



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 Lombardia
(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3051 del 2005, proposto da:
SNA - Sindacato Nazionale Agenti di Assicurazione, in persona del
legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avv.ti Gennaro
Terracciano e Luciano Quarta, con domicilio eletto presso il loro
studio in Milano, Via Statuto n. 10;

contro

COMUNE DI PIOLTELLO, in persona del Sindaco p.t.,
rappresentato e difeso dall'avv. Maurizio Ferlini, con domicilio eletto
presso la Segreteria di questo Tribunale in Milano, via Corridoni n.
39;

nei confronti di

RASINI VIGANO' ASSICURAZIONI s.p.a., in persona del legale
rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti Rocco Noviello
e Gaetano Morazzoni, con domicilio eletto presso il loro studio in

Milano, via G. Leopardi n. 14;

per l'annullamento

della procedura di aggiudicazione di appalto di servizi assicurativi di cui al bando inviato alla GUCE per la pubblicazione in data 5 ottobre 2005 prot. N. 2005/046908, per l'aggiudicazione di servizi assicurativi mediante "Asta pubblica espletata ai sensi dell'art. 6 del d.lgs. 157/95 con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa previsto dall'art. 23, comma 1, lett. b) dello stesso d.lgs. n. 157/95", ed in particolare: a) del bando; b) del capitolato speciale; c) dei capitolati tecnici riferiti ad ogni singola polizza; nonché di tutti gli atti presupposti, conseguenti e connessi.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Pioltello e di Rasini Viganò Assicurazioni Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 2 marzo 2011 il dott. Stefano Celeste Cozzi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Il Comune di Pioltello, con bando diffuso mediante avviso pubblicato sulla GUCE, cui è stato inviato in data 5 ottobre 2005, ha indetto una procedura aperta per l'aggiudicazione di servizi assicurativi dei rischi

derivanti dall'attività istituzionale del Comune per il periodo 31 dicembre 2005 – 31 dicembre 2008.

La gara riguarda in particolare l'aggiudicazione di due contratti assicurativi, dei quali l'uno riguardante, fra l'altro, la tutela legale e peritale, il furto e rischi assimilati, l'incendio, la responsabilità civile ecc.; l'altro riguardante la responsabilità patrimoniale.

Lo SNA - Sindacato Nazionale Agenti di Assicurazione (d'ora innanzi anche "SNA") impugna gli atti della procedura concorsuale nella parte in cui prevedono l'inserimento in contratto della cd. "clausola broker", che comporta l'interposizione di un soggetto iscritto nell'albo dei mediatori di assicurazione nella gestione del rapporto contrattuale tra stazione appaltante e compagnia di assicurazione; clausola ritenuta lesiva degli interessi della categoria degli agenti di assicurazione rappresentati da tale Sindacato.

Si sono costituiti in giudizio, per resistere al gravame, il Comune di Pioltello e la controinteressata Rasini Viganò Assicurazioni s.p.a., soggetto individuato dal Comune quale proprio broker assicurativo.

La Sezione, con ordinanza n. 2989 dell'1 dicembre 2005, ha respinto l'istanza cautelare.

In prossimità dell'udienza di discussione del merito, la controinteressata ha depositato memoria insistendo nelle proprie conclusioni.

Tenutasi la pubblica udienza in data 2 marzo 2011, la causa è stata trattenuta in decisione.

Come anticipato, la controversia in esame verte sull'inserimento della

“clausola broker” negli atti afferenti alla procedura di gara, indetta dal Comune di Pioltello, per l’aggiudicazione dell’appalto di servizi assicurativi.

La suindicata clausola è contenuta in particolare nell’art. 3 del capitolato speciale laddove si prevede che “il Comune si avvale dell’assistenza e della collaborazione del Broker Rasini Assicurazioni s.p.a. di Milano, al quale ha conferito formale incarico di broker assicurativo. La/le impresa/e aggiudicataria/e è/sono tenuta/e ad accettare l’inserimento nelle polizze assicurative della “Clausola broker” a favore della Società sopraindicata...”.

Al Broker è affidata la gestione e l’esecuzione delle polizze che verranno stipulate con le imprese aggiudicatarie; svolge inoltre funzioni di intermediazione fra queste ultime e stazione appaltante, nel senso che le comunicazioni ed i pagamenti dei premi diretti alle imprese aggiudicatarie andranno indirizzati al broker, e si intenderanno ricevuti dalle interessate nel momento in cui entreranno nella disponibilità del broker medesimo.

A parere dello SNA, l’affidamento di tali funzioni al broker sarebbe pregiudizievole per l’intera categoria degli agenti di assicurazione da esso rappresentata, in quanto in tal modo il broker si sostituirebbe agli agenti nei compiti di intermediazione fra compagnia di assicurazione ed assicurato, erodendone il ruolo e sottraendo loro fonti di introito.

Le parti resistenti eccepiscono l’inammissibilità del gravame evidenziando, da un lato, che l’interesse azionato dal Sindacato

ricorrente sarebbe in contrasto con quello di una parte dei suoi iscritti, ed in particolare con quello degli agenti che hanno partecipato alla gara i quali, in caso di accoglimento del ricorso, subirebbero la lesione del loro interesse a conseguire l'aggiudicazione del servizio; da altro lato, evidenziando che il ricorrente ha ommesso di impugnare il provvedimento di aggiudicazione definitiva intervenuto nelle more del presente giudizio.

L'infondatezza nel merito del ricorso consente al Collegio di prescindere dall'esame di tali eccezioni.

Con il primo motivo viene censurata la violazione dell'art. 1 della legge n. 792/1984.

Il ricorrente - dopo aver sottolineato che, in base alla suddetta norma, il broker è tenuto a curare gli interessi dell'assicurato, e che pertanto, al fine di evitare l'insorgere di un conflitto di interessi, sarebbe vietata la stipulazione di contratti fra broker e compagnia di assicurazione - rileva come nel caso concreto tale divieto non sarebbe stato rispettato.

Invero, a suo dire, il citato art. 3 del capitolato speciale prevedrebbe prescrizioni che costituirebbero indici sintomatici della necessità che fra broker e compagnia di assicurazione si instauri un rapporto contrattuale. Tali prescrizioni sono: a) la previsione che il corrispettivo del broker sia posto a carico della compagnia di assicurazione; b) la mancata predeterminazione di criteri univoci di fissazione del corrispettivo; c) la possibilità per il broker di ricevere il pagamento dei premi assicurativi con efficacia liberatoria per l'Ente

assicurato.

In proposito si osserva quanto segue.

Il contratto di brokeraggio assicurativo è stato disciplinato per la prima volta nel nostro ordinamento dalla legge 28 novembre 1984 n. 792 (le cui disposizioni sono oggi trasfuse negli artt. 106 e segg. del d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209, recante “codice delle assicurazioni private”), con la quale è stata data esecuzione alla direttiva comunitaria 77/92/CEE del 13 dicembre 1976.

Questa direttiva, all’art. 2, comma 1, lett. a), definisce i broker (detti anche “mediatori di assicurazione”) come coloro che svolgono attività finalizzata a mettere “...in relazione contraenti e società di assicurazione o di riassicurazione senza essere vincolati nella scelta fra queste, ai fini della copertura dei rischi da assicurare o riassicurare”; tali professionisti in particolare “...preparano la stipulazione dei contratti di assicurazione e collaborano eventualmente alla loro gestione ed esecuzione, particolarmente in caso di sinistro”.

Per comprendere appieno quali siano funzioni e natura del contratto di brokeraggio è opportuno effettuare una operazione di comparazione con la figura affine dell’agente di assicurazione, definita dalla lett. b) del medesimo art. 2 della direttiva 77/92/CEE.

Stabilisce tale norma che sono agenti di assicurazione coloro che”
...hanno il compito, in virtù di uno o più contratti o mandati, di presentare, di proporre e di preparare o di concludere contratti di assicurazione o di collaborare alla loro gestione ed esecuzione, particolarmente in caso di sinistro, a nome e per conto, o soltanto per

conto di una o più società di assicurazione”.

Il dato comune fra le due figure è quindi che esse svolgono entrambe prestazioni di consulenza e assistenza afferenti alle fasi anteriori, concomitanti e successive alla stipula di contratti assicurativi.

La differenza fondamentale, invece, consiste nel fatto che mentre gli agenti di assicurazione sono legati ad una o più compagnie di assicurazione in nome e per conto (e quindi nell'interesse) delle quali essi agiscono, i broker non sono legati in alcun modo alle compagnie (la norma di cui alla lett. a) afferma infatti che essi debbono mettere in relazione contraenti e compagnie senza essere vincolati nella scelta di queste ultime). Anzi i broker, pur dovendo rimanere, come visto, svincolati dalle compagnie di assicurazione, svolgono la propria attività su incarico e nell'interesse dell'assicurato e/o dell'assicuratore: come si vedrà poco oltre, in base all'art. 1 della legge n. 792/84, il broker è, infatti, colui che assiste e collabora con l'assicurato (cfr. Cassazione civile, sez. III, 27 maggio 2010, n. 12973)

Anche la legge n. 792/84, nel definire la figura del broker assicurativo, pone l'accento sulla mancanza di legami che vincolano quest'ultimo alle compagnie di assicurazione e, come detto, sulla necessità che questi curi gli interessi dell'assicurato.

Invero, in base all'art. 1 della legge “...è mediatore di assicurazione e riassicurazione, denominato anche 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”.

A rimarcare la differenza con la figura dell'agente vi è l'art. 2 della legge il quale vieta la contemporanea iscrizione all'albo dei mediatori di assicurazione o riassicurazione e all'albo nazionale degli agenti di assicurazione, nonché vieta a questi ultimi l'esercizio delle attività di brokeraggio assicurativo.

Il rapporto che lega l'agente di assicurazione alla compagnia è quindi riconducibile a quello scaturente dal contratto di agenzia di cui agli artt. 1742 e segg. del codice civile, nel quale un soggetto, l'agente appunto, si obbliga stabilmente a promuovere la conclusione di affari in una determinata zona, nell'interesse di un altro soggetto detto preponente.

Più problematico è invece individuare la figura tipica contrattuale cui ascrivere il contratto di brokeraggio assicurativo.

Una prima soluzione potrebbe essere quella di ricondurre il contratto di brokeraggio alla figura della mediazione, disciplinata dagli artt. 1754 e segg. del codice civile.

Senonché va osservato che a tale riconduzione osta la circostanza che, in base all'art. 1754 del codice civile, il mediatore non deve essere legato ad alcuna delle parti che egli si premura di mettere in relazione; e che, secondo l'orientamento maggioritario della giurisprudenza, il fondamento di tale divieto risiede nel fatto che il mediatore deve necessariamente caratterizzarsi per l'indipendenza e l'imparzialità nei

confronti delle parti relazionate (cfr. Cassazione civile , sez. III, 14 luglio 2009 , n. 16382). Al contrario, il broker, come visto, deve curare gli interessi dell'assicurato.

Sembra dunque preferibile ricondurre il contratto di brokeraggio al contratto di mandato, ovvero considerarlo come una mediazione atipica svolta nell'interesse di una delle parti (figura ammessa dalla giurisprudenza ed assimilata comunque al contratto di mandato), ovvero ancora all'appalto di servizi (cfr. Cassazione civile, sez. III, 08 luglio 2010, n. 16147; Cassazione civile, sez. III, 14 luglio 2009, n. 16382; Consiglio di stato, sez. V, 03 giugno 2002, n. 3064).

Partendo da queste premesse si è ritenuto in giurisprudenza che, qualora un ente pubblico intenda avvalersi della collaborazione del broker, è sempre necessario assicurare che quest'ultimo rimanga svincolato dalle compagnie di assicurazione e svolga la propria attività nell'interesse esclusivo dell'ente assistito; e che per tale ragione sono illegittime le clausole contenute nei bandi gara, finalizzati all'aggiudicazione di servizi assicurativi, che in qualche modo facciano insorgere nel mediatore l'interesse a favorire la compagnia assicuratrice anziché l'ente assicurato.

Questo essendo il quadro normativo e giurisprudenziale di riferimento, occorre verificare se nella fattispecie concreta, sottoposta all'esame del Collegio, la clausola broker inserita negli atti di gara sia in qualche modo idonea a far sorgere un conflitto di interessi fra mediatore assicurativo e stazione appaltante.

La risposta al quesito è negativa.

Come visto il ricorrente afferma che il conflitto di interesse possa determinarsi sulla base di tre previsioni (compenso a carico della compagnia, mancata predeterminazione del compenso ed efficacia liberatoria dei pagamenti dei premi effettuati nelle mani del broker) che da sole, e combinate fra loro, farebbero ritenere che mediatore e compagnia debbano legarsi fra loro in un rapporto contrattuale.

Va tuttavia osservato che i suindicati elementi sono tutt'altro che decisivi per portare a siffatta conclusione.

L'operazione, a parere del Collegio, va infatti ricostruita nel seguente modo.

Il contratto che il Comune ha stipulato con il Broker è un contratto a titolo gratuito, atteso che quest'ultimo rende le proprie prestazioni in favore dell'Ente senza ricevere in cambio alcun corrispettivo. Non si tratta tuttavia di una liberalità, giacché il comportamento del Broker non è sorretto dall'*animus donandi* bensì dall'interesse economico a ricevere in seguito, una volta che egli avrà eseguito le proprie obbligazioni, una remunerazione da parte delle compagnie assicurative che si aggiudicheranno i contratti con l'Ente (art. 6 del contratto di brokeraggio).

Ed infatti nei contratti assicurazione, da stipularsi fra Comune e compagnie, verrà inserita la clausola di brokeraggio, nella quale si prevede, come visto, l'obbligo per queste ultime di remunerare il broker.

La clausola di brokeraggio è dunque una clausola stipulata a favore del terzo (il Broker) ai sensi degli artt. 1411 e segg. del codice civile (in

base all'art. 1411, primo comma, c.c., è valida la stipulazione in favore di un terzo, qualora lo stipulante vi abbia interesse).

Dal punto di vista dello stipulante (nel nostro caso il Comune) rileva l'interesse a ricevere le prestazioni che il broker gli rende in esecuzione del contratto di brokeraggio a suo tempo concluso.

Ricostruita in tal modo l'operazione, deve escludersi che fra compagnie di assicurazione e Broker si instaurino rapporti di tipo contrattuale giacché, per pacifica opinione, il terzo non diviene parte, né in senso formale né in senso sostanziale, del contratto che intercorre fra stipulante e promittente, essendo egli semplice beneficiario (creditore) della prestazione dovuta (cfr. Cassazione civile, sez. un., 18 febbraio 2010, n. 3947; Cassazione civile, sez. III, 20 gennaio 2005, n. 1150).

Si deve quindi escludere che la stipulazione della clausola broker faccia insorgere legami contrattuali fra Mediatore di assicurazione e Compagnie assicurative, e che quindi tale clausola sia di per sé contrastante con l'art. 1 della legge n. 782/84 il quale, come visto, esclude che broker e compagnie possano essere legati da vincoli contrattuali.

Peraltro deve anche escludersi che il Broker (poiché il suo corrispettivo è versato dalle Compagnie) sia spinto, nella sostanza, a curare gli interessi di queste ultime anziché quelli del Comune.

Va invero osservato che, seppur formalmente posto a carico delle compagnie, il pagamento dei compensi del Broker grava, nella sostanza, sul Comune giacché è ovvio che le compagnie di

assicurazione calcoleranno l'entità dei premi in modo tale da scaricare sull'Ente il compenso che esse sono formalmente tenute a versare al mediatore.

In conclusione sul punto, si deve quindi ribadire che l'inserimento, nei contratti stipulati fra Ente assicurato e compagnie di assicurazione, della clausola broker (con la quale si stabilisce che le compagnie si obbligano a versare il corrispettivo al broker per i servizi che questi rende all'assicurato) possa di per sé ritenersi contrastante con le disposizioni recate dall'art. 1 della legge n. 782/84.

Come visto il ricorrente afferma anche che, nel caso concreto, la necessità di addivenire alla stipulazione di un contratto, e quindi all'insorgere di un vincolo, fra Broker e compagnie sarebbe dovuta alla mancata predeterminazione dell'entità del compenso che queste sono tenute a versare al primo: tale mancata determinazione imporrebbe, secondo lo stesso ricorrente, l'attivazione di trattative e la conclusione di un accordo fra i due soggetti.

Questo assunto tuttavia è infondato in punto di fatto, giacché non è vero che l'entità dei compensi non è stata predeterminata.

Come già osservato nell'ordinanza cautelare, l'art. 3, comma secondo, del capitolato speciale prevede che il mediatore dovrà essere remunerato "secondo le consuetudini di mercato".

Tale rinvio alle consuetudini di mercato costituisce, a parere del Collegio, adeguato criterio di predeterminazione, anche considerando che le stesse sono agevolmente conoscibili in quanto riportate nelle raccolte tenute presso le Camere di Commercio.

Infine, neppure può considerarsi decisiva la previsione secondo la quale il pagamento dei premi può essere effettuato, con efficacia liberatoria per l'assicurato, nelle mani del Broker.

Invero, le Compagnie di assicurazione, mediante l'accettazione della clausola broker, individuano il mediatore quale soggetto legittimato a ricevere il pagamento, il quale assume quindi la veste di mero *adiectus solutioniscausa* ai sensi dell'art. 1188 del codice civile. Il mediatore quindi non assume alcun vincolo contrattuale con le compagnie le quali, si ripete, si limitano soltanto ad indicarlo quale soggetto legittimato a ricevere il pagamento della prestazione; ne discende che questi non è tenuto a curare gli interessi delle prime dedotti nei contratti assicurativi, se non quello di riscuotere i premi per loro conto, senza peraltro poter esercitare, nei confronti dell'assicurato debitore, i poteri propri delle creditrici.

Va quindi ribadita l'insussistenza di vincoli contrattuali fra Broker e Compagnie assicuratrici.

Anzi, si può rilevare come la legittimazione a ricevere il pagamento dei premi appare in linea con quanto disposto dall'art. 1 della legge n. 782/84 la quale, fra i compiti affidati al Broker, individua quello della gestione del contratto di assicurazione.

Per queste ragioni, il motivo in esame non può essere accolto.

Con il secondo motivo viene dedotto eccesso di potere sotto i profili dell'erroneità e falsità dei presupposti e dello sviamento.

In particolare si sottolinea che sarebbe errato il presupposto concettuale - assunto a base della procedura di gara - secondo il quale

il contratto di brokeraggio non comporterebbe oneri per la stazione appaltante. Infatti se è vero che formalmente l'onere di pagamento del corrispettivo che compete al broker viene posto a carico della compagnia di assicurazione, è anche vero che quest'ultima si rivarrà inevitabilmente sull'Ente assicurato mediante maggiorazione del prezzo offerto.

Inoltre si rileva che la sostanziale onerosità per l'Ente del contratto di brokeraggio avrebbe dovuto indurre quest'ultimo ad indire una procedura concorsuale per l'individuazione del broker.

Nel caso concreto ciò non è avvenuto con penalizzazione non solo degli altri soggetti che svolgono attività di brokeraggio, ma anche degli stessi agenti di assicurazione i quali, al contrario del broker, per poter prendere parte all'operazione economica connessa alla procedura di gara in argomento avrebbero dovuto necessariamente sottostare alle regole concorrenziali, legandosi alle imprese partecipanti alla gara stessa e proponendo loro, per lo svolgimento delle medesime attività svolte nella fattispecie dal broker, condizioni economiche il più possibile competitive.

Per ciò che concerne il primo profilo, va osservato che non risulta che il Comune abbia adottato gli atti impugnati sull'errato presupposto che le Compagnie assicurative non avrebbero in alcun modo traslato l'onere del pagamento dei compensi del Broker sui premi richiesti al Comune; né il ricorrente si premura di indicare da quali atti tale errore risulterebbe.

E' vero che il Comune ha inserito negli atti di gara la clausola broker

prevedendo che le prestazioni del broker non avrebbero comportato alcun onere diretto a proprio carico e trasferendo i relativi oneri economici sulle compagnie di assicurazione con cui saranno stipulati i contratti assicurativi; ma da qui non è dato inferire che il Comune non fosse consapevole che le compagnie avrebbero tenuto conto di tale onere nella formulazione dell'offerta relativa ai premi di polizza.

Per ciò che riguarda invece il mancato rispetto delle norme pro concorrenziali nella scelta del Broker, va osservato che anche tale doglianza non può essere condivisa.

In primo luogo va osservato che con essa si mira in sostanza alla tutela degli interessi degli altri soggetti, in ipotesi illegittimamente pretermessi, che svolgono attività di brokeraggio (attività, come visto, preclusa agli agenti di assicurazione); mentre è ovvio che il sindacato rappresentativo di questi ultimi può proporre ricorso giurisdizionale solamente per la tutela degli interessi dei propri iscritti.

Il ricorrente afferma che la selezione senza gara del Broker sarebbe comunque lesiva degli interessi degli agenti di assicurazione, giacché questi ultimi, per partecipare all'operazione economica, avrebbero dovuto sottostare alle regole concorrenziali.

Tale argomentazione tuttavia non è decisiva, giacché la decisione del Comune di avvalersi di un Broker non può comunque essere tacciata in se stessa di illegittimità e non può comunque essere superata; ed è tale decisione che intacca gli interessi degli agenti di assicurazione (i quali per espressa disposizione legislativa non possono svolgere attività di brokeraggio); mentre la circostanza che il Broker sia stato

scelto, nel concreto, senza rispettare le procedure che assicurano la competizione concorrenziale degli operatori non va a scalfire gli interessi degli iscritti allo SNA i quali, anche in caso di attivazione di procedure concorrenziali, non avrebbero comunque potuto prendervi parte.

In ogni caso, anche ammettendo l'illegittimità delle operazioni compiute per l'individuazione del broker (ma la soluzione non è pacifica cfr. T.A.R. Abruzzo Pescara, 26 luglio 2006, n. 397), essa non può riverberarsi sugli atti afferenti alla procedura di gara indetta per l'aggiudicazione di servizi assicurativi.

Invero tali atti fanno parte di un procedimento del tutto avulso rispetto quello afferente alla procedura di gara; e comunque non sono legati agli atti relativi a tale procedura da alcun vincolo di presupposizione

Per queste ragioni il motivo in esame non può essere accolto.

In conclusione, richiamando le motivazioni espresse, il ricorso va respinto.

La complessità delle questioni trattate induce il Collegio a disporre la compensazione delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto lo respinge.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità

amministrativa.

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 2 marzo
2011 con l'intervento dei magistrati:

Domenico Giordano, Presidente

Stefano Celeste Cozzi, Referendario, Estensore

Dario Simeoli, Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 05/05/2011

IL SEGRETARIO

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