonché quelli scambiati dopo l'incontro quando DINI Roberta scrive al fratello "*vorrei suicidarmi*" (evidentemente dopo aver saputo del contenuto del colloquio da FONTANA), al quale DINI risponde "*stamattina consegnati 6.000 camici, almeno quelli possono essere resi*".

consegnati nella giornata di sabato 16.5.2020 (cfr. s.i.t. ZANETTA 7.5.2021, che ricorda di aver ricevuto da DINI una chiamata sull'argomento ma di averlo dissuasato: All. 40).

A conferma di questo assunto vi sono anche le dichiarazioni di DE LUCA Barbara, dipendente di DAMA, la quale ha riferito di aver ricevuto l'ordine di interrompere le consegne sin da lunedì 18.5.2020 (cfr. s.i.t. DE LUCA, All. 106).

Si tratta della ennesima conferma dell'assunto che la sorte della fornitura in essere tra DAMA e ARIA era stata decisa al di fuori dell'ente *in house*, se solo si tiene presente che il contatto tramite e-mail tra DINI e BONGIOVANNI sarebbe intervenuto soltanto il 20.5.2020.

Nelle giornate del 18, 19 e 20 maggio¹⁰ - in cui, da contratto, vi sarebbe dovuta essere la consegna di 7.500 camici (come detto, 2.500 al giorno) - DINI Andrea aveva dato disposizione di non effettuare consegne perché evidentemente rassicurato in tal senso dal cognato.

FONTANA prestava fede al suo impegno per il tramite di SUPERTI Pier Attilio - Vicario del Segretario Generale di Regione Lombardia - che trasferiva il suo volere su BONGIOVANNI.

A fronte dell'importanza della circostanza, è appena il caso di riportare le dichiarazioni rese da BONGIOVANNI nell'interrogatorio del 24.5.2021 (cfr. All. 113), che descrivono plasticamente quanto accaduto:

"D: perché ha accondisceso a quella richiesta?"

R: perché sono un dipendente regionale.

Mi è stato rappresentato in maniera diretta che questa era la volontà del Presidente della Regione su un tema che gli stava estremamente a cuore e di conseguenza mi sono adeguato.

Io ero in distacco presso ARIA ma venivo pagato da Regione Lombardia ed ero stato nominato da Regione Lombardia.

D: può precisare quale fosse la sua situazione psicologica nei confronti della richiesta avanzata da SUPERTI? Era una richiesta di fatto negoziabile?

R: io ho ricevuto la volontà del Presidente della Regione.

Non era negoziabile perché avrebbe rappresentato una clamorosa rottura con la persona del Presidente'.

Benché il 16.5.2020 BONGIOVANNI avesse auspicato addirittura un incremento della richiesta giornaliera di camici (cfr. par. 1), appena quattro giorni dopo rispondeva alla e-

¹⁰ Nel computo si deve ricomprendere anche il giorno 20, dal momento che BONGIOVANNI rispondeva a DINI - ringraziandolo per l'atto di generosità - soltanto alle ore 18:18 (cfr. All. 134).

mail con la quale DINI comunicava l'intenzione di trasformare in donazione il contratto e ritenere conclusa la fornitura, limitandosi a ringraziarlo senza esigere le restanti consegne. Dalle parole sopra riportate, che si avvicinano all'imposizione, si coglie la ragione di questo comportamento apparentemente irrazionale.

BONGIOVANNI non intendeva andare contro la richiesta del Governatore che gli aveva fatto conseguire il prestigioso – anche economicamente¹¹ – incarico di Direttore Generale e, per accontentarlo, non avrebbe esitato ad esercitare il potere per un fine recessivo¹² rispetto a quello istituzionale della tutela della salute pubblica.

4. Il concetto di “frode” di cui all’art. 356 c.p.

Probabilmente in ragione del fatto che la fattispecie in questione non è ricca di casistica, l'interpretazione della Suprema Corte di Cassazione non appare ancora consolidata.

Senza pretesa di esaustività, riassuntivamente occorre dare atto del fatto che anche di recente sono stati riproposti tre principali orientamenti:

- a) secondo alcune sentenze, è sufficiente il doloso inadempimento del contratto (Cass. n. 6905/16 e Cass. n. 15487/21);
- b) per altro verso, occorrerebbe una condotta qualificabile come malafede contrattuale, vale a dire violativa dell'art. 1375 c.c. (cfr. Cass. n. 6905/16);
- c) una terza opinione richiede un comportamento connotato da apparenza ingannatoria, vale a dire che sarebbe necessaria un'astuzia o malizia diretta a far apparire la prestazione conforme agli obblighi assunti (Cass. n. 45105/21 e Cass. n. 29374/20).

A fronte di tale variegato panorama ermeneutico, sorprende la sentenza impugnata (cfr. pag. 23) laddove dà conto esclusivamente dell'ultima sentenza depositata sul punto dalla Suprema Corte di Cassazione (la n. 45105/21), per poi sovrapporne le coordinate con quelle fatte proprie dalla citata sentenza n. 6905/16.

Quest'ultima, invero, critica la tesi che esige un comportamento tale da generare una situazione di apparenza ingannatoria.

¹¹ Il trattamento economico lordo annuo, per inciso, era pari a € 170.000,00 di compenso + € 50.000,00 di incentivo.

¹² Per usare le parole del G.U.P., “*ovvero, indubbiamente, quelli di mettere il Presidente FONTANA al riparo dalle attenzioni della stampa e dal giudizio dell'opinione pubblica*” (cfr. pag. 26 sentenza).

Sul punto, a pag. 9 della motivazione si legge che “l'indirizzo che interpreta la "frode nell'esecuzione dei contratti di fornitura o nell'adempimento degli altri obblighi contrattuali" nel senso che per la sua configurabilità sarebbe insufficiente il semplice inadempimento del contratto, perché la norma incriminatrice richiederebbe anche la presenza di un espediente malizioso o di un inganno, che faccia apparire l'esecuzione del contratto conforme agli obblighi assunti (Sez. 6, n. 5317 del 10/01/2011, Rv. 249448; Sez. 6, n. 11144 del 25/02/2010, Rv. 246544) confonde l'idea di frode come semplice inganno con quella di truffa (inganno mediante artificio o raggio), mentre l'espressione "commette frode", contenuta nell'art. 356 c.p., non allude necessariamente a un comportamento subdolo o artificioso, perché si riferisce a ogni violazione contrattuale, a prescindere dal proposito dell'autore di conseguire un indebito profitto o dal danno patrimoniale del quale possa risentire l'ente committente. In altri termini, l'art. 356 c.p., sanziona le condotte contrattuali che, nei rapporti con l'amministrazione, violano il principio di buona fede nell'esecuzione del contratto, principio sancito dall'art. 1375 c.c.”.

Si tratta di un'impostazione ben distinta da quella fatta propria dalla sentenza n. 45105/21 - e dal GIP - secondo la quale sarebbe necessaria anche un'attività dissimulativa tesa a mascherare l'inadempimento.

5. Il comportamento fraudolento degli imputati.

Accedendo alternativamente a ciascuna delle due tesi più restrittive riportate alle lettere b) e c) del paragrafo precedente, le condotte in contestazione risultano in ogni caso penalmente rilevanti.

Se si ritiene sufficiente isolare un doloso inadempimento connotato da violazione del canone della buona fede contrattuale, invero, non può non rilevarsi che il caso di specie si contraddistingue per l'intervento del Presidente di Regione Lombardia che ha imposto al D.G. BONGIOVANNI di adeguarsi al suo volere.

In altri termini, DAMA ha cercato di liberarsi dalla propria obbligazione ottenendo che la volontà della controparte venisse piegata al perseguimento di un interesse diverso da quello per il quale il pubblico potere era stato attribuito.

BONGIOVANNI ha deliberatamente rinunciato alla consegna di 25.000 camici perché così gli era stato richiesto da FONTANA per il tramite di SUPERTI.

Né potrebbe replicarsi che il quantitativo in contestazione era trascurabile, perché idoneo a soddisfare il fabbisogno di appena mezza giornata.

È necessario evidenziare che in quei giorni 25.000 medici, infermieri e altri operatori sanitari hanno dovuto prestare il proprio servizio in assenza di un dispositivo di protezione individuale, perché gli imputati avevano preferito anteporre la salvaguardia dell'immagine politica di FONTANA al contrasto della diffusione del virus.

Quanto sopra, come descritto nel capo di imputazione, veniva ottenuto cercando di "vestire" da donazione il precedente contratto di fornitura, contestualmente riducendone l'oggetto¹³.

Va da subito tenuto ben presente che nessuna contestazione vi sarebbe stata laddove le consegne - anche a titolo gratuito - fossero andate avanti sino al termine.

FONTANA e DINI, tuttavia, intendevano limitare i danni economici derivanti dalla complessiva operazione, dando la possibilità a DAMA di reimmettere nel mercato i camici residui¹⁴.

Dal momento che FONTANA si era impegnato con il cognato a tenere indenne la società rispetto a quanto già consegnato, deve ragionevolmente ritenersi che il Governatore si stesse muovendo anche per limitare una propria perdita economica.

L'eventuale ulteriore consegna dei 25.000 camici residui, invero, avrebbe posto anche il tema del relativo costo, mentre l'interruzione della fornitura permetteva di discutere del solo consegnato.

Ma vi è di più.

La condotta oggetto di imputazione appare tipica anche a voler accogliere l'**orientamento più restrittivo, che impone di individuare un'apparenza ingannatoria.**

Oltre a quanto si è già detto, è appena il caso di chiarire che BONGIOVANNI non aveva la competenza per intervenire sul rapporto in essere e ha tenuto all'oscuro di tutto il C.d.a. di ARIA, vale a dire l'organo con il quale condivideva il potere decisionale all'interno della persona giuridica.

¹³ Tutto ciò malgrado fosse ben noto a BONGIOVANNI che la società DAMA non stesse donando alcunché. Come dallo stesso ammesso, infatti, SUPERTI gli aveva rappresentato che il prezzo che avrebbe dovuto corrispondere ARIA sarebbe stato pagato da FONTANA, a conferma della sottostante regia del Presidente di Regione Lombardia (cfr. interrogatorio BONGIOVANNI 24.5.2021, All. 113).

¹⁴ I tentativi di piazzare i camici altrove iniziavano il 19.5.2020, vale a dire prima ancora di inviare la e-mail a BONGIOVANNI (cfr. la ricostruzione alle pagine 69-71).

Il D.G., invero, poteva vantare una competenza in materia di attività contrattuale limitata all'importo di € 221.000,00 per contraente su base annua, come deliberato dal C.d.a. in data 18.7.2019 (cfr. pag. 75, nota 159).

Ciononostante, BONGIOVANNI aveva inteso gestire l'operazione di accettazione della "donazione" e di riduzione dell'originario quantitativo senza coinvolgere il C.d.a., nonostante la delicatezza mediatica del caso e la peculiarità della soluzione trovata che rappresentava un unicum sino a quel momento (circostanze che avrebbero indotto ogni amministratore a non accollarsi soluzioni straordinarie oltre le proprie competenze).

Le ragioni sono piuttosto ovvie.

Il C.d.a., come è noto, era rappresentato in maniera variegata dalle diverse forze politiche, sicché difficilmente sarebbe stata condivisa l'idea di rinunciare a 25.000 camici in tempo di pandemia.

BONGIOVANNI, quindi, scelse di occultare al C.d.a. i contorni della vicenda e di informarlo solo a cose fatte, come meglio si evince dalla bozza di determina deputata a formalizzare le modifiche in esecuzione degli accordi illeciti, che si arenava dopo l'interlocuzione con l'Ufficio legale (cfr. All. 134).

In tale documento, contraddistinto dal gruppo firma del D.G., nelle ultime battute al punto n. 7 si legge "[DETERMINA] di informare il Consiglio di Amministrazione di ARIA S.p.a. e il Presidente del CDA".

La scelta di BONGIOVANNI, dunque, era quella di notiziare il C.d.a. soltanto dopo aver attuato una diversa regolamentazione al rapporto in essere, nonché con il supporto dell'ufficio legale che, però, si mise di traverso.

Si tratta di un comportamento in palese violazione delle disposizioni statutarie.

Ai sensi dell'art. 15.1 dello Statuto, nello specifico, spettano al C.d.a. "tutti i poteri per l'amministrazione ordinaria e straordinaria della società" e ai sensi del successivo art. 20.4 il D.G. deve riferire periodicamente della propria attività al C.d.a. e risponde a quest'ultimo degli obiettivi assegnati¹⁵.

¹⁵ Queste coordinate sono state fatte proprie anche dal Prof. TERRACCIANO nel parere del 14.6.2020 – investito sul tema dall'Ufficio legale di ARIA – secondo il quale la competenza era del presidente del c.d.a. su autorizzazione di quest'ultimo (cfr. pag. 60).

Non è quanto accaduto nel caso di specie e l'azione di BONGIOVANNI non era facoltizzata nemmeno dalle disposizioni emanate per fronteggiare la pandemia (come, invece, sostenuto dal G.U.P.).

La normativa emergenziale citata in sentenza, invero, consentiva di derogare alle procedure del codice dei contratti pubblici (D. Lgs. n. 50/2016) per evitare appesantimenti procedurali nell'approvvigionamento di DPI per far fronte all'emergenza pandemica.

In questa vicenda, tuttavia, il piano fattuale è esattamente ribaltato così come gli obiettivi perseguiti, che sono del tutto egoistici ma considerati prevalenti rispetto alle esigenze di tutela del personale sanitario e di contrasto alla diffusione del virus.

BONGIOVANNI, come detto, ha esautorato il C.d.a. per liberare DAMA dall'obbligo giuridico di fornire gli ulteriori 25.000 camici che ancora doveva consegnare.

Se lo snellimento burocratico era finalizzato ad acquisire beni necessari per tutelare la salute pubblica, in questo caso specifico BONGIOVANNI se ne è servito per liberare un contraente "amico" dagli obblighi derivanti da un contratto di pubblica fornitura.

Tenendo presente queste coordinate, non appare condivisibile l'affermazione del Giudice secondo cui *"la difesa di BONGIOVANNI e SCHWEIGL ha peraltro correttamente evidenziato come, nelle stesse settimane, il Direttore Generale di Aria, proprio in virtù di tali poteri, abbia in assoluta autonomia accettato altre consistenti donazioni da privati...senza che mai sia intervenuta o sia stata indicata come necessaria una delibera di accettazione del C.d.a. di Aria s.p.a. o una preventiva autorizzazione in tal senso"* (cfr. pag. 30 sentenza).

In tutti questi casi, invero, si trattava di donazioni che nascevano tali e non comprendevano una contestuale riduzione dell'originario oggetto di un contratto preesistente.

Per questa ragione non è stato mosso a BONGIOVANNI alcun appunto circa il superamento dei propri poteri statutari, dal momento che in questi casi - solo apparentemente analoghi - il D.G. si stava adoperando tempestivamente per ricevere dei DPI.

Ma nella fattispecie in contestazione gli imputati avevano ben presente che sarebbe stato necessario eliminare il titolo in forza del quale ARIA avrebbe potuto pretendere in futuro il residuo quantitativo, non appena la situazione fosse stata conosciuta dal C.d.a.

Per questa ragione, BONGIOVANNI e SCHWEIGL decidevano di gestire in proprio la pratica¹⁶.

6. Segue: lo specifico contegno tenuto con il C.d.a.

In primo luogo, occorre chiarire come non si possa sostenere in chiave difensiva che nel caso che ci occupa vi sia stata una sovrapposizione tra soggetto ingannatore e ingannato.

Nelle fattispecie criminose contraddistinte dalla presenza di condotte decettive ai danni di persone giuridiche, si è posto il tema del concorso dell'*intraneus* che ha anche il potere di rappresentare l'ente e spenderne la volontà.

Nel caso in questione, BONGIOVANNI e SCHWEIGL ricoprivano allo stesso tempo il ruolo di autori della condotta decettiva e di organi della persona giuridica che si vedrebbe ingannata per loro tramite.

Si tratta di un problema al quale la Giurisprudenza ha fornito una risposta consolidata.

A tal proposito, si è detto che quando l'organo apicale che concorre nella condotta ingannatoria con i soggetti estranei all'ente non esaurisce in sé il potere decisionale della persona giuridica, è possibile e doveroso elevare nei suoi confronti una contestazione in termini di concorso.

Come è noto, la Suprema Corte ha più volte affermato in relazione alla vicina fattispecie di truffa che integra il delitto "*fuori dall'ipotesi dell'amministratore unico di una società per azioni che ne sia anche unico azionista, il compimento da parte degli organi apicali societari, in accordo col soggetto estraneo, di un atto di disposizione patrimoniale in danno della società stessa, seguito dall'induzione in errore degli organi interni di controllo al fine di evitare di far emergere la reale portata della operazione*" (Cass. n. 18778/14 e, nello stesso senso, Cass. n. 1539/05).

L'intento decettivo, nel caso concreto, è stato realizzato tentando di nascondere l'inadempimento di DAMA agli altri organi con potere decisionale (C.d.a.) e di controllo (O.D.V.) di ARIA.

In definitiva, appare del tutto corretto contestare a BONGIOVANNI e SCHWEIGL - soggetti apicali di ARIA - di aver concorso con gli altri imputati nella condotta dissimulativa dell'inadempimento ai danni dell'ente *in house*.

¹⁶ È appena il caso di rilevare, peraltro, che la competenza ad accettare le donazioni era passata a Regione Lombardia nella persona di D'AQUILA Andrea, come meglio si evince dalla e-mail del 19.4.2020 inoltrata dalla SCHWEIGL a TREZZI Silvia (cfr. All. 127).

Poste tali premesse, è opportuno approfondire fattualmente la situazione che ha consentito agli indagati di tenere all'oscuro il C.d.a. circa la effettiva portata dell'operazione.

In quel periodo di emergenza sanitaria, invero, il C.d.a. non si riuniva in presenza e a lavoro in sede erano presenti "di volta in volta dalle 4 alle 8 persone in tutto" (cfr. s.i.t. DI GIACINTO UNGARETTI 27.7.2020, All. 124).

Le comunicazioni, pertanto, avvenivano soltanto tramite e-mail e telefono ma non vi è in atti alcuna traccia del fatto che una simile informazione fosse pervenuta al C.d.a.

Il Presidente del C.d.a. FERRI Francesco, sentito in merito alla ragione della mancata richiesta degli ulteriori 25.000 camici da parte di ARIA, ha risposto *"no, non ne sono a conoscenza. Effettivamente rifletto solo ora sul fatto che una parte dei camici non è stata consegnata da parte di DAMA"* (cfr. s.i.t. FERRI 8.7.2020, All. 94).

Appare evidente, quindi, che quest'ultimo non sia stato notiziato degli esatti termini dell'intervento sul contratto in essere ma unicamente in merito alla porzione "donativa" che, come si è detto, rappresentava solo una parte della realtà e contribuiva all'apparenza ingannatoria per le ragioni esposte.

Una conferma proviene anche dalle dichiarazioni del componente del C.d.a. MAZZOLENI Mario Benito, secondo il quale **BONGIOVANNI si limitò a parlare della trasformazione in donazione, omettendo di rappresentare le circostanze della mancata consegna e dell'intenzione di ridurre l'originario quantitativo** (cfr. s.i.t. MAZZOLENI 20.7.2020, All. 152), specificando che BONGIOVANNI *"non ci ha mai rappresentato che l'ufficio legale avesse manifestato criticità circa la possibilità di trasformare il contratto di fornitura in donazione...se in quella sede il c.d.a. avesse appreso una tale informazione ritengo che la vicenda relativa alla conversione del contratto di fornitura in donazione sarebbe stata immediatamente respinta, mentre allo stato risulta sospesa"*.

Questa ricostruzione è avvalorata anche documentalmente.

Nel verbale n. 7/2020, relativo alla seduta del C.d.a. del 19.6.2020 tenutasi in videoconferenza, non si fa menzione dell'intenzione di rinunciare ai 25.000 camici.

La lettura del Punto 3, riguardante la "relazione sulla fornitura di DPI affidata al fornitore DAMA s.p.a. ed eventuali deliberazioni conseguenti" (cfr. pagg. 15-20 All. 177) è particolarmente illuminante in quanto si evince che BONGIOVANNI ha deliberatamente omesso di riferire le circostanze sopra ricordate e, segnatamente:

- che la modifica del contratto proposta da DAMA non si sarebbe limitata alla sola “donazione” dei camici sino ad allora consegnati, ma avrebbe comportato anche la rinuncia agli ulteriori 25.007 dovuti;
- che il 14.5.2020 la DI BENEDETTO aveva bloccato la distribuzione di 470.000 camici consegnati dalla EMGI s.r.l., in quanto risultati privi di certificazione;
- che la situazione degli approvvigionamenti si era aggravata proprio in quei giorni, al punto che BONGIOVANNI il 16.5.2020 aveva inoltrato una e-mail con la quale auspicava che il fabbisogno quotidiano venisse innalzato a 60.000 camici.

Né tali circostanze emergono dalla allegata relazione menzionata nel corpo del verbale (cfr. All. 155).

Ma vi è di più.

Malgrado il consigliere MAZZOLENI avesse posto espressamente il problema relativo al conflitto di interessi (cfr. pag. 18 All. 177), era stato proprio BONGIOVANNI a rassicurarlo. Quanto sopra nonostante la circostanza che FONTANA Attilio, che avrebbe occultamente pagato una parte delle consegne, fosse portatore di un triplice profilo di conflitto di interessi. Oltre al ben noto rapporto familiare con la proprietà di DAMA, invero, FONTANA era il Presidente della Regione socio unico di ARIA¹⁷, nonché colui che aveva nominato BONGIOVANNI D.G. dell'ente *in house* con la Deliberazione n. 1630 del 15.5.2019.

La ragione di tale comportamento è una soltanto.

BONGIOVANNI stava celando al C.d.a. – l'organo gestorio deputato a intervenire sul contratto di fornitura – gli esatti termini della modifica che aveva inteso portare a termine su mandato di FONTANA.

D'altra parte, BONGIOVANNI ben sapeva che all'emergere di un potenziale o reale conflitto di interessi si sarebbe dovuta applicare la procedura di cui all'art. 5 del Patto di Integrità in materia di contratti pubblici della Regione Lombardia (D.G.R. 17.6.2019, n. XI/1751), come ricordato a pag. 18 della memoria del suo difensore.

¹⁷ In questi termini si è espresso anche l'ANAC con la nota del 21.4.2021 in cui, esaminando la vicenda ignorando la condotta di FONTANA restituita dalle attività di indagine, nelle sue conclusioni ha affermato che “*pur ritenendo che possa profilarsi almeno in astratto una situazione di conflitto di interesse del Presidente della Regione Lombardia, a fronte della quale non sembrerebbero adottate dalla Regione stessa le specifiche misure di prevenzione della corruzione richieste per la gestione di detto conflitto – non può che prendere atto della riferita insussistenza di un ruolo del Presidente stesso nella procedura di affidamento a Dama S.p.A. della fornitura in questione*”.

Con la conseguenza che, trattandosi di violazione riscontrata durante l'esecuzione contrattuale, DAMA sarebbe stata sanzionata dal C.d.a. con una penale del 5% del valore del contratto all'esito di un procedimento - e del relativo provvedimento - nel quale sarebbe stato evidenziato il menzionato conflitto.

Per di più, come è ovvio, dal momento che tale problema era emerso in piena emergenza pandemica, ARIA avrebbe di certo mantenuto in essere il contratto, in quanto la sua revoca sarebbe risultata "pregiudizievole rispetto agli interessi pubblici" così come previsto dal citato articolo 5.

Pertanto, la soluzione di "novare" il contratto pubblico, trasformandolo in una donazione con riduzione della fornitura, si pone come terza via non prevista non solo dal Testo Unico in materia, ma anche dalle sopra ricordate norme regionali, che costituisce una evidente violazione di quelle regole di buona fede che l'art. 356 c.p. tutela penalmente.

Dalla lettura dei menzionati documenti, in definitiva, risulta che BONGIOVANNI stava volutamente pretermettendo qualsiasi accenno all'interesse personale di FONTANA, al suo intervento diretto e alle istruzioni ricevute, nonché all'interruzione della fornitura che si sarebbe verificata per effetto della sottoscrizione della bozza di determina che aveva in cantiere.

7. La motivazione della sentenza impugnata.

Poste queste doverose precisazioni in fatto, occorre ora confrontarsi frontalmente con la motivazione della sentenza impugnata.

Malgrado quanto sopra riferito in merito alla riunione del C.d.a. del 19.6.2020, dove BONGIOVANNI non pensò di affrontare il tema della rinuncia ai camici residui, la sentenza ritiene che il D.G. abbia assolto ai suoi doveri informativi.

Alla luce delle ricordate circostanze, appare incomprensibile la descrizione della citata riunione riportata in sentenza, nella quale si legge "quando, dunque, il 19.6.2020 si è riunito il Consiglio di Amministrazione di Aria, tutti i suoi membri erano ben informati in merito alla vicenda" (cfr. pag. 21).

Si tratta di un clamoroso errore nella lettura del fatto che ha irrimediabilmente viziato l'impianto motivazionale.

La sentenza, peraltro, prosegue ritenendo che non vi sia stata alcuna attività decettiva da parte di DINI, in quanto sia nella riunione in Regione del 19.5.2020, sia nella e-mail del 20.5.2020 indirizzata a BONGIOVANNI, aveva chiaramente rappresentato la volontà di non adempiere.

Anche questa considerazione è del tutto errata.

Con riferimento alla riunione del 19.5.2020, intervenuta presso Regione Lombardia tra ZANETTA di DAMA e SUPERTI Pier Attilio e TURTURIELLO Antonello (apicali di Regione Lombardia) ma senza BONGIOVANNI, è sufficiente osservare come non si possa seriamente riconoscere ad essa il valore attribuito dal G.U.P.

Guardando ai partecipanti, questo incontro certifica il conflitto di interessi e la realtà degli interessi in gioco.

Regione Lombardia, per quanto unico socio di ARIA, non poteva validamente manifestare la volontà dell'ente *in house*.

Né informare i suoi apicali può essere ritenuto equivalente a notiziare ARIA.

Del resto, proprio per questa ragione, DINI il giorno seguente inviava a BONGIOVANNI una ulteriore e-mail.

A questo punto, occorre soffermarsi sulla e-mail del 20.5.2020 e sul suo inoltro a terzi (cfr. All. 134), per comprendere se le persone che in ARIA condividevano il potere decisionale erano state notiziate della proposta di DAMA di interrompere la fornitura.

Il problema non viene trattato dal G.U.P. in questi termini.

Nella parte motiva si legge *“era dunque perfettamente nota non solo al Direttore Generale e al Direttore Acquisti (qui accusati di collusione), ma anche ai collaboratori di ARIA che si sono occupati della parte amministrativa relativa alla esecuzione del contratto e alla predisposizione degli atti conseguenti, al Segretario Generale di Regione Lombardia e, dal 20 maggio, anche al RUP SCHWEIGL e al Responsabile amministrativo di ARIA, Gussago. L'indomani è stata coinvolta la catena gerarchica, nonché un membro dell'Ufficio Legale, ciascuno per la parte di propria competenza”* (cfr. pag. 25 sentenza).

Tra tutti i soggetti nominati dal G.U.P., al di là degli imputati BONGIOVANNI e SCHWEIGL (che, come si è visto, comunque non avevano i poteri per intervenire sul contratto per ragioni di limiti di spesa), **non ve ne era uno che impersonasse la potestà decisionale della persona giuridica, come previsto dallo statuto di ARIA.**

In altri termini, non vi era nemmeno un membro del C.d.a.

Al netto del fatto che in quel periodo in sede di recavano meno di 10 persone, la e-mail era stata inoltrata soltanto a soggetti gerarchicamente sottoposti a BONGIOVANNI e SCHWEIGL, con l'ordine di *"predisporre le determinazioni conseguenti"*¹⁸.

Tali persone, quindi, non potevano di certo mettere in discussione la decisione di BONGIOVANNI che erano stati invitati a mettere in esecuzione.

Fatte queste premesse, a nulla rileva che *"la volontà di DINI, più o meno legittima che fosse, era chiaramente espressa ed è stata correttamente intesa da tutti gli interlocutori"* (cfr. pag. 25 sentenza).

Si tratta di una valutazione superficiale che atomizza il fatto e non lo declina in base alla collocazione del potere decisionale all'interno di ARIA.

DINI, invero, aveva rappresentato le sue intenzioni unicamente ai suoi correi e per ottenere l'effetto voluto aveva dovuto richiedere l'intervento del cognato, al quale BONGIOVANNI si sarebbe potuto opporre unicamente incrinando il rapporto di fiducia.

Senza l'imposizione di FONTANA, come è ovvio, la vicenda avrebbe preso una diversa piega.

Un contratto pubblico, essendo diretto al perseguimento di un fine istituzionale, non può essere ridefinito a piacimento della parte privata.

La sentenza non appare condivisibile, pertanto, nella parte in cui **confonde la consapevolezza da parte di BONGIOVANNI degli esatti termini della proposta di DINI, con la conoscenza dell'ente ARIA.**

Se l'apicale, che non esaurisce il potere decisionale della persona giuridica, omette di riferire all'organo deputato a prendere la decisione la parte fondamentale della modifica richiesta dal contraente privato, concorre con quest'ultimo nella frode ai danni dell'ente perché per suo tramite si realizza l'attività decettiva.

Quanto al concetto di "parte fondamentale della modifica", non vi è alcun dubbio che per essa debba intendersi la regolamentazione che pregiudica l'interesse pubblico per il cui perseguimento il potere è attribuito.

¹⁸ Il corsivo è tratto dalla e-mail di BONGIOVANNI di risposta a DINI del 20.5.2020, inoltrata in copia anche alla SCHWEIGL e GUSSAGO.

Con la conseguenza, che l'omessa informazione sulla rinuncia ai 25.000 camici ha pesantemente inciso sulla manifestazione di volontà dell'ente, contribuendo ad occultare l'inadempimento.

Né può attribuirsi rilievo al fatto che la e-mail di DINI è stata inoltrata all'ufficio legale di ARIA.

Non solo l'ufficio legale, come è ovvio, non aveva poteri gestori all'interno di ARIA ma poteva essere chiamato unicamente a fornire un parere su questioni di legittimità.

In buona sostanza, non gli spettavano valutazioni sul merito di una scelta quale quella di ridurre l'originario quantitativo del contratto di fornitura o di accettare una donazione.

In coerenza con questa impostazione, il settore legale aveva evidenziato unicamente problematiche giuridiche, non potendo contestare l'opportunità dell'atto sottoposto.

Per di più, va rammentato che BONGIOVANNI e SCHWEIGL avevano cercato di acquisire il vaglio positivo dell'ufficio legale dell'ente, rappresentando la **falsa circostanza che la bozza del provvedimento di accettazione trasmessa per il parere era stata realizzata con la collaborazione del loro componente MARRAS Stefano.**

Nella e-mail del 4.6.2020 la SCHWEIGL faceva espresso richiamo a questo dato fattuale, evidenziando che la determina di accettazione era stata *"già vista con Marras che si sta occupando della stesura delle determine di donazione"* (cfr. All. 134).

Non è quanto accaduto nella realtà dei fatti.

Sul punto, è sufficiente richiamare le dichiarazioni di MARRAS, il quale ha fatto presente che non si trattava di un compito a lui spettante (cfr. All. 130).

Inoltre, come dichiarato da FUSARRI Paola Chiara con la quale MARRAS si era confidato, quest'ultimo era rimasto male per l'accaduto *"perché mi ha riferito di essere stato indicato nelle mail come artefice dell'atto, mentre in realtà non aveva partecipato alla redazione ma si era solo confrontato con me sull'aspetto motivazionale"* (cfr. s.i.t. FUSARRI 29.7.2020, All. 135).

La ragione del comportamento della SCHWEIGL era piuttosto evidente e, infatti, era stata immediatamente colta da SISLER Sandro, direttore dell'ufficio legale di ARIA.

A tal proposito, risultano illuminanti le dichiarazioni rese da MARRAS - che era stato ripreso da SISLER - in quanto questa circostanza aveva *"innescato anche una reazione particolarmente indispettita di SISLER il quale riteneva che il mio coinvolgimento derivasse dalla*

volontà della SCHWEIGL di far arrivare all'ufficio legale una bozza di determina già preconfezionata" (cfr. s.i.t. MARRAS 22.7.2020, All. 130).

Confondendo la consapevolezza dei correi con quella dei terzi, il G.U.P. arriva ad affermare che non vi sia stato alcun tentativo di far credere che il contratto di fornitura fosse in realtà una donazione fin dal principio.

In senso contrario, tuttavia, si pongono molteplici dati di fatto totalmente pretermessi.

Schematicamente, sul punto, è appena il caso di rammentare che:

1. Come sopra riportato, l'11 maggio 2020 la MARTINELLI (cfr. investigazioni difensive MARTINELLI 30.7.2020, All. 5) dopo aver avuto un colloquio con BONGIOVANNI in merito al conflitto di interessi in cui versava la DAMA, chiedeva al Presidente FONTANA informazioni in merito alla fornitura sentendosi rispondere *"ma non è una donazione?"*;
2. BONGIOVANNI ha precisato nel corso dell'interrogatorio del 24.5.2021 (cfr. All. 113) che *"in quel periodo (n.d.r. metà giugno 2020) FONTANA raccontava una versione non veritiera. Nello specifico, diceva che non c'era stata nessuna compravendita, ma direttamente una donazione";*
3. SECOL Michela, assistente del portavoce del Presidente FONTANA, sentita in merito agli sms scambiati con DINI Roberta - moglie di FONTANA - ha riferito *"io ho sempre saputo che la fornitura de qua fosse una donazione. Ne ero convinta fino a che non è uscita fuori la storia della fornitura" (cfr. s.i.t. SECOL 7.5.2021);*
4. MARCHETTI Sabrina, responsabile amministrativo di ARIA alle dipendenze del Direttore Amministrativo e Finanza, sentita a s.i.t. il 27.7.2020 (cfr. All. 150) alla domanda sul perché avesse proposto la soluzione amministrativa del rifiuto della fattura di DAMA, rispondeva *"io leggendo la mail di Bongiovanni - e in calce quella dell'Amministratore di DAMA - ho interpretato che l'operazione fosse una donazione e, pertanto, che la fattura emessa non fosse corretta";*
5. Il giornalista MOTTOLA Giorgio di Report, che in data 1.6.2020 aveva intervistato DINI Andrea presso la sua abitazione, ha riferito (cfr. All. 89) di aver ricevuto una e-mail il 3.6.2020 dall'*account* di Paul&Shark (marchio di cui è titolare la DAMA) con allegata *"la documentazione che attesta l'avvenuta donazione"*;
6. La versione offerta pubblicamente è stata altresì presa in considerazione nell'ambito delle verifiche disposte da ANAC il 9.7.2020 sulla fornitura in questione, come si legge nella Comunicazione di avvio del procedimento sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia

di contratti pubblici, ove si evidenzia tra l'altro che *"l'amministratore della società Dama s.p.a. avrebbe dichiarato a mezzo stampa che la vicenda non avrebbe per oggetto l'affidamento di una fornitura, in quanto si tratterebbe di una donazione effettuata dalla società Dama s.p.a. alla Regione Lombardia"*.

8. Segue: la novazione del contratto.

Anche a non voler accedere alla ricostruzione sopra riportata con riferimento a chi potesse legittimamente spendere la volontà della persona giuridica, la sentenza si dimostra errata. Il G.U.P. normalizza quanto accaduto riconducendo il tentativo di trasformazione della pubblica fornitura all'istituto civilistico della novazione di cui all'art. 1230 c.c.

In tal senso, il G.U.P. sostiene che *"è intervenuto tra le parti un contratto novativo idoneo ad estinguere, in forma diversa dall'adempimento ex art. 1230 e ss. cod. civ., le iniziali obbligazioni che non erano state ancora adempiute"* (cfr. pag. 28 sentenza) ... *"con la comunicazione inviata, infatti, DINI non ha inteso donare i set e i camici già consegnati in virtù del contratto di fornitura già sottoscritto, ma ha rinunciato alla percezione del compenso, al contempo manifestando l'intenzione di non consegnare l'ultima tranche della fornitura"* (cfr. pag. 29 sentenza).

Si tratta di una lettura non condivisibile per una pluralità di ragioni.

In primo luogo, la novazione è un modo di estinzione dell'obbligazione che ai sensi dell'art. 1230 c.c. consiste nel sostituire *"all'obbligazione originaria una nuova obbligazione con oggetto o titolo diverso"*.

Il *proprium* dell'accordo novativo, dunque, è individuabile nel fatto che all'esito del medesimo una obbligazione sopravvive anche se differente.

Nel caso di specie, per contro, in seguito all'accordo tra DINI e BONGIOVANNI non sarebbe residuo alcunché.

Agli obblighi reciproci derivanti dall'originario contratto di fornitura, infatti, si sarebbe succeduta la liberazione di entrambe le parti.

A ben vedere, quindi, l'operazione negoziale – per quanto, come si vedrà, non formalizzata in alcun atto pubblico – nelle condotte delle parti descritte in contestazione era diretta più a riconoscere a DAMA un diritto di recesso dal contratto inquadrabile nello schema dell'art. 1373 commi I e II c.c.

Ma dal momento che BONGIOVANNI non aveva il potere di riconoscere un simile diritto, che avrebbe comportato la rinuncia a beni essenziali per ARIA, deve ritenersi che il tentativo di negoziazione sia del tutto illegittimo e connotato da rilievo penale.

Per altro verso, è appena il caso di rammentare che ARIA s.p.a. era un ente *in house* di Regione Lombardia, con la conseguenza che alle relative pattuizioni - come quella in questione - **si applicava la disciplina speciale dettata dal D. Lgs. n. 50/2016 (c.d. Codice dei Contratti Pubblici, da ora C.C.P.¹⁹)**.

Come è noto le società *in house* sono società di diritto privato, solitamente costituite sotto forma di società di capitali, che però lavorano come braccio operativo di un ente pubblico, del quale rappresentano un'articolazione che agisce nel suo interesse.

L'ente territoriale di riferimento, pertanto, le controlla come se fossero proprie²⁰.

Con la conseguenza che anche i contratti stipulati da ARIA erano soggetti alle disposizioni del Codice dei Contratti Pubblici.

Ebbene, nel citato Codice, le modificazioni al contratto sono tipiche e contemplano ipotesi particolari:

- l'art. 106 (modifica ai contratti durante il periodo di efficacia), che comunque detta una serie di requisiti che rendono l'applicazione dell'istituto eccezionale²¹, prevede che alla base della ridefinizione del rapporto vi siano circostanze sopravvenute e imprevedibili;
- l'art. 206, che disciplina l'istituto dell'accordo bonario, presuppone che sia insorta una controversia in fase esecutiva circa l'esatta esecuzione delle prestazioni dovute;
- l'art. 208, che prevede la transazione, anche in questo caso richiede una controversia relativa a diritti soggettivi derivanti dall'esecuzione dei contratti pubblici.

Ebbene, è di tutta evidenza come tra le parti non vi fosse alcuna controversia.

Né potrebbe sostenersi che la circostanza riguardante il conflitto di interessi fosse sopravvenuta e imprevedibile.

¹⁹ Ai sensi dell'art. 1 del C.C.P., il codice disciplina "*i contratti di appalto e di concessione delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori aventi ad oggetto l'acquisizione di servizi, forniture, lavori e opere*".

²⁰ A tal proposito, il C.d.S. ha affermato che "*l'ente in house non può ritenersi terzo rispetto all'amministrazione controllante ma deve considerarsi come uno dei servizi propri dell'amministrazione stessa*" (cfr. Ad. Plen. n. 1/08).

²¹ Riassuntivamente, sembra ravvisabile il principio ispiratore secondo il quale la facoltà di rinegoziazione del contratto dipende dalla conservazione del contenuto qualificante del rapporto originario.

Con la conseguenza, che la fornitura in essere non poteva essere rimodulata nei termini concordati dagli odierni imputati.

Nel ricondurre la vicenda all'istituto della novazione, il Giudice sembra porre sullo stesso piano i soldi – ai quali DAMA rinunciava – con i camici.

Il fatto è che i camici rappresentavano vite umane, con la conseguenza che si trattava di beni con un diverso peso specifico da parametrare in relazione all'interesse pubblico sottostante, che non era suscettibile di una valutazione economica.

La pretermissione dell'interesse istituzionale, come si vedrà in modo più accurato al successivo par. 10, vizierà irrimediabilmente la causa della modifica contrattuale portata avanti da BONGIOVANNI e SCHWEIGL.

9. Segue: sulla efficacia del contratto novativo.

Alla luce di quanto si è osservato in merito al difetto di legittimazione e al fatto che la procedura di approvazione della determina si fosse arenata con la risposta interlocutoria dell'ufficio legale, non dovrebbero esservi dubbi sulla circostanza che il tentativo di modifica perorato da BONGIOVANNI e SCHWEIGL non avesse prodotto effetti giuridici. Obliterando completamente la strutturazione del potere decisionale dell'ente *in house* e il fatto che la determina non sia mai stata sottoscritta da BONGIOVANNI, il Giudice afferma che *“non può perciò ritenersi che il contratto novativo stipulato fosse inefficace per mancanza di forma pubblica o di accettazione: lo stesso è stato stipulato con la stessa forma e fra gli stessi soggetti che avevano impegnato i rispettivi enti con il contratto del 16.4.2020”* (cfr. pag. 29 sentenza)...*“il contratto novativo poteva dunque dirsi concluso se non con l'iniziale scambio di email fra i due rappresentanti, quantomeno con la conferma della PEC trasmessa nel corso dello stesso 20.5.2020”* (cfr. pag. 30 sentenza).

Queste conclusioni, oltre che contrastare con quanto ritenuto necessario dagli stessi BONGIOVANNI e SCHWEIGL, impattano insanabilmente con le disposizioni di legge in materia di forma dei contratti pubblici.

Come è noto, ai sensi dell'art. 32 comma 14 del C.C.P., *“il contratto è stipulato, a pena di nullità, con atto pubblico notarile informatico, ovvero, in modalità elettronica secondo le norme vigenti per ciascuna stazione appaltante, in forma pubblica amministrativa a cura dell'Ufficiale rogante della stazione appaltante o mediante scrittura privata”*.

Allo stesso modo, **le modifiche relative a questo rapporto devono rivestire la medesima forma *ad substantiam*, non potendo ritenersi sufficiente la mera intesa verbale.**

In assenza della formalizzazione di uno scritto, in pratica, gli accordi verbali non avevano alcun valore tra le parti.

Per questa ragione, infatti, BONGIOVANNI e SCHWEIGL si stavano adoperando per emanare la determina inoltrata in bozza all'ufficio legale (cfr. All. 134).

10. Segue: la ritenuta irrilevanza dei motivi.

Proseguendo con la ricostruzione dell'operazione nel solco del diritto civile, il Giudice sostiene che i motivi che hanno indotto le parti a concordare la trasformazione del rapporto sarebbero irrilevanti.

Più precisamente, in sentenza si legge che *"a nulla rilevano invece i motivi che hanno indotto DINI a innovare il contratto originariamente stipulato e BONGIOVANNI ad aderire a tale prospettazione (ovvero, indubbiamente, quelli di mettere il Presidente FONTANA al riparo dalle attenzioni della stampa e dal giudizio dell'opinione pubblica): non si tratta evidentemente di motivo illecito ai sensi dell'art. 1345 c.c. che potrebbe rendere nullo il contratto, tendendo anzi a risolvere – per quanto con modalità anomale – il conflitto di interesse iniziale, escludendo qualsiasi ragione di lucro per la parte privata"* (cfr. pag. 26 sentenza).

Questo concetto, evidentemente radicato nella convinzione del G.U.P., viene ribadito quando afferma *"che la ragione ultima fosse in realtà diversa dalla munificenza è questione che attiene ai motivi del contratto e non incide sulla causa, che rimane quella di liberalità per Dama e di evidente risparmio per Aria (in ciò dovendosi identificare la comune causa donandi)"* (cfr. pag. 29 sentenza).

Si tratta di un'impostazione del tutto errata, che riscrive arbitrariamente gli istituti del diritto amministrativo.

Come è noto, l'azione amministrativa si può concretizzare nell'emanazione di provvedimenti ovvero – in forma paritetica – attraverso la sottoscrizione di accordi con i soggetti privati (gli accordi sostitutivi di provvedimento ai sensi dell'art. 11 L. n. 241/90) o, ancora, mediante l'utilizzo di strumenti disciplinati dal diritto privato come i contratti.

In ogni caso, l'agire di un ente pubblico risulta costantemente funzionalizzato alla cura, tutela e perseguimento dell'interesse pubblico, sia che a tali fini vengano esercitati poteri

pubblicistici ad esso conferiti, sia che vengano utilizzati strumenti propri del diritto privato.

Nei casi in cui l'amministrazione abbia individuato la finalità di pubblico interesse e decida di perseguirla – come avvenuto con l'ordinativo di fornitura del 16.4.2020, nel quale è stata rimarcata l'essenzialità dei termini di consegna dei beni "da considerarsi fondamentali per la gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19" (cfr. All. 1) – la finalità di interesse pubblico rimane immanente al contratto in essere.

In questo senso, il C.d.S. ha statuito che "con riguardo ai c.d. contratti ad oggetto pubblico ed ai c.d. contratti ad evidenza pubblica, la giurisprudenza amministrativa ha già avuto modo di osservare (C.d.S., sez. IV, n. 2256/2017 cit.) come la finalità di pubblico interesse ne determini diversamente il contenuto.

Nei primi (contratti ad oggetto pubblico), la predetta finalità "non costituisce (né lo potrebbe) una 'immanenza' esterna alla convenzione/contratto, ma essa - in quanto la Pubblica Amministrazione persegue sempre nella sua azione interessi pubblici, in conformità al principio di legalità, quale che sia il modulo utilizzato - conforma il contratto medesimo, ed in particolare - proprio in ragione delle definizioni che il diritto privato ne offre - gli elementi essenziali della causa e dell'oggetto".

Nei secondi (contratti ad evidenza pubblica) - laddove non è presente una regolazione degli aspetti patrimoniali dell'esercizio della potestà, ma sono presenti solo procedimenti antecedenti al contratto, volti ad individuare il soggetto contraente con la pubblica amministrazione - tuttavia "una volta scelto il contraente, il contratto stipulato successivamente alla fase di evidenza pubblica non rifluisce 'immediatamente' nella più generale disciplina del codice civile e delle ulteriori disposizioni che eventualmente regolano il rapporto patrimoniale consensualmente instaurato tra privati. Ciò è a tutta evidenza negato dalla stessa presenza di una (copiosa) disciplina speciale che normalmente assiste il momento genetico e quello funzionale del contratto, e che non può che giustificarsi se non in ragione della 'particolare natura' dello stesso; laddove tale 'particolare' natura non è costituita dall'esservi la pubblica amministrazione quale soggetto contraente, bensì dall'essere la causa e l'oggetto del contratto differentemente conformati, in ragione delle finalità di interesse pubblico perseguite con il contratto, e dunque con l'adempimento delle obbligazioni assunte per il tramite delle rispettive prestazioni (a seconda dei casi, l'opus o il servizio)"" (cfr. Ad. Plen. n. 5 del 2020).

Rileggendo quanto accaduto con questo angolo visuale, ben si comprende come la sentenza appaia viziata anche nelle valutazioni giuridiche.

Se, come ammette il G.U.P., i motivi della modifica erano indubbiamente *“quelli di mettere il Presidente FONTANA al riparo dalle attenzioni della stampa e dal giudizio dell’opinione pubblica”*, la sentenza avrebbe dovuto concludere nel senso che l’azione di BONGIOVANNI e SCHWEIGL concretava uno sviamento del potere.

In altri termini, gli imputati non potevano muoversi come dei privati.

A ben vedere, la riprova di questo ragionamento risiede nel fatto che il Legislatore ha scelto di presidiare penalmente i contratti pubblici affiancando alla fattispecie della truffa quella di cui all’art. 356 c.p.

Lungi dall’essere irrilevante, invero, nei contratti pubblici il fine perseguito integra la causa e - ove diverso da quello che la P.A. aveva individuato - incide sulla loro validità.

Con la conseguenza che BONGIOVANNI, perseguendo un interesse differente e recessivo rispetto a quello della salute pubblica per il quale il rapporto era sorto, stava cercando di operare - peraltro *ultra vires* - in sviamento di potere e all’oscuro dal competente C.d.a.

Il fatto che la sentenza non si sia confrontata con queste considerazioni la rende, per ciò solo, errata, anche a non condividere quanto sopra rilevato in merito all’integrazione delle fattispecie di cui agli artt. 356 e 355 c.p.

Residualmente, infatti, tale comportamento integra il reato di abuso di ufficio.

La Suprema Corte di Cassazione, anche dopo la recente riforma dell’art. 323 c.p., ha statuito che continua a mantenere un rilievo penale l’esercizio del potere discrezionale che *“trasmodi tuttavia in una vera e propria distorsione funzionale dai fini pubblici - c.d. sviamento di potere o violazione dei limiti esterni della discrezionalità - laddove risultino perseguiti, nel concreto svolgimento delle funzioni o del servizio, interessi oggettivamente difformi e collidenti con quelli per i quali soltanto il potere discrezionale è attribuito”* (cfr. Cass. Sez. VI n. 442 depositata l’8.1.2021).

In questi casi, invero, vi sarebbe la violazione della norma attributiva della funzione pubblica che, in ipotesi di agire concretatosi nella stipula di un contratto, determinerebbe l’invalidità del medesimo per assenza o illiceità della causa.

Da ultimo, proseguendo sul tema dell'abuso di ufficio, va ricordato che la L. n. 120/2020 non ha inciso sulla parte di disposizione che sanziona l'inosservanza dell'obbligo di astensione²², con la quale il G.U.P. non si è confrontato.

11. Segue: l'assenza del dolo di inadempimento.

La sentenza impugnata, nell'affrontare il tema di un'ipotetica riqualificazione del fatto nella contigua fattispecie di cui all'art. 355 c.p., si spinge fino a precisare che non può *"ritenersi che DINI e BONGIOVANNI abbiano agito con dolo, danneggiando la pubblica amministrazione. Entrambi hanno infatti evidenziato come il nuovo accordo abbia in realtà comportato un vantaggio economico per Aria s.p.a., sicché non vi sarebbero state ragioni per respingerlo, tanto più che, in quel momento, il fabbisogno estremo di camici, che aveva caratterizzato la primissima fase dell'emergenza, era in via di risoluzione"* (cfr. pag. 30 sentenza).

Ancora una volta, si deve sottolineare che tali affermazioni appaiono viziate da una non corretta ricostruzione in fatto, riverberatasi sulle conclusioni in diritto.

Come si è già spiegato al par. 1, proprio nei giorni in cui vi erano stati i contatti tra gli imputati, BONGIOVANNI aveva auspicato che la stima del fabbisogno giornaliero venisse innalzata a 60.000 camici e l'analisi della G.d.f. ha dimostrato che solo il 27.5.2020 vi sarebbe stata un'offerta sufficiente a coprire le richieste di ARIA.

Richiamata la precedente ricostruzione in fatto, in questa sede è necessario ribadire che la circostanza che la complessiva operazione avrebbe procurato un vantaggio economico ad ARIA s.p.a. appare del tutto irrilevante rispetto al tema del dolo.

Come è evidente, l'art. 640 c.p. tutela il bene giuridico patrimonio, mentre il reato di cui all'art. 356 c.p. è posto a presidio di un'oggettività giuridica più importante e, infatti, è punito più gravemente.

Nelle frodi in pubbliche forniture, dunque, **non rileva l'aspetto economico dell'operazione.**

²² Si tratta di una contestazione in fatto contenuta nel capo di imputazione, laddove si legge *"tali condotte si dipanavano attraverso un accordo collusivo intervenuto tra DINI e FONTANA con il quale anteponevano, all'interesse pubblico, l'interesse e la convenienza personale del Presidente di Regione Lombardia, il quale, soggetto attuatore per l'emergenza COVID-19 in base al Decreto n. 474 del 23.2.2020 del Capo Dipartimento della Protezione Civile, si ingeriva nella fase esecutiva del contratto in conflitto di interessi e in violazione degli artt. 42 comma IV del D. Lgs. n. 50/2016, 6 bis legge n. 241/90, 7 D.P.R. n. 62/2013 e del patto di integrità in materia di contratti pubblici della Regione Lombardia, ciò in quanto il Direttore Generale di ARIA e i soggetti che in essa erano deputati agli acquisti – in forza del Decreto del Presidente della Regione Lombardia n. 523 dell'8.4.2020 – assumevano "il ruolo di funzionari o agenti del Soggetto attuatore"*.

BONGIOVANNI, pertanto, non doveva ringraziare DINI per aver fatto risparmiare ad ARIA qualche centinaio di migliaia di euro che erano stati già stanziati, dal momento che l'ente pubblico aveva già speso centinaia di milioni di euro per recuperare il maggior numero di camici possibile.

Il D.G., quindi, avrebbe dovuto richiedere al suo interlocutore di consegnare gli altri 25.000 camici di cui ARIA necessitava e che avrebbero contribuito a contenere la diffusività del COVID-19.

In subordine, il D.G. avrebbe potuto interfacciarsi con il C.d.a. sottoponendo il tema proposto da DINI della rinuncia a fornire.

A leggere le dichiarazioni rese in interrogatorio da BONGIOVANNI (cfr. All. 113) e riportate al par. 3, tuttavia, sembra che entrambe le opzioni siano state valutate ma contestualmente scartate per mero opportunismo, in quanto avrebbero determinato "una clamorosa rottura con la persona del Presidente" che gli garantiva una prestigiosa posizione lavorativa.

12. Segue: la mancata contestazione dell'inadempimento.

Rimane da affrontare l'ultimo argomento posto dalla sentenza a supporto della motivazione assolutoria.

Il G.U.P., non avendo correttamente inquadrato il tema della mancata rappresentazione al C.d.a. della rinuncia ai camici residui, arriva a dare rilievo alla non contestazione dell'inadempimento.

Più precisamente, il Giudice afferma che "*non errano le difese laddove evidenziano come – dopo l'interessamento della stampa e della Procura della Repubblica – lo stesso Presidente e Consiglio di Amministrazione di Aria si siano trincerati dietro il parere dell'Ufficio legale interno in merito alla forma della donazione e alla necessità di deliberarne l'accettazione, senza invece mai contestare l'inadempimento parziale dell'originario contratto di fornitura, confermando così che ciò era noto ed è stato pacificamente accettato*" (cfr. pag. 26).

Anche questa valutazione risulta viziata da una non corretta lettura degli atti processuali.

Per meglio comprendere l'errore in fatto, occorre dividere temporalmente la vicenda in due segmenti.

Quantomeno sino al mese di giugno, il C.d.a. non ha contestato alcun inadempimento per la semplice ragione che non era stato informato dal D.G. sul fatto che residuasse una parte di camici da consegnare.

Nel verbale di riunione del 19.6.2020 si parla unicamente di trasformazione in donazione, con la conseguenza che la prospettazione riguardava la gratuità o meno delle consegne e non anche il fatto che ve ne fossero altre da pretendere.

La situazione si arricchisce di due ulteriori elementi a partire da fine giugno.

Il 29.6.2020 IRON SERVICE s.r.l. si aggiudicava una gara per la fornitura di ben 3 milioni di camici (cfr. All. 161 e, più sinteticamente, pag. 66. riepilogativa).

Nell'estate del 2020, oltre al fisiologico calo di intensità dell'ondata pandemica, la situazione del fabbisogno risultava meno drammatica grazie all'aggiudicazione della predetta gara.

L'intervento della Procura della Repubblica – di cui parlavano gli organi di stampa, ma l'esatto perimetro non era noto ad ARIA in quanto non vi era stata alcuna *discovery* – e la commessa di IRON SERVICE, in definitiva, avevano ragionevolmente consigliato al C.d.a. di non incidere sullo stato di fatto allora esistente.

Ciononostante, la sentenza arriva a ricavare da questa inerzia un argomento in merito all'immediata efficacia della modifica contrattuale, laddove chiarisce che *“l'esecutività del contratto è confermata anche dal comportamento di tutti i protagonisti della vicenda nelle settimane e nei mesi successivi: quando, ancora in ottobre, Dama – ottenuto il dissequestro dei 25.000 camici residui – li ha offerti a Regione Lombardia e ad Aria, ha ottenuto un rifiuto, segno evidente che la partita era considerata chiusa e l'obbligazione estinta”* (cfr. pag. 30 sentenza).

Questa interpretazione risulta davvero incomprensibile in quanto, al di là dei ricordati problemi in punto di forma dei contratti pubblici (cfr. par. 9), si discosta platealmente da quanto accaduto.

In seguito alla restituzione a DAMA dei camici oggetto di sequestro probatorio²³, la società ha preso contatti con ARIA con missiva del 16.10.2020 nella quale, *“pur continuando a ritenere concluso il rapporto conseguente all'ordine di fornitura”* del 16.4.2020, invitava ARIA a indicare il giorno e l'ora in cui sarebbe stata disponibile a ricevere la consegna dei 25.000 camici.

La risposta di ARIA del 30.10.2020 da parte del Presidente del C.d.a. – a conferma di chi fosse legittimato ad esprimere la volontà dell'ente su contratti di simile importo²⁴ – è

²³ A tal riguardo, è opportuno precisare che il fatto che DAMA sia stata trovata in possesso del quantitativo di camici che avrebbe dovuto consegnare non permetterebbe di invocare nemmeno la colpa, confermando il carattere doloso dell'inadempimento.

²⁴ Questa scelta non poteva essere dettata da ragioni di opportunità, dal momento che BONGIOVANNI nel mese di luglio aveva rassegnato le dimissioni da D.G. di ARIA.

piuttosto chiara nell'evidenziare che non vi era stata alcuna acquiescenza o altro comportamento concludente.

Nel testo della missiva (cfr. nota di deposito Avv. Iannaccone dell'11.11.2020), più specificamente, si legge “unilateralmente la stessa Società [DAMA] ha ritenuto di dichiarare conclusa la fornitura, e, a quanto è dato leggere, ritiene tutt'ora che essa sia cessata. La scrivente non ha concluso le procedure relative all'accettazione della donazione (che per il valore delle stesse richiede, come è noto, l'atto pubblico) proprio in ragione dell'indagine penale di cui è cenno nella Sua nota.

La circostanza che Aria S.p.a. non abbia interloquito con la Società Dama, anche quanto alla presunta conclusione della fornitura, è dovuta solo al doveroso rispetto dell'azione della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Milano, e non può certo essere intesa come una sorta di silenzio assenso o di acquiescenza...la Vostra gentile offerta di donazione o comunque di consegna gratuita sembra non essere coerente, giacché dichiaratamente non si intende completare una fornitura, che Dama S.p.a. ritiene, invece, già conclusa o cessata”.

ARIA sarà ancora più chiara nella successiva interlocuzione dell'11.12.2020 (cfr. nota di deposito Avv. Iannaccone del 28.12.2020), nella quale al punto n. 7 si legge “nell'ordine di fornitura indicato in oggetto era precisato in modo chiaro che “i tempi di consegna sono per ARIA SpA essenziali” e che quindi Dama S.p.A. ha in modo palese violato, con conseguente inadempienza, i termini di consegna”²⁵.

La nettezza delle sopraindicate parole, non può che portare a ritenere che si tratti dell'ennesimo elemento in fatto non valutato in sentenza.

Con la conseguenza, che la pronuncia non deve essere confermata in quanto profondamente viziata nell'analisi del fatto e nelle conseguenti valutazioni.

* * *

Visto l'art. 428 c.p.p.,

P.Q.M.

²⁵ Per completezza, questa linea conforme al parametro di legalità costerà il posto al Presidente del C.d.a. FERRI Francesco, dimessosi su richiesta di FONTANA Attilio nei primi mesi del 2021 (cfr. s.i.t. FERRI 29.3.2021).

CHIEDE

che la Corte di Appello di Milano Voglia emettere il decreto che dispone il giudizio nei confronti degli odierni imputati ai sensi dell'art. 428 comma III c.p.p.

Si allega copia del provvedimento impugnato.

Manda alla segreteria per gli adempimenti di competenza.

Milano, 6.6.2022

IL PUBBLICO MINISTERO

Dott. Carlo Scalas - Dott. Paolo Nicola Filippini

Delega per il deposito del presente atto di Appello Andrea Vespo.

IL PUBBLICO MINISTERO

Dott. Carlo Scalas - Dott. Paolo Nicola Filippini

DEPOSITATO IN CANCELLERIA IL

Milano, 07.06.2022

dall'Ass. Giudiziana

Vespo Andrea repr.

Pr. dr. Scalas identificato

IL CANCELLIERE
GIOVANNI FELICE