



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria**

**(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 1347 del 2006, proposto da Iacobino Insurance Brokers S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Giovanni Notaristefano ed elettivamente domiciliato in Catanzaro, via Raffaelli n. 26, presso lo studio del prof. avv. Alberto Castagna;

***contro***

Azienda Sanitaria Provinciale di Vibo Valentia, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Francesco Procopio ed elettivamente domiciliato in Catanzaro, Corso Mazzini n. 20, presso lo studio dell'avv. Rosario Chiriano;

***per l'annullamento***

- della deliberazione n. 731 dell'11 luglio 2006 del Direttore Generale dell'Azienda Sanitaria Locale n. 8 di Vibo Valentia, recante annullamento della deliberazione n. 119/C del 10 marzo 2004, di

modifica dell'art. 7 della convenzione di brokeraggio assicurativo in corso con la Iacobino Insurance Brokers S.r.l. ed estensione della durata della convenzione fino al 4 dicembre 2008;

- della nota n. 17096 del 9 agosto 2006, con la quale l'Azienda Sanitaria n. 8 di Vibo Valentia ha formalizzato la disdetta del rapporto di brokeraggio assicurativo per la scadenza del 26 novembre 2006;

- degli atti presupposti e consequenziali, compresa la nota n. 9899 del 3/9 maggio 2006 di avvio del procedimento amministrativo per l'annullamento della deliberazione n. 119/C del 10 marzo 2004;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Azienda Sanitaria Locale n. 8 di Vibo Valentia;

Vista l'ordinanza n. 58 del 25 gennaio 2007, con la quale è stata respinta la domanda cautelare proposta da parte ricorrente;

Visti gli atti tutti di causa;

Relatore alla pubblica udienza del 22 ottobre 2010 il Cons. Giovanni Iannini ed uditi, altresì, i difensori delle parti, come da relativo verbale;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

#### FATTO e DIRITTO

1. L'Azienda Sanitaria Locale n. 8 di Vibo Valentia nell'anno 1996 ha stipulato con la Iacobino Insurance Brokers S.r.l. contratto della durata di cinque anni per lo svolgimento da parte di quest'ultima, senza previsione di corrispettivo, di attività di consulenza assicurativa

ed assistenza nella determinazione dei contratti assicurativi e nella gestione degli stessi.

Successivamente il contratto di brokeraggio è stato prorogato per il periodo dal 26 novembre 2001 al 26 novembre 2006.

Con nota del 4 dicembre 2003 l'Amministrazione ha comunicato l'accettazione della proposta della Iacobino Insurance Brokers di modificare il testo dell'art. 7 della convenzione, che prevedeva la facoltà di recesso dell'Azienda con preavviso di tre mesi, nonché la volontà di rinnovare il contratto per cinque anni.

È stata, quindi, adottata la delibera n. 119/C del 10 marzo 2004 n. 119/C, sulla cui base è stata stipulata nuova convenzione, che all'art. 7, oltre a prevedere la facoltà di recesso solo per gravi inadempienze, stabiliva una durata del rapporto dal 4 dicembre 2003 al 4 dicembre 2008.

L'Azienda, tuttavia, con delibera n. 731 dell'11 luglio 2006, preceduta da comunicazione di avvio del procedimento del 3/9 maggio 2006, ha annullato la delibera n. 119/C del 10 marzo 2004.

A fondamento del provvedimento di annullamento è stata dedotta la circostanza che la scelta del broker è stata effettuata non attraverso la normale attività negoziale della pubblica amministrazione, a causa del mancato rispetto delle regole sulla scelta del contraente secondo i moduli di diritto pubblico, nonché la palese violazione dell'art. 6 della l. 537/1993.

2. Avverso tale provvedimento ha proposto gravame la Iacobino Insurance Broker, deducendone l'illegittimità, sotto diversi profili, e

chiedendone l'annullamento.

Si è costituita l'Azienda Sanitaria n. 8 di Vibo Valentia, resistendo al ricorso.

3. L'Azienda resistente ha eccepito, in via preliminare, l'irricevibilità del ricorso, per mancato rispetto del termine dimidiato di deposito del ricorso, previsto dall'art. 23 *bis* della legge n. 1034/1971, vigente all'epoca della proposizione del gravame. Il deposito del ricorso, rileva l'Azienda, è avvenuto in data 4 dicembre 2006, ben oltre il termine di quindici giorni decorrente dalla notifica, che ha avuto luogo il 7 novembre 2006.

Secondo l'Azienda la norma indicata, che prevede, tra l'altro, il dimezzamento dei termini processuali, troverebbe applicazione, trattandosi di controversia in materia di servizi pubblici e, segnatamente, di problematica concernente l'affidamento del servizio. L'eccezione è infondata.

Ritiene il Collegio che, nonostante l'ampiezza della formula utilizzata dal legislatore al fine di definire l'ambito delle controversie soggette al rito accelerato (provvedimenti relativi alle procedure di aggiudicazione, affidamento ed esecuzione di servizi pubblici e forniture, ivi compresi i bandi di gara e gli atti di esclusione dei concorrenti), la portata della norma di cui all'art. 23 *bis* non possa essere dilatata al punto da comprendervi ogni provvedimento comunque correlato allo svolgimento di un servizio, essendo per converso necessario che il provvedimento stesso si inserisca nella sequenza tesa all'aggiudicazione, affidamento ed esecuzione del

servizio.

Nel caso di specie la controversia attiene esclusivamente ad un provvedimento con il quale è stato disposto l'annullamento in autotutela di un precedente provvedimento con cui era stata estesa la durata di una convenzione per lo svolgimento del servizio.

Non appare corretto qualificare tale atto quale provvedimento relativo ad un procedura di affidamento, atteso che il collegamento con una tale procedura è, al più, solo indiretto, nel senso che l'adozione dell'atto stesso risulta funzionalizzata all'avvio di una procedura di affidamento.

4.1 Con il primo motivo parte ricorrente rileva che l'ASL n. 8 ha adottato il provvedimento sull'erroneo presupposto che la convenzione di brokeraggio fosse a titolo oneroso.

In realtà, sottolinea la ricorrente, la figura del broker si distingue da quella dell'agente assicurativo, in quanto il broker orienta la spesa del potenziale cliente e deve considerarsi un fiduciario dell'assicurando, di cui deve curare gli interessi.

Il rapporto di brokeraggio sarebbe correlato ad un contratto di prestazione d'opera intellettuale e sarebbe da considerarsi quale consulenza esterna dell'amministrazione, come tale non sottoposta alla normativa sugli appalti cui sono soggette le attività propriamente qualificabili come servizi.

Elemento di distinzione rispetto al servizio sarebbe costituito dalla gratuità del contratto, espressamente contemplata nella convenzione, che prevedeva che alla Iacobino Insurance Brokers non compete

alcun indennizzo o compenso per l'attività da svolgere in favore dell'Azienda Sanitaria.

Il compenso del broker, infatti, deriverebbe dal caricamento provvisionale, comunque dovuto al soggetto che ha svolto attività di intermediazione o di consulenza.

Anche laddove volesse considerarsi a titolo oneroso il rapporto di brokeraggio, il relativo onere non ricadrebbe mai sull'Amministrazione beneficiaria della prestazione di consulenza.

4.2 Le censure richiamate sono prive di fondamento.

Secondo la definizione dell'art. 1 della l. 28 novembre 1984, n. 792 è broker *“chi esercita professionalmente attività rivolta a mettere in diretta relazione con imprese di assicurazione o riassicurazione, alle quali non sia vincolato da impegni di sorta, soggetti che intendano provvedere con la sua collaborazione alla copertura dei rischi, assistendoli nella determinazione del contenuto dei relativi contratti e collaborando eventualmente alla loro gestione ed esecuzione”*.

Sono numerose le questioni ancora aperte riguardo al contratto di brokeraggio, non ultima quella relativa alla sua qualificazione giuridica, contendendosi il campo la tesi secondo cui il rapporto di brokeraggio è sussumibile nella figura della mediazione, quella secondo cui il brokeraggio è un contratto c.d. misto, risultante dalla commistione di elementi di contratti tipici, quali la prestazione d'opera intellettuale e la mediazione ovvero l'appalto o il contratto d'opera e quella che colloca il contratto stipulato tra broker e cliente nell'area dell'atipicità contrattuale.

Tra le questioni controverse vi è quella, che assume specifica rilevanza nel caso di specie, dell'onerosità o meno del rapporto contrattuale, in correlazione al fatto che, conformemente alla pratica diffusa, il broker non è titolare di alcuna pretesa creditoria nei confronti del soggetto che conferisce l'incarico, essendo espressamente escluso ogni diritto del broker ad indennità o compensi.

Al fine di avvalorare la tesi della gratuità, la ricorrente precisa che i costi di provvigione sono compensati dalla mancata incidenza sul premio degli oneri correlati all'intervento dell'agente assicurativo, esclusi proprio per l'intervento del broker.

La giurisprudenza amministrativa ormai consolidata è, tuttavia, orientata nel senso che il contratto col quale l'amministrazione affida il servizio di consulenza e collaborazione assicurativa ha carattere oneroso, atteso che, se è vero che la provvigione è formalmente a carico dell'impresa che stipula il contratto di assicurazione, è pur vero che quest'ultima procede ad una corrispondente maggiorazione del premio dovuto mediante il c.d. caricamento, che grava, in definitiva, sull'assicurato (Cons. St, sez. IV, 24 febbraio 2000 n. 1019; TAR Puglia Lecce, sez. II, 22 giugno 2004 n. 4306; TAR Sicilia, Catania, sez. III, 2 aprile 2009 n. 648; TAR Calabria, Reggio Calabria, 9 febbraio 2010 n. 62).

Ciò induce ad escludere l'inquadrabilità del contratto in discorso tra quelli a titolo gratuito.

4.3 Si è detto poc'anzi che vi sono incertezze riguardo alla qualificazione giuridica del rapporto di brokeraggio, non mancando

tesi, che parte ricorrente tende ad avvalorare, che riconducono il rapporto di brokeraggio al contratto di prestazione d'opera intellettuale.

Ritiene, tuttavia, il Collegio, in sintonia con la giurisprudenza (Cons. St., sez. IV, 1019/2000 cit.), che la rilevanza dell'aspetto organizzativo e del rischio economico correlato allo svolgimento dell'attività, esercitata, peraltro, in forma societaria, inducano a considerare presente quel carattere di imprenditorialità che vale di per se stesso ad escludere la configurabilità di una prestazione d'opera intellettuale ed affermare, per converso, l'esistenza di un contratto d'appalto, soggetto alle norme sull'evidenza pubblica.

Risulta da quanto sopra l'infondatezza della tesi della ricorrente, della non necessità del procedimento di evidenza pubblica ai fini dell'affidamento del servizio.

5.1 Con il secondo motivo di ricorso parte ricorrente rileva l'erroneità del richiamo, da parte della delibera gravata, all'art. 6 della legge n. 537/1993, che riguarderebbe il solo divieto di rinnovo tacito, laddove nel caso di specie il rinnovo è stato deliberato in modo espresso.

La censura è manifestamente infondata.

La norma tende ad escludere la possibilità di elusione delle regole in materia di evidenza pubblica, attuata mediante l'inserimento in contratto di previsioni di rinnovo tacito del rapporto.

Orbene, la norma, pur dettata per il rinnovo tacito, deve trovare applicazione, a maggior ragione, nei casi in cui l'Amministrazione, prima della scadenza del contratto, disponga in modo espresso il

rinnovo.

Il richiamo alla norma, operato dal provvedimento impugnato, non appare, pertanto, fuor di luogo.

5.2 La ricorrente rileva, inoltre, che del tutto inspiegabilmente l'Azienda non ha preceduto all'annullamento della delibera n. 491 del 25 novembre 1996, con la quale si era proceduto, per la prima volta, all'affidamento dell'incarico.

Si tratta di argomento privo di consistenza, atteso che, come è evidente, non sussisteva alcuna ragione di annullare un atto che aveva già esaurito i propri effetti.

5.3 La Iacobino Insurance Brokers deduce, infine, che non è stato dato conto dell'esistenza di un interesse pubblico attuale e concreto all'adozione di un atto in autotutela incidente su una posizione consolidata della stessa.

Anche tale censura è priva di fondamento.

L'Azienda Sanitaria ha posto alla base del provvedimento di annullamento il mancato rispetto delle regole sulla scelta del contraente secondo i moduli di diritto pubblico, oltre che la violazione dell'art. 6 della l. 537/93.

Con ciò la stessa ha correttamente individuato l'interesse pubblico perseguito nell'esigenza di garantire la piena concorrenza e l'assoluta trasparenza assicurate dal rispetto delle regole sulla scelta del contraente.

Per gli atti che esplicano effetti giuridici protratti nel tempo, il principio di legalità impone all'Amministrazione l'adeguamento in

ogni momento al quadro normativo di riferimento. In tali ipotesi, l'interesse pubblico all'esercizio dell'autotutela è *in re ipsa* e si identifica nella cessazione di ulteriori effetti *contra legem* (Cons. St., sez. VI, 18 agosto 2009 n. 4958, id. sez. V, 06 settembre 2007 , n. 4665).

6. In conclusione, il ricorso è infondato e deve esser rigettato.

Sussistono giusti motivi per compensare fra le parti le spese di giudizio.

P.Q.M.

rigetta il ricorso.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Catanzaro nella camera di consiglio del 22 ottobre 2010 con l'intervento dei Signori Magistrati:

Giuseppe Romeo, Presidente

Concetta Anastasi, Consigliere

Giovanni Iannini, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 15/11/2010

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)