

Determinazione n. 2 del 13 marzo 2013

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

(pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana - Serie Generale n. 80 del 05-04-2013)

SOMMARIO

1.	Le ragioni dell'intervento dell'Autorità.....	2
2.	Quadro normativo di riferimento.....	3
3.	Questioni relative al settore assicurativo	4
	3.1 Il costo della polizza	4
	3.2 La strutturazione dei bandi di gara.....	6
	3.3 Il recesso dal contratto assicurativo	7
	3.4 Indicazioni relative alle procedure di gara in rapporto al rischio di gare deserte	9
	3.5 I requisiti di partecipazione.....	10
4.	Questioni relative al ruolo del broker nei rapporti con la pubblica amministrazione ...	12
	4.1 Il servizio di intermediazione assicurativa.....	12
	4.2 La remunerazione del broker	13
	4.3 Criteri di aggiudicazione e requisiti di partecipazione.....	14

1. Le ragioni dell'intervento dell'Autorità

Nell'ambito della propria attività istituzionale di vigilanza, 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 concernenti l'affidamento dei servizi assicurativi e di intermediazione assicurativa.

L'Autorità ha, quindi, esperito due consultazioni pubbliche in relazione alle problematiche riscontrate; i documenti di consultazione e le osservazioni pervenute sono consultabili all'indirizzo: <http://www.avcp.it/portal/public/classic/AttivitaAutorita/ConsultazioniOnLine>.

La presente determinazione è, inoltre, accompagnata dalla pubblicazione, sul sito dell'Autorità, di un documento di lavoro, nel quale viene data 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, altresì, perché talune osservazioni pervenute dai partecipanti alle due consultazioni non hanno trovato accoglimento.

Per quanto riguarda, in particolare, i servizi assicurativi, le principali disfunzioni rilevate concernono l'elevato numero di procedure deserte o aggiudicate sulla base di un'unica offerta pervenuta, nonché i frequenti casi di recesso unilaterale dal contratto da parte dell'affidatario.

Tali fenomeni, oltre che incidere sulla spesa pubblica in termini di costi per il rinnovo della procedura di scelta del contraente, possono creare situazioni di particolare criticità per le pubbliche amministrazioni, soprattutto nei casi in cui la copertura assicurativa è obbligatoria o rappresenta un prerequisite fondamentale per lo svolgimento dell'attività istituzionale.

Al riguardo, secondo i dati in possesso dell'Osservatorio sui contratti pubblici, rispetto ad un valore complessivo delle procedure di gara per servizi assicurativi bandite pari a circa 3 miliardi di euro l'anno¹ (cfr. tabella A), oltre il 30% (sia in valore assoluto che monetario) sono andate deserte². I dati appaiono particolarmente elevati per le gare indette da talune centrali di committenza, dalle aziende del settore sanitario e da alcuni enti gestori di servizi pubblici locali (in particolare, trasporto pubblico locale e servizio idrico). In linea generale, le coperture per la responsabilità civile, inclusa quella per la circolazione degli autoveicoli (flotte), risultano quelle più difficili da stipulare³.

Analizzando le gare aggiudicate, si osserva che, nel 64,8% dei casi (in valore), ciò è avvenuto in presenza di una sola offerta e, nel 23,7% dei casi, con soltanto due offerte ammesse. La presenza di un numero limitato di *competitors* caratterizza, di fatto, tutte le coperture assicurative ed è un elemento che connota un mercato particolarmente concentrato.

¹ Le aziende del servizio sanitario, gli enti, i concessionari e i gestori dei servizi pubblici locali e i Comuni sono, nell'ordine, i principali attori dal lato della domanda. Nel periodo gennaio 2009 – ottobre 2012, sono state censite oltre 33 mila procedure, con un importo medio a base di gara superiore ai 300 mila euro. Tale dato, basato sulla richiesta dei Cig, è però comprensivo di richieste di nuovi codici identificativi a seguito di gara andata deserta.

² Occorre sottolineare che non tutte le stazioni appaltanti comunicano in maniera corretta i dati sui risultati della procedura di aggiudicazione all'Osservatorio: per i servizi assicurativi, considerando il periodo gennaio 2009 – ottobre 2012, le informazioni in proposito trasmesse concernono circa il 50% degli affidamenti per un importo complessivo a base di gara pari a circa 5 miliardi di euro.

³ I dati sulle coperture assicurative vanno però letti con cautela, in quanto spesso le stazioni appaltanti registrano la gara nel sistema con l'indicazione generica di servizi assicurativi e non sempre risulta agevole differenziare per le diverse categorie assicurative.

Tabella A: composizione della domanda ed importi annuali delle gare per servizi assicurativi

	2009	2010	2011	2012*	Totale
Agenzie fiscali	5.076.000,00	2.894.111,26	608.071,71	651.294,49	9.229.477,46
Altre amministrazioni centrali			11.987.466,47	6.317.018,03	18.304.484,50
Autorità nazionali di vigilanza e regolazione	2.127.029,50	183.747.263,25	77.964.938,03	8.092.225,60	271.931.456,38
Aziende del servizio sanitario nazionale	762.263.255,51	867.013.050,88	1.067.366.065,21	339.803.061,94	3.036.445.433,54
Camere di commercio	1.294.671,37	2.682.892,02	3.299.943,87	7.219.472,91	14.496.980,17
Centrale committenza locale	133.934.907,96	422.085.310,33	150.545.111,03	153.667.609,46	860.232.938,78
Comuni	273.993.612,07	303.434.613,96	323.747.351,17	431.648.960,07	1.332.824.537,27
Comunità montane	888.633,52	944.116,07	1.101.522,40	2.801.297,07	5.735.569,06
Consip	2.607.500,00		78.883.253,02	134.454.310,34	215.945.063,36
Enti di previdenza e Organi professionali	106.282.911,10	222.220.447,65	68.815.023,46	226.539.780,86	623.858.163,07
Enti di ricerca	23.834.245,75	22.276.137,73	14.388.198,56	9.183.166,72	69.681.748,76
Enti ed Agenzie produttori di servizi economici e di regolazione dell'attività economica	57.075.649,09	35.413.050,94	75.548.776,63	42.419.251,88	210.456.728,54
Enti per l'edilizia residenziale pubblica	23.816.984,96	16.660.794,30	33.388.089,26	11.639.937,64	85.505.806,16
Enti, Concessionari ed Imprese di gestione	306.505.453,35	751.276.082,70	599.379.644,82	541.213.450,04	2.198.374.630,91
Enti, Fondazioni ed Agenzie produttori di servizi assistenziali, ricreativi, culturali e ambientali	26.337.478,19	57.486.744,89	55.508.321,90	54.055.246,62	193.387.791,60
Ministeri e Presidenza del Consiglio dei Ministri	31.060.503,44	151.023.669,94	70.157.006,52	18.843.633,02	271.084.812,92
NC - Locale	4.704.729,74	20.721.589,52	16.842.753,06	4.206.715,37	46.475.787,69
Province	72.003.941,08	121.557.216,53	120.369.554,50	64.362.264,32	378.292.976,43
Regioni	23.087.087,66	31.787.619,89	22.859.520,13	18.695.238,40	96.429.466,08
Scuole	209.380,42	4.504.980,52	9.936.642,99	3.211.097,01	17.862.100,94
Università	38.129.815,26	29.467.785,40	47.061.720,73	31.507.563,82	146.166.885,21
Totale complessivo	1.895.233.789,97	3.247.197.477,78	2.849.758.975,47	2.110.532.595,61	10.102.722.838,83

* Dato riferito al periodo 1° gennaio - 25 ottobre 2012

In merito ai servizi di intermediazione assicurativa, si continuano a verificare situazioni idonee ad incidere sulla regolarità delle procedure di gara, consistenti nell'affidare congiuntamente tali servizi e quelli assicurativi. Inoltre, anche la prassi consolidata di remunerare il lavoro dell'intermediario sulla base di una percentuale dei premi futuri di assicurazione, a carico delle imprese, appare idonea ad alterare i corretti meccanismi dell'evidenza pubblica.

Sotto un diverso profilo, sia per i servizi assicurativi che di intermediazione, sono pervenute numerose segnalazioni che lamentano la richiesta, da parte delle stazioni appaltanti, di requisiti di partecipazione sproporzionati rispetto all'oggetto dell'affidamento, ovvero l'utilizzo di criteri di valutazione potenzialmente penalizzanti per le imprese di minori dimensioni.

2. Quadro normativo di riferimento

I servizi di assicurazione e quelli di consulenza/intermediazione assicurativa rientrano tra i servizi di cui all'allegato IIA del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (nel seguito, Codice) e sono soggetti, dunque, all'applicazione integrale dello stesso (cfr. art. 20, comma 2).

Con specifico riguardo ai servizi di intermediazione, si osserva che, in disparte dal richiamo esplicito contenuto nel citato allegato IIA, tale qualificazione si impone alla luce del fatto che il *broker* è chiamato a svolgere un'attività continuativa a favore della pubblica amministrazione per la gestione dei rischi della stessa, che non si esaurisce in una singola e puntuale prestazione professionale.

Quanto alle imprese operanti nei settori speciali, appare opportuno sottolineare che, di norma, l'affidamento dei servizi assicurativi è strumentale all'esecuzione delle attività di cui agli artt. 208-213 del Codice (basti pensare, ad esempio, alla responsabilità civile autoveicoli per le aziende che prestano servizi di trasporto e postali), per cui le regole dell'evidenza pubblica valgono anche in detta ipotesi.

Le considerazioni che precedono valgono, di regola, anche per i servizi di intermediazione assicurativa, atteso il rapporto di stretta correlazione esistente tra gli stessi ed il servizio assicurativo, sicché il primo partecipa della strumentalità del secondo rispetto all'attività principale dell'impresa pubblica, con conseguente applicazione delle disposizioni della parte III del Codice.

In ordine alla disciplina sostanziale del rapporto assicurativo, oltre alle applicabili disposizioni del Codice e del Regolamento (d.P.R. 10 ottobre 2010, n. 207), stante il rinvio operato dal comma 4 dell'art. 2 del Codice, il riferimento è alla disciplina dei contratti in generale ed a quella del contratto di assicurazione in particolare, contenute nel codice civile, con le necessarie integrazioni mutate dalle norme speciali poste dal d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209 (Codice delle assicurazioni private).

Al riguardo, dubbi interpretativi sono sorti con riguardo all'assoggettabilità dei contratti assicurativi stipulati dalle pubbliche amministrazioni a quanto disposto dall'art. 170- *bis* del Codice delle assicurazioni (introdotto dall'art. 22 del d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dalla l. 17 dicembre 2012, n. 221), secondo cui «*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 (...)*». Sul punto, è da rimarcare come la novella sia principalmente tesa a favorire la mobilità dei singoli assicurati tra diverse imprese presenti sul mercato, evitando forme improprie di fidelizzazione. La stessa non concernerebbe, dunque, l'assicurazione di "flotte" di veicoli da parte delle pubbliche amministrazioni; più in generale, imporre in ambito pubblicistico una durata molto contenuta della copertura determinerebbe un rilevante aggravio degli oneri procedurali per la scelta dell'impresa non rispondente ai criteri di economicità che devono informare l'azione amministrativa.

3. Questioni relative al settore assicurativo

3.1 Il costo della polizza

A norma dell'art. 1882 c.c., il contratto di assicurazione è un contratto sinallagmatico, col quale «*l'assicuratore, verso pagamento di un premio, si obbliga a rivalere l'assicurato, entro i limiti convenuti, del danno ad esso prodotto da un sinistro, ovvero a pagare un capitale o una rendita al verificarsi di un evento attinente alla vita umana*».

Il premio, quale elemento essenziale dell'offerta, è determinato dall'assicuratore in base ad una stima della probabilità che l'evento assicurato si verifichi e, al netto delle imposte, è distinto tra premio puro e caricamenti: il primo rappresenta le risorse che vengono accantonate dall'assicuratore

per far fronte ai risarcimenti derivanti dai sinistri che si verificano nel corso di validità della polizza (e che possono essere liquidati anche alcuni anni dopo rispetto alla scadenza della polizza); mentre, i secondi comprendono i costi di gestione della stessa, tra i quali si annoverano i costi generali di esercizio, i costi di gestione dei sinistri e dei relativi risarcimenti, quelli di distribuzione (per l'attività degli agenti o dei *brokers*) e gli utili di impresa.

Per la determinazione del premio puro, sono necessarie numerose informazioni statistiche relative all'andamento passato dei sinistri: occorre, in particolare, disporre almeno delle informazioni relative al numero di polizze emesse, al numero dei sinistri avvenuti ed agli importi corrisposti per gli stessi. Utilizzando i parametri menzionati, è possibile determinare il costo imputabile a ciascuna polizza per la copertura assicurativa⁴, definito come premio di rischio.

Il passaggio dal premio di rischio al premio puro richiede che ciascuna impresa di assicurazione elabori delle ipotesi circa l'evoluzione delle variabili che possono influenzare l'andamento futuro della frequenza sinistri ed il relativo costo medio: in altri termini, il premio di rischio è ottenuto dall'osservazione dei dati del passato, mentre il premio puro è dato dalle valutazioni effettuate dalle imprese circa il costo dei sinistri nel futuro, partendo dalle osservazioni del passato.

Quando l'assicuratore non può procedere all'immediata liquidazione del danno correlato ad un dato sinistro (ad esempio, nei casi in cui ne debba essere acclarata la responsabilità o nel lasso di tempo occorrente per la valutazione delle conseguenze dell'evento), si rende necessario effettuare i dovuti accantonamenti in vista del futuro esborso; per la relativa valutazione, si applica quanto previsto dal citato Codice delle assicurazioni e dal Regolamento di attuazione n. 16/2008 e s.m.i. dell'Isvap (ora Ivass), secondo cui «*il costo del sinistro è valutato nel rispetto del principio del costo ultimo prevedibile sulla base di dati storici e prospettici affidabili*»; le imprese sono, inoltre, tenute ad iscrivere a riserva anche gli importi per i sinistri avvenuti e ancora non denunciati. Il costo dei sinistri, dunque, comprende sia quelli liquidati che quelli riservati⁵.

Una volta quantificato il premio di rischio o puro, si ottiene un'informazione sulla rischiosità media di una determinata popolazione, ma non sulla rischiosità specifica di ogni componente della stessa. In un sistema concorrenziale, le imprese cercano di stabilire un premio di assicurazione "personalizzato", ovvero commisurato alla rischiosità di ciascun soggetto. Poiché, di regola, non è possibile inferire quale sia la sinistrosità specifica del singolo individuo, le imprese di assicurazione devono ottenere questa informazione rilevando alcune grandezze oggettive dell'assicurato, correlate con il rischio da assicurare, che incidono sulla probabilità del verificarsi del sinistro o sul suo eventuale costo, nonché osservando il comportamento del soggetto in passato.

Dal momento che il costo della copertura assicurativa - e, spesso, la stessa possibilità di trovare imprese disposte a garantirla, specie per la clientela *corporate* e per le pubbliche

⁴ In sostanza, la formula è la seguente: (numero di sinistri x importo medio per sinistro)/numero di polizze. Il rapporto tra numero di sinistri e numero di polizze (definito come frequenza sinistri) può fornire una stima della probabilità di un sinistro.

⁵ Sulla parte posta a riserva, che viene investita, le imprese possono ottenere utili. Nel tempo, il valore delle riserve (e il costo dei sinistri) è soggetto a variazioni imputabili a diversi fattori: ad esempio, l'entità del rimborso effettivo è diversa da quella stimata, alcuni sinistri possono non avere seguito o, più in generale, occorre rivedere la grandezza delle somme riservate. La recente riduzione dei proventi derivanti dalla gestione finanziaria delle somme accantonate per le riserve tecniche delle imprese può considerarsi come una delle cause che ha contribuito all'innalzamento del costo assicurativo.

amministrazioni -, dipende fortemente dalla rischiosità specifica, diviene essenziale che il servizio assicurativo venga accompagnato da misure volte a ridurre la probabilità del verificarsi di eventi dannosi, attraverso azioni di prevenzione (*risk prevention*) o di gestione dei rischi (*risk management*).

Di regola, nei contratti di assicurazione sono, inoltre, previsti strumenti intesi a contenere il costo dell'eventuale indennizzo (ovvero la frequenza sinistri) o a prevenire il fenomeno del cd. "azzardo morale"⁶ mediante la previsione di premi e sanzioni a favore od a carico dell'assicurato (nel settore della RC Auto, il cd. bonus-malus) ovvero attraverso l'adozione di un sistema di partecipazione dell'assicurato ai costi dei sinistri, ad esempio mediante la fissazione di una franchigia.

In conseguenza dell'analisi tecnica del rischio, ciascuna impresa di assicurazione può ritenere, quindi, assicurabili determinate fattispecie solo unitamente alla previsione di una soglia minima di franchigia o di un determinato scoperto percentuale, al fine di stabilire una compartecipazione del rischio in capo al contraente. Anche in detta evenienza, la stima dei sinistri che si possono verificare nel corso del contratto e, dunque, delle franchigie da pagare, rappresenta un elemento importante sia per l'individuazione del prezzo a base di gara che per il confronto tra offerte alternative, nel caso in cui la stazione appaltante scelga come criterio di aggiudicazione quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

3.2 La strutturazione dei bandi di gara

Dagli approfondimenti effettuati, è emersa una diretta correlazione tra la strutturazione dei bandi di gara ed il fenomeno delle gare deserte.

Un primo aspetto rilevante, in proposito, concerne le informazioni che le stazioni appaltanti forniscono nella documentazione di gara, le quali, come rilevato, incidono sul costo complessivo della polizza: si è spesso constatato che i bandi non contengono le informazioni necessarie per un corretto *pricing*. Il difetto di informazioni si pone in evidente contrasto con l'esigenza che le imprese vengano debitamente rese edotte circa i fattori che possono influenzare la sinistrosità specifica dell'ente, al fine di consentire alle stesse di quotare il rischio – e, conseguentemente, formulare l'offerta - sulla base del medesimo e completo set informativo.

In alcuni casi, peraltro, si tratta di informazioni che sono già in possesso della stazione appaltante, ma che vengono omesse nei bandi poiché gestite da uffici/direzioni distinti da quelli che governano le procedure di gara. Al fine di ovviare a simili disfunzioni, oltre ad un maggior raccordo tra le funzioni, sarebbe opportuno che le stazioni appaltanti accentrino presso un unico soggetto o ufficio tutte le attività connesse con la gestione delle polizze di assicurazione e dei rapporti con i contraenti. La mancanza di un referente specifico ed il timore di doversi confrontare con più soggetti differenti, siti in uffici distinti o unità locali differenti della stazione appaltante, possono, infatti, costituire reali deterrenti ad una maggiore partecipazione delle imprese assicurative alle procedure di gara.

⁶ Il rischio è che i soggetti, una volta assicurati, possano non prestare la necessaria cautela nello svolgimento delle proprie attività, aumentando così *ex post* il grado di sinistrosità.

Un secondo profilo, in parte connesso al precedente, riguarda la difficoltà di quotare il rischio assicurativo, ovvero la sinistrosità della stazione appaltante, rispetto alla quale le imprese (e le stazioni appaltanti) hanno difficoltà di monitoraggio, per l'assenza di dati e per la forte asimmetria informativa che caratterizza i mercati assicurativi.

Considerata l'importanza per l'attività assicurativa di disporre di un set di informazioni completo, si suggerisce alle stazioni appaltanti di porre in essere tutte le iniziative necessarie per una raccolta tempestiva ed efficiente delle stesse. Poiché molte di tali informazioni possono essere acquisite unicamente attraverso la collaborazione dell'attuale assicuratore, appare necessario inserire nei capitolati di gara la previsione di più stringenti obblighi informativi in capo all'impresa aggiudicataria, in modo da ottenere i dati relativi ai sinistri liquidati e riservati, con seguito e senza seguito. Peraltro, al fine di non investire l'aggiudicatario di una serie di oneri eccessivi, che finirebbero inevitabilmente per riversarsi sui costi della polizza, le informazioni richieste devono essere limitate esclusivamente a quelle necessarie per la gestione della polizza, con scadenze prestabilite e, comunque, tali da consentire la predisposizione tempestiva dei bandi di gara per il rinnovo delle polizze.

Qualora sia prevista una clausola di recesso a favore dell'assicuratore (si veda, al riguardo, il successivo paragrafo 3.3), deve essere previsto l'obbligo, in capo a quest'ultimo, di fornire le informazioni in suo possesso contestualmente alla comunicazione di recesso; ciò, al fine di permettere all'ente di predisporre la nuova documentazione di gara con congruo anticipo.

Si ritiene, infine, necessario che nei capitolati di gara siano espressamente contemplate penali a carico dell'affidatario per il ritardo nella trasmissione dei rapporti periodici richiesti, fino a considerare grave inadempimento, con le conseguenze previste dal Codice dei contratti, il mancato invio degli stessi.

3.3 Il recesso dal contratto assicurativo

Diversamente da quanto avviene nella generalità degli appalti pubblici - per i quali la mancata esecuzione del contratto costituisce un grave inadempimento sanzionabile con l'applicazione di elevate penali - di regola, i contratti di assicurazione contengono clausole che accordano ad uno o ad entrambi i contraenti (cd. recesso unilaterale o bilaterale) un'ampia facoltà di recesso a seguito del verificarsi dell'evento di danno assicurato⁷, entro un determinato termine dal pagamento o dalla contestazione, fatto salvo l'obbligo di preavviso.

In proposito, si osserva che, nei contratti con i consumatori finali, si presume vessatoria la clausola che ha per oggetto o per effetto, *inter alia*, di riconoscere al solo professionista la facoltà di recedere dal contratto (cfr. art. 33 del d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206, Codice del consumo); detta

⁷ Dette clausole di recesso sono spesso del seguente tenore: «Dopo ogni sinistro e fino al sessantesimo giorno dal pagamento o rifiuto dell'indennizzo, l'Assicuratore ed il Contraente possono recedere dalla polizza, che assicura il relativo rischio, con preavviso di almeno ... giorni. In tal caso, l'Assicuratore, entro ... giorni dalla data di efficacia del recesso, rimborsa la parte di premio, al netto dell'imposta, relativa al periodo di rischio non corso».

clausola è nulla per espressa previsione dell'art. 36 del Codice del consumo, 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 obbligatoria⁸.

La disciplina succintamente richiamata, tuttavia, non trova applicazione ai contratti conclusi con soggetti pubblici, non qualificabili alla stregua di consumatori *ex art. 3* del citato Codice del consumo. Ciò nondimeno, l'inserimento di siffatte clausole di recesso unilaterale nei contratti stipulati dalle pubbliche amministrazioni può non soltanto risultare pregiudizievole per l'interesse pubblico, ma può, altresì, porsi in contrasto con i principi di economicità, efficacia e buon andamento dell'amministrazione: l'esercizio del recesso da parte dell'assicuratore pone, infatti, la stazione appaltante nella necessità di attivare una nuova copertura assicurativa in tempi ristretti, in genere difficilmente compatibili con l'esperimento di una procedura ad evidenza pubblica.

Il riconoscimento al contraente privato del potere di porre nel nulla il rapporto contrattuale sorto al solo verificarsi del sinistro, inoltre, non appare pienamente 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 tipizzate di eccessiva onerosità. Occorre rilevare, inoltre, che, con specifico riguardo al contratto di assicurazione, l'aggravamento del rischio è espressamente disciplinato dall'art. 1898 c.c., ai sensi del quale *«il contraente ha l'obbligo di dare immediato avviso all'assicuratore dei mutamenti che aggravano il rischio in modo tale che, se il nuovo stato di cose fosse esistito e fosse stato conosciuto dall'assicuratore al momento della conclusione del contratto, l'assicuratore non avrebbe consentito l'assicurazione o l'avrebbe consentita per un premio più elevato. L'assicuratore può recedere dal contratto, dandone immediata comunicazione per iscritto all'assicurato entro un mese dal giorno in cui ha ricevuto o ha avuto in altro modo conoscenza dell'aggravamento del rischio»*.

Si deve, altresì, considerare che il recesso del contratto, oltre all'aggravio di spese assicurative, impone alla stazione appaltante ulteriori costi finanziari rappresentati dagli oneri per l'esperimento della nuova procedura di gara e dalla doppia imposizione fiscale: la restituzione del rateo di premio per il periodo di mancata copertura del contratto avviene, infatti, al netto delle imposte già versate e l'assicurato dovrà corrispondere nuovamente tali imposte per la nuova copertura.

In ogni caso, qualora la stazione appaltante dovesse ritenere opportuno inserire nei capitolati di gara clausole che permettono il recesso delle imprese, appare, comunque, necessario rendere il contenuto di tali clausole più aderente alle previsioni contenute nel Codice ed alla disciplina civilistica. A tal fine, dovrebbero essere contrattualmente disciplinati gli eventi in conseguenza dei quali ricorrere ad una revisione del prezzo (o eventualmente di altre condizioni contrattuali) 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 mero verificarsi di un

⁸ Cfr. Corte di Appello di Roma 7 maggio 2002.

sinistro, rientrando nella normale alea contrattuale. Si dovrebbe, poi, 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 consentiti per contratti inferiori ad una certa durata, ad esempio di un anno.

Al fine di permettere 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, specificando, altresì, 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, la clausola deve prevedere tempi certi per il perfezionarsi del recesso, congrui con quelli occorrenti per una nuova aggiudicazione, secondo le procedure previste dal Codice.

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

La necessità di prevedere tempi idonei per la sottoscrizione di una nuova polizza vale, oltre che per i casi di recesso, anche per il rinnovo delle polizze in scadenza. Come sopra illustrato, una parte consistente delle procedure di gara finisce con l'andare deserta e le amministrazioni, non disponendo di tempi sufficienti per indire una nuova procedura ad evidenza pubblica, ricorrono a procedure negoziate per l'individuazione dell'impresa di assicurazione ai sensi dell'art. 57, comma 2, lettera a) del Codice. Tuttavia, nel successivo affidamento, con una prassi non conforme al dettato normativo, vengono riviste profondamente le condizioni del capitolato, con l'aggiudicazione del contratto a prezzi maggiori rispetto a quelli posti a base della gara andata deserta, franchigie più elevate e/o modifica di altre condizioni di polizza assai rilevanti.

Sul punto, si rammenta che il citato art. 57, comma 2, lettera a), nel disciplinare la procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando in caso di gara deserta, stabilisce che *“nella procedura negoziata non possono essere modificate in modo sostanziale le condizioni iniziali del contratto”*. Nel caso delle polizze assicurative, non sembra, di regola, potersi applicare neppure la successiva lettera c), che riconosce la possibilità di una procedura negoziata dettata da ragioni di estrema urgenza non imputabili alla stazione appaltante. Ciò in quanto la copertura assicurativa rappresenta, di norma, un acquisto ripetuto nel tempo e le scadenze dei contratti sono note fin dal momento della loro sottoscrizione.

Appare, dunque, utile che le stazioni appaltanti diano avvio alle procedure di scelta del nuovo contraente con un congruo anticipo rispetto alla scadenza naturale del contratto, provvedendo, nel caso di ripetizione della procedura di gara a seguito di gara deserta, fin dalla redazione del nuovo bando, alla modifica delle condizioni contrattuali in essere che possono assicurare, anche sulla base della pregressa esperienza, una maggiore stabilità al rapporto contrattuale, indicandole nel nuovo bando.

In ogni caso, si ritiene opportuno che le stazioni appaltanti adottino misure tese a prevenire le conseguenze negative di mancati rinnovi dei contratti assicurativi. Al riguardo, nei bandi di gara

potrebbe essere inserita la previsione di eventuale proroga tecnica del contratto, alle condizioni inizialmente pattuite, per il tempo strettamente necessario al conseguimento di una nuova copertura.

Al fine di evitare che la presenza di una tale clausola possa favorire ulteriormente la diserzione della gara da parte delle imprese di assicurazione, le quali potrebbero ritrovarsi con un contratto rinnovato *sine die*, con condizioni economiche che si sono rilevate non adeguate alla copertura del rischio assicurato, nei bandi di gara dovrebbero essere chiaramente indicate sia la data entro cui verrà indetta la successiva procedura di gara per la copertura dei rischi assicurati sia la durata massima per l'eventuale proroga. La data di indizione della nuova gara dovrebbe essere scelta in modo tale da garantire la compatibilità con i tempi di svolgimento della procedura competitiva che si ritiene di prescegliere, compresa, eventualmente,, un'ulteriore procedura negoziata ad esito di un'eventuale gara deserta.

Inoltre, nei contratti deve essere chiaramente disciplinato il funzionamento delle franchigie, sia per quanto concerne le modalità di risarcimento dei danni rispetto ai terzi sia riguardo alle modalità con cui le stazioni appaltanti onorano i propri impegni nei confronti dell'affidatario. Sarebbe, in proposito, opportuno che le stazioni appaltanti, sulla base delle valutazioni sui possibili costi dei sinistri, costituiscano un fondo, prima dell'avvio della procedura di gara, da cui attingere per il pagamento delle franchigie dovute. Infine, un'organizzazione più snella e l'individuazione di un unico referente per la gestione complessiva del contratto assicurativo dovrebbero permettere, come già posto in rilievo, di superare talune delle rigidità segnalate dalle imprese di assicurazione.

Per altro verso, per attenuare il rischio di una minore partecipazione alle gare dovuta ad una eccessiva rigidità dei bandi, le stazioni appaltanti potrebbero valutare l'opportunità di utilizzare procedure di aggiudicazione più flessibili, che consentano, nel rispetto dei principi e delle regole del Codice, un maggior coinvolgimento degli operatori del settore nella predisposizione del progetto contrattuale. Al riguardo, ad esempio, le stazioni appaltanti potrebbero ammettere nella *lex specialis* la possibilità di presentare varianti in sede di offerta, secondo le modalità di cui all'art. 76 del Codice (cfr. sul punto, determinazione n. 4 del 10 ottobre 2012), ovvero potrebbero valutare l'opportunità di procedere all'aggiudicazione della gara mediante la procedura di dialogo competitivo, ai sensi dell'art. 58 del Codice. Si ritiene, infatti, che il contratto assicurativo per i grandi clienti, tra cui la pubblica amministrazione, sia di per sé particolarmente complesso, in considerazione della difficoltà di quotare il rischio e di definire nel dettaglio tutte le condizioni di polizza.

Naturalmente, qualora si dovesse pervenire alla predisposizione di bandi-tipo, e si dovessero predisporre le condizioni per una raccolta puntuale delle informazioni necessarie per quotare il rischio, non dovrebbero esservi ragioni per il ricorso a procedure di gara più flessibili rispetto a quelle standard ed il criterio da utilizzare potrebbe essere quello del prezzo più basso.

3.5 I requisiti di partecipazione

Secondo il consolidato orientamento dell'Autorità, i requisiti speciali di partecipazione devono essere individuati dalle stazioni appaltanti tenendo conto della natura del contratto ed in

modo proporzionato al valore dello stesso; in ogni caso, detti requisiti non devono essere manifestamente irragionevoli, irrazionali, sproporzionati, illogici ovvero lesivi della concorrenza (cfr., da ultimo, determinazione n. 4 del 10 ottobre 2012).

Nel settore assicurativo, già caratterizzato da numerosi elementi di vischiosità che incidono sul numero dei partecipanti alle gare, l'esigenza di individuare un contraente dotato di particolari requisiti di affidabilità causa, a volte, una ulteriore restrizione della platea dei concorrenti.

Ciò avviene, in particolare, mediante la fissazione di requisiti di fatturato sproporzionati rispetto all'entità della polizza. Si rammenta, al riguardo, che, ai sensi dell'articolo 41 del Codice (come novellato dall'art. 1, comma 2-bis, lett. b) del d.l. 6 luglio 2012, n. 95, convertito dalla l. 7 agosto 2012, n. 135), sono illegittimi i criteri che fissano, senza congrua motivazione, limiti di accesso connessi al fatturato aziendale.

E' stata, inoltre, rilevata una prassi consistente nel non ammettere alla gara imprese che hanno subito perdite. Al riguardo, si osserva che diversi operatori, benché solidi dal punto di vista finanziario, potrebbero rischiare di non poter competere per l'acquisizione di polizze assicurative del settore pubblico a motivo dell'attuale contesto generale di difficoltà economica, che può determinare sofferenze di bilancio anche nel caso di imprese di dimensioni rilevanti. La preclusione della partecipazione alla gara di imprese che hanno presentato, anche per un solo anno, un bilancio non in attivo può, dunque, restringere in maniera eccessiva il novero degli aspiranti aggiudicatari.

Un'ulteriore restrizione all'accesso, infine, può consistere nel richiedere *rating* molto elevati, senza tenere in conto che tale indice considera il rischio di credito e non la solvibilità delle imprese e, soprattutto, risente del *rating* proprio del sistema paese in generale. In proposito, merita sottolineare che la normativa europea e nazionale disciplina in modo rigoroso il rischio di inadempienza delle imprese, con la previsione di un margine di solvibilità minimo che le imprese devono possedere⁹.

Un indicatore che meglio rappresenta, rispetto al *rating*, la capacità di far fronte all'esposizione assicurativa potrebbe essere il cosiddetto indice di solvibilità, ottenuto come rapporto tra il margine di solvibilità disponibile e quello richiesto in base alla normativa vigente. Tale indicatore dovrebbe essere accompagnato da un indicatore di raccolta minima, globale e specifica, per evitare i rischi, emersi anche in corso di consultazione, di avvantaggiare le imprese più piccole rispetto alle grandi e di selezionare le imprese in base alla solidità complessiva e non anche alla capacità di far fronte ai rischi appartenenti ai diversi rami assicurativi. Infine, la richiesta di un fatturato minimo dovrebbe permettere di superare anche l'obiezione relativa alle imprese estere che potrebbero possedere i margini di solvibilità richiesti in base alla propria normativa nazionale, ma non sufficienti per il mercato nazionale; ciò poiché a livello europeo non esiste un'armonizzazione sui livelli di capitale sociale minimo richiesto ad un'impresa di assicurazione per essere autorizzata e per operare in altri Paesi UE.

⁹ L'art. 44, comma 1, del Codice delle Assicurazioni prevede che «l'impresa dispone costantemente di un margine di solvibilità sufficiente per la complessiva attività esercitata nel territorio della Repubblica ed all'estero. L'ISVAP disciplina, con regolamento, le regole tecniche per la determinazione e il calcolo del margine di solvibilità richiesto, secondo i rami esercitati, nel rispetto delle disposizioni del presente capo e di quelle previste dalla normativa in materia di vigilanza supplementare delle imprese appartenenti ad un conglomerato finanziario».

Ciò posto, sembra opportuno ribadire che le modalità di ammissione alla gara devono essere tali da contemperare le esigenze dell'amministrazione circa le caratteristiche di affidabilità del concorrente e la massima partecipazione.

Alla luce di quanto osservato, possono costituire requisiti accettabili quelli basati su indicatori quali il livello di capitale sociale minimo, l'indice di solvibilità e la capacità di assicurare determinati rischi, valutata sulla base della raccolta premi specifica. La misura dei requisiti, come osservato, deve essere fissata tenendo conto del valore dell'affidamento e della concreta situazione del mercato.

Per quanto concerne la questione dei raggruppamenti temporanei di imprese cosiddetti sovrabbondanti, questa Autorità si è già espressa nella determinazione n. 4 del 10 ottobre 2012 (paragrafo n. 7.1.3); tali conclusioni valgono anche per il caso di specie.

Inoltre, in difformità da una prassi ancora esistente nel mercato, appare opportuno precisare che, nel caso delle gare pubbliche, la volontà di partecipare ricorrendo a contratti di coassicurazione deve essere indicata fin dal momento della presentazione dell'offerta e che non è possibile modificare la composizione del RTI in corso di esecuzione del contratto, salve le limitate eccezioni ammesse dalla vigente disciplina. Si ritiene opportuno che nei documenti di gara sia prevista la deroga a quanto disposto dall'art. 1911 del Codice Civile, ovvero la responsabilità solidale delle imprese partecipanti all'accordo di coassicurazione.

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

4.1 Il servizio di intermediazione assicurativa

Le osservate difficoltà nella predisposizione della *lex specialis* per le gare assicurative, nella gestione dei contratti assicurativi e nell'individuazione di soluzioni idonee a ridurre l'esposizione al rischio di perdite patrimoniali o di responsabilità civile motivano il crescente ricorso ai servizi di intermediazione assicurativa da parte delle stazioni appaltanti.

Ai sensi dell'art. 106 del Codice delle assicurazioni, «*l'attività di intermediazione assicurativa e riassicurativa consiste nel presentare o proporre prodotti assicurativi e riassicurativi o nel prestare assistenza e consulenza finalizzate a tale attività e, se previsto dall'incarico intermediativo, nella conclusione dei contratti ovvero nella collaborazione alla gestione o all'esecuzione, segnatamente in caso di sinistri, dei contratti stipulati*»¹⁰. Quindi, ciascuna delle suddette attività rientra nell'ambito della generale attività di intermediazione assicurativa.

Inoltre, secondo il Regolamento Isvap n. 5/2006, «*si intendono per mediatori o broker gli intermediari che agiscono su incarico del cliente e che non hanno poteri di rappresentanza di imprese di assicurazione o di riassicurazione*». In sostanza, gli elementi che differenziano l'attività

¹⁰ L'art. 2, comma 1, n. 3, della direttiva 2002/92/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 9 dicembre 2002 definisce le attività di intermediazione assicurativa come «*le attività consistenti nel presentare o proporre contratti di assicurazione, o compiere altri atti preparatori o relativi alla conclusione di tali contratti, ovvero nel collaborare, segnatamente in caso di sinistri, alla loro gestione ed esecuzione*».

del *broker* assicurativo rispetto all'agente di assicurazione sono, oltre al conferimento dell'incarico da parte del cliente (l'agente è mandatario di una o più imprese di assicurazione), lo svolgimento di servizi di consulenza precontrattuale indipendente, di eventuale ricerca per conto del cliente di idonee imprese di assicurazione e di successiva gestione dei contratti.

In un periodo, quale quello attuale, caratterizzato da una crescente esposizione ai rischi delle amministrazioni pubbliche a fronte di limitate risorse economiche, l'attività del *broker* tende sempre più a non esaurirsi nella mera individuazione della controparte assicurativa, ma a qualificarsi alla stregua di una collaborazione di ampio respiro con l'amministrazione, tesa alla prevenzione ed alla gestione dei rischi. In questo senso, sembra opportuno 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 servizi¹¹.

4.2 La remunerazione del broker

Un ulteriore elemento di criticità è rappresentato dalle modalità di remunerazione del *broker*. Nella maggioranza dei casi, sia per i clienti pubblici che privati, il *broker* viene remunerato dalle imprese di assicurazione con commissioni calcolate in percentuale dei premi che verranno sottoscritti.

Tale sistema di remunerazione rischia di falsare i meccanismi di gara: quando le stazioni appaltanti utilizzano, così come richiesto dal Codice, il prezzo tra i criteri di valutazione dell'offerta, inevitabilmente finiscono con l'effettuare il confronto rispetto a grandezze indefinite poiché il prezzo, nel caso delle gare per l'intermediazione assicurativa, viene espresso in percentuale al valore delle polizze sottoscritte, grandezza non nota al momento dello svolgimento della gara e che può variare proprio a seguito dell'attività del *broker*. In sostanza, non si assegna un punteggio maggiore al prezzo più contenuto (che non può essere noto al momento dello

¹¹ Cfr., ad esempio, segnalazione AS623 del 20/10/2009, *Affidamento del servizio di brokeraggio assicurativo da parte delle pubbliche amministrazioni*.

svolgimento della gara), ma all'offerta che presenta una percentuale più bassa rispetto ad un valore non noto.

Inoltre, il ribaltamento del costo del servizio sulla compagnia di assicurazione che sottoscrive la polizza ha spesso erroneamente indotto a ritenere che tale affidamento non rientri tra quelli disciplinati dal Codice ovvero che sia applicabile una disciplina particolare, essendo in ogni caso il valore del contratto inferiore alla soglia comunitaria. La questione relativa alla presunta gratuità si ritiene ormai superata, considerato che, ai sensi dell'art. 29 del Codice, il valore posto a base di gara comprende l'insieme delle entrate che affluiscono all'aggiudicatario per effetto dell'affidamento (sul punto si vedano anche le deliberazioni dell'Autorità n. 9 del 12.02.2009 e n. 71 del 09.09.2009). Tuttavia, la asserita gratuità del servizio di intermediazione assicurativa fa sì che, spesso, nei bandi di gara, non si tenga sufficientemente conto del prezzo reale del servizio.

In altri termini, oltre ad essere indeterminata al momento dell'affidamento, la remunerazione del *broker* rischia di essere sganciata dall'effettiva prestazione svolta e dai risultati ottenuti mediante l'attività di consulenza e di gestione dei rischi, con conseguente impossibilità di introdurre nei contratti adeguati strumenti di incentivazione. Al contrario, il meccanismo di remunerazione adottato, nella grande maggioranza dei casi, finisce per penalizzare il *broker* proprio allorquando riesce a conseguire risparmi per la stazione appaltante ascrivibili all'attività svolta.

Seguendo un *trend* crescente nel mercato assicurativo per i grandi clienti, evidenziato nel documento di lavoro pubblicato sul sito dell'Autorità, si suggerisce di adottare nei bandi modalità di calcolo della remunerazione dei *brokers* tali da permetterne la quantificazione esatta in sede di presentazione dell'offerta e da non introdurre elementi disincentivanti al perseguimento dei risultati attesi dalla loro attività. Nel documento di lavoro menzionato sono indicati i vantaggi e gli svantaggi legati a tre diverse forme di remunerazione del *broker*: a) la situazione attuale con commissioni calcolate sui premi futuri e a carico delle imprese; b) un sistema basato su commissioni calcolate sui premi passati e a carico delle imprese; c) la remunerazione diretta del *broker* da parte della stazione appaltante.

4.3 Criteri di aggiudicazione e requisiti di partecipazione

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 il 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.

Come per i servizi assicurativi, anche nelle procedure per l'affidamento dei servizi di brokeraggio sono stati osservati bandi nei quali è richiesta, quale requisito di partecipazione, una capacità economica finanziaria sproporzionata rispetto al valore dell'affidamento ovvero è richiesta la dimostrazione di aver svolto un numero elevato di prestazioni a favore di determinate stazioni appaltanti o per l'intermediazione di determinati rischi.

In alcune circostanze, è prescritta la disponibilità di una sede nel comune in cui è localizzata la stazione appaltante come requisito di partecipazione,. In altri casi, ciò è considerato come criterio di valutazione, insieme ad altri, legati alle dimensioni del concorrente, quali il numero di dipendenti o il fatturato realizzato. L'Autorità ha più volte avuto occasione di ricordare come tali elementi introducono distorsioni nella concorrenza, restringendo in modo ingiustificato il numero di potenziali concorrenti alla gara e favorendo gli operatori economici di dimensioni maggiori, senza che ciò risulti in alcun modo correlato con la qualità dell'offerta.

Sulla base di quanto sopra considerato

IL CONSIGLIO

Adotta la presente determinazione.

Il Consigliere Relatore

Sergio Gallo

Il Presidente

Sergio Santoro

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data: 22 marzo 2013

Il Segretario: Maria Esposito