



00192 Roma, Via Pompeo Magno, 7 - Tel. 06.8072791
20123 Milano, Via Morigi, 2/A - Tel. 02.86464311

Direttore Generale
Dott.ssa Marinella D’Innocenzo
marinella.dinnocenzo@asl.rieti.it

Direttore Amministrativo
Dott.ssa Anna Petti
direzione.amministrativa@asl.rieti.it

RUP
Ing. Antonino Germolè
a.germole@asl.rieti.it

Responsabile Bilancio
Dott.ssa Antonella Rossetti
a.rossetti@asl.rieti.it

e p.c.
UOC Tecnico Patrimoniale
Dott. Roberto Grillo
r.grillo@asl.rieti.it

Roma, lì 5 luglio 2022

AZIENDA SANITARIA LOCALE–ASL DI RIETI/ Fallimento Olicar Gestione S.r.l.:1)
Opposizione a D.I. (Tib. di Asti, Sez. Fall.re, dott. Bottallo, R.G. n. 981/2021)
2) Opposizione a D.I. (Tib. di Asti, Sez. Fall.re, dott. Bottallo, R.G. n. 986/2021)

Pregiatissimi,

la presente relazione è tesa alla definizione dell’annosa questione dell’appalto “*Multiservizio tecnologico e fornitura vettori energetici agli immobili in proprietà o nella disponibilità delle Aziende Sanitarie della Regione Lazio*” aggiudicato dalla Regione Lazio al Raggruppamento Temporaneo di Imprese composto dalla Olicar S.p.A (in qualità di capogruppo-mandataria) e da Enel Si S.r.l (in qualità di mandante).

A tal fine riepilogo i fatti salienti della questione.

Premessa

Il 21.03.2017, la Olicar S.p.A. ha sottoscritto un contratto con la neo-costituita Olicar Gestione s.r.l. a socio unico alla quale ha conferito in affitto il ramo di azienda costituito da una serie di commesse, pubbliche e private, tra le quali rientrava anche il contratto con la ASL di Rieti (di seguito solo ASL).

Olicar Gestione S.r.l (di seguito solo Olicar) è dunque subentrata alla Olicar S.p.A. quale mandataria del RTI.

Al momento del subentro dell'affittuaria nell'appalto l'esecuzione era gravemente carente e metteva a rischio le strutture sanitarie.

Per tale motivo, con Deliberazione n. 1128 del 20.12.2019, la ASL ha risolto il contratto di appalto per grave inadempimento dell'Assuntore, ai sensi dell'art. 136 del d.lgs. 163/2006 applicabile *ratione temporis*.

Al solo fine di non privare le strutture di un servizio essenziale per il corretto svolgimento dell'attività sanitaria, la ASL ha disposto che l'affittuaria proseguisse nell'esecuzione del servizio per il tempo strettamente necessario all'affidamento ad un nuovo esecutore e, comunque, fino al 31 gennaio 2020.

In data 13 gennaio 2020, il Tribunale di Asti dichiarava il Fallimento di Olicar Gestione S.r.l. Con provvedimento del 17 gennaio 2020, il Giudice Delegato autorizzava l'esercizio provvisorio dell'impresa sino al 3 febbraio 2020.

Con domanda *ex art. 93* della Legge Fallimentare, notificata il 6.03.2020 la ASL ha chiesto l'ammissione allo stato passivo dei crediti riepilogati nel seguente schema:

CAUSALE	AMMONTARE DEL CREDITO
1. Penali scostamento livello obiettivo	€ 316.860,00
2. Spese sostenute per esecuzioni in danno dell'assuntore	€ 27.695,16
3. Spese fornitura vettori energetici consumi al 31/01/2020 - (fatture pervenute fino al 25/02/2020)	€ 529.730,23
4. Spegnimento impianto di trigenerazione	€ 2.566,73
5. Recupero agevolazione fiscale accise gas naturale	€ 689.481,02
6. Mancata effettuazione manutenzione ordinaria	€ 147.235,18
TOTALE CREDITO	€ 1.713.568,32

Il Giudice delegato, recependo integralmente le osservazioni del Curatore con provvedimento del 22.02.2021 ha escluso il credito rivendicato dalla ASL dallo stato passivo definitivo.

Dopo il deposito della prima istanza di ammissione al passivo con una seconda domanda *ex art. 93* della Legge Fallimentare, notificata il 4.09.2020, la ASL ha chiesto l'ammissione allo stato passivo dei crediti riepilogati nel seguente schema

CAUSALE	AMMONTARE DEL CREDITO
7. Spese fornitura vettori energetici per consumi fino al 31/01/2020 (fatture pervenute dopo il 25/02/2020)	€ 322.272,61
8. Danni agli impianti	€ 352.435,45
TOTALE ULTERIORE CREDITO	€ 674.708,06

Il Giudice Delegato, sempre uniformandosi a quanto osservato dal Curatore, ha rigettato anche questa seconda richiesta di insinuazione allo stato passivo.

A questo punto la ASL, anche per poter opporre in compensazione i crediti vantati nei confronti della Società *in bonis*, ha proposto due separati ricorsi per opposizione *ex artt.99* Legge Fallimentare allo stato passivo.

I procedimenti pendenti dinanzi il Tribunale Ordinario di Asti- Sezione Fallimentare recano i seguenti numeri di RG: 1) n.981/2021 Giudice dott. Bottallo; 2) n.986/2021 sempre affidato al dott. Bottallo. Entrambi i procedimenti sono stati più volte rinviati per trattative. La prossima udienza è fissata per la data del 19.7 2022.

Con atto di citazione notificato il 5.1.2022, il Fallimento Olicar Gestione S.r.l ha proposto un giudizio dinanzi al Tribunale Civile di Roma recante il n. di RG 9723/2022 e pendente dinanzi la sez. XVI dott. Ruggiero, prossima udienza del 26.9.2022.

Con l'atto introduttivo il Fallimento ha chiesto:

SOMME FATTURATE dalla Società Olicar Gestione S.r.l

FATTURA	DATA	OGGETTO	IMPORTO
104339	22/10/2019	"Servizio energia" dal 1/7/19 al 30/9/19	1.107.596,09
104343	23/10/2019	Lavori straordinari e manutenzione correttiva oltre franchigia per il periodo dal 1/7/19 al 30/9/19	93.745,60
104878	31/12/2019	"Servizio energia" per il periodo dal 1/7/19 al 31/12/19	562.221,47

SOMME IN CORSO DI FATTURAZIONE DA PARTE DELLA PROCEDURA

	OGGETTO	IMPORTO
NON EMESSA	Canone IV° trim. 2019	1.092.220,68
NON EMESSA	Extracanone IV° trim. 2019	53.450,30
NON EMESSA	Canone mese di gennaio 2020	420.767,83
TOTALE RICHIESTO		3.330.001,97

Sui ricorsi in

Sulle opposizioni allo Stato Passivo.

Lo scopo della proposizione dei ricorsi in opposizione dello stato passivo era quello di recuperare le spese sostenute dalla ASL a causa delle gravi inadempienze contrattuali dell'Assuntore. A tal fine si è preso in considerazione il ricorso all'istituto della compensazione ex art.56 Legge Fallimentare (i creditori hanno diritto di compensare i loro debiti verso il Fallito con i crediti che essi vantano verso lo stesso, ancorché non scaduti prima della dichiarazione di fallimento).

Per completezza sono state svolte anche ulteriori richieste di ammissione allo stato passivo consapevoli però, delle scarsissime *chance* di accoglimento.

A seguito di svariate interlocuzioni con lo scrivente legale ed anche con i legali del Fallimento, il RUP dell'Appalto di Multiservizio Tecnologico, ha prospettato una chiusura della contabilità nel seguente modo:

CHIUSURA CONTABILITA' FALLIMENTO OLCAR GESTIONE - Rev. 05/04/2022	
A) Contabilità approvata	1.201.341,69
Canone III Trimestre 2019 - Certificato Pagamento n. 5	1.107.596,09
Extra-Canone III Trimestre 2019 - Certificato Pagamento n. 6	93.745,60
B) Contabilità da approvare	1.129.777,81
canone 4° trimestre decurtato del 20%	873.000,00
extracanone 4° trimestre 2019_verificato	46.393,89
canone gennaio 2020_rideterminato	210.383,91
Totale A+B	2.331.119,50
C) Somme riconosciute alla ASL	917.553,82
Recupero spese fornitura vettori energetici consumi al 31/01/2020	889.858,66
Recupero spese Esecuzioni in danno	27.695,16
Da corrispondere al Fallimento (A+B-C)	1.413.565,68

In sintesi, previa compensazione, verrebbe corrisposto al Fallimento l'importo portato dalla fattura n. 104339/2019 di € 1.107.596,09 e l'importo portato dalla fattura n. 104343/2019 di euro € 93.745,60. Entrambe le fatture sono state emesse nel 2019 dalla Società *in bonis*. Il Fallimento dovrebbe fatturare a "saldo e stralcio" la sola somma di: € 212.224,00.

Valutazione della convenienza dell'operazione di compensazione tra quanto dovuto dalla ASL al Fallimento e le somme dovute dalla ASL a quest'ultimo.

Si ritiene che il recupero, attraverso la compensazione, delle spese energetiche sostenute dalla ASL al 31.1.2020 per euro 889.858,66 sia certamente conveniente per l'Ente Sanitario.

Identico discorso vale per il recupero delle spese sostenute per le c.d "esecuzioni in danno" per euro 27.695,16.

Per quanto riguarda le penali si rileva che esse sono state individuate dai tecnici della ASL nel seguente modo:

a) Attività di sorveglianza, di controllo e di misura così come previste dal Capitolato tecnico al paragrafo 5.2 e riportate nel P.E.S. consegnato dall'Assuntore. Tale inadempimento è stato contestato con la nota prot. n. 55761 del 23.10.2018. L'entità della penale applicabile, ai sensi del paragrafo 7 del Capitolato Tecnico, è pari a € **124.710,00** calcolata come di seguito indicato:

Attivazione Control Room entro 60 giorni solari da presa in carico servizio: 50,00 € per il numero di giorni di ritardo fino alla data di risoluzione contrattuale = 1023gg*€ 50,00 = € 51.150,00;

Implementazione strumenti di misurazione entro 60 giorni solari da presa in carico servizio: 20,00 € per il numero di giorni di ritardo fino alla data di risoluzione contrattuale = 1023gg*€ 20,00 = € 20.460,00;

Corretta gestione attività di verifica e controllo: 50,00 € per Numero di difformità riscontrate:
Mancata Applicazione della tecnologia RFID prevista al paragrafo D.1.4.1 del P.E.S. =

1062*€ 50,00 = € **53.100,00**. In realtà i servizi in questione non sono mai stati eseguiti dall'Assuntore.

b) Servizi di pronto intervento: Mancata esecuzione degli interventi di manutenzione correttiva a guasto oltre franchigia e straordinaria o ritardata esecuzione degli stessi.

Il calcolo è stato effettuato secondo quanto previsto al paragrafo 7 del Capitolato Tecnico in riferimento ai Servizi di Pronto Intervento – Tempo di esecuzione intervento programmabile a lungo termine - Intervento svolto oltre 5 giorni solari da sopralluogo: N * 50 €; dove (N) sta per numero di giorni di ritardo da data di sopralluogo. Si precisa che tali importi sono calcolati prendendo come data di contabilizzazione quella di risoluzione contrattuale 20.12.2019.

L'entità della penale ammonta ad € **192.400,00**.

Dunque le penali non sono direttamente ricollegabili al ritardo nell'esecuzione ma sostanzialmente sono state irrogate per l'attività che non è stata resa dall'Assuntore nel corso dell'appalto.

Tanto chiarito, occorre considerare che per il canone del III trimestre 2019 è stato emesso il certificato di pagamento n.5. Quindi le penali non sono applicabili; l'emissione di detto certificato è un riconoscimento della correttezza dell'esecuzione.

In ogni caso, il Fallimento, accetterebbe la decurtazione del 20% del canone del IV trimestre 2019. Quindi ci sarebbe un recupero di circa euro 220.000,00 che andrebbe a colmare le penali non riscosse di cui ai punti A e B.

Un altro aspetto da considerare è la rideterminazione del canone di gennaio 2020 nel limite di euro 210.383,91 corrispondente al 50% del canone dovuto. Anche in tal caso la somma non corrisposta consentirebbe di ritenere recuperata un'ulteriore quota delle penali.

Sul recupero delle somme per l'accise fiscali agevolata

Per quanto riguarda, invece, il recupero dell'agevolazione fiscale accise gas naturale si osserva che esso non ha nessuna possibilità di essere ottenuto tanto più dopo il fallimento della Società. Per completezza si procede brevemente ad inquadrare la questione.

In base al combinato disposto dagli artt. 21 e 26 del d.lgs. 26.10.1995, n. 504 (Testo Unico Accise – T.U.A.), al gas naturale utilizzato per usi industriali si applica un'accise minore rispetto a quella applicata per gli usi civili.

La giurisprudenza di legittimità ha chiarito che l'accise (minore) per usi industriali deve essere applicata anche alle aziende ospedaliere dal momento che *“non può revocarsi in dubbio che le aziende ospedaliere erogano prestazioni in regime di ricovero ospedaliero a ciclo continuativo - D. Lgs. n. 229 del 1999, art. 8 ter cit.- e, più in generale, di assistenza degli ammalati attraverso l'organizzazione di capitali e lavoro realizzata mediante strutture normalmente dotate di una complessa ed articolata organizzazione tecnica di capitale e di lavoro, alla quale si affianca ordinariamente l'attività di diagnostica, anch'essa sicuramente classificabile all'interno delle attività industriali di produzione di servizi, la stessa concludendosi attraverso i referti di laboratorio elaborati nell'ambito di tale attività”*. (Cass. Civ., Sez. Trib., 6.11.2013, n. 24908).

In sintesi l'attività posta in essere dalle aziende ospedaliere è a pieno titolo attività industriale alla stregua dell'art. 2195 c.c., comma 1, n. 1”.

Infine, l'Agenzia delle Dogane e dei Monopoli, con la Circolare n. 77415 del 30.07.2014 ha ritenuto “ricompresi tra gli usi industriali di cui all'art. 26 del D.l.gs. n. 504/1995 gli impieghi del gas naturale destinato alla combustione negli enti ospedalieri e in tutte le altre strutture operative delle aziende dei servizi sanitari regionali” dando disposizione ai propri Uffici, regionali e interregionali, di conformarsi a detto indirizzo.

Così inquadrata la questione in termini generali, si osserva che dopo la sottoscrizione del contratto di appalto, il RTI di cui Olicar S.p.A era mandataria, ha provveduto a volturare in capo a sé le utenze energetiche tra cui il gas naturale rientrando tra gli impegni da esso

contrattualmente assunti anche la fornitura di vettori energetici. Quindi il Olicar S.p.A prima e Olicar Gestione S.r.l, poi, hanno usufruito dell'accise agevolata. La ASL però- in assenza di una esplicita previsione nella legge di gara e nel contratto - non è legittimata a chiedere la restituzione dell'accise pagata all'aggiudicatario in eccedenza rispetto a quella agevolata. Va infatti considerato che in sede di gara l'operatore economico ha formulato l'offerta non considerando (in assenza di una previsione nella *lex specialis*) la restituzione dell'accise. In poche parole manca un titolo contrattuale per procedere al recupero. Peraltro, in sede di opposizione allo stato passivo ci sono ancora meno *chance* per il recupero della quota di accise versata dalla ASL all' Assuntore in eccedenza rispetto a quella agevolata.

Sulla mancata effettuazione della manutenzione ordinaria quantificata in euro 147.235,18.

Anche in questo caso si tratta di attività **non** resa dall'Assuntore e la cui mancata esecuzione non consentiva il pagamento di un canone "pieno"; mentre nel nostro caso sono stati emessi dei certificati di pagamento per l'intero canone attestando in tal modo la regolare esecuzione (v. certificato n.5 per il III trimestre 2019).

Comunque, la decurtazione del 20% del canone del quarto trimestre 2019 corrispondente ad euro 220.000,00 e del 50% di quello di Gennaio 2020 corrispondente ad 210.383,91 consentirebbe di ritenere corrisposta tramite compensazione -oltre alla somma reclamata a titolo di penali (euro 316.860,00)-anche la somma reclamata per la manutenzione ordinaria non resa dall'Assuntore (147.235,18).

Invece, la possibilità di ottenere tali somme dinanzi al Giudice Fallimentare è minima.

Sulla omessa o carente manutenzione quantificata in euro 352.435,45.

Con ricorso depositato il 22.11.2019, la ASL ha richiesto un accertamento tecnico preventivo al Tribunale Ordinario di Roma- Sezione specializzata in materia di Impresa Con ordinanza n.r.g 75111 del 9.5.2020, il Tribunale- ben cinque mesi dopo la proposizione del ricorso- ha ritenuto che la domanda proposta dalla ASL di Rieti *non era esperibile dinanzi al Giudice ordinario né dinanzi al Tribunale di Roma ma dinanzi al Giudice fallimentare, in quanto volta alla verifica di un credito vantato nei confronti della società fallita e da insinuare al passivo fallimentare*. La domanda risarcitoria è stata, poi, formulata in sede di insinuazione al passivo fallimentare, ma con esito negativo.

Con il ricorso in opposizione dinanzi al Tribunale Fallimentare di Asti, la domanda è stata riproposta e contestualmente è stata richiesta una consulenza tecnica d'ufficio.

Sono, però, trascorsi circa tre anni dal subentro del nuovo operatore nell'appalto E' estremamente difficile che un accertamento tecnico consenta, oggi, di imputare alla Società fallita la responsabilità dei danni agli impianti dopo che sugli stessi è intervenuto un altro operatore.

Sulla questione della fattura n.106313 del 31.12.2018 emessa da Olicar Gestione Sr.l in bonis e pagata alla Società nell'ambito dell'Accordo Pagamenti.

Durante una riunione tenutasi nella sede della ASL ci si è posti il problema della ripetizione della somma sopra indicata considerato che all'epoca del pagamento la fattura risultava ceduta alla Banca Farmafactoring S.p.A. La Banca con il procedimento pendente dinanzi al Tribunale Civile di Rieti recante il n.di RG n.668/2020 ha reclamato- tra gli altri asseriti crediti- anche la somma portata dalla fattura sopra indicata.

Non si ritiene che il rischio di dover procedere un domani alla ripetizione di indebito nei confronti del Fallimento renda meno conveniente l'accordo in esame.

E infatti un "congelamento" di una somma corrispondente a quella della fattura n106313 del 31.12.2018 emessa da Olicar Gestione S.r.l, per avere l'Ente l'opportunità di rivalersi non

sarebbe opportuno. Una simile scelta, considerata l'incertezza di ben due giudizi civili, comporterebbe il pagamento di interessi moratori ex D.lgs n.231/2002 troppo elevato.

Peraltra tra la definizione prima del procedimento istaurato da Banca Farmafactoring e quello che la ASL dovrebbe proporre per la ripetizione di indebitato, potrebbero passare dai quattro-cinque anni. In tale lasso temporale continuerebbero a decorrere gli interessi moratori. Va, poi, considerato che l'azione di indebitato da azionarsi per il recupero della somma versata alla Società in bonis anziché alla cessionaria, come tutte le cause è soggetta al rischio di un risultato negativo per la ASL ad oggi quanto meno possibile.

Invece, concludendo l'accordo in esame, si otterrebbe l'abbattimento di tutti gli interessi sino ad oggi maturati come da dichiarazione dei legali del Fallimento del 14.6.2022.

Da ultimo si osserva che la fattura in argomento è stata pagata dalla Regione nell'ambito dell'accordo pagamenti e potrebbe essere quest'ultima (estranea alla transazione) ad agire nei confronti del Fallimento per la restituzione dell'indebitato oggettivo. La Regione a tal fine potrebbe sostenere la malafede di Olicar Gestione S.r.l che ha incassato le somme cedute in luogo del cessionario.

Brevi accenni sulla giurisprudenza intervenuta in materia.

Per completezza si osserva che in conformità agli indirizzi più recenti tesi a valorizzare una transazione ragionevole, il Giudice contabile ha rilevato che : “ *la giurisprudenza della Corte dei Conti è ormai consolidata nel ritenere pienamente ammissibile il ricorso a tale strumento, ove risulti conveniente per l'amministrazione, anche in riferimento a fattispecie rispetto alle quali non sia legislativamente previsto il tentativo obbligatorio di mediazione*” (Corte dei Conti, Sez. Contr.reg Emilia Romagna , 26 aprile 2017, n.75 2017).

Peraltra, la scelta di addivenire ad una transazione è sindacabile solo ove essa sia illegittima o illogica, dannosa ovvero diseconomica e che “*l'irragionevolezza della scelta e la correlata negligenza nella definizione transattiva di una lite contenziosa può ravvisarsi soltanto qualora la pretesa azionata sia palesemente infondata*” (in termini, Corte dei conti, Sez. II d'Appello, sentenza n. 250/2018). Dunque va esclusa una responsabilità ove il giudizio prognostico in merito all'esito di un contenzioso presenti elementi di obiettiva incertezza e possa ragionevolmente condurre ad una definizione transattiva (**C. Conti Piemonte, Sez. Giur., sentenza n. 7/2022**)

Va altresì considerato che così come è sindacabile la scelta di addivenire ad una transazione palesemente svantaggiosa per l'amministrazione, altrettanto sindacabile è la scelta di non concludere una transazione palesemente vantaggiosa, in applicazione dell'ancor più generale principio in base al quale il limite all'insindacabilità delle scelte discrezionali della Pubblica Amministrazione risiede nella “esigenza di accertare che l'attività svolta si sia ispirata a criteri di ragionevole proporzionalità tra costi e benefici” (Corte dei conti, Sez. III, sentt. 9 luglio 2019, n. 132 e 30 luglio 2019, n. 147; Sez. II, sent. 13 febbraio 2017, n. 91 C. Conti Umbria, Sez. Giur., sentenza n. 9/2022).

Ebbene applicando i principi sopra riportati al caso di specie può ragionevolmente sostenersi che la compensazione tra le somme dovute al Fallimento e quelle riconosciute alla ASL a causa delle gravi inadempienze dell'Appaltatore sia conveniente per quest'ultima perché le consente un recupero **certo** delle seguenti voci:

Penali scostamento livello obiettivo	€	316.860,00
Spese sostenute per esecuzioni in danno dell'assuntore	€	27.695,16
Spese fornitura vettori energetici consumi al 31/01/2020 -	€	889.858,66
Mancata effettuazione manutenzione ordinaria	€	147.235,18

Invece, pur nella migliore delle ipotesi (di ammissione dei crediti allo stato passivo) sarebbe incerto il recupero, considerata la mancata conoscenza dell'ammontare dell'attivo fallimentare e dei crediti privilegiati.

La convenienza della operazione contabile sopra descritta non è messa in discussione dal mancato riconoscimento delle somme richieste a titolo di recupero dell'accise agevolata e per il risarcimento dei danni subiti dagli impianti. E infatti le probabilità di accoglimento di tali domande in sede giudiziale sono inesistenti per le ragioni sopra rappresentate.

Inoltre, con la sottoscrizione dell'accordo transattivo, il Fallimento rinunciarebbe agli interessi moratori sulle fatture emesse dalla Società in bonis nel 2019 ed al giudizio civile pendente dinanzi al Tribunale Civile di Roma la cui definizione, con alte probabilità, comporterebbe la condanna della ASL al pagamento delle somme portate dalle fatture descritte nel prospetto (pag.3) oltre gli interessi moratori.

Si rimane a disposizione per ogni chiarimento.

Cordiali saluti

Avv. Vincenza Di Martino