

Affidamento del servizio di consulenza assicurativa: obbligo di gara e condanna dell'amministrazione al pagamento del lucro cessante (nel 5% dei caricamenti relativi ai premi assicurativi pagati)

Stante il carattere oneroso del servizio di consulenza e collaborazione assicurativa, il suo affidamento è assoggettato ai criteri di aggiudicazione di cui al d.lg. 17 marzo 1995 n. 157. Non solo: risulta illegittima l'aggiudicazione a trattativa privata

Concepire un'irrilevanza economica dei costi di provvigione rispetto al premio finale corrisposto dall'assicurato contrasta con le stesse leggi dell'economia

Il Tar Puglia, II sezione di Lecce, con la sentenza numero 4306 del 22 giugno 2004 afferma di < non aver motivo di discostarsi dalla ricostruzione della fattispecie operata dal Consiglio di Stato in decisioni che hanno individuato nel contratto di brokeraggio il carattere dell'onerosità: <<il contratto col quale l'amministrazione affida il servizio di consulenza e collaborazione assicurativa, riconducibile nell'ambito del contratto di brokeraggio, deve considerarsi oneroso, attraverso un caricamento nel premio assicurativo della provvigione del broker; sicché esso è assoggettato ai criteri di aggiudicazione di cui al d.lg. 17 marzo 1995 n. 157>> (C. Stato, sez. IV, 24.2.2000, n. 1019; VI 16.9.1998 n. 1267).>

Inoltre, sottolineano i giudici pugliesi :

<L'opzione per la natura onerosa del contratto intercorrente tra l'Amministrazione resistente e la controinteressata permette poi di concludere per l'illegittimità della deliberazione di aggiudicazione a trattativa privata>

l'illegittimità del ricorso alla trattativa privata possa essere affermata:

sia sulla base della norma di riferimento generale prevista dall'art. 37 del r.d. 23 maggio 1924, n. 827 (e del tradizionale orientamento giurisprudenziale che richiede una specifica motivazione in ordine alle circostanze che giustificano il ricorso alla trattativa privata e che esclude la legittimità del ricorso alla stessa quando la stessa esistenza della circostanza giustificativa dedotta dall'Amministrazione sia positivamente esclusa: C. Stato, sez. V, 25.1.2002, n. 408; T.A.R. Piemonte, sez. II, 8.2.2001, n. 280),

sia della norma specifica dell'art. 7 del d.lgs. 17.3.1995 n. 157 (per l'applicabilità delle norme del d.lgs. 157/1995 anche ai cd. appalti sottosoglia: T.A.R. Lombardia Brescia, 18.3.2002, n. 494; T.A.R. Campania Napoli Sez. I 20.5.2003 n. 5868).

In merito alla richiesta di risarcimento del danno, nell'emarginata sentenza non si dà spazio alla richiesta del ricorrente per quanto concerne la FORMA SPECIFICA in quanto < a prescindere da ogni altra considerazione in termini di ammissibilità, non può certamente trovare applicazione in fattispecie come quella in decisione ove sia fatto valere l'interesse all'utilizzazione delle procedure di evidenza pubblica e non si discuta, al contrario, dell'aggiudicazione di una determinata procedura di gara (fattispecie in cui l'azione di risarcimento in forma specifica avrebbe ben altro spazio).>

Mentre deve trovare accoglimento la domanda di risarcimento del lucro cessante, <individuabile nell'utile che la ricorrente avrebbe potuto percepire per effetto dello svolgimento dell'incarico di consulenza assicurativa; lucro cessante che, oltre ad essere in re ipsa, deve essere liquidato dalla Sezione, in via equitativa, nel 5% dei caricamenti relativi ai premi assicurativi pagati dal Comune di Taranto nel periodo intercorrente tra la stipulazione del contratto (avvenuta in data 19.9.2003) e l'annullamento dello stesso da parte della Sezione (caricamenti pacificamente individuati, da tutte le parti in causa, nel 15 % dei premi corrisposti alle società di assicurazione).

L'Amministrazione resistente deve quindi essere condannata al pagamento, a titolo di risarcimento dei danni, della somma sopra individuata, maggiorata di interessi e rivalutazione.>

Il giudice amministrativo adito, inoltre, in tema di utilizzazione del modulo procedimentale dell'affidamento diretto per affidare il servizio di brokeraggio, sottolinea che < l'acquiescenza al provvedimento amministrativo debba essere individuata solo nel caso in cui gli atti o i comportamenti del destinatario dimostrino inequivocabilmente la.....volontà di accettarne gli effetti, rinunciando a far valere eventuali motivi di impugnativa>

A cura di Sonia LAZZINI

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale amministrativo regionale della Puglia, II Sezione di Lecce, composto dai signori magistrati:

Dott. Antonio Cavallari Presidente

Dott. Giuseppina Adamo

Componente

Dott. Luigi Viola

Componente relatore

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso n. 2223/2003 proposto dalla **** Insurance Brokers s.r.l., in persona dell'Amministratore unico Dott. Francesco ****, rappresentata e difesa dall'Avv. Francesco Caricato, come da mandato a margine del ricorso, elettivamente domiciliata in Lecce, via G.A. Ferrari n. 5 presso lo studio dell'Avv. Stefanizzo.

contro

-il Comune di Taranto in persona del Sindaco in carica *pro tempore*, rappresentato e difeso, in virtù di mandato a margine dell'atto di costituzione in giudizio e di deliberazione della Giunta Municipale, dall'Avv. Piero G. Rellava, elettivamente domiciliato in Lecce, via Zanardelli n. 7 presso lo studio dell'Avv. Angelo Vantaggiato;

-la Assicurazioni **** in persona del titolare Giuseppe ****, rappresentata e difesa, in virtù di mandato a margine dell'atto di costituzione in giudizio, dagli Avv. Pietro Quinto, Luigi Quinto e Maria Cristina Lenoci, elettivamente domiciliata in Lecce, via Garibaldi n. 43 presso lo studio dei primi due difensori; per l'annullamento

-della deliberazione G.C. n. 504 dell'1.8.2003;

-dello schema di consulenza di brokeraggio assicurativo approvato con la medesima deliberazione;

per la declaratoria di nullità

del contratto eventualmente stipulato tra il Comune di Taranto e la Assicurazioni **** di **** Giuseppe;

nonché per il risarcimento

dei danni derivanti dall'esecuzione degli atti impugnati.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione dell'Amministrazione intimata e della controinteressata;

Visti gli atti tutti di causa;

Data per letta alla pubblica udienza del 14 aprile 2004 la relazione del Consigliere Dott. Luigi Viola e uditi altresì, l'Avv. Vaglia in sostituzione di Caricato per la ricorrente, l'Avv. Rellava per l'Amministrazione resistente e gli Avv. Pietro Quinto, Luigi Quinto e Maria Cristina Lenoci per la controinteressata;

Ritenuto in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO

La ricorrente è iscritta all'albo dei mediatori di assicurazione e riassicurazione (denominati anche *broker*) previsto dall'art. 3 della l. 28 novembre 1984, n. 792 (istituzione e funzionamento dell'albo dei mediatori di assicurazione).

Con deliberazione G.C. 21.7.1998 n. 1049, l'Amministrazione comunale di Taranto affidava alla **** Insurance Brokers s.r.l. <<l'attività di consulenza relativa al brokeraggio assicurativo per anni cinque, con l'incarico di effettuare lo studio del mercato alla stipula dei contratti assicurativi che questa Amministrazione comunale riterrà di dover stipulare, in relazione alla propria attività istituzionale, con il compito di predisporre tutti gli adempimenti necessari alle successive attività di competenza dell'Ente>>.

Essendo ormai scaduto il precedente affidamento dell'attività di consulenza assicurativa disposto in favore della ricorrente, l'Amministrazione comunale di Taranto, con la deliberazione G.C. n. 504 dell'1.8.2003, decideva di affidare analoga attività di consulenza assicurativa alla <<Assicurazione **** Insurance Broker>>.

La deliberazione di affidamento era impugnata dalla ricorrente per violazione direttiva 92/50/CE, del d.lgs. 1995 n. 157, eccesso di potere (falsità dei presupposti, illogicità, sviamento di potere, ingiustizia manifesta), violazione dell'art. 97 della cost. e delle regole che sovrintendono all'imparzialità ed alla buona e corretta amministrazione, eccesso di potere per sviamento dalla causa tipica, violazione dell'art. 41 della Cost; con il ricorso, la ricorrente chiedeva altresì la declaratoria di nullità del contratto eventualmente stipulato tra il Comune di Taranto e la Assicurazioni **** di **** Giuseppe e il risarcimento dei danni derivanti dall'esecuzione degli atti impugnati.

Si costituivano l'Amministrazione resistente e la controinteressata, controdeducendo sul merito del ricorso e formulando eccezioni preliminari di inammissibilità per difetto di giurisdizione del giudice amministrativo e per acquiescenza.

All'udienza del 14 aprile 2004 il ricorso passava quindi in decisione

DIRITTO

Il ricorso è fondato e deve pertanto essere accolto.

Per quello che riguarda l'eccezione preliminare di inammissibilità per difetto di giurisdizione sollevata dall'Amministrazione resistente, è sufficiente rilevare come, già in altre occasioni, la Sezione abbia avuto modo di rilevare come la fattispecie dedotta in giudizio (affidamento di un servizio a trattativa privata, nell'assoluta mancanza di qualsiasi procedimento, anche informale, di scelta del contraente privato) debba necessariamente essere riportata alle attribuzioni giurisdizionali del giudice amministrativo.

Al proposito, la Sezione non ha infatti motivo di discostarsi dall'orientamento delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (Cass. S.U. 18.11.1998 n. 11619) e del Consiglio di Stato (C. Stato sez. IV, 11.6.1996 n. 792) che, superando una tesi giurisprudenziale e dottrinale non più aderente all'evoluzione del nostro ordinamento, ha affermato la giurisdizione del giudice amministrativo a conoscere delle impugnazioni presentate da soggetti che lamentino la violazione di norme che <<stabiliscano in quali casi il metodo della "trattativa privata" può essere preferito a procedimenti invece concorsuali di scelta del contraente>> (Cass. S.U. 18.11.1998 n. 11619).

Indipendentemente dall'orientamento giurisprudenziale sopra richiamato, deve poi rilevarsi come la problematica del riparto di giurisdizione nella materia sia oggi definitivamente superata dall'intervento dell'art. 6 della l. 27.7.2000 n. 205 che ha devoluto <<alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie relative a procedure di affidamento di lavori, servizi o forniture svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale>>.

Del pari infondata è poi l'eccezione di inammissibilità per acquiescenza <<alla decisione del Comune di Taranto di utilizzare il modulo procedimentale dell'affidamento diretto per affidare il servizio di brokeraggio>> sollevata dalla controinteressata; acquiescenza che deriverebbe, in particolare, dal fatto di aver <<presentato all'A.C. di Taranto in data 12 giugno 2003 e 5 agosto 2003 – quando il contratto non era stato ancora stipulato con la **** Assicurazioni – una offerta per conseguire l'affidamento diretto del servizio>> (così prestando sostanziale adesione alla decisione dell'Amministrazione di affidare il servizio a trattativa privata).

Al proposito, la Sezione deve rilevare come, indipendentemente dalla ricostruzione dell'istituto prescelta (ricostruzione che la stessa controinteressata individua come problematica), l'acquiescenza al provvedimento amministrativo debba essere individuata <<solo nel caso in cui gli atti o i

comportamenti del destinatario dimostrino inequivocabilmente la....volontà di accettarne gli effetti, rinunciando a far valere eventuali motivi di impugnativa>> (C. Stato, sez. VI, 10.10.2002, n. 5443).

È quindi di tutta evidenza come il comportamento di accettazione del provvedimento amministrativo possa essere manifestato solo dopo l'emanazione del provvedimento e non precedentemente (solo in questo caso, infatti, l'interessato può "accettare" un determinato provvedimento amministrativo e non prima).

Del tutto correttamente, pertanto, la giurisprudenza in materia di procedure di evidenza pubblica ha individuato gli effetti tipici dell'acquiescenza nel comportamento del soggetto che, successivamente alla determinazione dell'amministrazione di procedere all'aggiudicazione secondo il sistema della trattativa privata, abbia presentato domanda di partecipazione alla gara: <<non è ammissibile il ricorso avverso la determinazione dell'amministrazione pubblica di procedere a contratto di appalto mediante trattativa privata, da parte di impresa che, presentando una propria offerta, abbia fatto acquiescenza alla determinazione anzidetta>> (C. Stato, sez. VI, 8.7.1995, n. 703; T.A.R. Abruzzo, 26-10-2000, n. 852; T.A.R. Abruzzo, sez. Pescara, 5.7.1985, n. 330).

Del tutto irrilevanti sono pertanto le richieste di affidamento diretto dell'incarico di consulenza assicurativa presentate dalla ricorrente, in un momento (e, precisamente, in data 12 giugno 2003 e 5 agosto 2003,) in cui l'Amministrazione comunale di Taranto non aveva ancora manifestato la decisione di procedere all'aggiudicazione a trattativa privata; decisione evidenziatasi solo con la delibera di Giunta comunale di affidamento del servizio alla controinteressata, tempestivamente e validamente impugnata dalla ricorrente.

Venendo poi al merito del ricorso, la Sezione non ha motivo di discostarsi dalla ricostruzione della fattispecie operata dal Consiglio di Stato in decisioni che hanno individuato nel contratto di brokeraggio il carattere dell'onerosità: <<il contratto col quale l'amministrazione affida il servizio di consulenza e collaborazione assicurativa, riconducibile nell'ambito del contratto di brokeraggio, deve considerarsi oneroso, attraverso un caricamento nel premio assicurativo della provvigione del broker; sicché esso è assoggettato ai criteri di aggiudicazione di cui al d.lg. 17 marzo 1995 n. 157>> (C. Stato, sez. IV, 24.2.2000, n. 1019; VI 16.9.1998 n. 1267).

In particolare, la problematica deve trovare soluzione nella <<verifica della rilevanza causale e giuridico - formale del c.d. "caricamento". La mancata previsione di un corrispettivo contrattuale a carico dell'Amministrazione incaricante.....sarebbe priva di capacità qualificante in termini di gratuità, perché se la provvigione è formalmente posta a carico dell'assicuratore e non dell'assicurato, il primo procede tuttavia al recupero del relativo importo attraverso una corrispondente maggiorazione del premio dovuto dall'assicurato (appunto il "caricamento"). Peraltro, intanto sarà rilevante questo fenomeno di traslazione di costi in quanto lo stesso effettivamente avvenga, nel senso che abbia una consistenza univoca sul piano economico. In proposito, esiste un buon grado di certezza empirica, considerando che la traslazione sull'utente dei costi di produzione di un certo servizio, scontando in ciò anche l'apporto di servizio reso da un terzo soggetto, rientra nel comportamento naturale delle imprese. Concepire un'irrelevanza economica dei costi di provvigione rispetto al premio finale corrisposto dall'assicurato contrasta quindi con le stesse leggi dell'economia>> (C. Stato, sez. IV, 24.2.2000, n. 1019).

Del resto, il recupero dei costi di provvigione tramite maggiorazione del premio non è certo impedito <<dalla mancata incidenza, sul premio stesso, degli oneri commerciali determinati dall'ordinario intervento dell'agente assicurativo, che viene evitato dall'intervento del broker. Va innanzitutto osservato...che questa sorta di "compensazione" tra costi traslabili non è detto che operi in misura integrale, cioè tale da coprire integralmente il "caricamento" della provvigione (dovendosi tra l'altro ritenere una certa vischiosità verso il basso dei costi di impresa, in una situazione in cui la conclusione del contratto è orientata dalla mediazione del broker e l'assicurato non ha, in gran parte, data la tecnicità dell'oggetto del contratto, che appunto consiglia l'intervento del consulente, una posizione idonea a verificare puntualmente i costi determinanti il corrispettivo richiesto). In secondo luogo, poi, appare decisivo il rilievo che, stante la peculiarità nonché la dimensione materiale ed economica dei rischi assicurati, una pubblica amministrazione sia portata, in omaggio ad un criterio di diligenza nella contrattazione, a rivolgersi immediatamente alle imprese assicurative, considerandole come diretti contraenti potenziali in quanto (sole) legittimate a partecipare alle procedure di gara, senza ricorrere al

circuito degli ausiliari commerciali delle imprese assicuratrici, e quindi ponendosi comunque nella posizione teorica di non vedersi gravata dei costi di agenzia>> (C. Stato, sez. IV, 24.2.2000, n. 1019). In definitiva, deve quindi concludersi per la natura onerosa del contratto di brokeraggio.

L'opzione per la natura onerosa del contratto intercorrente tra l'Amministrazione resistente e la controinteressata permette poi di concludere per l'illegittimità della deliberazione di aggiudicazione a trattativa privata.

Deve, infatti, rilevarsi come l'unica ragione che l'Amministrazione comunale di Taranto poneva a base del ricorso alla trattativa privata ed alla decisione di affidare l'incarico di consulenza amministrativa alla controinteressata fosse costituita dal carattere gratuito (<<la suddetta consulenza offerta non prevede alcun onere economico per l'Amministrazione Comunale, poiché per questa attività, il compenso previsto per il broker, relativamente alla sua attività prestata interviene unicamente in caso di stipula di contratti assicurativi, ed a carico della Compagnia con la quale si raggiunge l'accordo contrattuale>>) del rapporto contrattuale; natura gratuita che, al contrario, è stata positivamente esclusa dalla Sezione, sulla base delle considerazioni sopra evidenziate.

È poi solo il caso di rilevare come la conclusione in ordine all'illegittimità del ricorso alla trattativa privata possa essere affermata, sia sulla base della norma di riferimento generale prevista dall'art. 37 del r.d. 23 maggio 1924, n. 827 (e del tradizionale orientamento giurisprudenziale che richiede una specifica motivazione in ordine alle circostanze che giustificano il ricorso alla trattativa privata e che esclude la legittimità del ricorso alla stessa quando la stessa esistenza della circostanza giustificativa dedotta dall'Amministrazione sia positivamente esclusa: C. Stato, sez. V, 25.1.2002, n. 408; T.A.R. Piemonte, sez. II, 8.2.2001, n. 280), sia della norma specifica dell'art. 7 del d.lgs. 17.3.1995 n. 157 (per l'applicabilità delle norme del d.lgs. 157/1995 anche ai cd. appalti sottosoglia: T.A.R. Lombardia Brescia, 18.3.2002, n. 494; T.A.R. Campania Napoli Sez. I 20.5.2003 n. 5868).

In definitiva, quanto sopra rilevato impone l'annullamento della deliberazione G.C. n. 504 dell'1.8.2003 e rende sostanzialmente superflua ogni valutazione in ordine al valore dell'aggiudicazione disposta con l'atto impugnato.

L'annullamento della deliberazione di aggiudicazione importa poi, ai sensi dell'art. 1418 c.c., la nullità anche della convenzione 19.9.2003 stipulata tra l'Amministrazione resistente e la controinteressata; deve quindi trovare accoglimento anche la domanda di accertamento della nullità del contratto stipulato in esecuzione della deliberazione impugnata espressamente proposta da parte ricorrente.

Per quello che riguarda il risarcimento dei danni derivanti dall'esecuzione della deliberazione impugnata, la Sezione deve rilevare come la domanda meriti accoglimento, sussistendo tutti i presupposti per l'accoglimento dell'azione *ex art.* 2043 c.c., sotto il profilo, sia oggettivo che soggettivo (al momento dell'emanazione dell'atto impugnato non sussistevano infatti più incertezze in ordine alla onerosità del contratto di brokeraggio e sono quindi del tutto assenti dalla fattispecie quelle circostanze di fatto che potevano portare a qualificare come incolpevole il comportamento dell'amministrazione).

Per quello che riguarda le modalità del risarcimento, non può certamente trovare accoglimento la domanda di risarcimento in forma specifica proposta da parte ricorrente; domanda di risarcimento in forma specifica che, a prescindere da ogni altra considerazione in termini di ammissibilità, non può certamente trovare applicazione in fattispecie come quella in decisione ove sia fatto valere l'interesse all'utilizzazione delle procedure di evidenza pubblica e non si discuta, al contrario, dell'aggiudicazione di una determinata procedura di gara (fattispecie in cui l'azione di risarcimento in forma specifica avrebbe ben altro spazio).

Al contrario, deve trovare accoglimento la domanda di risarcimento del lucro cessante, individuabile nell'utile che la ricorrente avrebbe potuto percepire per effetto dello svolgimento dell'incarico di consulenza assicurativa; lucro cessante che, oltre ad essere *in re ipsa*, deve essere liquidato dalla Sezione, in via equitativa, nel 5% dei caricamenti relativi ai premi assicurativi pagati dal Comune di Taranto nel periodo intercorrente tra la stipulazione del contratto (avvenuta in data 19.9.2003) e l'annullamento dello stesso da parte della Sezione (caricamenti pacificamente individuati, da tutte le parti in causa, nel 15 % dei premi corrisposti alle società di assicurazione).

L'Amministrazione resistente deve quindi essere condannata al pagamento, a titolo di risarcimento dei danni, della somma sopra individuata, maggiorata di interessi e rivalutazione.

Sussistono motivi per disporre l'integrale compensazione tra le parti delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale amministrativo regionale della Puglia, II Sezione di Lecce, definitivamente pronunciando sul ricorso in premessa lo accoglie, come da motivazione e, per l'effetto, dispone l'annullamento dell'atto impugnato.

Dichiara la nullità del contratto stipulato in data 19.9.2003 tra l'Amministrazione resistente e la controinteressata.

Condanna l'Amministrazione resistente alla corresponsione della somma indicata nella parte motiva della decisione.

Compensa le spese di giudizio tra le parti.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita ad opera dell'autorità amministrativa.

Così deciso in Lecce, in camera di consiglio il 14 aprile 2004.

Antonio Cavallari – Presidente

Luigi Viola - Estensore.

Pubblicata il 22 giugno 2004