

Parere n.1 del 29/07/2014

PREC 71/14/S

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n), del d.Lgs. n. 163/2006 presentata da Kosmos Insurance Broker – Procedura aperta per l'affidamento del Servizio di brokeraggio assicurativo – Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa - Importo a base d'asta euro 147.409,37 - S.A.: provincia di Pescara.

Artt. 39, 41 e 42 d.lgs. n. 163/2006.

Il Consiglio

Considerato in fatto

Con istanza pervenuta in data 25 marzo 2014, Kosmos Insurance Broker (d'ora in avanti, Kosmos) ha chiesto un parere in merito alla procedura aperta avviata dalla Provincia di Pescara, relativa all'appalto del Servizio di brokeraggio assicurativo, da affidare mediante il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per un importo a base di gara pari ad euro 147.409,37.

Al riguardo, l'istante ha rappresentato che tra i requisiti minimi di ammissione alla gara, la Provincia di Pescara ha previsto che i concorrenti dovessero possedere i seguenti: iscrizione da almeno tre anni al Registro Unico degli Intermediari assicurativi, ex art.109 del d.lgs.n.209/2005; aver intermediato premi assicurativi a favore della pubblica amministrazione, nel triennio precedente l'appalto, per almeno euro 3.000.000,00 (tremilioni); aver svolto, nel triennio precedente l'appalto, almeno dieci incarichi di brokeraggio/intermediazione e consulenza assicurativa a favore di enti pubblici territoriali, di cui almeno uno in favore di una regione o una provincia o un comune con popolazione superiore a 50.000 abitanti.

Riguardo al primo dei requisiti indicati, l'istante ha rilevato che l'iscrizione al Registro Unico degli Intermediari Assicurativi è il titolo abilitante alla professione di Broker, obbligatorio per legge. Esso costituisce un requisito di idoneità professionale, ai sensi dell'art. 39 del d.lgs. n.163/2006. Tuttavia, l'iscrizione da almeno tre anni a tale Registro, non è garanzia di esperienza dell'intermediario che partecipa alla gara, poiché la data di iscrizione al R.U.I. non necessariamente coincide con la data di inizio dell'attività dell'intermediario. Infatti gli intermediari possono essere iscritti nel Registro Unico anche come "inoperativi" (Regolamento ISVAP n.5 del 16.10.2006, Parte II e Parte III). Tale requisito, pertanto, rappresenta una illogica limitazione all'accesso alla gara per gli operatori economici che risultano iscritti al R.U.I. da meno di tre anni, mentre non costituisce in alcun modo un elemento di maggiore garanzia per la stazione appaltante. Inoltre, l'esperienza dell'intermediario attiene alla sua tecnica e professionale ex art.42 del d.lgs. n.163/2006 e, pertanto, dovrebbe essere dimostrata in tale ambito, e non nel contesto del requisito di idoneità professionale ex art.39 del d.lgs. n.163/2006.

L'istante ha, poi, osservato che il requisito fissato dalla stazione appaltante relativo al numero di incarichi di brokeraggio/intermediazione assicurativa svolti nel triennio precedente a favore di enti pubblici territoriali, attiene alla tecnica del concorrente, ex art. 42 del d.lgs. n.163/2006, la quale può essere dimostrata in uno o più dei modi elencati al comma 1 di tale disposizione. Il secondo comma del medesimo articolo (in linea con quanto previsto dall'art.48 della Direttiva comunitaria 18/2004 CE) dispone che la stazione appaltante precisi, nel bando di gara o nella lettera di invito, quali dei documenti e dei requisiti indicati al comma 1 debbono essere presentati e dimostrati dai concorrenti.

Sulla base di tali considerazioni, l'istante ritiene che il requisito minimo richiesto dalla provincia di Pescara riguardo gli incarichi di brokeraggio/intermediazione assicurativa, sia sproporzionato e irragionevole in rapporto all'oggetto dell'appalto.

Tra i modi previsti dall'art. 42, comma 1, del d.lgs. n.163/2006, per dimostrare la capacità tecnica, vi è anche la presentazione dell'elenco dei principali servizi prestati negli ultimi tre anni, con l'indicazione degli importi, delle date e dei destinatari, pubblici o privati, dei servizi stessi; se

trattasi di servizi prestati a favore di amministrazioni o enti pubblici, essi sono provati da certificati rilasciati e vistati dalle amministrazioni o dagli enti medesimi; se trattasi di servizi prestati a privati, l'effettuazione effettiva della prestazione è dichiarata da questi o, in mancanza, dallo stesso concorrente.

Secondo l'istante, la provincia di Pescara nel bando di gara ha ristretto la possibilità di dimostrare la capacità tecnica del concorrente, limitandola ai soli servizi di brokeraggio svolti in favore di enti pubblici e, in particolare, di enti territoriali, escludendo eventuali servizi di brokeraggio prestati in favore di altre amministrazioni o enti pubblici (quali amministrazioni dello Stato, aziende sanitarie o ospedaliere, ATER, consorzi, IPAB, Università, etc.). Per di più, tale illogica limitazione è stata ulteriormente inasprita con la previsione che il concorrente deve provare di aver svolto almeno un servizio in favore di una regione o di una provincia o di un comune con popolazione superiore a 50.000 abitanti.

E' stato, inoltre, osservato che tale impostazione determina una valutazione riduttiva della capacità tecnico-professionale del Broker assicurativo, il quale potrebbe avere un'esperienza ed una competenza in materia di rischi e coperture assicurative di complessità ben superiore a quelli tipici di un ente territoriale (si pensi ai rischi specifici delle aziende operanti nei diversi settori dell'industria e dei servizi, che richiedono lo studio ed il piazzamento di coperture assicurative complesse), irrilevante per la provincia di Pescara la quale non ne terrebbe conto ai fini della partecipazione alla gara.

Il requisito relativo ai premi assicurativi intermediati a favore della pubblica amministrazione nel triennio precedente attiene alla capacità economica e finanziaria del concorrente, ex art. 41 comma 1 lettera c) del d.lgs. n.163/2006. In relazione all'ipotesi prevista al comma 3 di tale articolo, l'istante ha chiesto alla stazione appaltante di conoscere quali documenti alternativi fossero considerati idonei per provare la capacità economica e finanziaria del concorrente. La provincia di Pescara, con nota del 05.03.2014 ha precisato che la documentazione alternativa da sottoporre al giudizio di idoneità della stazione appaltante non è stabilita a priori né potrebbe esserlo data la varietà della possibile documentazione in possesso degli operatori economici, ma può essere valutata contestualmente alla motivazione obbligatoria che il concorrente deve specificare.

In ogni caso, secondo l'istante: - l'importo minimo richiesto dalla stazione appaltante, per quanto riguarda i premi assicurativi intermediati nel triennio precedente, appare sproporzionato poiché la spesa assicurativa annuale della provincia di Pescara ammonta ad euro 595.000,00, come si evince dall'elenco delle polizze riportato all'art. 3 del Capitolato speciale; - l'importo a base di gara (Euro 147.409,37 nel biennio) è riferito alle provvigioni (che rappresentano i ricavi del broker), mentre la capacità economico finanziaria viene misurata sulla base dei premi intermediati (che non rappresentano il fatturato del concorrente, poiché i premi assicurativi incassati vengono riversati dal Broker alle rispettive Imprese assicuratrici).

Per quanto attiene l'offerta economica, l'istante ha rilevato che i punteggi vengono attribuiti in base a scale predeterminate di percentuali provvigionali per il Broker. Il punteggio massimo si realizza a fronte di provvigioni non superiori al 5% sui premi delle polizze RCA/ARD e non superiori al 9% sui premi di tutte le altre polizze. Quindi, la *lex specialis* induce i Brokers concorrenti ad allinearsi sui valori provvigionali corrispondenti al punteggio più elevato. In pratica, tutti i partecipanti possono ottenere i 40 punti disponibili e, quindi, la gara si gioca sui 60 punti riservati all'offerta tecnica, venendo meno un elemento essenziale della "offerta economicamente più vantaggiosa", cioè il prezzo.

E' singolare che una stazione appaltante garantisca un livello minimo di remunerazione all'operatore economico, fissando essa stessa le percentuali provvigionali da applicare sui premi assicurativi pagati dall'ente, alle quali corrispondono i massimi punteggi ottenibili per l'offerta economica (una provvigione del 5% sui premi delle polizze RCA/ARD e una provvigione del 9% sui premi delle altre polizze). Un sistema di remunerazione dell'intermediario basato su percentuali provvigionali genera un compenso variabile nel tempo in funzione delle oscillazioni dei premi assicurativi pagati dall'ente, a fronte di un servizio - svolto come da Capitolato - che resta, invece, invariato. Favorire

la concorrenza degli operatori economici anche sulla componente "prezzo" non significa in alcun modo pregiudicare la qualità del servizio offerto. Infatti, la combinazione del "merito tecnico" e del "prezzo" è finalizzata proprio ad individuare l'offerta economicamente più vantaggiosa, come avviene in tutti gli appalti pubblici che vengono aggiudicati utilizzando questo criterio.

A riscontro della richiesta di informazioni effettuata nell'istruttoria procedimentale, la provincia di Pescara ha rilevato, preliminarmente, che Kosmos non sarebbe portatore di un interesse utile per attivare la procedura di cui al comma 7, lettera n), dell'articolo 6 del d.lgs. 163/2006, in quanto non ha partecipato alla procedura ad evidenza pubblica.

Ciò posto, la stazione appaltante ha rilevato che i requisiti in contestazione sono legittimi in quanto tendenti ad assicurare un livello minimo di garanzia per l'ente, in relazione alla qualità e all'esperienza del broker.

La provincia di Pescara ha poi escluso che il bando così formulato abbia indebitamente limitato l'accesso alla procedura da parte degli operatori economici interessati, tenuto conto che nove sono state le offerte pervenute e ha chiarito, infine, che l'istante, ove non direttamente in possesso dei requisiti richiesti, avrebbe potuto comunque partecipare alla procedura *de qua* utilizzando gli istituti del raggruppamento di imprese o dell'avvalimento.

Ritenuto in diritto

La questione controversa oggetto del presente esame concerne la legittimità della *lex specialis* di gara predisposta dalla provincia di Pescara per l'affidamento del servizio di brokeraggio assicurativo, per le ragioni evidenziate in fatto.

Al riguardo va preliminarmente disattesa l'eccezione con la quale la provincia di Pescara ha rilevato che Kosmos non sarebbe portatore di un interesse utile per attivare la procedura di cui al comma 7, lettera n), dell'articolo 6, del d.lgs.163/2006, in quanto non ha partecipato alla procedura ad evidenza pubblica.

Infatti, ai sensi, dell'art. 2, c. 2, del Regolamento sul procedimento per la soluzione delle controversie ai sensi dell'art. 6, comma 7, lettera n), del decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163, può presentare istanza di parere non solo l'operatore economico che abbia partecipato alla procedura di scelta del contraente, ma anche l'operatore che insorga avverso clausole ritenute ostative alla partecipazione alla procedura ad evidenza pubblica.

Nel caso di specie, Kosmos lamenta, tra l'altro, l'illegittimità di clausole riguardanti requisiti di partecipazione dei quali non è in possesso (ostative, quindi, alla partecipazione), ragione per cui l'istanza di parere è ammissibile.

Ciò posto, va considerato che la sezione III del bando stabilisce i seguenti requisiti minimi (che il concorrente avrebbe dovuto attestare di possedere, a pena di esclusione, mediante dichiarazione da inserire nella busta A-Documenti dell'offerta: **a)** iscrizione nel Registro delle Imprese della competente CCIAA per attività inerenti l'appalto; **b)** iscrizione da almeno 3 anni al R.U.I. art. 109 del d.lgs. n. 209/05; **c)** possesso polizza assicurativa RC per negligenze od errori professionali di cui agli artt. 110/112 del d.lgs.n. 209/05 con un massimale pari o superiore ad euro 2.500.000,00; **d)** possesso di due idonee dichiarazioni bancarie; **e)** aver intermediato premi assicurativi a favore della pubblica amm.ne nel triennio precedente l'appalto per euro 3.000.000,00; **f)** aver svolto nel triennio precedente l'appalto n. 10 incarichi di brokeraggio/intermediazione e consulenza assicurativa a favore di enti pubblici territoriali di cui n. 1 in favore di una regione, una provincia o un comune con popolazione superiore a 50.000 abitanti.

L'istante contesta la correttezza dei requisiti indicati alle lettere b), e) ed f).

Riguardo al primo dei requisiti indicati, deve ritenersi che l'iscrizione triennale al Registro Unico degli Intermediari Assicurativi, fatte salve particolari eccezioni (evidenziate dall'istante e consistenti nel fatto che la data di iscrizione al R.U.I. non sempre coincide con la data di inizio attività dell'intermediario, come, ad esempio, nel caso di intermediari cd. "inoperativi": cfr. Regolamento ISVAP n.5 del 16.10.2006, Parte II e Parte III), costituisca garanzia di esperienza dell'intermediario che partecipa alla gara.

Tale requisito, pertanto, non rappresenta una illogica limitazione all'accesso alla gara.

Nel caso di specie, il requisito dell'iscrizione triennale è stato fissato in coerenza con il requisito di cui alla lettera e) sopra indicata, essendo evidente che l'operatore economico avrebbe potuto intermediare premi assicurativi in favore della pubblica amministrazione nel triennio precedente l'appalto solo se fosse stato iscritto in tale periodo al R.U.I.

Peraltro, la stazione appaltante, richiamando il disposto del comma 3 dell'articolo 41 del Codice dei Contratti, ha ammesso la possibilità per il concorrente di esonerarsi in parte dalla dimostrazione dei requisiti di capacità economico-finanziaria richiesti nel bando, a condizione che, nell'esplicitarne il giustificato motivo alla stregua della normativa richiamata, produca contestualmente la documentazione alternativa atta a comprovare il possesso del requisito richiesto in sede di gara (cfr. parere AVCP n.53 del 10/04/2013).

Per quanto concerne il requisito di cui alla lettera e) del disciplinare di gara (aver intermediato premi assicurativi a favore della pubblica amministrazione nel triennio precedente l'appalto per 3.000.000,00 di euro), va considerato che la tecnica del concorrente può essere dimostrata in uno o più dei modi elencati al comma 1 dell'art. 42 del d.lgs. n.163/2006. Spetta alla stazione appaltante stabilire, nel bando di gara o nella lettera di invito, quali dei documenti e dei requisiti indicati al citato comma 1 dell'articolo 42 devono essere presentati e dimostrati dai concorrenti.

A tale riguardo, l'AVCP ha precisato che: - "l'elenco contenuto nella norma in esame (art.42 del D.Lgs. n.163/2006), a differenza di quello dell'art.41, è stato considerato tassativo, tanto è vero che la Corte di Giustizia Europea ha già da tempo affermato l'illegittimità della prescrizione da parte dell'amministrazione aggiudicatrice di mezzi di prova di capacità tecniche e professionali dei concorrenti diversi da quelli contemplati dalle direttive, pena non solo la violazione del principio di parità di trattamento, ma anche il netto contrasto con le esigenze di integrazione comunitaria." (parere di precontenzioso n.177 del 20.10.2010); "Per quanto concerne, in particolare, i requisiti di capacità tecnica, la Corte di Giustizia europea ha affermato l'illegittimità dell'operato della stazione appaltante che impone mezzi di prova diversi da quelli contemplati dalla disciplina comunitaria al fine di dimostrare il possesso dei requisiti (Corte Giust. Comunità Europea 17 novembre 1993, causa n. C-71/92). Tuttavia, è ammissibile fissare nel bando di gara requisiti (non tipologicamente ulteriori, ma) più stringenti sul piano quantitativo rispetto a quelli previsti nell'elencazione legislativa (Cons. Stato, Sez. V, 7 aprile 2006, n.1878), purché siano rispettati i limiti della ragionevolezza e della proporzionalità. In sostanza, è necessario che la discrezionalità della stazione appaltante nella fissazione dei requisiti sia esercitata in modo tale da non correre il rischio di restringere in modo ingiustificato lo spettro dei potenziali concorrenti o di realizzare effetti discriminatori tra gli stessi, in linea con quanto stabilito dall'art. 44, par. 2 della direttiva 2004/18/CE secondo il quale i livelli minimi di requisiti per un determinato appalto devono essere connessi e proporzionati all'oggetto dell'appalto stesso." (parere di precontenzioso n.46 del 10.03.2011).

Nel caso di specie, il requisito di cui alla lettera e) del disciplinare di gara non risulta sproporzionato considerando che il valore delle polizze dell'ente supera il milione e mezzo (cui vanno aggiunte le regolazioni dei premi per i costi delle franchigie) e che le polizze in questione sono caratterizzate da un apprezzabile livello di specialità, essendo finalizzate alla copertura di rischi derivanti dalla gestione della rete viaria e della incolumità dei cittadini, del patrimonio mobiliare e immobiliare dell'ente e della gestione del personale.

In sostanza, la stazione appaltante ha fissato il requisito di partecipazione in questione (giustificato dalle specifiche esigenze indicate) senza violare i principi di proporzionalità e ragionevolezza, e non limitando indebitamente l'accesso alla procedura di gara, come risulta confermato, a posteriori, dal fatto che alla stessa hanno partecipato nove concorrenti.

Riguardo, infine, al requisito di cui alla lettera f) del disciplinare di gara (aver svolto nel triennio precedente l'appalto n. 10 incarichi di brokeraggio/intermediazione e consulenza assicurativa a favore di enti pubblici territoriali di cui n. 1 in favore di una regione, una provincia o un comune con popolazione superiore a 50.000 abitanti), va considerato che la richiesta di una specifica

esperienza pregressa relativa ad enti pubblici territoriali appare logica e ragionevole in quanto la stazione appaltante è un ente territoriale.

Le esigenze assicurative di un ente pubblico territoriale, del resto, sono riconducibili alla tutela delle responsabilità, del patrimonio immobiliare e mobiliare, delle persone che operano in favore dello stesso e dei rischi oggetto di assicurazione dell'ente, che presentano peculiarità particolari rispetto agli analoghi aspetti riguardanti soggetti privati, anche in considerazione del numero di abitanti dell'ente e del connesso livello delle funzioni e delle competenze svolte.

Peraltro, i dieci incarichi svolti nel triennio possono avere avuto ad oggetto il brokeraggio, l'intermediazione e la consulenza assicurativa, sicché, anche sotto questo profilo, la clausola contestata non risulta eccessivamente restrittiva.

Infine, va rilevato che solo uno dei dieci incarichi in questione deve essere stato svolto in favore di una regione, di una provincia o di un comune con popolazione superiore a 50.000 abitanti (dimensioni analoghe a quelle del committente).

Per quanto attiene l'offerta economica, invece, i rilievi dell'istante appaiono fondati in quanto i punteggi risultano attribuiti in base a scale predeterminate di percentuali provvigionali per il Broker ed il punteggio massimo si realizza a fronte di provvigioni non superiori al 5% sui premi delle polizze RCA/ARD e non superiori al 9% sui premi di tutte le altre polizze.

Come correttamente rilevato dall'istante, ciò induce i Brokers concorrenti ad allinearsi sui valori provvigionali corrispondenti al punteggio più elevato e, quindi, tutti i concorrenti possono ottenere i 40 punti disponibili, inducendo la stazione appaltante ad individuare il contraente mediante l'attribuzione dei 60 punti riservati all'offerta tecnica, con il conseguente venir meno un elemento essenziale della "offerta economicamente più vantaggiosa": il prezzo.

Al riguardo, si richiama la determinazione A.V.C.P. n.2 del 13 marzo 2013, nella quale si evidenzia come la prassi consolidata di remunerare il lavoro dell'intermediario sulla base di una percentuale dei premi futuri di assicurazione, a carico delle Imprese assicuratrici, appare idonea ad alterare i corretti meccanismi dell'evidenza pubblica. Al punto 4.3 della predetta determinazione si legge: "Si è osservato che in numerose gare le stazioni appaltanti, in caso di utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, tendono a valutare l'offerta economica sulla base di formule a punteggio assoluto, ponendo soglie inferiori e superiori per la percentuale della commissione richiesta. Ad esempio, si assegna il punteggio massimo se la commissione richiesta è pari o inferiore alla soglia prefissata, un punteggio pari a zero se la commissione è pari o superiore alla soglia massima prevista. Di regola, in gare siffatte, si osserva la tendenza di tutti gli operatori economici concorrenti ad offrire un prezzo allineato sul valore sufficiente ad ottenere punteggio massimo. Criteri di valutazione dell'offerta economica basati sul punteggio assoluto con una soglia prefissata finiscono, dunque, con l'allineare le offerte economiche e, quindi, con lo svilire completamente la componente di prezzo nell'ambito dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Peraltro, poiché tutti gli operatori economici appaiono in grado di offrire il prezzo minimo indicato dalla stazione appaltante, si può dedurre che la stessa avrebbe potuto ottenere sconti maggiori rispetto a quelli prefissati." (cfr anche parere di precontenzioso n.172 del 23.10.2013).

In base a quanto sopra considerato, pertanto,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che:

- i requisiti di ammissione previsti ai punti b), e) ed f) del disciplinare di gara siano legittimi;
- non sia legittima l'attribuzione di punteggi dell'offerta economica in base a scale predeterminate di percentuali provvigionali per il Broker.

Il Presidente: Raffaele Cantone

Depositato in data 6 agosto 2014
Il Segretario Maria Esposito