

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

Documento di consultazione

Agosto 2012

### **Premessa**

Nell'ambito della propria attività istituzionale di vigilanza, l'Autorità ha potuto verificare sulla base delle indagini svolte in relazione a singoli affidamenti e dall'analisi dei dati contenuti nel proprio Osservatorio, l'esistenza di diffuse criticità nelle modalità di affidamento dei servizi assicurativi e di intermediazione assicurativa da parte delle stazioni appaltanti tenute all'applicazione del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (di seguito Codice dei contratti).

In particolare, per quanto riguarda i servizi assicurativi il dato più rilevante è rappresentato dall'elevato numero di procedure di gara che finiscono deserte o che sono aggiudicate sulla base dell'unica offerta pervenuta.

In numerosi casi si verifica, inoltre, che il contratto aggiudicato venga sciolto unilateralmente molto prima della scadenza naturale, per volontà dell'affidatario.

Entrambi i 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 e rappresenta un prerequisito fondamentale per lo svolgimento dell'attività istituzionale della stazione appaltante.

Anche quando non vi è un obbligo di assicurazione, la copertura assicurativa può essere necessaria, laddove si tratti di salvaguardare il patrimonio dell'ente o preservarlo da eventuali responsabilità civili conseguenti allo svolgimento dell'attività istituzionale.

Sebbene parte delle criticità riscontrate potrebbe derivare, da un lato, da comportamenti opportunistici delle imprese di assicurazione, facilitati dall'elevato grado di concentrazione che caratterizza i mercati assicurativi, dall'altro da incrementi del costo dei risarcimenti per ragioni esterne all'operato delle imprese di assicurazione e delle stazioni appaltanti, non vi è dubbio che numerosi elementi presenti nella redazione dei bandi e nelle modalità di gestione del rapporto assicurativo possono scoraggiare la partecipazione delle imprese alle gare.

In merito alle modalità di affidamento dei servizi di intermediazione assicurativa le principali criticità riguardano la tendenza di numerose stazioni appaltanti ad affidare congiuntamente tali servizi con quelli assicurativi, ovvero a delegare al broker la ricerca della

migliore copertura assicurativa, e nello scaricare sull'impresa di assicurazione i costi del servizio di intermediazione. Tale prassi, come diffusamente illustrato in seguito, produce una serie di effetti perversi sulla regolarità delle procedure di affidamento. Da un lato, le stazioni appaltanti finiscono spesso con il non valutare correttamente l'onerosità del servizio di intermediazione e predispongono i bandi sottostimando il valore dell'affidamento, con possibili effetti negativi su elementi quali il livello di trasparenza, le procedure di selezione prescelte, i requisiti di partecipazione, il contributo all'Autorità. Dall'altro, la prassi prevalente di determinare il prezzo in percentuale del costo della polizza produce una serie di possibili distorsioni quali: un costo del servizio di intermediazione eccessivo, l'introduzione di incentivi distorti per il broker che è spinto ad aumentare il costo del servizio assicurativo, criteri di valutazione dell'offerta economica ancorati a valori eterogenei, poiché il compenso effettivo del broker è sconosciuto al momento della valutazione delle offerte, in quanto legato a grandezze che dipendono anche dall'operato del broker stesso.

Sotto un diverso profilo, sono pervenute numerose segnalazioni concernenti la richiesta di requisiti di partecipazione assolutamente sproporzionati per l'oggetto dell'affidamento, ovvero di criteri di valutazione che penalizzano le imprese più piccole. Anche tale elemento può essere ricondotto alle distorsioni indotte dal ribaltamento del costo sulle imprese di assicurazione, che determina uno svilimento della componente di prezzo nei processi di valutazione, spingendo diverse stazioni appaltanti ad affidare il servizio sulla base dei soli criteri dimensionali.

Data l'importanza delle problematiche prospettate, è stato pertanto predisposto il presente documento riassuntivo, al fine di svolgere una consultazione degli operatori del settore e delle amministrazioni interessate, nonché di valutare l'opportunità di adottare un atto a carattere generale che offra indicazioni operative per i futuri affidamenti.

Si sottopongono, pertanto, all'attenzione dei soggetti invitati all'audizione le problematiche di seguito evidenziate, sulle quali si chiede di formulare osservazioni, nonché di segnalare eventuali ulteriori difficoltà applicative.

## **Quadro normativo di riferimento**

I servizi di assicurazione e quelli di consulenza/intermediazione assicurativa rientrano tra i servizi di cui all'allegato IIA del Codice dei contratti, ai quali, ai sensi del comma 2 dell'art.20 si applicano integralmente le disposizioni contenute nel Codice.

Inoltre, sotto un diverso profilo appare opportuno sottolineare che, di regola, i servizi assicurativi sono strumentali alle attività di cui agli artt. 208-213 del Codice, per cui le regole dell'evidenza pubblica valgono anche per i settori speciali. A tale riguardo, si osserva che in diversi casi le aziende attive nei settori speciali sono soggette a diversi obblighi di assicurazione (basti pensare alla Responsabilità civile auto per le aziende che prestano servizi di trasporto e postali), in molti casi, inoltre, la sottoscrizione di coperture assicurative rappresenta un elemento per ridurre il rischio di forti esposizioni in caso di sinistri, e quindi un mezzo per rendere economicamente produttiva l'attività.

Più complessa appare invece la questione relativa alla strumentalità del servizio di intermediazione assicurativa con le attività tipiche dei settori speciali. In questo caso, infatti, i rapporti appaiono mediati. Il servizio di brokeraggio assicurativo può essere considerato strumentale a quello assicurativo, a sua volta, per le ragioni precedentemente illustrate, strumentale alle attività principali dell'impresa pubblica. In realtà, se è vero che il servizio assicurativo può essere gestito anche indipendentemente dall'attività di un broker assicurativo e altrettanto vero che se un'impresa o ente decide di rivolgersi ai servizi di un intermediario di

assicurazione lo fa in vista dell'acquisto di un prodotto assicurativo. Analogamente, si può ritenere che, mentre per una corretta gestione delle attività dei settori speciali sia necessario acquistare una o più polizze assicurative ciò non è vero per i servizi di intermediazione assicurativa; tuttavia, laddove la società abbia deciso di rivolgersi ai servizi di un broker di assicurazione, l'attività di tale soggetto debba essere ritenuta strumentale a quella principale.

Per la disciplina sostanziale del rapporto assicurativo, inoltre, in virtù del rinvio operato dal comma 4 dell'art. 2 del Codice dei contratti, occorre fare riferimento alla disciplina dei contratti in generale e 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, recante il codice delle assicurazioni private .

## **A. Questioni relative al settore assicurativo**

### **Il costo della polizza**

A norma dell'art. 1882 del codice civile, il contratto di assicurazione è un contratto sinallagmatico, nel quale l'assicuratore si obbliga, verso il pagamento di un premio, a rivalere l'assicurato, entro i limiti convenuti, del danno ad esso prodotto da un sinistro.

Il premio di assicurazione, quale elemento essenziale della offerta nella procedura di gara per l'affidamento del servizio assicurativo, viene generalmente determinato dall'assicuratore in base alla probabilità stessa che l'evento assicurato si verifichi.

Al riguardo il premio di assicurazione viene distinto tra premio puro e caricamenti; il premio puro rappresenta le risorse che vengono accantonate dalle imprese di assicurazione per far fronte ai risarcimenti derivanti dai sinistri che si verificano nel corso di validità della polizza, mentre i caricamenti comprendono i costi di gestione della polizza, tra cui quelli per la gestione dei sinistri e dei relativi risarcimenti, quelli di distribuzione (per l'attività degli agenti o dei brokers) e gli utili di impresa.

Al fine della determinazione del premio puro le imprese necessitano di numerose informazioni statistiche relative all'andamento dei sinistri negli ultimi anni. In particolare occorre disporre almeno delle informazioni relative al numero di polizze emesse, al numero dei sinistri avvenuti e agli importi corrisposti per gli stessi. Utilizzando tali parametri è possibile determinare il costo imputabile a ciascuna polizza per la copertura assicurativa. Tale grandezza viene definita come premio di rischio. Il passaggio dal premio di rischio al premio puro richiede che ciascuna impresa di assicurazione faccia delle congetture circa l'evoluzione delle variabili che possono influenzare l'andamento nel futuro della frequenza sinistri e del 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 le imprese non possono liquidare direttamente un sinistro, perché ad esempio occorre procedere ad analisi circa la responsabilità dello stesso o occorre tempo per determinare tutte le conseguenze dell'evento, le imprese devono accantonare (riservare) una somma per il pagamento dell'indennizzo in futuro. Per la valutazione della somma da riservare, le imprese devono rifarsi a quanto previsto dal Codice delle Assicurazioni e dal Regolamento di attuazione dell'Isvap (Regolamento n. 16/2008 e s.m.i.), 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 ma non ancora denunciati. Il costo dei sinistri comprende sia quelli liquidati che quelli riservati.

Con il premio di rischio o puro così determinato si ottiene un'informazione sulla rischiosità media di una determinata popolazione, ma non sulla rischiosità specifica di ogni componente della stessa. Come ben noto dalla teoria economica, nessuna impresa di assicurazione può rimanere sul mercato praticando un premio assicurativo uniforme, in quanto, a causa dei fenomeni definiti di "selezione avversa", gli individui con un maggiore grado di rischiosità tenderebbero a comprare la polizza, mentre quelli con minore rischiosità rifiuterebbero di assicurarsi o cercherebbero imprese con premi più bassi, ma che selezionano gli assicurati. L'impresa che applica un prezzo uniforme finirebbe, quindi, con l'assicurare esclusivamente soggetti con una rischiosità maggiore rispetto a quella media, riportando perdite.

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 dall'osservazione di alcune grandezze oggettive dell'assicurato, correlate con il rischio da assicurare, che incidono sulla probabilità del verificarsi del sinistro o sul suo eventuale costo.

Accanto ai problemi di selezione avversa, le imprese di assicurazione devono, di regola, affrontare un problema che si può presentare una volta concluso il contratto: si tratta del fenomeno cosiddetto di "azzardo morale" (opportunismo), per cui i soggetti una volta assicurati possono non prestare quella necessaria cautela nello svolgimento delle proprie attività, aumentando così ex-post il grado di sinistrosità. Per ridurre comportamenti di azzardo morale di regola vengono adottati due sistemi: a) un meccanismo di premi e sanzioni (nel settore della RC Auto il cosiddetto bonus-malus); b) la partecipazione dell'assicurato ai costi di sinistri, ad esempio mediante una franchigia.

Diversamente dal primo, il secondo sistema ha il vantaggio che anche l'assicurato è incentivato a contenere il costo dell'eventuale indennizzo (dovendone corrispondere una parte), tuttavia è di più difficile gestione, in quanto l'assicuratore normalmente deve anticipare l'intera somma e poi rivalersi sull'assicurato.

In conseguenza dell'analisi tecnica del rischio, ciascuna impresa di assicurazione ritiene quindi assicurabili determinate fattispecie solo mediante la 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 questo caso, la stima dei sinistri che si possono verificare nel corso del contratto e, quindi, 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 la stazione appaltante scelga come criterio di aggiudicazione quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Non si può pertanto trascurare che i ritardi di pagamento (delle franchigie), finiscono inevitabilmente per incidere sull'entità del premio da pagare. Pertanto, il mancato o ritardato pagamento delle franchigie previste nel contratto può determinare maggiori difficoltà in sede di gara, una lievitazione del costo della polizza e rischi di elevato contenzioso.

## **Le informazioni da fornire nel bando**

L'analisi sopra condotta ha mostrato come vi siano diversi elementi che concorrono a determinare il costo della polizza, alcuni dei quali, come ad esempio quelli idonei ad influire sulla rischiosità specifica dell'assicurato, possono essere conosciuti dalle imprese di assicurazione solo se rilevati dal cliente finale.

Nel caso di soggetti privati, di regola le imprese di assicurazione cercano di ottenere tali informazioni o mediante sopralluoghi presso il cliente finale o raccogliendo presso lo stesso le informazioni ritenute necessarie per la quotazione del rischio, ad esempio facendogli compilare appositi questionari.

Nel caso di un appalto pubblico è la stazione appaltante che nei documenti di gara deve informare le imprese concorrenti sui fattori che possono influenzare la sinistrosità specifica dell'ente al fine di consentire alle stesse di presentare, a parità di condizioni, la propria offerta.

In molte delle gare esaminate si è potuto constatare che le stazioni appaltanti non appaiono sempre in condizione di fornire informazioni corrette al mercato. Molto spesso ciò è conseguenza della separazione funzionale tra i soggetti deputati alla predisposizione del bando e alla gestione effettiva del contratto e al mancato raccordo delle due funzioni.

Al fine di ovviare a simili disfunzioni sarebbe opportuno che le stazioni appaltanti attribuiscono ad un unico soggetto o ufficio il compito di accentrare tutte le attività connesse con la gestione delle polizze di assicurazione e dei rapporti con i contraenti. In diversi casi è, ad esempio, risultato che una delle ragioni addotte dalle imprese per la rinuncia a partecipare a procedure ad evidenza pubblica è rappresentata proprio dalla mancanza di un referente specifico e dal timore di doversi confrontare con più soggetti differenti, siti in ufficio distinti o unità locali distinte della stazione appaltante.

La principale ragione indicata per la mancata presentazione di offerte alle gare, tuttavia, è legata alla asserita difficoltà da parte delle imprese di quotare il rischio assicurativo ovvero ad una presunta elevata sinistrosità della stazione appaltante, rispetto alla quale quest'ultima ha difficoltà di monitoraggio, per l'assenza di dati e per la forte asimmetria informativa che caratterizza i mercati assicurativi.

Si ritiene quindi necessario, che la stazione appaltante si doti di strumenti più efficienti per migliorare il set informativo da fornire in sede di gara, al fine di consentire agli operatori economici di presentare un'offerta adeguata .

A tale riguardo potrebbe essere utile inserire nei capitolati di gara la previsione di più stringenti obblighi informativi in capo all'impresa aggiudicatrice, in modo da acquisire, con continuità i dati relativi ai sinistri liquidati e riservati, con seguito e senza seguito con la previsione di penali a carico dell'impresa in caso di ritardi od omissioni nella trasmissione dei rapporti periodici richiesti

In merito alla carenza di informazioni si ricorda, inoltre, che l'art. 1892 del Codice Civile prevede che *"le dichiarazioni inesatte e le reticenze del contraente, relative a circostanze tali che l'assicuratore non avrebbe dato il suo consenso o non lo avrebbe dato alle medesime condizioni se avesse conosciuto il vero stato delle cose, sono causa di annullamento del contratto quando il contraente ha agito con dolo o con colpa grave"*; mentre il successivo art. 1893 prevede che *"se il contraente ha agito senza dolo o colpa grave, le dichiarazioni inesatte e le reticenze non sono causa di annullamento del contratto, ma l'assicuratore può recedere dal contratto stesso, mediante dichiarazione da farsi all'assicurato nei tre mesi dal giorno in cui ha conosciuto l'inesattezza della dichiarazione o la reticenza"*. Il Codice Civile riconosce, dunque, all'assicuratore, il diritto di recesso quando questi si è trovato costretto a quotare il rischio senza le necessarie informazioni, distinguendo gli effetti e le conseguenze a seconda che vi sia o meno dolo o colpa grave da parte dell'assicurato.

Ne discende che la mancata disponibilità di informazioni esaustive sull'andamento dei progressi rapporti assicurativi non solo è in grado di pregiudicare il buon esito della procedura di gara ma rende condizionata la stessa validità e durata dell'assicurazione eventualmente contratta, sottoponendo la stessa stazione appaltante al rischio di trovarsi priva di copertura assicurativa.

In diversi casi osservati di recente dall'Autorità, inoltre, le imprese di assicurazione hanno attribuito la mancata partecipazione alle gare alle difficoltà sperimentate in passato a riavere le anticipazioni per le franchigie da parte di talune stazioni appaltanti. Appare quindi necessario che le stazioni appaltanti prima dell'indizione della gara e della sottoscrizione del contratto effettuino delle analisi per stimare la presunta entità dei pagamenti per le franchigie relative ai sinistri che si verificheranno nel corso di validità della polizza e, sulla base di tali stime, accantonino le opportune somme, da destinare al rimborso delle franchigie secondo le modalità previste nel contratto assicurativo.

## Il recesso dal contratto assicurativo

Dalle indagini effettuate è emerso che nella quasi totalità dei contratti esaminati sono inserite clausole di recesso in caso di sinistro.

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

Agli enti pubblici non si applica tuttavia la speciale disciplina di tutela prevista dal codice di consumo, difettando, in capo alla stessa, la qualità di consumatore, così come definita all'art. 3 del medesimo testo normativo. Ciò non toglie che l'inserimento di clausole di tale tipo nei contratti di assicurazione stipulati dalle pubbliche amministrazioni possa risultare estremamente pregiudizievole per l'interesse pubblico e porsi in contrasto con i principi di economicità, efficacia e buon andamento dell'amministrazione, laddove l'esercizio del recesso da parte dell'assicuratore ponga la stazione appaltante nella necessità di trovare in tempi brevi, in genere incompatibili con quelli propri di una procedura ad evidenza pubblica, una nuova copertura assicurativa.

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

Rileva, al riguardo la disciplina delle varianti in corso di esecuzione, prevista dall'art. 311 del Regolamento di esecuzione ed attuazione del codice dei contratti che attribuisce all'esecutore il diritto di sciogliersi dal vincolo contrattuale nel caso in cui la variazione richiesta dalla stazione appaltante comporti un aumento superiore al quinto del prezzo pattuito.

Sotto altro profilo appare dubbia la possibilità di giustificare la legittimità di una clausola di recesso del rapporto assicurativo al verificarsi del sinistro alla stregua delle regole comuni in tema di risoluzione del contratto per eccessiva onerosità.

L'art.1467 c.c., infatti, riconosce la facoltà di risolvere il contratto nei casi in cui avvenimenti straordinari ed imprevedibili, che non riguardano l'alea normale del contratto, aumentano l'onerosità della prestazione di una delle parti. Mentre, con specifico riguardo al contratto di assicurazione le ipotesi di aggravamento del rischio sono disciplinate dall'art. 1989 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" (art. 1898 c.c.).*

Ciò posto appare evidente che il verificarsi di un sinistro non può costituire causa di risoluzione per eccessiva onerosità. Infatti, è proprio nella natura del contratto assicurativo quello di trasferire il rischio dall'assicurato all'assicuratore e il verificarsi del sinistro rientra nella normale alea del contratto di assicurazione.

Il trasferimento del rischio implica infatti che se non si verifica l'evento negativo, l'assicuratore incamera il premio pagato, senza prestare ulteriori servizi oltre alla gestione della polizza, mentre in caso di sinistro l'assicurato risparmia la differenza tra il costo dell'indennizzo e quello della polizza. È proprio quindi dell'attività assicurativa il fatto che, per singolo assicurato, l'assicuratore possa sopportare costi superiori ai ricavi, tuttavia ciò non può giustificare un eventuale venir meno alle obbligazioni contrattuali. In altri termini, è tipico della mutualità assicurativa il fatto che i soggetti che non causano sinistri sostengano i costi dei soggetti meno fortunati che hanno determinato uno o più sinistri.

In sostanza, non esistono ragioni economiche o giuridiche affinché si possa considerare come eccessivamente oneroso un contratto per il quale ex-post l'assicuratore ha sostenuto spese per indennizzo superiore all'entità della polizza, ovvero alla sinistrosità ipotizzata ex-ante. Viceversa, se valesse questa condizione, non vi sarebbe più ragione per l'attività assicurativa, ma sarebbe preferibile ricorrere all'autoassicurazione (se norme di legge non impongono l'obbligo di assicurazione).

Si deve, peraltro, rilevare che il Codice dei Contratti contiene disposizioni, volti a tutelare l'amministrazione dalla mancata esecuzione dei servizi da parte del contraente.

Appare, pertanto, opportuno che qualora la stazione appaltante ritenga, comunque, necessario inserire una clausola di recesso dal contratto, questa sia quanto più possibile dettagliata. In via preliminare, si osserva, che una delle possibili ragioni che conducono le imprese di assicurazione a ritenere necessaria una tale clausola appare legata al timore di vincolarsi per un periodo eccessivamente lungo; un modo per superare le ragioni per un recesso anticipato potrebbe essere, allora, quello di fissare una durata delle polizze che contemperino le esigenze delle stazioni appaltanti della continuità del rapporto con il timore delle imprese di un'elevata esposizione al rischio.

In ogni caso, appare necessario che siano chiaramente specificate le cause che possono condurre al recesso da parte delle imprese di assicurazione, non potendosi ritenere ammissibili clausole, osservate di frequente, che riconoscono la possibilità di recesso, di fatto, successivamente al verificarsi del primo sinistro. Si tratta, infatti, di una clausola particolarmente penalizzante per quelle amministrazioni caratterizzate da elevata sinistrosità, seppure spesso con indennizzi di importo contenuto, come quelle che movimentano numerosi automezzi, per le quali quindi, non è possibile neppure ricorrere all'autoassicurazione.

Inoltre, appare indispensabile che la decorrenza dell'eventuale recesso sia vincolata alla effettiva possibilità della stazione appaltante di addivenire ad una nuova copertura assicurativa. In tal senso devono essere attentamente disciplinate le ragioni del recesso, le modalità di comunicazione dello stesso e le possibilità per la stazione appaltante di resistere a tale comunicazione.

Per lo stesso motivo i tempi per il decorso del recesso devono essere congrui con quelli occorrenti per una nuova aggiudicazione secondo le procedure previste dal Codice. Inoltre

dovrebbero essere specificate le informazioni relative al rapporto assicurativo che l'operatore economico è tenuto a comunicare alla stazione appaltante prima del recesso, eventualmente condizionando l'efficacia dello stesso all'effettiva comunicazione delle informazioni previste.

Infine, appare opportuno segnalare che il ricorso o la minaccia di recesso non possono costituire modi surrettizi per una mera revisione dei prezzi.

### La proroga delle polizze e le 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. In molte situazioni si registra che le gare assicurative finiscono spesso con l'andare deserte e le amministrazioni, non avendo tempi sufficienti per indire una nuova procedura ad evidenza pubblica, cercano l'impresa di assicurazione mediante procedure negoziate. In questa sede, spesso, in assenza di pubblicazione di un nuovo bando, vengono riviste profondamente le condizioni del capitolato, con l'aggiudicazione del contratto con prezzi maggiorati rispetto a quelli a base di gara, franchigie più elevate e/o modifica di altre condizioni di polizza assai rilevanti.

Si tratta di una patologia tipica del settore assicurativo, che introduce elementi non coerenti con le previsioni del Codice dei Contratti. Infatti, l'art. 57, comma 2, lettera a), che in merito alla possibilità di una procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando afferma 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. Infatti, la copertura assicurativa rappresenta un acquisto ripetuto nel tempo e le scadenze dei contratti sono note fin dal momento della loro sottoscrizione.

In tale situazione appare 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.

Per cautelarsi contro le conseguenze di gare andate deserte nei bandi di gara, inoltre, potrebbe essere inserita una previsione di eventuale proroga del contratto alle condizioni iniziali sottoscritte fino al conseguimento di una nuova copertura, con l'impegno della stazione appaltante ad indire una nuova procedura con un congruo anticipo rispetto alla scadenza prevista per il contratto.

Per superare le criticità sopra descritte in gran parte riconducibili alla situazione di asimmetria informativa che caratterizza il mercato assicurativo le stazioni appaltanti potrebbero valutare l'opportunità di utilizzare procedure di aggiudicazione più flessibili, che vedano, nel rispetto dei principi del codice dei contratti, una maggior coinvolgimento degli operatori del settore nella predisposizione del progetto contrattuale.

Al riguardo, ad esempio, le stazioni appaltanti potrebbero prevedere nei bandi di gara, la possibilità di presentare varianti in sede di offerta, secondo le modalità di cui all'art. 76 del Codice dei Contratti, ovvero potrebbero valutare l'opportunità di procedere all'aggiudicazione della gara mediante il dialogo competitivo, ai sensi dell'art. 58. In questo caso, gli elementi che possono giustificare il ricorso a tale strumento sono rappresentati dalla difficoltà di quotare il rischio assicurativo e di definire con dettaglio tutte le condizioni di polizza.



Tali sistemi, tuttavia possono dimostrarsi poco efficienti se, come si verifica di frequente, le stazioni appaltanti non dispongono delle professionalità e delle conoscenze necessarie a valutare la convenienza delle soluzioni progettuali presentate, sicché il confronto concorrenziale non sarebbe sufficiente ad assicurare alla stazione appaltante le migliori condizioni di polizza.

## I requisiti di partecipazione

Recentemente si è assistito ad un irrigidimento delle condizioni di partecipazione che, dettato dalla necessità di trovare imprese affidabili, rischia di ingessare ancora di più un mercato nel quale molte amministrazioni faticano a trovare una controparte assicurativa. In particolare si fa riferimento alla tendenza, da parte delle stazioni appaltanti, di richiedere, come requisiti di partecipazione, fatturati di importo sproporzionati rispetto all'entità della polizza o rating elevati, emessi dalle principali agenzie internazionali. Si tratta, in entrambi i casi, di elementi che non sembrano coerenti a perseguire gli obiettivi dichiarati.

La richiesta di una raccolta premi molto più elevata del valore della polizza viene giustificata con il fatto che il premio rappresenta solo una frazione dell'esposizione al rischio; tuttavia tale giustificazione ignora la prassi assicurativa per cui le imprese raramente trattengono tutto il rischio, ma tendono invece a frazionarlo. In tal modo l'esposizione effettiva per la singola impresa è notevolmente inferiore rispetto al massimale assicurato. Per quanto riguarda il rating, inoltre, si evidenzia che lo stesso considera il rischio di credito e non la solvibilità delle imprese.

In Europa ed in Italia le imprese sono soggette ad una normativa rigorosa contro il rischio di inadempienza, con la previsione di un margine di solvibilità minimo che le stesse devono possedere. *“Il margine costituisce in sintesi un indispensabile vincolo di patrimonializzazione a fronte dell'altrimenti incontrollata espansione degli affari assicurativi e della conseguente moltiplicazione dei rischi che possono compromettere la capacità dell'impresa di far fronte agli obblighi assunti nei confronti degli assicurati”* (Cfr. Quaderni Isvap n. 6, *Il margine di solvibilità delle imprese di assicurazione: confronto tra i sistemi europeo ed americano*).

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.

## B. Questioni relativi al ruolo del broker nei rapporti con la pubblica amministrazione

### Il servizio di intermediazione assicurativa

Le osservate difficoltà nel predisporre la *lex specialis* per le gare assicurative, nel gestire i contratti assicurativi e nell'individuare soluzioni idonee a ridurre l'esposizione al rischio di perdite patrimoniali o di responsabilità civile motivano spesso il ricorso ai servizi di un intermediario di assicurazione. Tuttavia, anche per quanto concerne le modalità di selezione degli intermediari di assicurazione e l'individuazione dei compiti loro assegnati si osservano numerosi elementi di criticità.

In via preliminare, si ricorda che, 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".* 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".*

Le attività svolte dal broker assicurativo, secondo l'AIBA – Associazione Italiana Brokers di Assicurazioni e Riassicurazioni, consistono in:

- analisi dei rischi;
- definizione delle specifiche contrattuali;
- individuazione delle compagnie d'assicurazione idonee;
- gestione dei contratti;
- assistenza nella liquidazione dei danni;
- aggiornamento costante sulle dinamiche dei rischi e sull'andamento del mercato assicurativo.

In sostanza, gli elementi che differenziano l'attività 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. Nel caso di servizi prestati alla pubblica amministrazione, le previsioni contenute nel Codice delle Assicurazioni devono necessariamente essere coordinate con la disciplina speciale in materia di contratti pubblici ed in particolare con il divieto di delega delle funzioni di stazione appaltante contenuto nell'art. 33 del Codice dei Contratti Pubblici volto ad impedire che l'attività di selezione dell'affidatario di un contratto pubblico possa essere gestita da soggetti esterni all'amministrazione. In alcuni casi esaminati le stazioni appaltanti hanno provveduto, con un'unica gara alla scelta dell'intermediario e della polizza assicurativa, ovvero nell'incarico di brokeraggio, oggetto dell'affidamento, era prevista anche la selezione dell'impresa affidataria del servizio assicurativo.

Tale comportamento non risulta corretto, in quanto i due servizi (intermediazione e copertura assicurativa) appartengono a due mercati distinti. Recentemente il Tar Veneto ha chiaramente evidenziato come la normativa sui contratti precluda al broker la possibilità di far parte della commissione di gara e, di conseguenza, come non possa aver alcun ruolo nel processo di selezione dell'offerente. Ha, infatti, sostenuto che: *"Suggerire" clausole e "collaborare alla gestione e all'esecuzione dei contratti conclusi sulla base" delle clausole stesse non significa – peraltro – che il broker possa essere pure coinvolto nella diretta trattativa con i concorrenti al fine della loro accettazione da parte di questi ultimi nell'ambito dei procedimenti di scelta del contraente indetti dall'Amministrazione aggiudicatrice: e ciò anche se i procedimenti stessi sostanziano – come nella presente fattispecie - una procedura negoziata senza previa emanazione di bando di gara, ai sensi dell'art. 57 del D.L.vo 163 del 2006. È evidente - infatti – che, ove si argomentasse diversamente, tra broker e Amministrazione aggiudicatrice insorgerebbe (come, per l'appunto, nel presente caso) un conflitto di interessi che ex se compromette la realizzazione del pubblico interesse e, comunque, contrasterebbe la disciplina contenuta nell'anzidetto art. 84 del D.L.vo 163 del 2006 in ordine ai criteri di scelta e di funzionamento delle commissioni giudicatrici delle pubbliche gare"* (Sentenza del TAR Veneto n. 1343 del 13.04.2010).

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.

### 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 sottoscritti e talvolta anche con premi di risultato variamente configurati (*contingency commission*).

Tale sistema di remunerazione rischia di falsare i meccanismi di gara. Infatti, 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. In tal modo il punteggio per il prezzo viene assegnato in modo non conforme al Codice. Infatti, non si assegna un punteggio maggiore al prezzo più contenuto (che non può essere noto al momento dello svolgimento della gara), ma all'offerta che presenta una percentuale più bassa rispetto ad un valore ignoto che può variare da intermediario a intermediario.

Uno dei compiti principali che dovrebbe svolgere il broker a favore delle pubbliche amministrazioni è proprio quello del contenimento della spesa assicurativa, attraverso azioni che permettano la riduzione del rischio e il disegno di idonei strumenti assicurativi. Si viene invece a creare una situazione per cui la remunerazione del broker si riduce in valore assoluto all'aumentare dell'impegno profuso, ovvero si realizza un meccanismo di premialità inversa.

In sostanza, con l'attuale meccanismo di remunerazione del broker, vi è il concreto rischio di un aumento del costo dei prodotti assicurativi per le stazioni appaltanti. Innanzitutto i brokers ricevono una commissione (percentuale) paragonabile a quella degli agenti, sebbene le due figure professionali servano clientela assai diversa: soprattutto grandi clienti i primi, singoli individui i secondi. Pertanto, a parità di prestazione, la commissione in valore assoluto del broker tende ad essere più elevata.

Commissioni calcolate in percentuale dei premi sottoscritti potrebbero spingere, inoltre, i brokers a suggerire la sottoscrizione della polizza più costosa, magari giustificando ciò con qualche caratteristica della stessa difficilmente valutabile dal cliente finale; ma anche laddove non si verificasse questo effetto perverso, vi sono sufficienti incentivi affinché il broker suggerisca al cliente la sottoscrizione di prodotti non strettamente necessari allo stesso.

Infine, e ciò vale soprattutto per gli appalti pubblici, la stazione appaltante (o l'impresa di assicurazione) potrebbe indirettamente dover sostenere due commissioni di intermediazione, una a favore del broker scelto dalla pubblica amministrazione l'altra a favore dell'agente che ha partecipato alla gara assicurativa. In genere, ciò dovrebbe essere evitato con l'accettazione da parte dell'aggiudicatario della cosiddetta "clausola broker", mediante la quale l'assicuratore o l'agente di assicurazione che concorre sa che occorre versare una commissione di intermediazione al broker.

Per le ragioni sopra rappresentate, considerando i rischi di conflitti di interesse, di premialità negativa e il ruolo del broker che, per le pubbliche amministrazioni, non svolge il ruolo di selezione dell'impresa di assicurazione, si ritiene preferibile una remunerazione che sia sganciata dal valore delle polizze sottoscritte e che possa essere chiaramente definita in sede di gara.

Sempre con riferimento al prezzo del servizio di intermediazione si è osservato che in numerose gare le stazioni appaltanti 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 0 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 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.

### **Gli altri criteri di valutazione diversi dal prezzo**

Il ribaltamento del costo del servizio sulla compagnia di assicurazione che sottoscrive la polizza ha spesso indotto a ritenere che tale affidamento non rientri tra quelli disciplinati dal Codice dei Contratti, ovvero che sia applicabile una disciplina particolare, essendo comunque l'appalto sottosoglia. 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, come già osservato, la presunta gratuità del servizio di intermediazione assicurativa fa sì che nei bandi di gara spesso non si tenga sufficientemente conto del prezzo del servizio.

Come per i servizi assicurativi, anche nelle procedure per l'affidamento dei servizi di brokeraggio sono stati osservati bandi nei quali è richiesta 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 indicato, come requisito di partecipazione, la disponibilità di una sede nel comune in cui è localizzata la stazione appaltante. In altri casi ciò è considerato come criteri di valutazione, insieme ad altri, legati alle dimensioni del concorrente, come il numero di dipendenti o il fatturato realizzato. L'Autorità ha più volte avuto occasione di ricordare come tali elementi introducano distorsioni nella concorrenza, restringendo in modo ingiustificato il numero di potenziali concorrenti alla gara, ovvero favorendo gli operatori economici di dimensioni maggiori, senza che ciò risulti in alcun modo correlato con la qualità dell'offerta. Per cui si ritiene opportuno ribadire la necessità di evitare l'inserimento nei bandi di gara di simile prescrizioni.