

AS623 - AFFIDAMENTO DEL SERVIZIO DI BROKERAGGIO ASSICURATIVO DA PARTE DELLE PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI

Roma, 20 ottobre 2009

Presidenti delle Regioni
Ministro della Difesa
SO.RE.SA
ENAV
SOGESID
A.N.P.C.I

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (di seguito Autorità), nell'esercizio del potere di segnalazione di cui all'articolo 21 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, ritiene opportuno svolgere le seguenti osservazioni in ordine alle problematiche concorrenziali conseguenti all'affidamento dei servizi di brokeraggio assicurativo da parte degli Enti pubblici.

Preliminarmente è utile ricordare che la figura del broker di assicurazione è assimilabile a quella di un mediatore al quale colui che intende stipulare una polizza si rivolge per una consulenza o per assistenza nella scelta della copertura assicurativa¹. L'elemento discrezionale tra la figura del broker e quella dell'agente assicurativo è pertanto costituito dal fatto che quest'ultimo opera in nome e per conto di una o più imprese di assicurazione o riassicurazione, mentre il broker opera su incarico del cliente/assicurato e dovrebbe mantenere una posizione indipendente rispetto alle compagnie, delle quali non ha i poteri di rappresentanza.

In merito a tale figura professionale l'Autorità, anche a seguito di specifiche segnalazioni da parte di associazioni di categoria e privati, ha analizzato numerosi bandi di gara verificando l'esistenza di profili che possono produrre distorsioni concorrenziali e ostacoli al corretto funzionamento del mercato.

Occorre in primo luogo precisare, quale pre-condizione essenziale per affrontare le problematiche seguenti, che i servizi di brokeraggio assicurativo devono essere affidati mediante procedure di evidenza pubblica nel rispetto delle normative, nazionali e comunitarie, che regolano la fornitura di servizi alla Pubblica Amministrazione (nel seguito PA). Sul punto l'Autorità ha rilevato che, benché la maggior parte delle stazioni appaltanti sia rispettosa del predetto principio, permangono alcuni sporadici casi in cui il servizio di brokeraggio viene affidato sulla base di una scelta fiduciaria e confermato con successive delibere di proroga, senza ricorrere a procedure di gara. Questa prassi determina forti pregiudizi concorrenziali in quanto, oltre a porsi in contrasto con l'attuale normativa e con le indicazioni amministrative², impedisce un adeguato confronto tra i vari broker presenti sul mercato. Sul punto l'Autorità ha già più volte segnalato che le procedure di evidenza pubblica devono essere considerate lo strumento principe per perseguire l'interesse pubblico e, allo stesso tempo, rispettare le dinamiche di mercato³: al fine di garantire il raggiungimento dei massimi obiettivi di efficienza, occorre, infatti, assicurare che il servizio sia affidato in seguito ad un pieno e ampio confronto competitivo.

Deve peraltro precisarsi che il broker selezionato dalla PA, al contrario di ciò che normalmente accade nel settore privato, non potrà scegliere la compagnia di assicurazione cui affidare la copertura dei rischi in quanto anche quest'ultima selezione deve avvenire nel rispetto delle norme di evidenza pubblica. Al broker, pertanto, potranno essere affidate attività di consulenza antecedenti alla deliberazione del bando (ad esempio nell'ambito dell'individuazione dei rischi rilevanti e della conseguente predisposizione delle specifiche tecniche) e di gestione del rapporto contrattuale successivamente all'aggiudicazione alle compagnie assicurative.

Se, come si è visto, l'affidamento dei servizi di brokeraggio assicurativo deve avvenire attraverso forme di evidenza pubblica, la redazione dei bandi di gara ha destato, nel corso degli ultimi anni, specifici problemi già in parte rilevati dall'Autorità nel corso di precedenti segnalazioni. Gli aspetti da segnalare sono essenzialmente riconducibili a:

- a) la previsione, quali condizioni di ammissione alla gara, del possesso di sproporzionati requisiti dimensionali;
- b) il calcolo dei requisiti dimensionali in sede di valutazione dell'offerta;

¹ [L'attività del broker è disciplinata dal D.lgs. 7 settembre 2005, n. 209 (Codice delle Assicurazioni) il quale prevede, all'art. 109, comma secondo, lett. b, che debbano essere iscritti nel registro unico degli intermediari assicurativi e riassicurativi «i mediatori di assicurazione o di riassicurazione, altresì denominati broker, in qualità di intermediari che agiscono su incarico del cliente e senza poteri di rappresentanza di imprese di assicurazione o di riassicurazione».]

² [Si veda, ad esempio, la circolare del Ministero del Tesoro, del bilancio e della programmazione economica n. 26 dell'8 giugno 2001.]

³ [Si vedano, in via essenziale, le segnalazioni AS 237 del 24 aprile 2002, Accertamento e riscossione dei tributi locali, in Boll. 18/2002 e AS 187 del 28 settembre 1999, Bandi di gara in materia di appalti pubblici, in Boll 48/1999.]

- c) l'indicazione di parametri di prezzo minimi;
- d) la c.d. "Clausola Broker" e i bandi che raggruppano i servizi di brokeraggio e i servizi assicurativi.

a) I requisiti dimensionali

In seguito all'analisi condotta è emerso che la gran parte delle stazioni appaltanti utilizza requisiti economico-finanziari di accesso basati su criteri dimensionali che, come più volte segnalato dall'Autorità⁴, sono idonei a creare delle restrizioni alla concorrenza in quanto favoriscono imprese di grandi dimensioni già presenti sul mercato.

L'Autorità ritiene pertanto utile ribadire la necessità di inserire nei bandi di gara, in alternativa ai requisiti determinati a livello di fatturato globale e di attività svolta per un determinato numero di PA clienti, la possibilità di attestare l'affidabilità della propria impresa attraverso altra documentazione, così come espressamente previsto anche dall'articolo 41, comma 3, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (di seguito Codice degli appalti).

L'Autorità⁵ ha, inoltre, auspicato, in precedenti segnalazioni, che le stazioni appaltanti, pur nel silenzio della legge, limitino la possibilità di associarsi in RTI da parte di imprese singolarmente in grado di soddisfare i requisiti, laddove il contesto fattuale escluda obiettive ragioni di carattere tecnico-organizzativo sottese a tale partecipazione congiunta.

b) Il calcolo dei requisiti dimensionali in sede di valutazione dell'offerta

I medesimi aspetti anticoncorrenziali rilevano nell'ambito della valutazione dell'offerta. In particolare quest'ultima fase, riservata per legge all'apprezzamento dell'offerta oggettivamente migliore (articolo 81 Codice degli appalti), si riscontrano spesso disposizioni del bando di gara che assegnano un peso predominante ai requisiti soggettivi (aspetti dimensionali dell'impresa stessa o esperienze pregresse nel settore) spesso già valutati in sede di ammissione delle imprese alla gara.

Dalle indagini svolte, inoltre, risulta che spesso le stazioni appaltanti indicano, come condizioni di ammissione alla gara, dei requisiti dimensionali minimi e poi, nell'ambito della valutazione delle offerte, riservano specifica importanza ai predetti profili dimensionali. Questo modo di procedere rischia di favorire le imprese di maggiori dimensioni soprattutto laddove il punteggio attribuito ai requisiti soggettivi rappresenti una parte rilevante dell'intero valore attribuito all'offerta tecnica.

Sul punto vale osservare che anche la giurisprudenza ha più volte affermato che *«una volta riconosciuta l'astratta idoneità dei concorrenti, questi sono posti in una posizione di assoluta parità, in applicazione dei principi concorrenziali del diritto comunitario. Il contratto (o il servizio) deve essere affidato al soggetto che presenta l'offerta oggettivamente migliore, non rilevando il precedente curriculum professionale, salvo l'apprezzamento del "merito tecnico", il quale, peraltro, rappresenta solo uno degli elementi valutabili e seppure non descritto analiticamente dalla norma, risulta correlato essenzialmente alle caratteristiche oggettive dell'offerta del concorrente»*⁶.

L'Autorità ritiene pertanto utile rilevare che i requisiti dimensionali richiesti alle imprese partecipanti al bando non devono diventare strumento di ostacolo al massimo confronto concorrenziale che dovrebbe realizzarsi, una volta apprezzati i requisiti di ammissione alla gara, sulla migliore offerta senza danneggiare le imprese di minori dimensioni e/o nuove entranti.

In quest'ottica dovrebbe assegnarsi particolare rilevanza agli aspetti dell'offerta precipuamente collegati alla natura dell'attività richiesta, identificabili, in via meramente esemplificativa, nella qualità delle soluzioni proposte in materia di metodologia di valutazione dei rischi; nell'individuazione di soluzioni innovative ed efficienti; nell'offerta di strumenti formativi in grado di trasferire le conoscenze tecniche del broker all'interno degli enti; nella struttura di interfaccia con l'ente, etc.

c) L'indicazione di parametri di prezzo minimi

Dalle indagini effettuate è emerso che la totalità delle stazioni appaltanti che effettuano le gare per l'affidamento del servizio di brokeraggio utilizzano, quale criterio di valutazione dell'offerta, quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa nella quale, pur riconoscendo la giusta importanza alla componente economica è consentita un'adeguata competizione anche nell'ambito dell'offerta tecnica. Si è altresì rilevato che alcuni bandi indicano una provvigione non solo massima, ma anche minima, fissando, ad esempio, la misura della provvigione in una forcella che varia da un

⁴ [Segnalazioni AS187 del 28 settembre 1999, Bandi di gara in materia di appalti pubblici, in Boll. N. 48/1999; AS251 del 30 gennaio 2003, Bandi predisposti dalla concessionaria servizi informatici pubblici – Consip S.p.A., in boll. 5/2003; AS445 del 27 febbraio 2008, Bandi di gara per il servizio brokeraggio assicurativo nella Regione Sicilia, in Boll., 3/2008]

⁵ [Si vedano, sul punto, le Segnalazioni AS 251 del 30 gennaio 2003, cit. e AS 187 del 17 dicembre 1999, Bandi di gara in materia di appalti pubblici.]

⁶ [Si vedano, sul punto, CdS. 4 aprile 2006, n. 1753; TAR Lazio, 15 settembre 2008, n. 8328; Trga Bolzano, 10 gennaio 2008, n. 2. Nella giurisprudenza comunitaria si vedano Sentenza della Corte di Giustizia CE (Sesta Sezione) 19 giugno 2003 nella causa C-315/01 (GAT) in GUCE n. C 184 del 02/08/2003 p. 0009 – 0010 e Sentenza della Corte (quarta sezione) del 20 settembre 1988 nella causa 31/87 (Beentjes), in raccolta della giurisprudenza 1988 p. 4635. Le indicazioni della giurisprudenza comunitaria sono state riprese anche dalla Circolare della Presidenza del Consiglio dei ministri del 1 marzo 2007, Principi da applicare, da parte delle stazioni appaltanti, nella scelta dei criteri di selezione e di aggiudicazione di un appalto pubblico di servizi, in G.U. serie generale n. 111 del 15 maggio 2007.]

minimo ad un massimo oppure, pur non fissando forcelle, indicano delle tabelle che abbinano a determinate provvigioni dei punteggi fissi.

Disposizioni del genere appaiono fortemente restrittive della concorrenza perché indicano dei riferimenti di prezzo "minimi" che inducono i partecipanti alla gara a offrire dei prezzi corrispondenti a quelli più bassi indicati. Tali livelli diventano infatti facili punti focali ai quali tutti i partecipanti tendono ad omogeneizzarsi e rappresentano un evidente disincentivo al confronto competitivo. L'Autorità ha riscontrato infatti che, in taluni casi, le società partecipanti alla gara offrono tutte gli stessi prezzi con l'effetto di azzerare totalmente la concorrenza sul prezzo.

L'Autorità ritiene, quindi, che la fissazione di prezzi minimi sia fortemente restrittiva della concorrenza in quanto ha, come effetto diretto, quello di indurre le imprese partecipanti a formulare identica offerta allineata al livello minimo indicato dalla P.A..

d) La c.d. "Clausola broker" e i bandi che raggruppano i servizi di brokeraggio e i servizi assicurativi

Particolare attenzione merita l'inserimento, nei bandi, della c.d. "clausola broker" con la quale una P.A. evidenzia la presenza di un consulente assicurativo. A parere dell'Autorità, qualora le stazioni appaltanti già si avvalgano di un broker o non intendano farlo, è legittimo che le stesse separino i servizi, richiedendo solo le coperture assicurative ed escludendo la partecipazione di broker. I servizi offerti da questi ultimi sono, infatti, diversi da quelli richiesti alle imprese assicurative che, come tali, individuano, ai fini antitrust, un mercato distinto e oggetto, quindi, di scelte autonome della stazione appaltante, che rimane libera di richiederli. Del resto, la figura del broker si dovrebbe caratterizzare per l'indipendenza e la terzietà nei confronti delle compagnie assicurative e non può, quindi, essere assimilata a quella dell'agente assicurativo.

Un ulteriore profilo meritevole di attenzione attiene all'affidamento congiunto del servizio assicurativo e del servizio di consulenza e brokeraggio assicurativo. In particolare, l'Autorità ha riscontrato che, talvolta, si sono accomunati i servizi di brokeraggio e il servizio assicurativo. In particolare il bando è stato rivolto esclusivamente alla categoria professionale del broker assicurativo e ha avuto ad oggetto la ricerca di:

- a) un pacchetto di contratti assicurativi adeguati alle necessità di copertura dei rischi;
- b) un soggetto incaricato dello svolgimento del servizio professionale di consulenza e di brokeraggio assicurativo nei confronti della stazione appaltante.

L'Autorità ritiene che le modalità operative sopra indicate non siano, sotto un profilo strettamente concorrenziale, pienamente condivisibili. L'Autorità ha già riscontrato che *«l'oggetto della gara può essere ampliato, includendo più attività che esplicano, se prese singolarmente, una funzione specifica e autonoma. Pertanto ciascuna potrebbe costituire un appalto a se stante. Attraverso l'artificiale allargamento dell'oggetto della gara, le amministrazioni effettivamente precludono l'accesso a determinate categorie di operatori, in particolare a quelle che potrebbero profittevolmente realizzare solo una singola prestazione, ma sono impedito, anche eventualmente dalla regolazione vigente, a svolgere l'intero insieme delle prestazioni richieste»* e, di conseguenza *«al fine di evitare che, in sede di definizione dei bandi di gara, i comportamenti delle amministrazioni appaltanti contrastino con i principi in materia di concorrenza sanciti dalla legge 287/90 occorre : [...] non ricomprendere nell'oggetto della gara più attività che, prese singolarmente, esplicano una funzione economica o tecnica e che quindi potrebbero da sole costituire oggetto di appalto»*⁷. Nel caso di specie, l'abbinamento indiscriminato dei due servizi, assicurativo e brokeraggio, appare potenzialmente restrittivo della concorrenza in quanto singolarmente le singole attività esplicano una funzione autonoma quindi erogabile da soggetti diversi.

In conclusione, l'Autorità auspicando che alle osservazioni sopra rappresentate conseguano comportamenti coerenti da parte degli enti e delle Pubbliche Amministrazioni interessate, confida nelle iniziative che si riterrà opportuno intraprendere ai rispettivi livelli di competenza al fine di tutelare e promuovere nella maniera più efficace e opportuna la concorrenza nel mercato del brokeraggio assicurativo nazionale.

IL PRESIDENTE
Antonio Catricalà

⁷ [Cosi la Segnalazione AS 187, Bandi di gara in materia di appalti pubblici, del 17 dicembre 1999.]