

Broker (numero 124

PERIODICO DELL'AIBA ASSOCIAZIONE ITALIANA BROKERS DI ASSICURAZIONI E RIASSICURAZIONI

Sommario

Appuntamenti 2010	3
Eventi catastrofici e assicurazione delle abitazioni	4
Microassicurazione	8
Il broker in franchising	14
Il controllo di gestione finanziaria della Consap	18
Rca e fatto doloso	22
La regolazione assicurativa	26
La remunerazione del broker non è un costo aggiuntivo	28
Brevi dal mondo e dall'Italia	35

La remunerazione del broker non è un costo aggiuntivo

La Corte dei Conti conferma la legittimità dell'affidamento dell'incarico *intuitu personae*

Tra i tanti argomenti che sono all'attenzione della categoria, nel momento in cui si confronta con il mondo pubblico, rientrano senza dubbio i due seguenti fondamentali temi: è necessario scegliere il broker con procedura ad evidenza pubblica ovvero si può utilizzare la scelta fiduciaria? e poi: nel primo caso è corretto far riferimento alla riduzione della remunerazione del broker quale elemento per la valutazione delle offerte?

L'Associazione, da sempre, ha sostenuto la liceità dell'incarico intuitu personae e la infondatezza dell'elemento "provvigioni" all'interno dei criteri di valutazione dell'offerta.

La ricorrente e diffusissima consuetudine di utilizzare sempre e comunque lo strumento della selezione concorsuale e della riduzione della remunerazione quale elemento di giudizio, ci ha suggerito di riproporre, seppur nelle sue grandi linee, una sentenza della Corte dei Conti - Sezione Prima, Giurisdizione centrale, che arriva alle nostre medesime conclusioni.

La sentenza ed un commento dell'Avv. Prof. Anna Moscarini erano stati già diffusi sul numero di Luglio Agosto 2008 di questa pubblicazione. Chi fosse interessato potrà recuperarla in forma integrale anche sul sito Aiba.

Quello che segue è un estratto che ne riporta i passaggi fondamentali che riteniamo opportuno riproporre per una maggiore diffusione nel mondo pubblico.

Sentenza n. 179/2008 A - La Corte dei Conti - Sezione Prima Giurisdizione Centrale, (...) ha pronunciato la seguente sentenza sull'appello (...) proposto dal Procuratore regionale presso la Sezione giurisdizionale per la regione Lombardia, avverso la sentenza 15.12.2004, n. 1536/04 della Sezione giurisdizionale della Corte dei Conti per la regione Lombardia (...)

Fatto

(...) La Procura regionale presso la Sezione giurisdizionale Lombardia di questa Corte dei Conti citava in giudizio i sigg.ri (...) per sentirli condannare al pagamento in favore del Policlinico San Matteo di Pavia, (...) per il danno cagionato all'Erario in occasione dell'assegnazione di un incarico di brokerag-

gio alla Paros S.r.l. da parte del Policlinico San Matteo di Pavia nel 1995.

Dagli atti di causa emerge che nel 1995, all'approssimarsi della scadenza della polizza stipulata con la "La Nazionale" (18.2.1995) per la copertura dei rischi R.C/R.C.O. (rischi connessi all'attività svolta e infortuni del personale dipendente) il Policlinico San Matteo di Pavia, accogliendo una proposta avanzata dalla Paros Srl, (...) affidava a detta società il mandato esclusivo nonché l'incarico di prestare assistenza e consulenza in materia di rischi ed esigenze assicurative anche per quanto riguardava la gestione totale dei rischi per un periodo di anni tre a decorrere dalla data di conferimento dell'incarico. La delibera veniva sottoscritta altresì dal direttore segretario generale f.f. sentiti il direttore sanitario ed il direttore scientifico che davano parere favorevole (...).

L'incarico, in quanto ritenuto senza oneri per l'ente ospedaliero (nulla sarebbe stato dovuto ad eccezione delle provvigioni, secondo l'uso, direttamente riconosciute alla Paros dalle compagnie contraenti) venne conferito *intuitu personae*. Alla scadenza del termine triennale dell'incarico, convenzionalmente convenuto (...), l'incarico veniva riaffidato per il periodo di 12 mesi, con possibilità di eventuale rinnovo, alle medesime condizioni. Con atto del commissario straordinario n. 2/0835 del 16-6-2000, l'incarico veniva, questa volta, prorogato per un altro anno (...). Dopo l'ingresso della Paros quale consulente assicurativo del Policlinico, l'ente stipulava con la SAI Assicurazioni, che subentrava a "La Nazionale", una polizza per la copertura dei rischi connessi all'attività svolta e agli infortuni del personale dipendente, definita con l'acronimo RCT/RCO, convenendo un premio pari al 9,8 per mille delle "mercedi", vale a dire degli emolumenti erogati al personale dall'ente, con un versamento iniziale anticipato, parametrato su un importo iniziale presunto di Lit. 100 miliardi salvo regolazione a conguaglio ove fosse risultato, a fine esercizio, un importo finale degli stipendi di grandezza maggiore. Nel precedente contratto con "La Nazionale", il premio convenuto era dei 4,5 per mille. Talché il premio iniziale corrisposto, che ammontava a Lit. 450 milioni annui salvo con-

guaglio (allorché la compagnia assicuratrice era la "La Nationale") salì, con il subentro della S.A.I. e del broker, a Lit. 980 milioni annui, salvo conguaglio.

Il contratto con la SAI venne approvato con delibera del commissario straordinario dell'epoca, a seguito di licitazione privata. Il capitolato utilizzato per la gara fu lo stesso documento già predisposto e utilizzato per una precedente gara tenutasi nel febbraio 1995, non andata a buon fine, essendo pervenuta una sola offerta, senza apporti di qualsivoglia genere, sul punto, da parte del broker, col quale, tuttavia, il rapporto risultava essersi già instaurato sin dal 1995.

In relazione a tali vicende, l'atto di citazione del Procuratore regionale contestava, preliminarmente, l'illiceità delle due proroghe, concesse con i menzionati atti del 1999 e del 2000 dopo la scadenza dell'incarico triennale attribuito al broker nel 1995, perché effettuate *intuitu personae*, mentre avrebbe dovuto farsi ricorso alle procedure di evidenza pubblica. A tale conclusione la Procura perveniva sulla base di quanto affermato dalla giurisprudenza amministrativa ed ordinaria, dal Garante per la concorrenza in un suo parere e da due circolari del Ministero del Tesoro, rivolte ai suoi rappresentanti nei Collegi sindacali, nelle ASL e negli enti ospedalieri.

I principi e le linee guida derivate dall'elaborazione giurisprudenziale furono, proseguiva la citazione, nel senso di dover stabilire quale fosse la natura della prestazione richiesta al broker dall'ente pubblico. Talché, ove la prestazione richiesta fosse limitata alla preparazione del capitolato di assicurazione ed all'assistenza nella stipula del relativo contratto, la scelta del broker poteva avvenire *intuitu personae*, trattandosi, in tal caso, di mera consulenza; mentre, qualora oltre a dette prestazioni fosse stata richiesta al broker un'attività di assistenza continuativa anche nella fase successiva alla scelta del contraente, la fattispecie rientrava nel novero dei servizi assicurativi, rendendosi così necessario il ricorso alla procedure selettive di evidenza pubblica.

Tutto ciò premesso, avendo la Procura ritenuto che le funzioni attribuite al broker andassero ben oltre l'attività di mera consulenza, concretizzando esse una consistente e certa ipotesi di assistenza continuativa, contestava l'illiceità della procedura di scelta del contraente, effettuata col sistema fiduciario (...). Sulla base di tutto quanto esposto, la Procura regionale, attesa l'estensione delle mansioni e dei compiti attribuiti alla Paros, ravvisava il costituirsi, in capo al Broker, di una pretesa al compenso proporzionata al complesso delle funzioni attribuitegli illecitamente, ben più pesante di quanto sarebbe

avvenuto, ove fossero stati attribuiti i soli compiti consentiti da un incarico fiduciario. Compenso che si assume essere stato riversato dalla compagnia sul premio convenuto con l'ente ospedaliero. Altra funzione istituzionale, che in seguito sarebbe stata demandata al broker è stata quella di provvedere al versamento periodico dei premi alla compagnia assicuratrice.

Il primo Giudice ha ritenuto non fondate le ipotesi accusatorie e ha mandato assolti tutti i convenuti. In merito al primo dei punti in contestazione - l'aver prorogato l'incarico, dopo la scadenza, per altri due anni, con modalità ritenute dal PM non consentite - afferma la Sezione territoriale che la giurisprudenza formatasi sino al 1995 era divisa: secondo alcuni Tribunali amministrativi, l'incarico doveva essere qualificato come professionale e quindi, in quanto a titolo gratuito, poteva essere conferito fiduciariamente; secondo altri, sarebbe rientrato nel novero dei servizi assicurativi, da affidarsi mediante gara ex D.leg.vo 157/1995.

Afferma ancora, la sentenza impugnata, che all'epoca dell'emanazione della delibera 2035 del 10.10.1995, non era affatto pacifico se l'incarico di brokeraggio rientrasse o meno tra i servizi pubblici da affidare esclusivamente ricorrendo a procedure di evidenza pubblica. Non sono stati quindi ravvisati elementi di antigiuridicità in tale condotta, in considerazione della specificità della prestazione richiesta e della difficoltà e delicatezza della materia.

In merito alla onerosità del contratto con il broker, qualora l'incarico al broker fosse ritenuto un servizio oneroso, ha osservato il Giudice territoriale, non sarebbe stato comunque applicabile il D.Lgs. 17-3-1995 n. 157, in quanto la somma delle provvigioni (109.555,15) ricevute dal broker nel periodo contestato (1999-2001) è ampiamente inferiore alla soglia prevista di 200.000 ECU; il servizio, comunque, avrebbe potuto essere attribuito direttamente, secondo le norme di diritto privato, ai sensi dell'art. 3, comma 1-ter dei D. Lgs. 30-12-1992 n. 502 (...). Gli stessi fatti successivi agli anni 1999/2000 dimostrerebbero, per la Sezione lombarda, l'infondatezza della tesi della Procura: l'entità della provvigione riconosciuta dalle compagnie ai broker, è stata infatti compensata dal mancato versamento pro-quota della provvigione agli agenti assicurativi. Di talché non costituirebbe un ricarico sul premio assicurativo, più di quanto lo sia la provvigione dovuta agli agenti assicurativi.

L'importo contrattuale pattuito e corrisposto alla SAI è stato identico, osserva la sentenza, sia per il periodo nel quale dovevano essere ancora corrisposte le provvigioni al broker (e dunque sino al 17/3/2001), sia per il periodo in cui il broker non

c'era più, senza distinzione di premio. Dunque nel caso in questione, contrariamente a quanto affermato dalla Procura, deve assumersi che l'importo delle provvigioni spettanti al broker non fosse riversato dalla compagnia assicuratrice sui premi. Inoltre, sempre secondo la sentenza, anche nell'ipotesi di eventuale onerosità del contratto di brokeraggio, i compiti specialistici svolti dal broker non rientravano nelle normali mansioni amministrative espletabili dai funzionari dell'ente, in quanto si trattava di attività complessa che richiedeva alta professionalità specifica di cui non disponeva l'ente e i cui costi sono stati nel caso di specie risparmiati.

(...) Pertanto la Sezione territoriale, ribadita la necessità di una valutazione ex ante dei fatti e degli atti posti in essere dai convenuti, ha concluso che non sussiste il danno erariale contestato, non sussiste la violazione dei doveri d'ufficio dedotta dalla Procura, non c'è danno economicamente valutabile negli effetti giuridici degli atti deliberativi contestati, bensì un maggiore costo della prestazione assicurativa conseguente alle mutate condizioni negoziali in cui è stata stipulata sulla base del particolare andamento del rischio assicurativo dell'ente assicurato rispetto al mercato assicurativo di quel settore specifico. Anche la constatazione ex post dei risultati gestionali dell'attività amministrativa posta in essere successivamente, esclude per i primi Giudici l'esistenza del danno erariale contestato dalla Procura regionale.

I convenuti, conclusivamente, sono stati mandati assolti da tutte le richieste di condanna formulate a loro carico dal PM territoriale.

Avverso la suddetta sentenza ha interposto appello la Procura regionale, con riferimento a due sole delle voci di danno inizialmente ipotizzate, cioè il danno derivante dalle provvigioni corrisposte al broker della compagnia assicuratrice (109.555,15) e il danno corrispondente al lucro dei broker sui premi versati in ritardo (17.508,78).

In ordine al primo aspetto, ritiene il PM appellante che nel 1999, quando avviene la prima delle due proroghe con la SAI, la posizione della giurisprudenza amministrativa (richiamata nell'atto di citazione) e le stesse circolari del Ministero del tesoro - che collocano l'attività di brokeraggio nel novero dei servizi assicurativi previsti dall'allegato 1 al Dec. Leg.vo 17 marzo 1995 n. 157 - vincolavano le amministrazioni pubbliche, nell'ipotesi di ricorso al broker, alla scelta del contraente per mezzo della normale attività negoziale della pubblica amministrazione, limitando la possibilità di affidare l'incarico *intuitu personae* soltanto all'ipotesi in cui la prestazione richiesta al broker fosse stata di "mera consulenza", vale a dire limitata alla stesura

dei capitoli ed all'assistenza per la stipula dei contratti, potendosi e quindi dovendosi, negli altri casi, ricorrere all'evidenza pubblica.

Nella fattispecie, sulla base della documentazione in atti, prosegue il PM, le prestazioni che sole avrebbero potuto concretizzare la "mera consulenza" quali l'identificazione, l'analisi e la valorizzazione dei rischi (attività detta in gergo mappatura dei rischi) e la stesura dei capitoli di gara non risultano essere state mai effettuate, ancorché espressamente previste nel disciplinare di incarico (articoli 2 e segg.), mentre il complesso dei compiti effettivamente svolti dalla Paros è stato di assistenza continuativa. Nessuna pronuncia su detti punti sarebbe ravvisabile nella sentenza impugnata, che si sarebbe limitata ad affermare "non sussistono i profili di anti giuridicità prospettati dalla Procura", senza spiegare sulla base di quali argomentazioni. Secondo l'appellante la collaborazione del broker, non limitata alla "mera consulenza", ma consistente nel ben più impegnativo compito di prestare assistenza continuativa all'ente sotto molteplici aspetti (tutti evidenziati nel disciplinare di incarico), non poteva non autorizzare il broker a pretendere compensi correlati e proporzionati alla dimensione dell'impegno - dovrebbe allora assumersi che le compagnie che parteciparono alle gare - la SAI, nella specie - hanno potuto e dovuto tener conto di questo elemento aggiuntivo di costo nella determinazione dell'ammontare dei premi richiesti, sui quali è stato certamente riversato. Talché - prosegue l'atto di appello - la previsione, per la compagnia, dell'obbligo di retribuire il broker e l'anomala dimensione di tale obbligo non poteva non aver inciso sulla determinazione del premio d'appalto, alterandone in aumento l'importo; conseguentemente, il danno subito dal Policlinico San Matteo è stato quantificato nel complesso delle provvigioni corrisposte al broker, pari a 109.555,78 o, quantomeno, quota parte di detta somma determinabile ex articolo 1226 del Codice civile.

La Procura appellante ricorda poi che l'importo del premio assicurativo, in conseguenza delle proroghe e rinnovi del contratto con la SAI, passò dal 9,8 per mille sulle mercedi nel 1999, al 19 per mille sulle mercedi nel 2000 (con un premio annuo da 1 miliardo circa di vecchie lire ad oltre 2 miliardi annui); ha ritenuto il Requirente che su tale imponente incremento del premio abbia influito, oltreché l'aumento delle richieste di risarcimento da parte dei pazienti, anche il compenso da corrispondere al broker, ancorché in misura minore.

Di conseguenza, l'appellante ritiene assolutamente non condivisibile e non fondato quanto afferma al riguardo il Giudice di prime cure, che giustifica la

validità della procedura seguita e non ravvisa elementi di anti giuridicità, attesa la competenza ad effettuare la scelta e la opportunità di avvalersi di tale tipo di prestazione professionale e in considerazione della specificità della prestazione richiesta e della difficoltà e delicatezza della materia, posto che dette specificità sarebbero proprie di ogni contratto di brokeraggio e non connotano la fattispecie all'esame di peculiarità che possano in qualche modo giustificare le illicite riscontrate.

Altrettanto non condivisa è la successiva affermazione per la quale "anche a voler ritenere oneroso il contratto stipulato col broker il Dec. Leg.vo 157/1995 non sarebbe comunque applicabile in quanto la somma delle provvigioni (109.555,15) ricevute dal broker nel periodo contestato (1999-2001) è ampiamente inferiore alla soglia prevista di 200.000 ECU".

Il Giudice ha ritenuto questa norma risolutiva sul punto della validità della scelta *intuitu personae*, ma secondo la Procura la tesi è da ritenere non fondata per due ordini di motivi: il primo, dato dall'aver legato l'obbligo per l'ente di avvalersi o meno delle procedure pubbliche nella scelta del contraente, alla previa condizione dell'accertata onerosità del contratto. Al contrario, la giurisprudenza citata, gli atti di indirizzo del tesoro e la stessa Autorità garante della concorrenza hanno sempre postulato l'obbligo di affidare l'incarico con le procedure pubbliche, prescindendo da qualsiasi valutazione circa l'onerosità o meno dell'incarico medesimo.

Il secondo motivo è dato dall'aver ravvisato il valore dell'incarico nell'importo dei compensi attribuiti al broker, accertato solo successivamente dalla Procura a seguito dell'attività istruttoria esperita; mentre, ove si volesse fare riferimento al "valore" per la scelta delle modalità di attribuzione dell'incarico, detto valore debba essere determinato con riguardo al momento temporale del conferimento dell'incarico medesimo, che in quanto asseritamente non oneroso, non potrebbe avere un valore: talché, l'unico parametro utilizzabile sarebbe l'importo del contratto di assicurazione al quale accede, ben superiore alla soglia comunitaria.

Sarebbero quindi insussistenti ed errati gli argomenti utilizzati dal Giudice di prime cure, ed errata l'applicazione della normativa citata sul punto.

Per ciò che attiene all'onerosità del contratto, l'analisi delle motivazioni che hanno indotto il primo Giudice ad escluderla, dimostrerebbe che quel Giudice ha disatteso ingiustificatamente i cospicui elementi di prova in senso contrario raccolti e offerti dal Requirente.

Una prima motivazione (l'asserzione che "l'entità della provvigione dovuta dalle assicuratrici ai propri agenti e spesa sui contratti di assicurazione

consente di remunerare pro quota gli agenti stessi e il consulente, senza dunque oneri aggiuntivi") sarebbe smentita dal fatto che non è rinvenibile, in atti, alcun documento dal quale risulti quale sia l'importo che la SAI corrispondeva ai propri agenti, mentre la Procura aveva depositato una nota SAI dalla quale risulta che la provvigione dovuta al broker passa dal 5% al 7,50% nel periodo.

Ancora, sarebbe irrilevante l'argomento secondo cui "... per il periodo dal 18 marzo 2001 al 31 ottobre 2001 in cui non verrà più corrisposta alcuna provvigione al broker, l'importo dei premi non è assolutamente diminuito, ma è rimasto invariato rispetto al periodo precedente dal 17.2.2001 al 17.3.2001 (20,26 pro mille in entrambi i periodi). Dunque nel caso in questione, contrariamente a quanto affermato dalla procura, deve assumersi che l'importo delle provvigioni spettanti al broker non fosse riversato dalla compagnia assicuratrice sui premi" (pag. 111): non vi sarebbe motivo per cui l'assicurazione avrebbe dovuto autoridursi il premio, contro ogni logica di mercato.

Nulla si dice poi, nella sentenza, in ordine allo specifico rilievo formulato dalla Procura sull'omesso espletamento, da parte dei broker, degli specialistici compiti suoi propri (mappatura dei rischi e stesura dei capitolati); omessa attività che sarebbe stata ampiamente comprovata dalla documentazione versata in atti. Il broker avrebbe svolto invece, in misura pressoché integrale, mansioni amministrative spettanti alla struttura istituzionale dell'ente che non solo avevano, sino al 1995, egregiamente provveduto, ma nel periodo temporale che qui interessa, risultavano avere organici consistenti sia sotto il profilo qualitativo che quantitativo. Ne deriverebbe che, non soltanto l'attività consulenziale di supporto (che poteva giustificare l'attribuzione dell'incarico secondo criteri fiduciari) non è stata mai espletata, non soltanto l'attività dei broker è stata, in misura prevalente, di assistenza continuativa, successiva alla conclusione del contratto di assicurazione, ma che detta azione di assistenza è stata estesa all'espletamento di attività istituzionali che viceversa non erano delegabili.

L'appellante ritiene, inoltre, che fosse assolutamente preclusa, per il broker, la possibilità di contattare direttamente, in nome e per conto dell'ente, le compagnie assicuratrici per accertarne la disponibilità e, men che meno che potesse negoziare i contenuti contrattuali del rapporto assicurativo tra le compagnie medesime e l'ente ospedaliero (come sostanzialmente sarebbe avvenuto); su tutti questi elementi di illicite, nella sentenza si afferma che "il ragionamento ipotetico della Procura" non è confortato da ulteriori deduzioni specifiche e da riscontri probatori sull'an e sul quantum dell'even-

tuale danno (...).

Tali argomentazioni hanno indotto la Procura regionale appellante a dover riaffermare la pretesa risarcitoria nei confronti dei convenuti, limitatamente ai capi della sentenza richiamati (...).

Diritto

1. L'odierno giudizio d'appello riguarda la vicenda relativa alle proroghe di un contratto con il quale il Policlinico San Matteo di Pavia aveva affidato alla società Paros International Insurance Broker S.r.l., il mandato esclusivo nonché l'incarico di prestare assistenza e consulenza in materia di rischi ed esigenze assicurative anche per quanto riguardava la gestione totale dei rischi (...).

5. Va delibato, per primo, il capo d'appello riguardante il (presunto) danno derivante dalle indebite provvigioni corrisposte al broker dalla compagnia assicuratrice (109.555,15). In ordine a tale aspetto, occorre verificare, anzi tutto, se sia effettivamente illecita, come ritenuto dal PM, la proroga del contratto disposta *intuitu personae* anziché con il ricorso alle procedure di evidenza pubblica, e poi se l'eventuale illiceità abbia comportato un danno per il Policlinico S. Matteo.

5.1. In ordine al primo aspetto, relativo al mancato espletamento di una procedura concorrenziale ai sensi delle disposizioni di cui al D.Lgs. 17.3.1995, n. 157, non sarà forse inutile rammentare quanto già costantemente affermato nella giurisprudenza amministrativa e di questo stesso Giudice contabile (v., ex plurimis, questa Sezione I, 14.1.2008, n. 14) che le norme fondamentali e generalissime alle quali da sempre deve essere informata l'attività di tutte pubbliche amministrazioni - a prescindere dalla stessa tipologia dei provvedimenti che si intende adottare - prevedono l'assoluto rispetto dei principi di legalità, di imparzialità e di buona amministrazione di cui all'art. 97 Cost.; canoni basilari, come ampiamente noto, precisati e fissati dalla legge n. 241/1990 e succ. mod., recante, appunto, norme generali sull'attività amministrativa (v., in particolare, gli artt. 1 e 29). Tale normativa, non a caso nota come "legge sulla trasparenza", specifica e riassume i su detti principi costituzionali in quello appunto di trasparenza, intesa come immediata e agevole controllabilità di tutti i momenti e passaggi in cui si esplica l'operato di una p.a., onde garantirne e favorirne lo svolgimento imparziale, oltre che corretto ed efficace nel perseguimento del fine pubblico. Nel particolare caso di specie, era all'epoca operante, in materia di appalti pubblici di servizi, la specifica normativa del ricordato D.Lgs. n. 157/1995 - successivamente, come noto, abrogato ad opera dell'art. 256 del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, "Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e

2004/18/CE" - il quale prevedeva il ricorso ad una ben precisa e disciplinata procedura di gara, nell'ipotesi di appalti il cui valore di stima, al netto dell'IVA, fosse uguale o superiore all'attuale controvalore di 200.000 euro.

5.2. Per quel che riguarda invece la caratteristica del rapporto contrattuale in questione, l'art. 1 della legge 28 novembre 1984 n. 792, come noto, configura il broker come un soggetto che svolge da un lato un'opera di mediazione, diretta a mettere in contatto gli assicurandi con compagnie di assicurazione alle quali egli non deve essere legato da rapporti giuridici ed economici, dall'altro un servizio di assistenza all'assicurando stesso nella gestione ed esecuzione dei contratti posti in essere per suo tramite, sempre in posizione di indipendenza dalla compagnia assicuratrice. In particolare, sempre secondo la predetta norma, nell'ambito delle attività proprie dei broker si distingue quella della collaborazione intellettuale con l'assicurando per la copertura dei rischi e l'assistenza alla determinazione del contenuto dei futuri contratti, seguita logicamente e cronologicamente dalla eventuale intermediazione nella conclusione e gestione dei contratti assicurativi; trattasi quindi di attività che, pur connotata da profili di intellettualità, risulta riconducibile alla mediazione in forma di impresa commerciale e che, non risultando astrattamente incompatibile con le procedure ad evidenza pubblica, può essere legittimamente svolta in favore della P.A. o di un ente pubblico allo scopo di garantirli ed assisterli nella stipula di un contratto di assicurazione. Il Ministero del tesoro, data la delicatezza dei problemi che proprio nel periodo interessato dalla fattispecie in esame si andavano profilando, in virtù del crescente ricorso a tale intermediazione da parte delle amministrazioni pubbliche, interveniva con due circolari, n. 2 del 18 gennaio 1999 e n. 26 dell'8 giugno 2001, rivolte ai rappresentanti del tesoro in seno ai collegi dei revisori presso le Aziende sanitarie e ospedaliere. La prima circolare, relativamente alle modalità di conferimento degli incarichi c.d. di brokeraggio assicurativo, chiariva che solo l'attento esame delle prestazioni medesime consente l'esatta individuazione della necessità del ricorso o meno alle procedure di selezione del contraente: ove la prestazione richiesta fosse limitata alla preparazione del capitolato e all'assistenza per la conclusione del contratto di assicurazione, la scelta dei broker sarebbe potuta avvenire *intuitu personae*, avendo la prestazione richiesta connotazione di mera consulenza; qualora, viceversa, oltre a dette prestazioni, fosse richiesta al broker un'attività di assistenza continuativa anche nella fase successiva alla scelta del contraente, la fattispecie sarebbe potuta rientrare nel novero dei servizi assicura-

tivi di cui al D. Lgs. n. 157/1995, rendendo quindi necessario il ricorso alle procedure selettive di evidenza pubblica. Nella seconda circolare del 2001 il Ministero del tesoro, richiamando la decisione 24.2.2000, n. 1019 della IV Sezione del Consiglio di Stato - secondo cui l'affidamento del servizio di consulenza e collaborazione assicurativa, riconducibile nell'ambito contrattuale tipico del contratto di brokeraggio, rientra nel novero degli appalti di servizi - disponeva che in ogni caso, nell'ipotesi di ricorso al broker, la scelta del contraente dovesse essere effettuata per mezzo della normale attività negoziale della pubblica amministrazione.

In ordine a tale ultimo aspetto, sostiene il Procuratore appellante che il ricorso alla procedura ad evidenza pubblica fosse incontestabile, in primo luogo sulla base delle prescrizioni del Ministero, appena ricordate (e note alla p.a.: la prima delle delibere contestate richiamava la circolare n. 2/1999, cit.), ma anche per il valore complessivo del rapporto contrattuale, da calcolarsi - sempre per il PM - sulla base dell'importo complessivo del contratto di assicurazione.

5.3. Ciò premesso, ritiene questo Giudice che le prospettazioni dell'appellante, in merito alla sicura obbligatorietà del ricorso alla gara pubblica, possano essere condivise solo in parte, nei termini di cui si dirà. In proposito, ritiene il Collegio che due siano gli aspetti dubbi della ricostruzione attorea. In primo luogo, **non convince l'interpretazione delle norme in materia, sopra indicate, nel senso di ritenere sempre e comunque dovuta la procedura concorrenziale, anche a prescindere dall'oneirosità del contratto.**

Al riguardo, sarà sufficiente riportarsi a quanto già innanzi detto, circa il carattere generale e basilare del principio di trasparenza - e quindi di concorrenza - che le pubbliche amministrazioni devono seguire nello svolgimento della propria attività contrattuale, e più in genere nei rapporti con i terzi privati; ciò, però, non esclude in radice la possibilità di ricorrere alla trattativa diretta, quando sussistano determinati presupposti e sempre che siano fatti salvi i canoni generali di ragionevolezza e di perseguimento dell'interesse pubblico. Lo stesso D.Lgs. n. 157/1995 del resto, già all'art. 1, chiarisce che le relative disposizioni (che appunto prevedono e specificano le modalità di svolgimento delle procedure ad evidenza pubblica nell'aggiudicazione dei contratti di servizi) operano solo " ... se il relativo valore di stima, al netto dell'IVA, al momento della pubblicazione del bando, è uguale o superiore al controvalore in euro di 200.000 diritti speciali di prelievo".

Al di sotto di tale limite, dunque, operano le norme della Legge di contabilità generale dello Stato

(R.D. 18 novembre 1923, n. 2440), le quali per l'appunto prevedono che "... per speciali ed eccezionali circostanze, che dovranno risultare nel decreto di approvazione il contratto potrà essere concluso a trattativa privata" (art. 6).

Né, sotto diverso profilo, potrebbe accettarsi la pretesa di calcolare l'importo del contratto di fornitura dei servizi del broker con riferimento al contratto di assicurazione cui esso accedeva. Ed infatti, l'articolo 4 del D.Lgs. n. 157/1995 ("Calcolo dell'importo stimato dell'appalto"), stabilisce che "Per effettuare il calcolo dell'importo stimato dell'appalto le amministrazioni aggiudicatrici si basano sulla remunerazione complessiva dei prestatori di servizi, tenendo conto delle disposizioni che seguono (comma 1)". La stessa circolare del Ministero del tesoro n. 2/1999, prima ricordata (e, come si ripete, conosciuta dall'amministrazione procedente), non imponeva in ogni caso la procedura concorrenziale per la scelta del broker contraente, ma la subordinava, appunto, all'esame delle concrete caratteristiche delle prestazioni richieste nell'occasione dalla p.a.. Anche la giurisprudenza intervenuta sino a quel momento nella materia, risultava ancora incerta sul punto, come dimostrato anche dai precedenti citati dalle stesse difese. Deve ritenersi, dunque, che una obbligatorietà della gara non sarebbe stata desumibile con sicurezza dalle previsioni del D.Lgs. n. 157/1995, secondo l'interpretazione all'epoca corrente delle disposizioni medesime (...).

5.5. Non è invece effetto automatico di tale poco limpido comportamento amministrativo, ad avviso del Collegio, quello per il quale si sia verificato, per la pubblica amministrazione, il danno erariale dedotto dall'appellante (109.555,15). In proposito, ha ritenuto l'appellante che il compenso destinato al broker - e formalmente pagato dalla compagnia assicuratrice poi individuata quale contraente (la soc. SAI, nella specie) - ha inciso in maniera corrispondente nella determinazione del prezzo, per il Policlinico, del contratto assicurativo stesso: detta somma, dunque, costituisce danno ingiusto per la p.a.

Orbene, ritiene questo Giudice di non poter condividere la ricostruzione proposta da parte attrice, per due ordini di ragioni. In primo luogo, infatti, occorre tenere presente la necessità di considerare la remunerazione dei servizi prestati dalla soc. Paros, in ossequio al principio recato dall'art. 1, comma 1 bis della L. 14 gennaio 1994, n. 20, secondo la quale la Corte dei conti, nei giudizi di responsabilità, deve tenere conto dei vantaggi comunque conseguiti dall'amministrazione o dalla comunità amministrata in relazione al comportamento del convenuto (c.d. principio di effettività del danno erariale); è necessario, in altri termini, depurare l'im-

porto di un eventuale nocumento patrimoniale della somma corrispondente all'arricchimento conseguito, dall'ente o dalla comunità di riferimento, in virtù dell'attività (fosse pure illecitamente) posta in essere dagli amministratori o funzionari.

Nel caso di specie, è del tutto evidente che non può considerarsi danno, nel senso sopra precisato, l'intero importo delle provvigioni corrisposte dalla SAI assicurazioni al broker: provvigioni che, appunto, remuneravano servizi ben precisi, oggetto di accordo contrattuale.

A nulla rileva, in contrario, la circostanza, dedotta dal Requirente, che tale attività si sia sostanziata più nell'assistenza concomitante e successiva alla stipula del contratto (attività che il PM stesso ritiene inutile), più che nella predisposizione del capitolato d'appalto, resta il fatto che determinati servizi furono disimpegnati, con conseguente necessità di tenere conto del loro valore, che nulla - in mancanza di prova contraria - autorizza a ritenere non adeguato a quello indicato nel contratto con la SAI. Ma, più in generale, non convince l'automatismo argomentativo dell'appellante, laddove ritiene che la stessa presenza e collaborazione del broker non potesse non autorizzare quest'ultimo a pretendere un compenso, il cui importo - presume sempre il PM - sarebbe stato necessariamente considerato, nel costo finale, dalle compagnie assicuratrici che avrebbero partecipato alla gara.

A tale proposito, già un primo, concreto indizio in senso contrario è offerto nella sentenza impugnata, la quale invero osserva come nel periodo successivo a quello oggetto del presente giudizio, in cui non verrà più corrisposto alcun compenso al broker, l'importo dei premi richiesti dalla SAI non era diminuito (e dunque, conclude il primo Giudice, non è dimostrato che l'importo delle provvigioni spettante al broker fu riversato sui premi corrisposti dal Policlinico). L'appellante critica tale asserzione (l'argomento sarebbe ininfluenza, poiché la SAI non avrebbe avuto motivo di ridurre il proprio guadagno), ma ingiustamente, secondo questo Collegio: se fosse vero che la presenza di un soggetto terzo nell'ambito di un rapporto contrattuale deve necessariamente costituire una voce aggiuntiva di costo per l'utente finale, non può poi sostenersi il contrario, di fronte alla dimostrazione di una effettiva irrilevanza di tale presenza. Perché mai - sempre seguendo l'iter logico del PM - dovrebbe essere ovvio che il prezzo per il Policlinico sarebbe rimasto lo stesso, una volta venuto meno il compenso del broker (se, appunto, si assume che era proprio la sua presenza a far lievitare l'importo dei premi)? Ma, in ogni caso, la tesi attorea sembra smentita anche dalla realtà dei fatti, quale risultante dalla specifica disciplina del negozio in questione (...).

Il costo finale del contratto, per l'assicurato, è costituito dalla somma del premio c.d. "puro" (calcolato in base alle tabelle attuariali), dei costi di gestione per la compagnia, degli ulteriori costi c.d. di acquisizione (le provvigioni, appunto, spettanti agli agenti interni o ai broker) e, infine, le imposte. Ora, per quel che riguarda in particolare i costi di acquisizione, essi sono calcolati dall'assicuratore in ogni caso, chiunque sia il soggetto percipiente (l'impiegato interno ovvero il broker, esterno) e anche se non vi fossero intermediari, poiché in tal caso il contratto viene in genere gestito da un'agenzia territoriale, retribuita tramite le (medesime) provvigioni. In altri termini, per il cliente il premio finale resta invariato, quale che sia la forma gestionale prescelta, perché le voci di costo sono sempre calcolate allo stesso modo dall'assicuratore (il quale, appunto, nel caso sia presente un broker, paga quest'ultimo, altrimenti retribuirà i propri agenti). A ciò si aggiunga che nel caso all'esame, per espressa previsione del bando di gara che determinerà il contratto con la SAI, al broker sarebbero spettate solamente le provvigioni d'uso: cioè, appunto, quelle che comunque la compagnia assicuratrice già avrebbe considerato tra i propri costi (interni). Anche per tale via, è dunque da escludere una specifica onerosità del contratto, legata alla presenza del broker.

Va pertanto dichiarata, per concludere sul punto, la mancata prova, da parte dell'appellante, della sussistenza del danno erariale lamentato, con riferimento al primo capo d'appello, rappresentato dalle prospettate, indebite provvigioni corrisposte al broker dalla compagnia assicuratrice (...).

7. In conclusione, non è stata dimostrata, da parte dell'appellante Procura, l'ipotizzato, ingiusto danno per l'ente pubblico, né con riferimento alla prima voce di danno (109.000), e neppure alla seconda (17.000). Deve essere, pertanto, confermata l'assoluzione pronunciata da parte del Giudice territoriale, sia pure con la diversa motivazione della carenza di prova circa l'elemento oggettivo (danno) della dedotta responsabilità amministrativa, pur sussistendo nella specie, ad avviso di questo Giudice d'appello, sia l'illiceità del comportamento che la correlativa colpa, da ritenere di rilevante entità, degli appellati (da un lato in relazione al mancato espletamento della procedura concorsuale, dall'altro per l'incauta determinazione circa il pagamento del premio per il tramite del broker).