

Parere n.18 del 30/01/2014

PREC 204/13/S

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dalla CONSULBROKERS S.p.A. – Procedura negoziata senza pubblicazione del bando di gara per una “Indagine di mercato mirata alla eventuale acquisizione di una polizza assicurativa RTC/RCO” – Criterio di aggiudicazione: Offerta economicamente più vantaggiosa – Importo a base di gara: non indicato – S.A.: Comune di Melfi.

Gara per l'affidamento del servizio assicurativo. Indagine di mercato.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

La società CONSULBROKERS SpA ha presentato, in data 5 luglio 2013, l'istanza di parere in oggetto, con cui ha chiesto l'avviso dell'Autorità in merito alla conduzione della procedura bandita dal Comune di Melfi per una “Indagine di mercato mirata alla eventuale acquisizione di una polizza assicurativa RTC/RCO”. L'istante ha premesso che, unitamente ad altri broker del ramo assicurativo, è stato invitato a partecipare a tale selezione, ma ha ritenuto di evidenziare alla S.A. che la stessa appariva in contrasto con la normativa di settore nonché con i pronunciamenti anche di questa Autorità.

In particolare, l'istante ha posto in risalto la mancanza di qualsiasi indicazione della base d'asta, della durata del contratto, dei criteri di aggiudicazione, della misura della commissione prevista per il broker, e quindi il carattere carente e approssimativo dell'intero impianto di gara.

L'istante, come diffusamente argomentato nella fitta corrispondenza intercorsa con l'Amministrazione aggiudicatrice, ha lamentato anche la illegittima commistione tra scelta del broker e della compagnia assicuratrice, in quanto andrebbero affidate a due differenti ed autonome procedure selettive ordinate in sequenza logica ed entrambe improntate ai criteri di trasparenza e parità di trattamento, che impongono la previa definizione dei criteri di aggiudicazione e della commissione di brokeraggio.

A riscontro dell'istruttoria procedimentale, la Società istante ha altresì prodotto copia della determina del Comune di Melfi di aggiudicazione provvisoria della procedura in oggetto, rilevando che l'Amministrazione non ha dato seguito alla domanda di accesso agli atti di gara.

La Stazione appaltante ha prodotto memoria con la quale ha confermato la correttezza del proprio operato, rappresentando che la procedura è stata dettata dall'esigenza di sopperire alle difficoltà conseguenti alla disdetta unilaterale del contratto assicurativo in essere, e ritenendo di attivare una indagine di mercato tra professionisti broker sulla base di taluni parametri di riferimento (tipo di franchigia, incidenza della sinistrosità, dimensioni demografiche del Comune), stante l'oggettiva impossibilità di determinare la base d'asta e la durata del contratto, comunque da intendersi non inferiore all'annualità.

Ritenuto in diritto

La questione posta all'attenzione dell'Autorità investe la legittimità dell'indagine di mercato attivata dal Comune di Melfi e la indebita commistione tra scelta del broker e della compagnia assicuratrice.

In particolare, emerge dagli atti dell'istruttoria che, a seguito della rescissione del contratto stipulato con ARISCOM per una spesa di € 35.000,00, per la copertura assicurativa del rischio di responsabilità civile dell'Ente verso terzi e verso prestatori d'opera (RTC/RCO) per la durata di anni tre, il Responsabile del Servizio rilevava “che l'Ente intende verificare attraverso la professionalità di broker abilitati la possibilità di ottenere un contratto di assicurazione RTC/RCO

che sia conveniente, ed in linea con i prezzi di mercato attraverso una indagine di mercato". A tale scopo, allegato al citato provvedimento un capitolato di polizza RTC/RCO "al fine di una comparazione equa e priva di equivoci interpretativi", il Comune di Melfi attivava una procedura di indagine di mercato, invitando cinque broker che operano in ambito assicurativo, dei quali tre presentavano offerta, e dichiarando aggiudicataria provvisoria la compagnia AIG con un premio annuo di € 28.000,00 e con una franchigia di € 10.000,00.

E' fondato quanto lamentato dall'istante a proposito della indebita commistione tra scelta del broker e della compagnia assicuratrice, avendo questa Autorità osservato, con la Determinazione n. 2 del 13 marzo 2013 ("Questioni interpretative concernenti l'affidamento dei servizi assicurativi e di intermediazione assicurativa"), che "le stazioni appaltanti, nella ricerca del broker, valorizzino in modo adeguato le capacità tecniche di consulenza a scapito della pura intermediazione, considerato, peraltro, che la sua attività, 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. Al contrario, risultano ancora frequenti i casi in cui le stazioni appaltanti, mediante un'unica gara, procedono alla scelta dell'intermediario e della polizza assicurativa ovvero affiancano all'incarico di brokeraggio anche la scelta dell'impresa affidataria del servizio assicurativo. Simili accorpamenti, benché verosimilmente attuati per esigenze di economicità, non appaiono corretti, sia perché idonei a svilire il ruolo del broker (avendo la stazione appaltante già effettuato le scelte che invece dovrebbero essere fatte a seguito dell'attività precontrattuale svolta dallo stesso) sia perché i due servizi (intermediazione e copertura assicurativa) appartengono a mercati distinti. La possibilità di affidare congiuntamente l'incarico di consulenza assicurativa e di ricerca della polizza assicurativa è stata più volte stigmatizzata anche dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, in quanto ritenuta idonea ad escludere dal confronto concorrenziale imprese che potrebbero presentare offerte concorrenziali per uno solo dei due servizi".

Anche il Giudice contabile (C. Conti, sez. giur. Emilia Romagna, sentenza 7 luglio 2011, n. 319), ha evidenziato, con specifico riferimento al rapporto tra scelta del broker e della compagnia assicuratrice, che "anche l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, (segnalazione AS 623 bollettino n°40 del 26 ottobre 2009) (...) per quanto riguarda l'abbinamento indistinto dei servizi assicurativo e di brokeraggio, ha ritenuto tale pratica potenzialmente restrittiva della concorrenza in quanto le singole attività esplicano una funzione autonoma e quindi erogabile da soggetti diversi. Infatti l'affidamento congiunto di servizi consulenziali ed assicurativi, con bandi rivolti solamente ai broker, comportano una restrizione della concorrenza, sotto il profilo della discriminazione verso quelle categorie che possono offrire solo una delle prestazioni dedotte. Con particolare riferimento all'inserimento nei bandi della cd "Clausola Broker" con la quale una P.A. evidenzia la presenza di un consulente assicurativo, l'Autorità ha ritenuto che le stazioni appaltanti possono legittimamente escludere il broker dai servizi assicurativi, chiedendo solo e direttamente le coperture assicurative. Ciò in base alla considerazione che i servizi offerti dai broker sono diversi da quelli richiesti alle compagnie assicuratrici e come tali, ai fini antitrust, individuano un mercato distinto ed oggetto quindi di scelte autonome della stazione appaltante che rimane libera di chiederli, in coerenza con quello che dovrebbe caratterizzare la figura del broker, ovvero l'indipendenza e terzietà nei confronti delle compagnie assicurative, non potendo tale figura essere assimilata a quella dell'agente assicurativo".

Alla luce delle suesposte considerazioni vanno quindi condivise le perplessità sollevate dall'istante, a fronte della rilevata necessità di procedere ad una distinta ed autonoma procedura di gara per la scelta del broker e quindi della compagnia assicuratrice.

Sono fondati i rilievi di parte anche con riguardo alle denunciate manchevolezze della disciplina della procedura di indagine di mercato, attivata dal Comune di Melfi, per l'omessa indicazione della base d'asta, della durata del contratto, dei criteri di aggiudicazione nonché della misura della commissione prevista per il broker. La scelta di quest'ultimo infatti deve avvenire, secondo l'orientamento di copiosa giurisprudenza, (C. Stato, Sez. IV, 24 febbraio 2000, n. 1019; TAR Puglia, Lecce, Sez. II, 22 giugno 2004, n. 4306; CGA Sez. Giur, 24 ottobre 2005, n. 707; T.A.R.

Calabria, Reggio Calabria, 9 febbraio 2010, n. 62; T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. III, 2 aprile 2009, n. 648), dell'AGCOM (citata segnalazione AS 623, Bollettino n. 40 del 26 ottobre 2009) e del Giudice contabile (C. Conti - Sez. Campania contr. - parere 10 ottobre 2012, n. 246) all'esito di una pubblica gara, rientrando nell'ambito degli appalti di servizi. Si osserva, infatti, che "il contratto col quale l'Amministrazione affida il servizio di consulenza e collaborazione assicurativa è riconducibile nell'ambito concettuale tipico del contratto di "brokeraggio" e, come tale, deve considerarsi oneroso (quindi assoggettato ai criteri di aggiudicazione previsti dal d.lg. 17 marzo 1995 n. 157), posto che la prestazione del "broker" viene remunerata in via differita allorché, avvenuta la conclusione della polizza con la compagnia assicuratrice, si attualizza la fase della corresponsione del premio assicurativo, tra le cui componenti figura - nella prassi (ma, nella specie, ciò era previsto anche nella lettera di invito) - proprio la provvigione del "broker"" (cfr. C. Stato, Sez. IV, n. 1019 cit.). D'altro canto, la potenziale utilità dello strumento conoscitivo costituito dalla indagine di mercato, come evidenziato da questa Autorità, non deve risolversi a danno del compiuto rispetto dei principi di par condicio e trasparenza, in quanto "L'indagine di mercato va considerata una fase prodromica all'espletamento della procedura negoziata ex articolo 57, comma 6, la quale, pur "semplificata" rispetto alle altre procedure contemplate nel Codice, è comunque soggetta ai principi che devono informare *tutta* l'attività contrattuale della pubblica amministrazione. Da ciò discende che anche l'indagine di mercato dovrebbe svolgersi previo avviso, oggetto di specifica pubblicazione. L'amministrazione è, poi, tenuta all'espletamento di un confronto concorrenziale, pur con struttura molto "snella", che garantisca una scelta del contraente rispettosa dei principi di trasparenza e di *par condicio*, secondo lo schema prefigurato nella norma di riferimento: invito dei candidati a presentare un'offerta mediante lettera contenente chiare indicazioni in ordine alle caratteristiche della prestazione richiesta, alle modalità di valutazione delle offerte e ai termini di aggiudicazione; individuazione dell'operatore economico che ha proposto le condizioni migliori (secondo i criteri del prezzo più basso o dell'offerta economicamente più vantaggiosa), previa verifica del possesso dei requisiti di qualificazione previsti per l'affidamento di contratti di uguale importo; aggiudicazione e stipula del contratto."(cfr. AVCP, Documento di consultazione, Audizione del 15 dicembre 2010, dal titolo "L'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alla soglia comunitaria mediante procedura negoziata" e successive determinazioni nn. 2 e 8 del 2011). Nel caso di specie mancano quegli elementi che connotano indefettibilmente una gara d'appalto secondo la normativa di settore, affinché la gara sia ispirata a principi di trasparenza e rigoroso confronto concorrenziale. In base a quanto sopra considerato, pertanto

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che la procedura attivata dal Comune di Melfi non sia conforme alla normativa di settore.

Il Presidente : Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 17 febbraio 2014

Il Segretario Rosetta Greco