

*Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici
di lavori, servizi e forniture*

Documento di lavoro

*Questioni interpretative concernenti l'affidamento dei servizi assicurativi
e di intermediazione assicurativa*

Considerazioni sulle osservazioni ricevute

Marzo 2013

SOMMARIO

Premessa	3
1. Le ragioni dell'intervento dell'Autorità.....	3
2. Quadro normativo di riferimento.....	6
3. Questioni relative al settore assicurativo	8
3.1 Il costo della polizza.	8
3.2 La strutturazione dei bandi di gara.....	8
3.3 Il recesso dal contratto assicurativo	9
3.4 Indicazioni relative alle procedure di gara in rapporto al rischio di gare deserte	13
3.5 I requisiti di partecipazione.....	15
4. Questioni relative al ruolo del broker nei rapporti con la pubblica amministrazione ...	16
4.1 Il servizio di intermediazione assicurativa.....	16
4.2 La remunerazione del <i>broker</i>	16
4.3 Criteri di aggiudicazione e requisiti di partecipazione.....	23

Premessa

Nell'ambito della propria attività istituzionale, l'Autorità ha verificato, sulla base delle indagini svolte in relazione a singoli affidamenti e dell'analisi dei dati dell'Osservatorio, l'esistenza di diffuse criticità nelle modalità di affidamento dei servizi assicurativi e di intermediazione assicurativa.

L'Autorità ha, quindi, esperito una prima procedura di consultazione pubblica degli operatori del settore e delle amministrazioni interessate, in relazione alle criticità riscontrate.

All'esito della prima consultazione, l'Autorità ha predisposto un nuovo documento di consultazione, avente ad oggetto l'individuazione di possibili soluzioni per rimuovere le problematiche rilevate nella redazione dei bandi e nelle modalità di gestione del rapporto assicurativo. Nel documento sono anche contenute diverse considerazioni in merito alle osservazioni ricevute. I documenti di consultazione e le osservazioni presentate sono consultabili all'indirizzo: <http://www.avcp.it/portal/public/classic/AttivitaAutorita/ConsultazioniOnline>.

Nel presente documento di lavoro, si dà evidenza delle ragioni che hanno guidato l'Autorità nella scelta relativa all'indicazione di specifici criteri per la conduzione delle gare nel settore assicurativo, spiegando in dettaglio perché talune osservazioni pervenute dai partecipanti alle due consultazioni non sono state accolte, in relazione a ciascun paragrafo della determinazione

Appare opportuno sottolineare, in via preliminare, che il numero di soggetti che hanno partecipato alla seconda consultazione è stato inferiore a quello relativo alla prima consultazione; ciò non deve sorprendere in quanto è plausibile che, alla seconda consultazione, abbiano partecipato solo i soggetti che si ritengono più profondamente interessati dalle ipotesi di linee guida contenute nel secondo testo di consultazione, ovvero coloro che non concordano con le proposte dell'Autorità formulate all'esito della prima consultazione.

1. Le ragioni dell'intervento dell'Autorità

L'opportunità di avviare una consultazione pubblica, propedeutica all'adozione di un atto a carattere generale, discende dall'osservazione di una serie di possibili distorsioni al corretto funzionamento dei meccanismi di gara, sia per quel che concerne i servizi assicurativi propriamente intesi sia per quanto riguarda l'attività di intermediazione/consulenza assicurativa.

In merito ai servizi assicurativi, i dati presenti in possesso dell'Osservatorio dell'Autorità segnalano una forte incidenza di gare andate deserte, circa il 30% del totale, mentre nei due terzi delle gare aggiudicate si è registrata una sola offerta valida. Tale dato sembra accomunare le diverse stazioni appaltanti ed essere poco influenzato dalle dimensioni della gara. Inoltre, si osserva la presenza, nella generalità dei bandi, di clausole che accordano alle imprese di assicurazione un'ampia possibilità di recesso anticipato dal contratto sottoscritto, possibilità di cui le imprese si avvalgono con elevata frequenza.

Tra i partecipanti alla consultazione, vi è un diffuso consenso circa il fatto che il settore del trasporto pubblico locale e quello sanitario sono quelli maggiormente colpiti dal fenomeno delle gare deserte.

Per quanto concerne il primo settore, la difficoltà – e, talvolta, l'impossibilità - di sottoscrivere una copertura assicurativa mette a rischio l'erogazione stessa del servizio. I rappresentanti dell'associazione di categoria delle aziende di trasporto pubblico locale hanno richiesto all'Autorità, in entrambe le fasi della consultazione, di dedicare un particolare focus alle problematiche specifiche del settore, per il quale esiste una normativa peculiare. Si pensi, ad esempio, che questo è l'unico settore assicurativo per il quale vi è un obbligo a contrarre anche per le imprese di assicurazione. Le aziende lamentano il fatto che i meccanismi di gara non permetterebbero il rispetto di tale obbligo. Si tratta di problematiche di sicuro rilievo che necessitano di ulteriori approfondimenti da svolgere in una sede opportuna, quale quella di un eventuale tavolo tecnico per la predisposizione di bandi tipo per l'assicurazione RC auto. L'Autorità sta, infatti, valutando l'opportunità di far seguire a questo atto a carattere generale, altri interventi specifici relativi alle modalità di raccolta delle informazioni necessarie per la partecipazione alle gare e ai bandi tipo per specifiche tipologia di polizza.

Con riguardo al settore sanitario, i costi crescenti e la ridotta offerta di coperture assicurative espongono tale settore a forti rischi di aumento della spesa, derivanti non solo dai maggiori oneri assicurativi diretti, ma anche dall'internalizzazione di taluni rischi, nonché dalla crescita di interventi cosiddetti di medicina difensiva, volti a tutelare il medico dal rischio di conseguenze negative per interventi ritenuti non corretti. Inoltre, occorre considerare anche le possibili ripercussioni indirette sulla qualità del servizio sanitario pubblico determinate dalla eventuale rinuncia di alcuni medici ad operare per il rischio di subire conseguenze patrimoniali dovute alla mancata copertura di responsabilità civile, ovvero a prescrivere interventi di tipo innovativo.

Nonostante le conseguenze negative per i due settori sopra richiamati, non si può trascurare il fatto che le disfunzioni sopradescritte (gare deserte o aggiudicate con una sola offerta) interessano numerosi altri settori e tipologie di rischio.

L'Autorità nel secondo documento di consultazione, anche in accoglimento di osservazioni formulate da diversi partecipanti alla prima consultazione, ha specificato che numerose cause concorrono a determinare i fenomeni oggetto di analisi e che anche una corretta implementazione delle misure proposte nella determinazione può risolvere solo in parte le criticità osservate, essendo necessario intervenire anche su altri fattori, più propriamente riconducibili alla struttura del mercato assicurativo.

In particolare, l'Autorità ha raggruppato gli elementi che possono contribuire a spiegare il fenomeno delle gare deserte in tre ordini di ragioni:

- a) comportamenti opportunistici, quando non collusivi, da parte delle imprese di assicurazione, facilitati dall'elevato grado di concentrazione che caratterizza i mercati assicurativi;
- b) modifiche del quadro normativo che possono aver determinato l'insorgere di nuovi rischi da assicurare o aumentato il costo dell'indennizzo per quelli già esistenti, nonché un incremento delle richieste di indennizzo per sinistri mai avvenuti o marginali. Inoltre,

non si può sottovalutare come l'attuale congiuntura economica abbia potuto condurre le imprese di assicurazione a rivedere le proprie politiche assuntive, privilegiando le coperture che espongono l'impresa ad un rischio più limitato;

- c) operato delle stazioni appaltanti, soprattutto nella redazione dei bandi e nelle modalità di gestione del rapporto assicurativo, che può scoraggiare la partecipazione delle imprese alle gare.

L'Ania, nel proprio contributo, ha contestato che le difficoltà registrate possano ascrivere alle ragioni di cui ai punti a) e b), affermando che la presenza di situazioni caratterizzate da rischi sin troppo elevati, quanto ad entità e molteplicità dei sinistri, inducono tutte le imprese di assicurazione ad una necessaria prudenza, che è indipendente anche dalla concentrazione del mercato, fenomeno che peraltro caratterizza anche i mercati assicurativi esteri. Né il fenomeno delle gare deserte e dei recessi anticipati potrebbe essere soltanto spiegato con le attuali difficoltà economiche, come mostra il fatto che lo stesso si è verificato anche in periodi caratterizzati da una diversa congiuntura. Secondo l'Ania, dunque, l'attuale situazione può aver indotto le imprese a politiche assuntive orientate ad una maggiore prudenza.

In merito a tali osservazioni, appare opportuno ribadire che l'intervento dell'Autorità si è concentrato unicamente sulle materie di stretta competenza, vale a dire sulle modalità di affidamento e di esecuzione dei contratti assicurativi, con limitate considerazioni relative al contesto in cui l'intervento si inserisce. Tale contesto è presumibilmente caratterizzato da risorse insufficienti per far fronte a costi di risarcimento crescenti, così come rappresentato da Fiaso, nonché da rischi di comportamenti collusivi, come emerge alla luce delle diverse iniziative in proposito intraprese dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato nel settore¹.

L'altro gruppo di criticità affrontato dall'Autorità nella consultazione pubblica attiene alle modalità di affidamento dei servizi di intermediazione/consulenza assicurativa. L'Autorità ha più volte valutato situazioni in cui talune stazioni appaltanti tendono ad affidare congiuntamente tali servizi con quelli assicurativi, ovvero a delegare al *broker* la ricerca della migliore copertura assicurativa. Inoltre, la quasi totalità delle stazioni appaltanti tende a scaricare sull'impresa di assicurazione i costi del servizio di intermediazione. Tale prassi può produrre una serie di distorsioni sulla regolarità delle procedure di affidamento, poiché, da un lato, le stazioni appaltanti finiscono con il sottostimare il valore del servizio di intermediazione, con possibili effetti negativi su elementi quali il livello di trasparenza, le procedure di selezione prescelte, i requisiti di partecipazione; dall'altro, nell'ambito dell'offerta economicamente più vantaggiosa, non viene assegnato un corretto valore alla componente prezzo, con rischi di allineamento del costo del servizio, spesso ad un livello eccessivo.

Peraltro, il fatto di riconoscere una commissione proporzionale al valore delle polizze future ha inflazionato sensibilmente i costi dei servizi di intermediazione, senza che a ciò facesse riscontro un analogo miglioramento qualitativo. In sostanza, i notevoli aumenti del costo delle coperture

¹ Si vedano, ad esempio, il provvedimento di avvio di istruttoria n. 24051 del 14/11/2012, caso I/744, *Gare RCA per trasporto pubblico locale*, e il provvedimento di chiusura di istruttoria n. 22838 del 28/09/2011, caso I/731, *Gare assicurative Asl e aziende sanitarie campane*.

assicurative che, secondo le imprese di assicurazione, sono una conseguenza dei maggiori oneri per la sinistrosità, hanno comportato anche un ingiustificato aumento di tutte quelle voci che sono legate proporzionalmente al premio di rischio, tra cui gli oneri riconosciuti agli intermediari.

Infine, l’Autorità ha riscontrato una ulteriore problematica nelle modalità di valutazione dell’offerta economica, rappresentata dal fatto che l’offerta è espressa come percentuale di un valore futuro, valore che dovrebbe essere influenzato proprio dall’attività dell’intermediario/consulente assicurativo.

In merito alle criticità evidenziate in questo capitolo introduttivo, si deve sottolineare la posizione assunta da ACB – Associazione Categoria Brokers, la quale, di fatto, ritiene non necessaria, da parte dell’AVCP, la trattazione dei profili inerenti l’affidamento congiunto dei servizi assicurativi e di intermediazione assicurativa e di quelli relativi alle modalità di remunerazione dei *brokers*.

Su tali questioni si tornerà più diffusamente in seguito, nei paragrafi appositamente dedicati alla questione. In questa sede, si vuole sottolineare che non appare condivisibile la tesi sostenuta dall’Associazione, secondo cui la prima questione non meriterebbe una specifica trattazione in una determinazione contenente le linee guida per l’affidamento dei servizi assicurativi e di intermediazione assicurativa, in quanto *“riguardo alla prassi di indire gare congiunte per l’affidamento del servizio di intermediazione assicurativa con quello propriamente assicurativo, si è detto che questa prassi è in realtà poco presente sul mercato, in ogni caso questa Associazione si è dimostrata d’accordo nel formulare una raccomandazione a non indire tali gare in modo congiunto”*. Infatti, uno degli obiettivi della determinazione consiste proprio nell’individuazione di *best practices* di mercato da portare all’attenzione delle amministrazioni affinché pongano in essere procedure coerenti con la normativa vigente. A ciò deve aggiungersi che continuano a pervenire all’Autorità segnalazioni di casi, sebbene minoritari, in cui i due servizi sono abbinati².

2. Quadro normativo di riferimento

In merito al quadro normativo di riferimento, non sono state avanzate particolari osservazioni da parte dei partecipanti alla consultazione; in alcuni interventi, tuttavia, si è avanzato un dubbio circa l’applicabilità del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (Codice dei contratti) agli affidamenti di servizi di intermediazione assicurativa. Sul punto appare sufficiente ricordare, oltre ai costanti orientamenti di questa Autorità, richiamati anche nei due documenti di consultazione, quanto affermato di recente dalla Corte dei Conti: *“Le prestazioni offerte dal broker all’Amministrazione sono inquadrabili, altresì, nel contratto di prestazione di servizi ai sensi del Codice dei contratti pubblici, riconducibili alla tipologia seguente: analisi e studio diretti all’individuazione dei rischi all’interno dell’ente (risk management), ricerca delle migliori condizioni contrattuali offerte dal mercato senza legami con determinate imprese (indagini di*

² Si ricorda che anche l’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha più volte segnalato i possibili effetti anticoncorrenziali derivanti dall’abbinamento in un’unica gara dei servizi assicurativi e di intermediazione. Si veda al riguardo, oltre al contributo presentato in relazione al primo documento di consultazione, anche il Parere del 20 ottobre 2009, AS623 - *Affidamento del servizio di brokeraggio assicurativo da parte delle pubbliche amministrazioni*.

mercato), predisposizione dei bandi di gara (capitolati, contratti), gestione dei contratti in corso (riscossione premi, gestione denunce, comunicazioni e sinistri). Il servizio di brokeraggio può ricomprendersi tra gli appalti di servizi assicurativi” in senso lato” contemplati nella cat. 6 dell’allegato IIA del d.lgs. n. 163/06 e come tale risulta assoggettato, a norma dell’art. 20, comma 2 del d.lgs. n. 163/06 alla disciplina degli appalti di servizi, ciò in quanto si tratta di un’attività strumentale comunque volta a migliorare il rendimento e l’efficienza del soggetto pubblico stipulante, attraverso l’assolvimento di compiti che richiedono specifiche competenze professionali con idoneo apparato organizzativo e funzionale del broker rispetto alle esigenze della stazione appaltante” (Corte conti – sez. contr. Campania – parere 10 ottobre 2012, n. 246)³.

Sotto un diverso profilo, si osserva che sono pervenute diverse richieste di chiarimenti circa l’applicabilità dell’art. 170-bis del Codice delle Assicurazioni Private. Come è noto, l’articolo 22 del decreto legge 18 ottobre 2012, n. 179, convertito con modifiche dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221, contenente “*Misure a favore della concorrenza e della tutela del consumatore nel mercato assicurativo*”, ha introdotto il citato articolo 170-bis, che al primo comma, prevede: “*Il contratto di assicurazione obbligatoria della responsabilità civile derivante dalla circolazione dei veicoli a motore e dei natanti ha durata annuale o, su richiesta dell’assicurato, di anno più frazione, si risolve automaticamente alla sua scadenza naturale e non può essere tacitamente rinnovato, in deroga all’articolo 1899, primo e secondo comma, del codice civile. L’impresa di assicurazione è tenuta ad avvisare il contraente della scadenza del contratto con preavviso di almeno trenta giorni e a mantenere operante, non oltre il quindicesimo giorno successivo alla scadenza del contratto, la garanzia prestata con il precedente contratto assicurativo fino all’effetto della nuova polizza*”.

La norma sembra essere volta a tutelare i singoli consumatori che acquistano la copertura assicurativa auto mediante la sottoscrizione di un contratto per adesione, le cui clausole sono stabilite unilateralmente dall’impresa cui si rivolge. Nel medesimo articolo del decreto legge sono contenute altre norme evidentemente rivolte a garantire i singoli utenti del servizio assicurativo, quale quella che prevede la predisposizione di contratti tipo per il consumatore.

Discorso diverso dovrebbe valere per i contratti sottoscritti a seguito di procedura di gara, per la quale il capitolato è predisposto dalla stazione appaltante e non dall’assicuratore. In questo caso, la durata del contratto prevista risponde al bilanciamento degli interessi della stazione appaltante ad avere un prodotto assicurativo di una certa qualità e a contenere gli oneri di procedure ripetute nel tempo con il rischio di gare deserte.

³ Al riguardo, nel parere AS263 cit., l’AGCM ha affermato che “*occorre in primo luogo precisare, quale pre-condizione essenziale per affrontare le problematiche seguenti, che i servizi di brokeraggio assicurativo devono essere affidati mediante procedure di evidenza pubblica nel rispetto delle normative, nazionali e comunitarie, che regolano la fornitura di servizi alla Pubblica Amministrazione (nel seguito PA). Sul punto l’Autorità ha rilevato che, benché la maggior parte delle stazioni appaltanti sia rispettosa del predetto principio, permangono alcuni sporadici casi in cui il servizio di brokeraggio viene affidato sulla base di una scelta fiduciaria e confermato con successive delibere di proroga, senza ricorrere a procedure di gara*”.

3. Questioni relative al settore assicurativo

3.1 Il costo della polizza.

Il paragrafo 3.1 è stato introdotto nei due documenti di consultazione con lo scopo principale di richiamare alcuni elementi di tecnica assicurativa utili per comprendere come le indicazioni fornite dall’Autorità possano incidere su talune delle problematiche emerse dall’osservazione dei bandi di gara. Nel secondo documento di consultazione, a seguito di indicazioni presenti nei contributi pervenuti, sono state apportate precisazioni e correzioni rispetto al testo presentato nel primo documento.

Tra le questioni emerse a seguito della prima consultazione, vi è quella relativa alle modalità di gestione delle franchigie assicurative. In particolare, è stato segnalato che si starebbe diffondendo una tendenza per cui le imprese di assicurazione corrispondono al terzo danneggiato l’importo stabilito per l’indennizzo al netto della franchigia dovuta dalla stazione appaltante, la quale successivamente dovrà provvedere a versare l’importo residuo. Nel documento sono state avanzate preoccupazioni in merito a tale modalità che, oltre a non poter essere applicata per l’assicurazione RC Auto (art. 144 del Codice delle Assicurazioni), rischia di determinare pesanti conseguenze per il danneggiato e di aumentare i costi complessivi della gestione dei rischi. La stazione appaltante, infatti, deve a sua volta dotarsi di una struttura dedicata all’accertamento del sinistro, alla quantificazione del danno, all’erogazione della parte di indennizzo dovuta ad una pluralità di soggetti invece che alla sola impresa di assicurazione, ecc.

Si è quindi suggerito di disciplinare rigidamente le modalità di gestione delle franchigie, garantendo da parte della stazioni appaltante le risorse per far fronte all’onere conseguente, ciò anche al fine di evitare, come rilevato anche dall’Ordine degli Avvocati di Roma, ripercussioni negative sugli utenti dei servizi pubblici.

L’Ania, condividendo l’opportunità di regolare in dettaglio lo strumento delle franchigie, evidenzia, correttamente, che ciò non rappresenta un modo per risolvere il problema di fondo del costo delle polizze, ma soltanto per disciplinare in modo migliore un particolare strumento contrattuale.

3.2 La strutturazione dei bandi di gara

Anche per quanto concerne la necessità di accentrare in un unico ufficio/soggetto della stazione appaltante la gestione delle polizze assicurative e di fornire al mercato le informazioni necessarie per la quotazione del rischio si è registrato un generale consenso da parte dei soggetti intervenuti alla consultazione. Le principali divergenze riguardano le modalità concrete con cui la raccolta e la diffusione delle informazioni devono essere realizzate. Molte delle osservazioni pervenute a seguito della prima consultazione sono state recepite nel secondo documento di

consultazione. Diversi partecipanti hanno sollecitato l'istituzione di centri di *expertise*/tavoli tecnici per l'individuazione e la predisposizione di linee guida operative per la predisposizione dei capitolati e per la raccolta delle informazioni necessarie.

Si ricorda, al riguardo, che tra i compiti istituzionali dell'Autorità vi è proprio quello della predisposizione di bandi tipo e che, come già indicato, uno dei prospettati esiti dell'iniziativa intrapresa dall'Autorità nel settore delle assicurazioni è proprio la predisposizione di linee guida specifiche per le coperture assicurative più problematiche. A seguito del secondo documento di consultazione, l'Ania, concordando con l'intento proposto dall'Autorità ha inviato un documento contenente le informazioni che ritiene necessarie per la quotazione del rischio della RC Auto per le flotte di veicoli. L'Ania precisa che *“tale “data set” sulla specifica sinistrosità pregressa della flotta è stato messo a punto con la collaborazione di esperti e rappresenta l'insieme di informazioni necessario e sufficiente per procedere alla corretta valutazione tecnica del rischio presentato dalle flotte di veicoli”*, avvertendo, al contempo, che *“ogni tipologia di rischio necessita di dati specifici in funzione della garanzia da prestare, per cui il “data set” proposto per la r.c. da circolazione delle flotte non è idoneo a consentire la corretta valutazione di altri rischi, come ad esempio quello della responsabilità civile sanitaria”*.

L'Ania, inoltre, pur non escludendo la possibilità di prevedere penali anche a carico delle imprese che non inviano i dati previsti nella *lex specialis* di gara, richiede una serie di “paletti” a garanzia delle imprese, al fine di evitare che tale richiesta si traduca in un onere eccessivo. Tale precisazione è effettivamente stata accolta nella determinazione, fermo restando che si tratta di profili per i quali si rendono necessari ulteriori approfondimenti, resi possibili dai richiamati tavoli tecnici.

Per altro verso, Asstra ha sottolineato che eventuali penali a carico delle imprese per il mancato rispetto dell'obbligo di comunicare le informazioni necessarie a quotare il rischio potrebbero risultare una misura poco efficace, specie nei confronti di quelle imprese che recedono dal contratto assicurativo e non hanno, quindi, più rapporti con la stazione appaltante. Fermo restando che si ritiene fondamentale introdurre misure che incentivino le imprese a fornire i dati, ovvero le penalizzino se non lo fanno, anche in questo caso appaiono necessari ulteriori approfondimenti per individuare le modalità per rendere eventualmente più stringenti queste misure.

3.3 Il recesso dal contratto assicurativo

Il problema relativo all'inserimento generalizzato nel contratto assicurativo di clausole di recesso unilaterale a favore dell'appaltatore è quello per il quale sono state registrate le distanze maggiori tra le posizioni espresse nei due documenti di consultazione e le posizioni dell'associazione di categoria delle imprese di assicurazione.

Le criticità segnalate nel documento di consultazione riguardano la legittimità e l'opportunità dell'inserimento di simili clausole, nonché la loro eccessiva genericità ed ampiezza riscontrate nella quasi totalità dei bandi analizzati.

In via preliminare, si ricorda che molti dei soggetti intervenuti, specie a seguito della prima consultazione, hanno paventato il pericolo che la mancata previsione del diritto di recesso possa

ridurre ulteriormente la partecipazione alle gare. In un settore, come quello analizzato, caratterizzato da un'elevata incidenza del fenomeno delle gare deserte o aggiudicate a seguito di un'unica offerta, ciò potrebbe chiudere una possibile "uscita di sicurezza" per le imprese di assicurazione e ingessare ulteriormente il mercato.

Sebbene non si possa escludere la fondatezza di un siffatto timore, si devono però considerare anche gli oneri ricadenti sulla pubblica amministrazione, rappresentati dai costi connessi con l'indizione di una nuova gara, dalla doppia imposizione fiscale sul periodo non più coperto dal contratto originario e dai rischi di rimanere scoperta per un periodo di tempo. Occorre considerare che, alla luce della sistematica carenza di informazioni sulla sinistrosità delle stazioni appaltante, il recesso anticipato dell'appaltatore rappresenta indubbiamente un segnale negativo per i concorrenti. L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha, peraltro, segnalato come, in diversi casi, le imprese possono sfruttare il proprio potere di mercato per ottenere ingiustificati aumenti dei premi, proprio in virtù del potere di recesso anticipato loro accordato.

È opinione dell'Autorità che il problema vada inquadrato in un'ottica di insieme, considerando anche le iniziative complessive proposte per i contratti assicurativi. È chiaro che in un contesto maggiormente favorevole alla sottoscrizione dei contratti, grazie, ad esempio, alle azioni rivolte alla prevenzione dei sinistri e alla gestione dei rischi nonché alla predisposizione di adeguati set informativi, si dovrebbe ridurre la necessità di prevedere e ricorrere a clausole di recesso da parte dell'appaltatore.

Sotto un diverso profilo, l'Autorità, nei documenti di consultazione, ha manifestato perplessità rispetto ad una pratica che, di fatto e diversamente da quanto avviene nella generalità degli appalti pubblici - per i quali la mancata esecuzione del contratto rappresenta un grave inadempimento che comporta elevate penali -, concede un'ampia libertà di recesso al contraente.

In sostanza, tali clausole, in uso nella prassi assicurativa, attribuiscono all'assicuratore la facoltà di recedere dal contratto dopo ogni sinistro denunciato, entro un determinato termine dal pagamento o dalla contestazione, salvo l'obbligo di preavviso. Nei contratti con i consumatori finali la possibilità di recesso unilaterale da parte dell'impresa di assicurazione è trattata nell'ambito delle clausole vessatorie che, ai sensi dell'art. 36 del d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206 (cd. Codice del consumo), sono considerate nulle, mentre è generalmente consentito il recesso bilaterale, sebbene sia stato sostenuto in giurisprudenza che il carattere bilaterale della pattuizione non escluda lo squilibrio ai danni del consumatore, il quale, di norma non ha interesse a rescindere il contratto, soprattutto nei casi in cui la copertura assicurativa è obbligatoria⁴.

Agli enti pubblici non si applica, tuttavia, la speciale disciplina di tutela prevista dal Codice del consumo, difettando, in capo agli stessi, la qualità di consumatore, così come definita all'art. 3 del normativo Codice del consumo. Ciò non toglie che l'inserimento di clausole di tale tipo nei contratti di assicurazione stipulati dalle pubbliche amministrazioni possa risultare pregiudizievole per l'interesse pubblico e porsi in contrasto con i principi di economicità, efficacia e buon andamento dell'amministrazione, laddove l'esercizio del recesso da parte dell'assicuratore ponga la

⁴ Cfr. Corte di Appello di Roma 7 maggio 2002.

stazione appaltante nella necessità di trovare in tempi brevi, in genere incompatibili con quelli propri di una procedura ad evidenza pubblica, una nuova copertura assicurativa.

Il riconoscimento al contraente privato del potere di porre nel nulla il rapporto contrattuale sorto al solo verificarsi del sinistro, inoltre, non appare coerente con la disciplina speciale in tema di contratti pubblici che riconosce all'appaltatore la facoltà di sciogliere unilateralmente il contratto in corso di esclusione solo in casi eccezionali, riconducibili a fattispecie tipicizzate di eccessiva onerosità⁵.

L'Autorità ha quindi suggerito che, qualora la stazione appaltante, nella predisposizione dei propri bandi, dovesse ritenere opportuno inserire clausole che permettono il recesso delle imprese, la formulazione di tali clausole sia più aderente alle previsioni contenute nel Codice ed alla disciplina civilistica. A tal fine, dovrebbero essere espressamente previsti gli eventi in conseguenza dei quali ricorrere ad una revisione del prezzo in corso di validità della polizza o, come *extrema ratio*, atti a fondare il diritto di recesso dal contratto, fermo restando che la revisione dei prezzi o il recesso non possono essere legati al verificarsi di un sinistro, rientrante nella normale alea contrattuale. Si dovrebbe, inoltre, trattare di situazioni che possono essere monitorate anche dalla stazione appaltante e si dovrebbero prevedere modalità per evitare penalizzazioni eccessive in termini di costi o di mancata copertura. Inoltre, la revisione dei prezzi o il recesso non dovrebbero mai essere previsti per contratti inferiori ad una certa durata, ad esempio un anno.

Al fine di consentire alla stazione appaltante di addivenire ad una nuova copertura assicurativa, la clausola di revisione dei prezzi o di recesso deve indicare chiaramente le modalità di comunicazione della volontà dell'impresa di ricorrere a tali istituti ed i dati che l'impresa deve obbligatoriamente fornire alla stazione appaltante per la redazione di un nuovo bando, in assenza dei quali la comunicazione deve intendersi come non perfezionata. Infine, i tempi per il perfezionarsi del recesso devono essere congrui con quelli occorrenti per una nuova aggiudicazione, secondo le procedure previste dal Codice.

In risposta a tali proposte, contenute nel secondo documento di consultazione, l'Ania ha rappresentato le seguenti considerazioni:

“Nell’ottica di tentare di superare le difficoltà connesse con l’eventuale esercizio del recesso, come accennato in fase di prima consultazione, si potrebbe ipotizzare il ricorso ad alcune soluzioni pratiche, quale ad esempio la fissazione contrattuale di parametri il cui andamento possa abilitare l’assicuratore a recedere o in alternativa a intervenire sul contratto con modifiche predeterminate in termini di premi, franchigie, scoperti, ecc..

In pratica, nella prima fattispecie, l’assicuratore potrebbe recedere solo quando fosse superato il “livello di guardia” per esso sostenibile sulla base della valutazione “ex ante” del rischio assunto. Questo, evidentemente, anche quando si verifichi solo un primo sinistro, qualora le cause del sinistro stesso siano tali da far presumere in concreto all’assicuratore una troppo elevata entità o ripetitività dell’evento (sinistri in serie) o un’eccessiva carenza di forme di prevenzione interne alla stazione appaltante.

⁵ Recentemente il legislatore, in materia di responsabilità professionale dell'esercente le professioni sanitarie, ha previsto una delega al Governo per la predisposizione di un DPR che regoli la materia, prevedendo, tra l'altro, di “*subordinare la disdetta [e non il recesso] della polizza alla reiterazione di una condotta colposa da parte del sanitario accertata con sentenza definitiva*”.

Si può ammettere che, qualora l'impresa recedente non comunichi alla stazione appaltante tutti i dati statistici necessari ai fini della redazione del nuovo bando di gara, il recesso non possa avere effetto, anche in coerenza con quanto già espresso nel punto 3.2.

Si può poi senz'altro pensare all'individuazione di un adeguato limite temporale per l'efficacia del recesso, capace di contemperare sia il buon diritto dell'impresa assicuratrice di recedere, sia l'interesse della stazione appaltante di esperire le procedure per l'individuazione del nuovo assicuratore, purché naturalmente la decorrenza dell'eventuale recesso non sia vincolata alla effettiva possibilità della stazione appaltante di addivenire a una nuova copertura assicurativa (tale clausola, infatti, potrebbe teoricamente impegnare "sine die" l'impresa assicuratrice a garantire un rischio che non può più coprire, e per giunta sempre alle stesse condizioni)".

In merito, si osserva che, a livello di inquadramento generale della tematica, le distanze tra le indicazioni dell'Autorità e quelle contenute nella risposta dell'Ania non appaiono insuperabili, qualora l'Ania specifichi concretamente, ad esempio in eventuali tavoli tecnici per la redazione di bandi-tipo, in quali casi il verificarsi di un solo sinistro (che dovrebbe rientrare nell'alea normale di un contratto assicurativo) possa far ritenere all'assicuratore di trovarsi in una situazione di rischio distinta da quella conosciuta al momento della redazione del bando, nonostante abbia potuto accedere ad un set di informazioni completo ed usufruire della possibilità di ottenere eventuali ulteriori informazioni con le richieste di chiarimenti inviate alla stazione appaltante nella fase di predisposizione dell'offerta. In sostanza, è necessario verificare come le stazioni appaltanti recepiranno le indicazioni proposte dell'Autorità, eventualmente con i correttivi indicati dall'Ania, ovvero come le stesse saranno traslate nei bandi tipo.

Sotto un diverso profilo suscitano maggiori elementi di perplessità le considerazioni di Asstra secondo cui *"il rischio è una sorta di "anguilla" che difficilmente è possibile mantenere in identità di tempi/costi durante la durata contrattuale, tant'è che gli articoli 1892 e 1893 del Codice Civile (aggravamento o riduzione del rischio) possono modificare il rapporto economico fra le parti anche in corso di contratto, il che costituisce una patente eccezione al principio della vigenza contrattuale. Mentre, però, il contratto sottoscritto fra le parti è assistito, nel bene e nel male per l'assicurato, dalla revisione del contratto anche in vigenza dello stesso, il periodo intercorrente tra la redazione della basa d'asta e il momento della celebrazione della gara - all'incirca qualche mese - non è assistito da uguale possibilità di acconciamento del prezzo e delle condizioni di garanzia. Per risolvere questo problema ci sono due modi:*

- si modifica la legge e si equipara il periodo pre-gara a quello contrattuale al fine dell'applicazione degli articoli 1892 1893 cc e ciò potrebbe essere autorevolmente richiesto da codesta Spettabile Autorità al Parlamento;*
- si considera la base d'asta per le forniture assicurative come un semplice punto di riferimento sul prezzo, valicabile o riducibile ove si sia in grado di dimostrare che, nel frattempo, il rischio è cambiato in più o in meno, senza contare i casi nei quali esso sia cambiato del tutto: in tale ultima ipotesi le parti hanno la possibilità di uscire dal rischio non essendo bastevole l'acconciamento del premio di riferimento.*

Per risolvere questo problema nella prassi, non avendo la possibilità di cambiare la legge, abbiamo sempre ritenuto la base d'asta per la fornitura assicurativa come una base di riferimento, quindi valicabile in ipotesi di modificazione del rischio avvenuto nel frattempo”.

Si tratterebbe, in sostanza, di riconoscere alle imprese di assicurazioni la possibilità di rivedere il prezzo di aggiudicazione prima della sottoscrizione del contratto ovvero di recedere dallo stesso. Tale proposta, oltre a porsi in antitesi con i criteri di trasparenza, concorrenza e *par condicio* alla base della contrattualistica pubblica, pone elevati problemi di applicabilità. Si osserva, infatti, che riconoscere alle imprese di assicurazione la possibilità di variare il prezzo al momento della sottoscrizione del contratto porrebbe la stazione appaltante in una posizione di particolare debolezza, anche considerando la scarsità degli strumenti atti a contrastare eventuali richieste di aumento, data l'obbligatorietà di molte coperture assicurative. Inoltre, non si può escludere che altre imprese avrebbero potuto competere alla gara qualora fossero state a conoscenza della possibilità di ottenere un prezzo più elevato rispetto a quello indicato in fase di gara.

Se il problema è, invece, quello della tempestività delle informazioni, esso sicuramente deve essere risolto in sede di definizione delle modalità e dei tempi per l'invio delle stesse, nei richiamati tavoli tecnici. Al riguardo, si osserva come l'Ania abbia esplicitamente richiesto di circoscrivere detto onere prevedendo un unico invio, con una tempistica tale da permettere la redazione dei bandi di gara.

Infine, si ricorda che la possibilità di offerte al rialzo è espressamente esclusa dalla normativa sui contratti pubblici, come evidenziato più volte dall'Autorità (si veda, da ultimo, la determinazione n. 4 del 10 ottobre 2012).

3.4 Indicazioni relative alle procedure di gara in rapporto al rischio di gare deserte

Nel paragrafo 3.4 del documento di consultazione è, infine, affrontato in dettaglio il problema delle conseguenze per la stazione appaltante derivanti dall'elevato numero di gare andate deserte e di come poter intervenire sul fenomeno. Al riguardo, si osserva che diverse misure proposte nella determinazione, se correttamente implementate, potrebbero rivelarsi idonee a correggere talune delle anomalie riscontrate e, quindi, a rendere meno drammatico il problema esaminato.

In via preliminare, si rammenta che Asstra, nei due documenti di consultazione, ha chiesto all'Autorità di pronunciarsi circa la coerenza tra obbligo a contrarre per i rischi RC auto di cui all'art. 132, comma 1, del Codice delle Assicurazioni Private e modalità di affidamento di tali servizi ai sensi del Codice dei contratti. Ania, nella nota contenente le proprie osservazioni al secondo documento di consultazione, ha fornito una propria risposta alle tesi dell'Asstra. È bene osservare che le due associazioni di categoria hanno dato vita ad un proprio tavolo tecnico, che però non ha condotto a risultati definitivi. Al riguardo, ha osservato Asstra che *“nell'ultima seduta Asstra/Ania (...) si era raggiunto un preliminare di accordo che non è andato avanti perché, nel frattempo, l'ISVAP che aveva assegnato alle parti il compito di trovare un accordo da riportare, in*

finale, al suo esame, è stata prima commissariata, ed indi trasformata in IVASS". Si tratta di una tematica peculiare del settore RC Auto ed in particolare dell'assicurazione delle flotte auto, che si ritiene meritevole di una sessione specifica, quale ad esempio quella connessa con la predisposizione di bandi tipo settoriali.

Nella nota predisposta a seguito del secondo documento di consultazione, Ania contesta l'indicazione fornita dall'Autorità di prevedere nei bandi una proroga limitata nel caso in cui le procedure ad evidenza pubblica dovessero concludersi senza l'aggiudicazione del contratto. Il timore dell'Ania è che *"l'impresa assicuratrice, nonostante la scadenza del contratto, si vedrebbe legata "sine die" a un rischio, oltretutto non valutato né tariffato nuovamente alla scadenza del contratto e al conseguente inizio della proroga. A ciò si aggiunga che la clausola indurrebbe le stazioni appaltanti a non essere più particolarmente sollecite nel reperire altri assicuratori (rischio di deresponsabilizzazione), anche tenuto conto che la garanzia sarebbe comunque mantenuta alle condizioni del precedente contratto"*. Come già indicato nel documento di consultazione, si tratta di una clausola che cerca di bilanciare l'interesse delle stazioni appaltanti alla continuità della copertura assicurativa con le difficoltà di ottenerne una nuova. Tale clausola, peraltro, dovrebbe essere sottoposta ad una rigida regolamentazione, in modo anche di superare le preoccupazioni avanzate da Ania: la stazione appaltante, già nella *lex specialis* di gara, dovrebbe vincolarsi ad indicare una data ultima entro cui esperire la nuova procedura di gara, stabilendo tale *deadline* in modo da tener conto dei tempi necessari per l'espletamento della stessa (e di un'eventuale ulteriore procedura di gara negoziata senza previa pubblicazione di bando a seguito di mancata aggiudicazione della prima gara). Inoltre, la durata dell'eventuale proroga dovrebbe essere limitata nel tempo, ad esempio ad un massimo di 3 mesi, inderogabili.

Si tratterebbe, cioè, di una soluzione che, qualora le misure proposte si rivelassero effettivamente idonee a ridurre il rischio di gare deserte, oltre ad essere utilizzata in un numero limitato di casi, avrebbe il vantaggio di evitare il ricorso a nuove trattative con il precedente gestore nel momento in cui la stazione appaltante è già impegnata nelle procedure necessarie per trovare un nuovo affidatario.

Sotto un diverso profilo, per superare le difficoltà insite nella conduzione delle procedure di affidamento, l'Autorità ha suggerito, oltre ad un più ampio ricorso a strumenti di *loss prevention* e *risk management* necessari per ridurre il fabbisogno assicurativo delle stazioni appaltanti, anche la predisposizione di bandi-tipo per la predisposizione della documentazione di gara o il ricorso a procedure di aggiudicazione più flessibili, che vedano, nel rispetto dei principi del Codice, un maggior coinvolgimento degli operatori del settore nella predisposizione del progetto contrattuale. Rispetto all'ultimo punto, ad esempio, le stazioni appaltanti potrebbero prevedere nei bandi di gara, la possibilità di presentare varianti in sede di offerta, secondo le modalità di cui all'art. 76 del Codice, ovvero potrebbero valutare l'opportunità di procedere all'aggiudicazione della gara mediante il dialogo competitivo, ai sensi dell'art. 58. Si ritiene, infatti, che il contratto assicurativo per i grandi clienti, tra cui la pubblica amministrazione, sia di per sé particolarmente complesso, attese le difficoltà di quotare il rischio e di definire con dettaglio tutte le condizioni di polizza.

Le due proposte hanno ricevuto un generale apprezzamento anche se appare opportuno chiarire che esse devono considerarsi, in certo modo, come alternative. I bandi-tipo, infatti, dovrebbero rappresentare il frutto di un confronto tra gli operatori del mercato circa le condizioni che devono essere presenti nei capitolati finali; inoltre, se gli stessi vengono effettivamente utilizzati e le informazioni sulla sinistrosità specifica degli enti, oltre a quella media, sono disponibili, le stazioni appaltanti, analizzando gli esiti di gare svolte utilizzando *lex specialis* analoghe, dovrebbero avere precise indicazioni sul premio da porre a base di gara. In questi casi, non dovrebbero esservi ragioni per il ricorso a procedure di gara più flessibili rispetto a quelle standard ed il criterio da utilizzare dovrebbe essere quello del prezzo più basso.

Viceversa, quando per una determinata stazione appaltante emergono particolari esigenze assicurative che non sono coperte dai bandi-tipo e non si hanno sufficienti conoscenze su come il mercato risponderà alle diverse proposte contrattuali, ovvero sul premio richiesto per le stesse, allora potrà rilevarsi opportuno, con le dovute cautele, ricorrere a procedure di aggiudicazione caratterizzate da un maggiore tasso di flessibilità. Queste ultime, infatti, poiché richiedono la rinuncia al criterio del prezzo più basso, possono dimostrarsi poco efficienti se, come si verifica di frequente, le stazioni appaltanti non dispongono delle professionalità e delle conoscenze necessarie a valutare la convenienza delle soluzioni progettuali presentate, sicché il confronto concorrenziale non sarebbe sufficiente ad assicurare alla stazione appaltante le migliori condizioni di polizza.

3.5 I requisiti di partecipazione

Per quanto riguarda le gare assicurative, nei documenti di consultazione e nella determina finale, è apparso opportuno affrontare la tematica dei requisiti di partecipazione, che negli ultimi tempi hanno mostrato una tendenza a divenire sempre più stringenti, anche in considerazione di peculiari vicende che hanno interessato alcune imprese attive nel mercato.

Nei documenti di consultazione, in particolare, sono stati ricordati alcuni principi validi per la generalità dei contratti e altri specifici del settore assicurativo. In proposito, non appare condivisibile la strada seguita da numerose stazioni appaltanti, consistente nell' ammettere alle gare solo le imprese di assicurazione che hanno un *rating* superiore ad un certo livello, in quanto ciò potrebbe ingiustamente penalizzare alcune imprese di assicurazione e non garantire a sufficienza le amministrazioni. Si è proposto, quindi, di utilizzare indicatori più consoni, legati al livello di patrimonializzazione e all'esperienza specifica nell'assicurare il rischio oggetto del contratto.

Si è affrontato, poi, il problema della partecipazione in coassicurazione delle imprese di assicurazione, anche a seguito di sollecitazione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, che teme che la partecipazione congiunta di imprese singolarmente idonee a partecipare alla gara possa falsare la concorrenza sul mercato. Sul punto sono pervenute solo considerazioni in merito al legame che deve unire le imprese partecipanti al RTI, che hanno indicato la necessità di prevedere la deroga a quanto disposto dall'art. 1911 del Codice Civile. Infatti, la responsabilità solidale è stata considerata quale modalità idonea a garantire la serietà dei partecipanti, in quanto

nessuno si legherebbe solidalmente con un'impresa non in grado di mantenere i propri impegni. Per quanto concerne le osservazioni dell'AGCM sembra potersi rinviare a quanto già rappresentato dall'Autorità nella determinazione n. 4 del 10 ottobre 2012 (paragrafo n. 7.1.3).

4. Questioni relative al ruolo del broker nei rapporti con la pubblica amministrazione

4.1 Il servizio di intermediazione assicurativa

L'Autorità, nei documenti di consultazione, ha evidenziato come l'attività dei *brokers* possa garantire un ausilio fondamentale per le pubbliche amministrazioni nell'attività di riduzione dei rischi e gestione dei contratti assicurativi. L'attività dei *brokers*, tuttavia, diversamente da quanto avviene nel settore privato, non può spingersi alla ricerca della controparte assicurativa, rimessa dal Codice dei contratti in esclusiva alle stazioni appaltanti. Sul punto di fatto concordano tutti gli intervenuti alla consultazione.

4.2 La remunerazione del broker

Più controversa è invece la questione relativa alla remunerazione degli intermediari di assicurazione. Nei propri documenti di consultazione, l'Autorità ha sollevato dubbi circa la prassi assolutamente prevalente delle amministrazioni di ribaltare il pagamento della remunerazione degli intermediari sugli affidatari dei servizi assicurativi in percentuale del premio assicurativo. I dubbi concernono la correttezza dei meccanismi di gara per la scelta dell'intermediario, il quanto il valore dell'offerta economica non sarebbe chiaramente specificato in sede di gara, facendo riferimento ad una grandezza conoscibile unicamente *ex-post* sulla quale incide anche l'attività di consulenza del *broker* stesso. Inoltre, vi sarebbe il rischio di introdurre incentivi distorti all'attività dell'intermediario, tali da penalizzarlo se dovesse contribuire con la propria attività a ridurre i costi assicurativi, ovvero a perseguire uno degli obiettivi per cui le amministrazioni ricorrono ai suoi servizi. Infine, anche come effetto di quanto precedentemente rappresentato, c'è il rischio che il costo complessivo dell'acquisizione di servizi assicurativi possa risultare maggiore di quanto non sarebbe con altre forme di remunerazione del *broker*.

L'Isvap, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ed i rappresentanti delle associazioni delle stazioni appaltanti, ad eccezione di Asstra, hanno concordato con le posizioni espresse dall'Autorità ritenendo auspicabile la ricerca di meccanismi di remunerazione maggiormente incentivanti, mentre i rappresentanti degli intermediari hanno contestato quanto rappresentato nei documenti di consultazione.

In via preliminare, si osserva che una remunerazione legata percentualmente ai premi assicurativi ha il vantaggio per gli intermediari di crescere proporzionalmente al crescere dei costi di assicurazione, pur se l'attività del *broker* non è cambiata. In anni caratterizzati da forti aumenti nei costi dei prodotti assicurativi, anche il costo dei servizi di intermediazione tende ad aumentare, se la percentuale riconosciuta al *broker* non diminuisce proporzionalmente. Proprio per evitare di sostenere costi crescenti di intermediazione, in molti Paesi, si è assistito ad una tendenza, specie da parte dei clienti di maggiori dimensioni, verso forme di remunerazione diretta del *broker* di assicurazione. Si ricorda che nello *Staff Working Document* relativo all'Indagine Conoscitiva sulla *Business Insurance* del 25 settembre 2007, la Commissione aveva rilevato come in Europa, per le imprese, il 20% della remunerazione del *broker* (valore superiore al 10% per l'Italia) era corrisposto direttamente dal cliente finale; si tratta di un valore che mostrava un deciso trend di crescita a partire dall'inizio del decennio.

Sotto un diverso profilo, si può invece sostenere che una ridotta attenzione ai costi di intermediazione, favorita anche dal ricorso a forme di remunerazione proporzionali al costo della polizza, determina il rischio di sostenere costi crescenti, senza che vi sia un miglioramento della qualità del servizio reso. Ciò rischia di accadere nel caso delle gare pubbliche per la scelta del *broker*, per le quali, la presunta gratuità del servizio spinge le stazioni appaltanti ad assegnare al prezzo un ruolo marginale, se non nullo, come accade per quelle gare in cui l'amministrazione fissa nel bando il valore minimo della commissione.

La presunta gratuità del servizio di intermediazione assicurativa è stata richiamata anche da diversi rispondenti alla consultazione. In particolare, si è sostenuto che le imprese di assicurazione prevedono, comunque, nel premio proposto, una commissione per l'intermediazione, volta a remunerare il proprio agente, da cui attingere la commissione per l'eventuale *broker*. In sostanza, la stazione appaltante pagherebbe lo stesso premio indipendentemente dalla presenza di un *broker*. Al riguardo, è stata citata taluna giurisprudenza, tra cui la sentenza della Corte dei Conti, Sezione Prima Giurisdizionale Centrale, del 17 aprile 2008, n. 179. In merito, può rilevarsi che se è vero che taluna giurisprudenza propende per la gratuità del servizio di brokeraggio assicurativo, *“l'orientamento prevalente (CdS, Sez. IV, n. 1019/2000; TAR Puglia, Lecce, Sez. II, n.4306/2004; C.G.A., Sez. Giurisdizionale, n.707/05; Sez. Emilia Romagna, sent. n. 319/2011) propende invece per considerare l'attività del broker normalmente onerosa: la provvigione pagata dall'impresa assicuratrice al broker normalmente si trasla sul premio assicurativo pagato dalla Pubblica Amministrazione. Il servizio di brokeraggio per la PA viene, pertanto, a configurarsi come un contratto non gratuito ma ad onerosità indiretta, a prescindere dalle espresse previsioni contrattuali che ne attestano la gratuità”* (Corte dei Conti, Sezione Giurisdizionale per la Campania, parere 10 ottobre 2012, n. 246).

Vale al riguardo anche quanto osservato dalla Corte dei Conti, Emilia Romagna: *“In realtà, l'affidamento della gestione del contratto di assicurazione direttamente al Broker, determina un costo indiretto per l'Ente secondo il meccanismo di caricamento sopra illustrato. Nel caso che ci occupa, le prestazioni del broker sono state remunerate non con riguardo al loro valore o costo intrinseco, ma con determinazione futura, applicando determinate percentuali sui premi da pagare*

alle società assicuratrici aggiudicatarie (art. 4 contratto). Il Comune di Parma, infatti, al momento di indire la gara sui servizi di brokeraggio, non sapeva quale sarebbe stato il costo ovvero il valore dei servizi di brokeraggio, ma poteva solo indicare nel bando, quanto aveva speso per il passato. Di conseguenza, solo nel momento successivo dell'aggiudicazione dell'appalto dei successivi e diversi contratti assicurativi, applicando la percentuale riconosciuta al broker sui premi pagati, il Comune ha potuto conoscere l'effettivo onere economico relativo alle prestazioni del broker.

Si realizza pertanto la singolare situazione per cui l'amministrazione appaltante non è in grado di predeterminare il valore posto a base dell'appalto per la scelta del Broker, giacché i corrispettivi riconosciuti all'intermediario, possono essere determinati nella loro entità solo ex post, in relazione all'onerosità complessiva di successivi e diversi contratti stipulati con altri soggetti a seguito dell'aggiudicazione della fornitura dei servizi assicurativi. Inoltre la clausola broker, comportando un compenso determinato percentualmente sull'ammontare dei premi, implica comunque un conflitto di interessi del broker, quantomeno per quella parte della sua stessa attività di tipo consulenziale prestata prima della gara” (Corte dei Conti, Sezione Giurisdizionale per l'Emilia Romagna, Sentenza 7 luglio 2011, n. 319).

Quello che la sentenza della Corte dei Conti, Emilia Romagna, come la richiamata sentenza 179/2008, afferma è la difficoltà di individuare e quantificare l'eventuale danno erariale derivante dalle modalità di affidamento del servizio di intermediazione, cosa ben diversa da un'asserita gratuità dello stesso.

Per altro verso, nel secondo documento di consultazione, sono state indicate le ragioni giuridiche ed economiche per le quali si ritiene non condivisibile la tesi sostenuta da parte degli intervenienti per cui la provvigione del *broker* graverebbe su quella riconosciuta all'agente assicurativo. In sintesi, si ricorda che non tutte le imprese di assicurazione si avvalgono di un agente con esclusiva bilaterale, esclusiva che, peraltro, è stata abrogata dai cosiddetti decreti di liberalizzazione Bersani. La quotazione dei rischi per gli enti pubblici non avviene di regola mediante l'applicazione di tariffe predeterminate in appositi tariffari (così come avviene per la clientela *retail*), che includono anche gli oneri di distribuzione, ma mediante la quotazione *ad hoc* del rischio. In un mercato concorrenziale, quale quello che dovrebbe essere garantito dai meccanismi di gara, le imprese dovrebbero tener conto degli oneri effettivamente sostenuti, compresi quelli eventuali per la presenza di un *broker* (e/o di un agente).

In definitiva, premesso che l'onere del servizio di intermediazione viene, seppure indirettamente, sostenuto dalla stazione appaltante, si osserva che le modalità di affidamento del servizio previste dalla maggior parte delle stazioni appaltanti finisce con l'alterare i corretti meccanismi di gara e per generare inevitabili conflitti di interesse. Non viene fissato, infatti, un premio a base di gara e, di conseguenza, potrebbero non essere rispettati le procedure e gli obblighi di trasparenza previsti dal Codice dei contratti, la valutazione delle offerte economiche viene effettuata su grandezze eterogenee (le percentuali su contratti sottoscritti con soggetti diversi dall'affidatario), che sono in parte legate al ruolo svolto dall'intermediario stesso.

Che l'attività di intermediazione assicurativa possa generare problemi di conflitti di interessi è un dato acquisito tanto nella letteratura economica, quanto nell'attività legislativa e regolatoria,

specie a seguito di taluni scandali avvenuti soprattutto negli Stati Uniti d'America. È bene precisare subito che la letteratura e le iniziative regolatorie intraprese non riguardano direttamente i servizi acquistati dalle pubbliche amministrazioni, ma sono maggiormente incentrate sugli effetti prodotti dagli assetti del mercato sui consumatori finali.

Le analisi economiche sviluppate a partire dagli inizi degli anni novanta avevano mostrato che i benefici per i consumatori sarebbero stati maggiori con un sistema di remunerazione dei *brokers* diretto; tale posizione era stata fatta propria anche dall'Office of Fair Trading⁶. Gravelle (1994) criticò questa posizione, sostenendo che queste analisi non tenevano in debito conto il fatto che i consumatori, per ottenere i servizi del *broker*, devono corrispondere la *fee* anche in assenza di acquisto di copertura assicurativa. Per stabilire quale sia il sistema di remunerazione preferibile occorrerebbe considerare congiuntamente l'utilità dei consumatori e dei *brokers*; Gravelle mostra che non si può stabilire a priori e per tutte le possibili situazioni quale sistema sia preferibile⁷.

Per quanto riguarda il possibile conflitto di interessi insito in un sistema basato sulle commissioni, vale a dire il rischio che l'intermediario cerchi di collocare il prodotto che offre una remunerazione all'intermediario maggiore, anche a scapito della qualità, Bentz (2001) sostiene che, sotto una serie di plausibili circostanze, la corresponsione di commissioni elevate all'intermediario può rappresentare un segnale di qualità per il consumatore⁸.

Considerando i problemi di incontro tra domanda e offerta di servizi assicurativi, Focht, Richter e Schiller (2012) dimostrano che se l'intermediario agisce in modo non strategico, non vi è differenza tra i due sistemi di remunerazione. Viceversa, se il *broker* riesce ad ottenere un potere di mercato, grazie alla conoscenza che ha sulle caratteristiche del mercato, le imprese sono indotte a riconoscergli un premio (sotto forma di *contingent commissions*⁹), allo scopo di non perdere quote di mercato. Tentativi di proibire per legge commissioni pagate dagli assicuratori potrebbero condurre a risultati inefficienti, qualora il *broker* volesse cercare di sfruttare comunque il proprio potere di mercato. In un mercato concorrenziale dei servizi di intermediazione, nel quale i *brokers* non possono ottenere rendite dalle imprese di assicurazione, è probabile che questi preferiscano un sistema basato sulle *fees* offrendo agli utenti finali servizi aggiuntivi¹⁰.

Hofmann e Nell (2008) sostengono che, in un mercato con prodotti differenziati e in cui coesistono consumatori con diversi livelli di informazione, la presenza di intermediari può condurre ad un equilibrio di mercato. In realtà, gli autori sostengono che un sistema basato sulle *fees* produce minori costi sociali, ma non permette il raggiungimento di un equilibrio stabile, che può invece essere garantito da un sistema basato sulle commissioni, nel quale le imprese ottengono profitti più

⁶ Si vedano al riguardo gli articoli di Ferling R.L. (1991), *Fees or Commissions?*, Best's Review - Life-Health Insurance Edition, 92, 7), 33, e Otis, L. H. (1991), *Buyers expecting fee-based services*, National Underwriter: Property and Casualty / Risk and Benefit Management, July 15, 9, e Office of Fair Trading (1990), *The Disclosure of Information about Life Insurance Products and the Commissions Paid to Independent Financial Advisors: The New Requirements of the Securities and Investment Board*, citati da Gravelle (1994).

⁷ Gravelle H. (1994), *Remunerating Information Providers. Commissions versus Fees in Life Insurance*, The Journal of Risk and Insurance, 61, 3.

⁸ Bentz A. (2001), *Is Commission-Based Financial Advice Always Bad Advice?*, CMPO Working Paper Series n. 01/42.

⁹ In questo documento non è analizzata in dettaglio la vasta letteratura sugli effetti delle *contingent commissions*, in quanto si ritiene che queste non dovrebbero interessare il settore pubblico, a meno di comportamenti non corretti da parte degli intermediari.

¹⁰ Focht U., Richter A. e Schiller J. (2012), *Intermediation and Matching in Insurance Markets*, Journal of Risk and Insurance, in corso di pubblicazione.

elevati. Modificando la propria analisi, Hofmann e Nell (2011) sostengono che un sistema basato sulle commissioni rende più facile la collusione tra imprese e, comunque, il perseguimento di maggiori profitti da parte delle stesse e ciò spiegherebbe il motivo per cui questo sistema si è imposto nel mercato, nonostante la superiorità dell'altro da un punto di vista di benessere sociale¹¹.

Sotto un diverso profilo, analizzando il ruolo che i *brokers* saranno chiamati a svolgere nel prossimo futuro, attraverso un'analisi basata su interviste approfondite a rappresentanti di importanti imprese multinazionali, Maas (2010) sostiene che, per effetto della crescente importanza dei servizi di consulenza, la remunerazione dei *brokers* dovrebbe modificarsi verso un sistema basato sulle *fees* corrisposte dai clienti¹². Tale posizione sembra confermare il dato, già richiamato, contenuto nell'Indagine Conoscitiva sulla *Business Insurance* della Commissione europea circa il crescente peso della remunerazione diretta da parte dei clienti finali, come conseguenza anche del diverso ruolo richiesto ai *brokers*.

In definitiva, seppure non sembri esistere una letteratura specifica sui rapporti tra servizi di intermediazione assicurativa e appalti, sembra potersi affermare che i contributi teorici recenti, pur riconoscendo il ruolo fondamentale dei *brokers* nel permettere l'incontro tra un'offerta di prodotti assicurativi differenziata e una domanda eterogenea, indichino che il sistema basato sulle commissioni si è affermato in mercati caratterizzati da ridotta pressione concorrenziale e che lo stesso non sia idoneo a rispondere ad una domanda crescente di servizi personalizzati e di consulenza da parte della clientela finale.

L'esistenza di possibili conflitti di interesse è stata evidenziata anche nella richiamata Indagine Conoscitiva della Commissione europea, e deriva dal duplice ruolo svolto dal *broker* quale consulente per il cliente finale e canale distributivo per le imprese di assicurazione. Secondo la Commissione, il conflitto di interessi può essere mitigato da una completa *disclosure* circa la remunerazione che il *broker* riceve dalle imprese di assicurazione e i servizi che svolgono per queste ultime; tuttavia, la Commissione esprime dubbi circa il fatto che tale misura sia sufficiente, soprattutto nel caso di forme di remunerazione idonee a conformare gli interessi del *broker* con quelli delle imprese di assicurazione¹³.

Il problema del conflitto di interessi è stato affrontato anche dai diversi regolatori nazionali che hanno adottato al riguardo soluzioni diverse. Da una parte, vi sono i paesi scandinavi (Finlandia, Danimarca e, in parte, Svezia), a cui guardano anche quelli baltici, che hanno risolto drasticamente la questione, proibendo qualsiasi forma di remunerazione del *broker* da parte dell'impresa di assicurazione. In Finlandia, il passaggio ad un nuovo sistema di remunerazione dei

¹¹ Hofmann A. e Nell M. (2008), *The Impact of Intermediary Remuneration in Differentiated Insurance Markets*, Working Papers on Risk and Insurance, Hamburg University, n. 22, February e Hofmann A. e Nell M. (2011), *Information Cost, Broker Compensation and Collusion in Insurance Markets*, Schmalenbach Business Review, 63, July.

¹² Mass P. (2010), *How Insurance Brokers Create Value-A Functional Approach*, Risk Management and Insurance Review, 13, 1.

¹³ Si veda al riguardo anche Marano P. (2008), *La concorrenza tra intermediari assicurativi: prospettive di regolazione europea e interventi di liberalizzazione nazionali*, in Marano P. e Siri M. (a cura di), *La regolazione assicurativa dal Codice ai provvedimenti attuativi*, Giappichelli, Torino. Nel Commission Staff Working Document - Impact Assessment di accompagnamento alla proposta di modifica alla Direttiva sulla Intermediazione Assicurativa, la Commissione afferma: "Conflicts of interest stemming from remuneration structures can lead to consumer harm in two slightly different ways: either through a lock-in of intermediaries into quasi-exclusive dealing arrangements with a single upstream insurance company (whereby consumers turning to the intermediary will not have sufficient choice to best satisfy their needs); or through biased advice (...) to the consumer".

brokers è derivato innanzitutto da un'iniziativa assunta dall'Associazione di categoria delle imprese di assicurazione che in una raccomandazione del 2002 aveva invitato le proprie aderenti a quotare il premio netto; ciò poiché, qualora la commissione del *broker* fosse stata inclusa nel premio, sarebbe stata soggetta al pagamento dell'imposta del 22% gravante sui premi assicurativi, imposta non dovuta nel caso di remunerazione diretta da parte del cliente finale. Il sistema di *net quoting* è stato recepito nel Finnish Insurance Mediation Act (570/2005) che proibisce il pagamento di commissioni ai *brokers* da parte delle imprese di assicurazione¹⁴. Gli effetti di tale iniziativa, secondo uno studio della PWC Luxembourg per conto della Commissione europea, sono controversi, in quanto vi è chi ritiene che tale misura sia stata idonea a rimuovere i conflitti di interesse, mentre altri hanno evidenziato la riduzione del numero di *brokers* nel mercato (anche se occorre osservare che i processi di concentrazione del mercato sono comuni anche a contesti in cui non vi sono simili divieti) e la crescente difficoltà di ingresso nel mercato assicurativo da parte di imprese estere che avrebbero maggiori difficoltà ad accedere ai canali distributivi alternativi ai *brokers*¹⁵.

Altri paesi hanno adottato soluzioni distinte che prevedono forme obbligatorie o facoltative di *disclosure* sulla remunerazione da parte dei *brokers*. In Spagna, inoltre, i *brokers* non possono accettare remunerazioni da parte delle imprese di assicurazione diverse dalle commissioni. Una spinta verso una maggiore *disclosure* sembra la soluzione indicata anche dalla Commissione europea, anche se, nella proposta di revisione della direttiva di intermediazione, viene rimessa la scelta agli Stati membri.

Nel proprio contributo alla seconda consultazione, l'Aiba ha proposto come soluzione subordinata rispetto alla *“preferibile ipotesi del mantenimento di una percentuale riferita ad un premio da aggiudicare con successiva gara”*, quella per cui *“l'Ente Pubblico, che si avvale del broker, potrà indicare nel bando la quantificazione della percentuale richiesta per lo svolgimento del proprio servizio, commisurandola non già ai premi della stipulanda polizza, bensì ai premi pagati e contabilizzati nell'anno precedente, rendendo così certo l'onere in capo all'Amministrazione, senza eliminare la traslazione di tale onere sull'assicuratore che si aggiudicherà i futuri contratti”*.

Secondo l'Aiba, ciò permetterebbe di superare i problemi di incertezza nella valutazione delle offerte economiche e di possibili incentivi distorti all'attività dell'intermediario e *“allo stesso tempo questa soluzione non altererebbe l'uso negoziale, diffuso a livello internazionale e come tutti gli usi commerciali del tutto consolidato nel mercato, di porre l'onere della retribuzione del broker a carico della compagnia di assicurazione e non dell'ente assicurato.*

È peraltro, quella descritta, l'unica condizione alla quale è ipotizzabile, in un periodo di spending review e di notevole contrazione dei bilanci delle P.A., che le stesse possano continuare ad avvalersi del consulente mediatore, al quale dovrebbero altrimenti rinunciare, con gravi effetti non solo per l'efficienza e la razionalità del sistema assicurativo delle P.A. ma anche con grave nocumento dei consumatori utenti dei servizi assicurati, e dunque dell'intera collettività”.

¹⁴ Cfr. Contributo della Federation of Finnish Financial Services alla Commission Interim Report on Business Insurance Market.

¹⁵ PWC Luxembourg (2011), *Study on the impact of the revision of the Insurance Mediation Directive*.

In definitiva, per le stazioni appaltanti sono percorribili 3 strade alternative: a) mantenimento delle modalità tradizionalmente seguite con la commissione calcolata in percentuale dei premi futuri e a carico delle imprese; b) commissione calcolata sulla base di valori certi e a carico delle imprese; c) commissione calcolata sulla base di valori certi e corrisposta direttamente dalla stazione appaltante. Nella tabella seguente si provano a riassumere, senza pretesa di esaustività, alcuni dei vantaggi e degli svantaggi potenzialmente associati alle tre opzioni (naturalmente possono esservi dubbi se alcuni effetti delle diverse soluzioni debbano essere considerati favorevolmente o negativamente):

Soluzione	Pro	Contro
Situazione attuale	Possibilità di continuare con meccanismi di aggiudicazione consolidati.	Indeterminatezza della remunerazione <i>ex-ante</i> e possibile alterazione dei meccanismi di aggiudicazione. Incentivi distorti per il <i>broker</i> . Aumento dei costi di intermediazione all'aumentare del prezzo delle coperture assicurative. Mancata remunerazione del <i>broker</i> in caso di gara per i servizi assicurativi non aggiudicata.
Commissioni calcolate su valori certi e a carico delle imprese di assicurazione	Si minimizzano alcuni dei problemi presenti nella situazione attuale. Il compenso del <i>broker</i> viene "sganciato" dai premi futuri e l'offerta economica può essere oggetto di valutazione diretta nell'affidamento dei servizi di intermediazione. Si riducono i rischi di conflitto di interessi. Dovrebbero essere ridotti i rischi di mancata copertura finanziaria per il pagamento della remunerazione del <i>broker</i> .	Non sembra possibile introdurre meccanismi "premianti" per il <i>broker</i> nel caso del raggiungimento di obiettivi prefissati nel bando. Permane il problema di come remunerare il <i>broker</i> nel caso di mancata aggiudicazione dei servizi assicurativi. Si pone il problema di quale/i impresa/e debba/debba pagare i servizi di brokeraggio in caso di sottoscrizione di più contratti assicurativi.
Commissioni calcolate su valori certi e a carico delle stazioni appaltanti	Si minimizzano alcuni dei problemi presenti nella situazione attuale. Il compenso del <i>broker</i> viene "sganciato" dai premi futuri e l'offerta economica può essere oggetto di valutazione diretta nell'affidamento dei servizi di intermediazione. Si riducono i rischi di conflitto di interessi. Si possono introdurre meccanismi premianti per il <i>broker</i> in caso di raggiungimento di determinati obiettivi. Il <i>broker</i> viene compensato indipendentemente dall'esito delle gare assicurative.	Vi possono essere problemi di bilancio per talune stazioni appaltanti, rappresentate da difficoltà di accantonamento delle somme necessarie per remunerare il <i>broker</i> . Possono divenire più incerti i tempi di pagamento del <i>broker</i> . Vi può essere un rischio di aumento dei costi complessivi assicurativi, qualora le imprese non quotino il rischio tenendo conto che l'attività del <i>broker</i> viene ora remunerata direttamente dalle stazioni appaltanti.

L'esito complessivo derivante dall'adozione di uno dei tre meccanismi di remunerazione descritti, o della compresenza dei tre meccanismi, dipende ovviamente dalle concrete dinamiche concorrenziali che si affermeranno nei mercati dell'intermediazione assicurativa e in quelli assicurativi propriamente intesi.

4.3 Criteri di aggiudicazione e requisiti di partecipazione

L'ultimo paragrafo richiama la necessità di evitare taluni requisiti di partecipazione e/o criteri di valutazione, basati su elementi di fatturato o di localizzazione, che sono stati già oggetto di numerosi interventi da parte dell'Autorità. Su tali elementi non sembrano essere emerse indicazioni contrarie da parte degli intervenuti, così come sull'imposizione di un limite minimo sul valore che può assumere la commissione riconosciuta agli intermediari di assicurazione, per cui non si ritiene di dover compiere ulteriori approfondimenti.