

Incarico di broker assicurativo al fine di provvedere alla emissione e gestione del contratto di stipula di una polizza di responsabilità civile patrimoniale: è illegittima la scelta di ricorrere alla trattativa privata e senza formalità, del mediatore as

Autore: Lazzini Sonia

In: Diritto civile e commerciale

Tendenzialmente, il contratto di brokeraggio, al pari di qualsiasi altra prestazione contrattuale avente ad oggetto servizi, deve essere stipulato previo espletamento di una procedura di gara, in attuazione dei principi, di matrice anche comunitaria, di trasparenza, buon andamento e concorrenzialità: se dunque l'istituto della trattativa privata (ora procedura negoziata) ha carattere eccezionale e derogatorio dell'ordinaria disciplina, occorre che l'amministrazione appaltante evidenzi, in modo rigorosi, i presupposti legittimanti. _ il contratto in esame non può considerarsi a titolo gratuito (circostanza che senza dubbio, ai sensi dell'art. 3 del d.lgs. 157 del 1995, esimerebbe la stazione appaltante dall'applicazione delle regole di evidenza pubblica): giova sul punto osservare che il contratto di brokeraggio, nato nella prassi commerciale come contratto innominato e quindi sostanzialmente tipizzato dalla citata legge n. 792/84, è il rapporto giuridico che si instaura tra l'assicurando (che non si esclude possa essere un'amministrazione pubblica) e un professionista-imprenditore (la più recente tendenza giurisprudenziale è nel senso della preminenza del carattere imprenditoriale, più che di prestazione d'opera intellettuale, della complessiva attività del broker), per lo svolgimento di una prestazione di contenuto misto, in parte di consulenza e in parte di intermediazione nel mercato assicurativo, in forza del quale contratto il broker in primo luogo assiste il cliente nella determinazione del contenuto della proposta contrattuale che poi sarà sottoposta all'assicuratore; in secondo luogo mette in relazione il cliente con una o più compagnie di assicurazione, con cui non ha vincoli contrattuali (al contrario dell'agente di assicurazione), al fine di agevolare la conclusione di un contratto di assicurazione il più possibile conforme alla proposta che ha concorso ad elaborare; ed infine, ma solo eventualmente, assiste ulteriormente il cliente nella gestione ed esecuzione del rapporto contrattuale con l'assicuratore. _ Quanto poi all'applicabilità del regolamento per l'acquisto di beni e servizi in economia, (d.P.R. 384 del 2001 ora artt. 125 e segg del codice dei contratti), occorre un atto dell'amministrazione appaltante di individuazione delle ipotesi di ricorso a tale regime semplificato, con specificazione delle esigenze sottese a tale scelta. Nel caso in esame nessun cenno è stato effettuato ad un supposto regolamento di individuazione delle ipotesi di acquisto in economia, e dunque tale normativa non risulta in concreto applicabile

Merita di essere segnalata la sentenza numero 1449 del 24 marzo 2008 emessa dal Tar Campania, Napoli

Analizziamo i motivi del ricorso

Il Comune di Napoli ha dato un incarico alla società BETA s.p.a., in qualità di broker assicurativo, al fine di studiare il mercato assicurativo ed indicare la soluzione preferibile per la stipula di un contratto di assicurazione in favore dei propri dipendenti.

Avverso l'atto di conferimento dell'incarico è insorta la ricorrente, società operante nel mercato in qualità di broker assicurativo, censurando l'illegittimità della scelta, a trattativa privata e senza formalità, del mediatore assicurativo.

Secondo l'assunto di parte ricorrente, l'incarico professionale in oggetto rientra fra i servizi in relazione ai quali è necessario fare ricorso all'evidenza pubblica, mediante lo svolgimento di una gara di appalto aperta alla concorrenza.

In particolare precisa che il servizio di consulenza assicurativa è solo apparentemente gratuito, in quanto il compenso del broker (consistente in una percentuale sul premio pagato in favore della compagnia assicurativa) è solo materialmente versato dalla compagnia assicurativa, ma è economicamente posto a carico dell'assicurato.

In ogni caso, anche laddove si ritenesse legittimo procedere al conferimento dell'incarico mediante trattativa privata, comunque la procedura gravata sarebbe illegittima perché non preceduta da alcuna

gara sia pure informale.

Ecco il parere dell'adito giudice napoletano

< Premesso che la controversia in esame è regolata *ratione temporis* sotto l'egida del d.lgs. 157 del 1995 (onde sono estranee al giudizio le considerazioni svolte dalle parti in merito alla disciplina introdotta dal Codice degli appalti del 2006), va rimarcato che il contratto in esame non può considerarsi a titolo gratuito (circostanza che senza dubbio, ai sensi dell'art. 3 del d.lgs. 157 del 1995, esimerebbe la stazione appaltante dall'applicazione delle regole di evidenza pubblica).

Giova sul punto osservare che il contratto di brokeraggio, nato nella prassi commerciale come contratto innominato e quindi sostanzialmente tipizzato dalla citata legge n. 792/84, è il rapporto giuridico che si instaura tra l'assicurando (che non si esclude possa essere un'amministrazione pubblica) e un professionista-imprenditore (la più recente tendenza giurisprudenziale è nel senso della preminenza del carattere imprenditoriale, più che di prestazione d'opera intellettuale, della complessiva attività del broker), per lo svolgimento di una prestazione di contenuto misto, in parte di consulenza e in parte di intermediazione nel mercato assicurativo, in forza del quale contratto il broker in primo luogo assiste il cliente nella determinazione del contenuto della proposta contrattuale che poi sarà sottoposta all'assicuratore; in secondo luogo mette in relazione il cliente con una o più compagnie di assicurazione, con cui non ha vincoli contrattuali (al contrario dell'agente di assicurazione), al fine di agevolare la conclusione di un contratto di assicurazione il più possibile conforme alla proposta che ha concorso ad elaborare; ed infine, ma solo eventualmente, assiste ulteriormente il cliente nella gestione ed esecuzione del rapporto contrattuale con l'assicuratore.

Al fine di valutare l'eventuale onerosità della prestazione per la stazione appaltante, non può prescindersi da una valutazione globale dell'operazione giuridico-economica dedotta nel contratto.

Sotto tale profilo possono distinguersi due fasi contrattuali, fra loro collegate in senso economico e funzionale: la prima fase consiste nell'affidamento di una consulenza informativa tesa a individuare la migliore soluzione assicurativa possibile in relazione alle specifiche esigenze del committente; la seconda consiste in un'opera di intermediazione professionale, mediante la quale il broker mette in contatto le due

parti (committente e società assicuratrice) e provoca la stipula del contratto.

Se la prima fase può ritenersi di per sé non onerosa, è evidente che l'operazione, considerata nella sua globalità (lo scopo che persegue il broker nell'effettuare il servizio di individuazione della preferibile soluzione assicurativa è quello di promuovere il contratto di assicurazione), pone a carico dell'amministrazione, sotto forma di compenso indiretto, la percentuale dovuta al broker per la sua attività di intermediazione.

Non è dubbio che, materialmente, il pagamento della commissione di brokeraggio spetta alla società assicurativa, la quale però carica tale "prezzo" sul premio assicurativo, di tal ché il soggetto economicamente inciso dalla prestazione di intermediazione va individuato nel committente.

Sul punto vale richiamare Cons. giust. amm. Sicilia, sez. giurisd., 24 ottobre 2005, n. 707 e C.d.S., IV, 24 febbraio 2000, n. 1019, secondo cui "è evidente che - al pari di ogni rapporto imprenditoriale - quello di brokeraggio è un contratto essenzialmente oneroso, in cui solo formalmente la provvigione è posta a carico dell'assicuratore (in ossequio ad una consolidata prassi internazionale in tal senso), dal momento che il relativo onere economico è invariabilmente e lecitamente traslato sull'assicurato, per effetto del c.d. caricamento del premio rispetto a quanto sarebbe stato richiesto in assenza di costi precontrattuali (di questo ovvero di altro tipo, ad esempio, per la retribuzione dell'agente o di altro mediatore).

Va da sé che, trattandosi dell'instaurazione di un rapporto con una pubblica amministrazione tenuta a scegliere i propri contraenti nel rispetto dell'evidenza pubblica, anche il contratto di brokeraggio dovrà essere stipulato all'esito di apposita gara".

Non ignora il Collegio l'esistenza sul punto di un orientamento diverso, secondo cui, sebbene, il servizio di brokeraggio assicurativo avrebbe carattere non gratuito bensì oneroso, nel momento in cui la pubblica amministrazione proceda alla stipula dei contratti di assicurazione ad essa offerti con l'attività di intermediazione del broker, dovrebbe ipotizzarsi la "non onerosità per l'amministrazione", perché il broker, eliminando la necessità dell'azione dell'agente, subentra automaticamente nella provvigione di questi e, quindi, viene remunerato dalla stessa assicurazione vincitrice della gara, senza alcun ulteriore caricamento sui premi (T.A.R. Abruzzo Pescara, 26 luglio 2006 , n. 397).

Tuttavia l'assunto non sembra convincente, **dovendosi parametrare l'onerosità di un contratto rispetto alla prestazione dedotta nello stesso, e non mediante la comparazione con un (eventuale) risparmio di spesa derivante dallo scavalco dell'agente assicurativo, elemento che deve reputarsi spurio ed estraneo rispetto ad una valutazione da svolgersi secondo canoni squisitamente civilistici, piuttosto che con considerazioni di analisi economica del patto.**

Nè ha pregio la tesi svolta dai convenuti, secondo cui il contratto in parola dovrebbe rientrare, ai sensi dell'art. 7 (comma 1, lett. c) ovvero comma 2, lett. b) a seconda della necessità di previa pubblicazione del bando), nelle ipotesi eccezionali di possibile ricorso alla trattativa privata: tali norme richiedono precisi presupposti (il comma 1 lett. c) postula l'impossibilità di stabilire le specifiche degli appalti; il comma 2, lett. b) - ancora più rigoroso - postula l'esistenza di una insurrogabilità del prestatore di servizi), i quali non sono stati evidenziati nella delibera di affidamento del servizio a trattativa privata e, comunque, non sembrano sussistere nella specie.>

A cura di *****

n. 1449/08 Reg. Sent.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Tribunale Amministrativo Regionale della Campania- Napoli

Prima Sezione

composto dai Signori:

Presidente

Componente

Componente est.

ha pronunciato la seguente

S E N T E N Z A

sul ricorso n. 4673/2004 proposto da:

ALFA s.p.a., rappresentata e difesa dall'avv. *****
VITTORIO EMANUELE, 347;

contro

COMUNE DI NAPOLI, rappresentato e difeso dagli avv. ***** e *****, con domicilio eletto presso il primo in NAPOLI, viale GRAMSCI, 16;

e nei confronti di

BETA S.P.A. BROKERAGGIO ASSICURATIVO, rappresentato e difeso dagli avv. ***** e *****, con domicilio eletto presso il primo in NAPOLI, via G. ORSINI , N. 30;

L.A. s.p.a., n.c.;

e con l'intervento ad adiuvandum di

GAMMA. *****, rappresentato e difeso dall'avv. *****, con cui domicilia in NAPOLI, via Salvador Dalì, 107;

per l'annullamento, previa sospensione dell'esecuzione,

del provvedimento di determinazione n. 21/DG/1006 del 19.12.2003 con il quale il Comune di Napoli ha conferito alla BETA s.p.a. l'incarico di broker assicurativo al fine di provvedere alla emissione e gestione del contratto di stipula di una polizza di responsabilità civile patrimoniale.

Visto il ricorso principale, le memorie difensive ed i relativi allegati; letti tutti gli atti di causa;

relatore alla pubblica udienza del 6 febbraio 2008, il ref. *****;

uditi gli avvocati delle parti costituite come da verbale d'udienza;

F A T T O

Il Comune di Napoli ha dato un incarico alla società BETA s.p.a., in qualità di broker assicurativo, al fine di studiare il mercato assicurativo ed indicare la soluzione preferibile per la stipula di un contratto di assicurazione in favore dei propri dipendenti.

Avverso l'atto di conferimento dell'incarico è insorta la ricorrente, società operante nel mercato in qualità di broker assicurativo, censurando l'illegittimità della scelta, a trattativa privata e senza formalità, del mediatore assicurativo.

Secondo l'assunto di parte ricorrente, l'incarico professionale in oggetto rientra fra i servizi in relazione ai quali è necessario fare ricorso all'evidenza pubblica, mediante lo svolgimento di una gara di appalto aperta alla concorrenza.

In particolare precisa che il servizio di consulenza assicurativa è solo apparentemente gratuito, in quanto il compenso del broker (consistente in una percentuale sul premio pagato in favore della compagnia assicurativa) è solo materialmente versato dalla compagnia assicurativa, ma è economicamente posto a carico dell'assicurato.

In ogni caso, anche laddove si ritenesse legittimo procedere al conferimento dell'incarico mediante trattativa privata, comunque la procedura gravata sarebbe illegittima perché non preceduta da alcuna gara sia pure informale.

Si sono costituiti in giudizio il Comune di Napoli e BETA s.p.a., che concludono per il rigetto del ricorso, nonché la società GAMMA, la quale ha dispiegato intervento ad adiuvandum.

Con ordinanza 2470/04 il Collegio ha respinto l'istanza cautelare.

All'udienza di discussione del 23 maggio 2007, il Collegio, con ordinanza interlocutoria ordinava l'integrazione del contraddittorio nei confronti della società assicurativa (compagnia L.A.), con la quale il Comune intimato ha stipulato il contratto.

A seguito del rinvio dell'udienza del 7 novembre 2007, all'udienza del 6 febbraio 2008, verificato l'adempimento dell'ordine di integrazione del contraddittorio, la causa veniva trattenuta per la decisione

M O T I V I

D E L L A

D E C I S I O N E

La società ricorrente si duole della correttezza dell'operato del Comune in relazione alla scelta della modalità di conferimento dell'incarico di consulenza assicurativa, ed in particolare della pretermissione di una procedura di gara, quanto meno informale.

In via preliminare, occorre dichiarare l'inammissibilità dell'intervento in giudizio da parte della società GAMMA. *****, considerato che l'atto di intervento in giudizio ad adiuvandum risulta privo dei requisiti formali, non essendo stato notificato alle parti ed all'autorità emanante ai sensi degli artt. 37 e ss. del r.d. 17 agosto 1907 n. 642, richiamati dall'art. 22 della legge 6 dicembre 1971 n. 1034.

Venendo al merito, occorre preliminarmente verificare l'applicabilità, alla tipologia contrattuale in esame (contratto di brokeraggio), l'applicabilità delle regole dell'evidenza pubblica.

Sul punto, nonostante qualche voce contraria (cfr. TAR Abruzzi sent. n. 397 del 26 luglio 2006), il Collegio ritiene di condividere l'opinione più rigorosa, secondo cui, tendenzialmente, il contratto di brokeraggio, al pari di qualsiasi altra prestazione contrattuale avente ad oggetto servizi, deve essere stipulato previo espletamento di una procedura di gara, in attuazione dei principi, di matrice anche comunitaria, di trasparenza, buon andamento e concorrenzialità.

Se dunque l'istituto della trattativa privata (ora procedura negoziata) ha carattere eccezionale e derogatorio dell'ordinaria disciplina, occorre che l'amministrazione appaltante evidenzi, in modo rigorosi, i presupposti legittimanti.

Premesso che la controversia in esame è regolata *ratione temporis* sotto l'egida del d.lgs. 157 del 1995 (onde sono estranee al giudizio le considerazioni svolte dalle parti in merito alla disciplina introdotta dal Codice degli appalti del 2006), va rimarcato che il contratto in esame non può considerarsi a titolo gratuito (circostanza che senza dubbio, ai sensi dell'art. 3 del d.lgs. 157 del 1995, esimerebbe la stazione appaltante dall'applicazione delle regole di evidenza pubblica).

Giova sul punto osservare che il contratto di brokeraggio, nato nella prassi commerciale come contratto innominato e quindi sostanzialmente tipizzato dalla citata legge n. 792/84, è il rapporto giuridico che si instaura tra l'assicurato (che non si esclude possa essere un'amministrazione pubblica) e un professionista-imprenditore (la più recente tendenza giurisprudenziale è nel senso della preminenza del carattere imprenditoriale, più che di prestazione d'opera intellettuale, della complessiva attività del broker), per lo svolgimento di una prestazione di contenuto misto, in parte di consulenza e in parte di intermediazione nel mercato assicurativo, in forza del quale contratto il broker in primo luogo assiste il cliente nella determinazione del contenuto della proposta contrattuale che poi sarà sottoposta all'assicuratore; in secondo luogo mette in relazione il cliente con una o più compagnie di assicurazione, con cui non ha vincoli contrattuali (al contrario dell'agente di assicurazione), al fine di agevolare la conclusione di un contratto di assicurazione il più possibile conforme alla proposta che ha concorso ad elaborare; ed infine, ma solo eventualmente, assiste ulteriormente il cliente nella gestione ed esecuzione del rapporto contrattuale con l'assicuratore.

Al fine di valutare l'eventuale onerosità della prestazione per la stazione appaltante, non può prescindersi da una valutazione globale dell'operazione giuridico-economica dedotta nel contratto.

Sotto tale profilo possono distinguersi due fasi contrattuali, fra loro collegate in senso economico e funzionale: la prima fase consiste nell'affidamento di una consulenza informativa tesa a individuare la migliore soluzione assicurativa possibile in relazione alle specifiche esigenze del committente; la seconda consiste in un'opera di intermediazione professionale, mediante la quale il broker mette in contatto le due parti (committente e società assicuratrice) e provoca la stipula del contratto.

Se la prima fase può ritenersi di per sé non onerosa, è evidente che l'operazione, considerata nella sua globalità (lo scopo che persegue il broker nell'effettuare il servizio di individuazione della preferibile soluzione assicurativa è quello di promuovere il contratto di assicurazione), pone a carico dell'amministrazione, sotto forma di compenso indiretto, la percentuale dovuta al broker per la sua attività di intermediazione.

Non è dubbio che, materialmente, il pagamento della commissione di brokeraggio spetta alla società assicurativa, la quale però carica tale "prezzo" sul premio assicurativo, di tal che il soggetto economicamente inciso dalla prestazione di intermediazione va individuato nel committente.

Sul punto vale richiamare Cons. giust. amm. Sicilia, sez. giurisd., 24 ottobre 2005, n. 707 e C.d.S., IV, 24 febbraio 2000, n. 1019, secondo cui "è evidente che - al pari di ogni rapporto imprenditoriale - quello di brokeraggio è un contratto essenzialmente oneroso, in cui solo formalmente la provvigione è posta a carico dell'assicuratore (in ossequio ad una consolidata prassi internazionale in tal senso), dal momento che il relativo onere economico è invariabilmente e lecitamente traslato sull'assicurato, per effetto del c.d. caricamento del premio rispetto a quanto sarebbe stato richiesto in assenza di costi precontrattuali (di questo ovvero di altro tipo, ad esempio, per la retribuzione dell'agente o di altro mediatore).

Va da sé che, trattandosi dell'instaurazione di un rapporto con una pubblica amministrazione tenuta a scegliere i propri contraenti nel rispetto dell'evidenza pubblica, anche il contratto di brokeraggio dovrà essere stipulato all'esito di apposita gara".

Non ignora il Collegio l'esistenza sul punto di un orientamento diverso, secondo cui, sebbene, il servizio di brokeraggio assicurativo avrebbe carattere non gratuito bensì oneroso, nel momento in cui la pubblica amministrazione proceda alla stipula dei contratti di assicurazione ad essa offerti con l'attività di intermediazione del broker, dovrebbe ipotizzarsi la "non onerosità per l'amministrazione", perché il broker, eliminando la necessità dell'azione dell'agente, subentra automaticamente nella provvigione di questi e, quindi, viene remunerato dalla stessa assicurazione vincitrice della gara, senza alcun ulteriore caricamento sui premi (T.A.R. Abruzzo Pescara, 26 luglio 2006 , n. 397).

Tuttavia l'assunto non sembra convincente, dovendosi parametrare l'onerosità di un contratto rispetto alla prestazione dedotta nello stesso, e non mediante la comparazione con un (eventuale) risparmio di spesa derivante dallo scavalco dell'agente assicurativo, elemento che deve reputarsi spurio ed estraneo rispetto ad una valutazione da svolgersi secondo canoni squisitamente civilistici, piuttosto che con considerazioni di analisi economica del patto.

Nè ha pregio la tesi svolta dai convenuti, secondo cui il contratto in parola dovrebbe rientrare, ai sensi dell'art. 7 (comma 1, lett. c) ovvero comma 2, lett. b) a seconda della necessità di previa pubblicazione del bando), nelle ipotesi eccezionali di possibile ricorso alla trattativa privata: tali norme richiedono precisi presupposti (il comma 1 lett. c) postula l'impossibilità di stabilire le specifiche degli appalti; il comma 2, lett. b) - ancora più rigoroso - postula l'esistenza di una insurrogabilità del prestatore di servizi), i quali

non sono stati evidenziati nella delibera di affidamento del servizio a trattativa privata e, comunque, non sembrano sussistere nella specie.

Quanto poi all'applicabilità del regolamento per l'acquisto di beni e servizi in economia, (d.P.R. 384 del 2001), occorre un atto dell'amministrazione appaltante di individuazione delle ipotesi di ricorso a tale regime semplificato, con specificazione delle esigenze sottese a tale scelta. Nel caso in esame nessun cenno è stato effettuato ad un supposto regolamento di individuazione delle ipotesi di acquisto in economia, e dunque tale normativa non risulta in concreto applicabile.

Pertanto, sulla scorta delle su esposte considerazioni, il ricorso deve ritenersi fondato con annullamento della delibera di conferimento dell'incarico di intermediazione assicurativa.

Sussistono giusti motivi per disporre la compensazione delle spese di causa..

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, Prima Sezione di Napoli, accoglie il ricorso epigrafato e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati. Compensa le spese di giudizio, con condanna dell'amministrazione resistente alla refusione del contributo unificato come per legge.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità Amministrativa.

Così deciso in Napoli, nella Camera di Consiglio del 6 febbraio 2008.

Presidente

Estensore

<https://www.diritto.it/incarico-di-broker-assicurativo-al-fine-di-provvedere-alla-emissione-e-gestione-del-contratto-di-stipula-di-una-polizza-di-responsabilita-civile-patrimoniale-e-illegittima-la-scelta-di-ricorrere-alla/>