

Prof.ssa Sara Landini

Università di Firenze

## **Intermediazione assicurativa e pubblica amministrazione**

“Le ASL si stanno adoperando per ottemperare alle indicazioni ANAC sull'affidamento dei servizi di brokeraggio. il saggio affronta l'evoluzione del fenomeno alla luce della ricostruzione del rapporto di brokeraggio e dei limiti, procedure e formalità nella contrattazione della PA”

"The ASLs (Italian Local Health Authorities) are working to comply with the ANAC (Italian Anticorruption Agency) guidelines on the assignment of brokerage services. The essay deals with the evolution of the phenomenon in light of the reconstruction of the brokerage relationship and the limits, procedures and formalities in the negotiation of the PA"

### **Premessa**

La pubblica amministrazione nella scelta dei servizi assicurativi, anche in ragione della complessità degli stessi per dimensione e oggetto, ha necessità di un adeguato risk assessment, di una consulenza altamente qualificata e di servizi anche nella fase successiva alla conclusione del contratto al fine di gestire la riscossione dei premi e le comunicazioni, l'adempimento agli obblighi, le richieste di indennizzo, ecc. durante la durata della polizza.

Frequente è il ricorso a società di broker che, a differenza degli agenti, presentano una autonomia dalle imprese di assicurazione operando su incarico del cliente il quale provvede anche al pagamento delle provvigioni attraverso ricarichi sul premio corrisposto all'impresa assicuratrice che provvederà ai versamenti a favore dell'intermediario.

Nei bandi di gara per i servizi assicurativi l'attività del broker si estrinseca nella predisposizione dei requisiti di partecipazione alla gara delle imprese di assicurazione e di preparazione dei bandi.

La giurisprudenza amministrativa e ANAC hanno posto attenzione al fenomeno sotto il profilo delle procedure per il conferimento dell'incarico correlato al tema della corrispettività dell'accordo.

### **Affidamento diretto al broker?**

Il “broker” è un professionista esperto del ramo assicurativo, cui si rivolge chi sia interessato a stipulare contratti di assicurazione alle migliori condizioni attraverso un intermediario che non abbia ricevuto mandati da alcuna compagnia, per casi particolarmente complessi; questi è un mediatore, ma non solo, poiché deve assicurare al cliente le migliori condizioni possibili e assisterlo nello svolgimento del rapporto. E' quindi un professionista che svolge una particolare attività qualificata e fiduciaria, a contenuto chiaramente intellettuale, che presuppone un'esperienza ed un patrimonio culturale tecnico di sicura specializzazione, cui legittimamente ricorre la p.a. <sup>(1)</sup>. In quanto tale, esso è configurabile come un contratto d'opera professionale, inerente ad un servizio

---

1 Cass. 7 Febbraio 2005, n. 2416, in De Jure

assicurativo in senso ampio. Sulla onerosità del "brokeraggio" non vi è alcun dubbio, come detto il corrispettivo viene pagato al broker attraverso un ricarico sul premio della polizza.

Non sembra pertanto condivisibile la posizione di una passata giurisprudenza amministrativa la quale affermava che il contratto di brokeraggio non presenta oneri per la p.a. questa potesse procedere ad affidamenti diretti del servizio (2).

Oltre alla gratuità del rapporto i giudici amministrativi osservavano che il broker d'assicurazioni svolge un'attività connotata da profili intellettuali consistente in una prestazione di assistenza e collaborazione con il soggetto assicurando. Tutto ciò considerato per la scelta del broker si riteneva legittimo, da parte della pubblica amministrazione, il ricorso alla trattativa privata, cui per legge è possibile fare ricorso se più conveniente, interpellando sempre più ditte, "specie quando si tratti di un servizio di tipo intellettuale, per cui si può anche prescindere dalla pubblicazione del bando di gara, se la prestazione richiesta sia di natura tecnica e sia ipotizzabile una particolare prestazione, propedeutica ed ausiliare per il successivo svolgimento di un'ulteriore gara pubblica".

Le riflessioni sulla mancata gratuità pongono dubbi. Ma vi è di più. La posizione contraria all'affidamento diretto risulta aver trovato accoglimento nella Delibera ANAC 52/2012 fondata essenzialmente sui seguenti punti:

1-

In merito alla qualificazione dell'affidamento, si ricorda che, ai sensi dell'art. 106 del Codice delle assicurazioni private, "l'attività di intermediazione assicurativa e riassicurativa consiste nel presentare o proporre prodotti assicurativi e riassicurativi o nel prestare assistenza e consulenza finalizzate a tale attività e, se previsto dall'incarico intermediativo, nella conclusione dei contratti ovvero nella collaborazione alla gestione o all'esecuzione, segnatamente in caso di sinistri, dei contratti stipulati". Quindi, ai sensi del Codice delle assicurazioni, l'attività di intermediazione assicurativa ricomprende una o più delle suddette attività.

2-

Pertanto, la collaborazione alla gestione o all'esecuzione, segnatamente in caso di sinistri, dei contratti stipulati rientra, ai sensi delle direttive comunitarie e del Codice delle Assicurazioni Private, tra i compiti specifici dell'intermediario di assicurazione. Ciò è tanto più vero nel caso dei servizi resi a favore della pubblica amministrazione, non potendo il broker di assicurazione svolgere l'attività di selezione delle imprese affidatarie dei servizi assicurativi. In sostanza, diversamente da quanto indicato dalla Provincia di Frosinone, non si tratta di un mero incarico di consulenza per professionalità non presenti all'interno dell'Ente, ma di un'attività tipica di intermediazione assicurativa, come tale soggetta all'applicazione delle procedure previste dal Codice dei Contratti. Sotto un diverso profilo, le gare per la scelta del broker hanno sollevato sempre numerose criticità legate soprattutto al fatto che spesso il costo del servizio viene ribaltato dalla stazione appaltante sulla compagnia di assicurazione che sottoscrive la polizza.

Innanzitutto il fatto che la stazione appaltante non sostenga alcun onere apparente per la remunerazione del broker ha fatto ritenere più volte che tale affidamento non rientri tra quelli disciplinati dal Codice dei Contratti, ovvero che sia applicabile una disciplina particolare, essendo comunque l'appalto sottosoglia. La questione relativa alla presunta gratuità si ritiene ormai superata, considerato che, ai sensi dell'art. 29 del Codice, il valore posto a base di gara comprende l'insieme delle entrate che affluiscono all'aggiudicatario (comprese quelle derivanti da terzi) per

---

2 La giurisprudenza ha in alcuni casi stabilito che in assenza di formali "ricarichi" di premio non può ritenersi che il premio sia pagato dalla amministrazione " il punto non è la natura gratuita dell'attività svolta, quanto, piuttosto, l'individuazione del soggetto su cui farà carico la corresponsione della provvigione, notoriamente spettante all'agente di assicurazione. Tale soggetto non è identificabile nella 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": così T.A.R. Pescara, (Abruzzo), 26/07/2006, n. 397, in PQM 2006, 2-3, 122.

effetto dell'affidamento (sul punto si vedano anche le Deliberazioni dell'Autorità n. 9 del 12.02.2009 e n. 71 del 09.09.2009). La riconducibilità dei servizi di consulenza assicurativa agli appalti di servizi era già stata indicata nella Circolare n. 26/2001 del Ministero del Tesoro, del Bilancio e della Programmazione Economica, Dipartimento della Ragioneria dello Stato. Inoltre, sia i servizi di intermediazione assicurativa che quelli di consulenza nel campo delle assicurazioni sono chiaramente ricompresi nell'allegato 2A del Codice dei Contratti pubblici.

### **Delibera dell'ente e provvigioni per i rinnovi**

In una delle sentenze citate il caso sottoposto alla Suprema Corte muoveva da un rifiuto della compagnia aggiudicataria della gara di pagare le provvigioni in quanto: nessuna opera di mediazione aveva svolto il broker, visto che l'assicuratore era stato scelto con il sistema della gara pubblica <sup>(3)</sup>.

Occorre precisare che nel rapporto di brokeraggio la mediazione è il risultato di una complessa attività di risk management, assistenza e consulenza. Ogni altra attività svolta dal broker, sia pure funzionale alla predisposizione e conclusione del contratto di assicurazione, non è qualificabile come mediazione di assicurazione, ma integra un contratto di mandato o di prestazione d'opera intellettuale o altro, nell'ambito del quale l'obbligo di pagare il compenso al broker grava sul soggetto che gli ha commesso l'attività.

Il problema del pagamento delle provvigioni da parte dell'assicuratore, stante le modalità di formazione del rapporto tra p.a. e impresa assicuratrice, è stato affrontato recentemente anche in un caso che riguardava la copertura assicurativa del patrimonio artistico del Comune di Firenze e che ha tenuto indenne (o quasi) la città dalle conseguenze dell'attentato ai Georgofili.

Ci vogliamo a questo punto soffermare su un caso che ha interessato il Comune di Firenze concernente l'intermediazione per l'assicurazione del patrimonio culturale del capoluogo toscano.

Nel caso di specie si era avuta una delibera molto singolare. Lasciando da parte gli aspetti relativi al procedimento che si sarebbe dovuto seguire per tale conferimento intendiamo soffermarci su un aspetto problematico relativo alle provvigioni per i rinnovi.

In data 21 maggio 1987, tra il Comune di Firenze e una società di brokeraggio (S.), veniva stipulato un contratto avente ad oggetto: dal lato della prestazione dovuta da quest'ultima, uno studio sui rischi del comune di Firenze e sulle relative possibili coperture assicurative; dal lato della prestazione dovuta dal Comune abbiamo l'obbligo di attribuire incarico di intermediazione alla suddetta società con le compagnie di assicurazione contraenti per la realizzazione delle soluzioni prospettate nello studio suddetto. L'obbligo del Comune risulta condizionato al fatto che il Comune stesso abbia inteso adottare le proposte formulate dal broker perché ritenute conformi ai propri interessi.

Poiché dai quotidiani era apparsa la notizia che il Comune, adottando i criteri elaborati dalla società di brokeraggio, aveva assicurato il suo patrimonio immobiliare, questa chiedeva la risoluzione per inadempimento della convenzione del 1987 con condanna del Comune al risarcimento dei danni corrispondenti al compenso dovutole come broker (19% del premio annuo nonché dell'ulteriore somma dovuta per la perdita dell'immagine etc.). La domanda trovava accoglimento con la sentenza della Corte di Appello 22 novembre 2002 in parziale riforma della sentenza di primo grado. La pronuncia della Corte di Appello ha trovato conferma in Cassazione.

La Cassazione conferma la pronuncia di secondo grado anche in merito alla inammissibilità, perché domanda nuova, della richiesta avanzata, in sede di appello, dalla società di brokeraggio, avente ad oggetto l'accertamento di ulteriori crediti risarcitori per inadempimento a parte del Comune agli obblighi contrattuali assunti avuto riguardo alla stipula di rinnovi dei contratti assicurativi (la

---

3 Cass. 7 Febbraio 2005, n. 2416, cit.

suddetta polizza all risks risulta rinnovata sicuramente per cinque anni fino al 1995), con cui erano state adottate le soluzioni formulate dalla medesima società di brokeraggio.

L'adito Tribunale di Firenze, con sentenza 3365/2013, rigetta quest'ultima domanda risarcitoria.

Il Tribunale pone l'accento sul fatto che il Comune avrebbe deliberato "di autorizzare la S. ad effettuare uno studio sulle coperture assicurative dei rischi dell'amministrazione comunale...senza che tale collaborazione comportasse alcun onere finanziario per l'amministrazione, né impegni futuri o vincoli...qualora l'amministrazione intendesse adottare la proposta della Sea... riconoscere alla stessa di farsi tramite con le compagnie di assicurazioni per la realizzazione delle soluzioni della medesima prospettata e fatte proprie dell'amministrazione".

Ad avviso del Tribunale nulla sarebbe deliberato per la gestione delle polizze (ricezione degli avvisi di sinistro, pagamento del premio ecc.).

Quanto ai rinnovi però può dirsi qualcosa di diverso trattandosi di estensioni temporali del vincolo contrattuale in atto con il conseguente pagamento di ulteriori premi<sup>(4)</sup>. Non si tratterebbe insomma di una mera attività gestoria. Ne segue che in automatico, una volta accertata la presenza del rinnovo e l'inadempimento del Comune agli obblighi assunti, dovrebbe darsi luogo alla condanna del Comune al pagamento dell'ulteriore debito risarcitorio calcolato in ragione degli ulteriori premi pagati per i rinnovi secondo i criteri sopra indicati ed accolti dalla Corte di Appello fiorentina.

Il Tribunale afferma che la delibera comunale non avrebbe ad oggetto anche i rinnovi delle polizze in esame.

Al riguardo occorre tenere presente come il rinnovo della polizza sia considerato in giurisprudenza non come un nuovo contratto, ma come una estensione della durata del precedente contratto. La giurisprudenza di merito in ragione di ciò ha negato, ad esempio, la possibilità di dar vita ad un rinnovo a condizioni di polizza diverse dalle originarie<sup>(5)</sup>.

---

4 Al comma 3 dell'art. 1899 si prevede poi la possibilità di prorogare tacitamente la durata del contratto. La giurisprudenza sul punto afferma che la manifestazione di una volontà contraria alla proroga può essere espressa anche in forma tacita. In caso di controversia promossa dall'assicurato per l'accertamento dell'avvenuta disdetta alla naturale scadenza del contratto, onde evitarne la proroga tacita di cui all'art. 1899, II comma, c.c., la prova di tale disdetta può essere fornita anche mediante la prova dell'esistenza di tempestive ed inequivoche manifestazioni tacite di volontà, evidenzianti un'intenzione contraria alla prosecuzione del rapporto. Né può dirsi che allo scioglimento del rapporto per *facta concludentia*, è di ostacolo l'assoggettamento del contratto di assicurazione alla forma scritta *ad probationem*. Così Cass., 29.05.2001, n. 7278, cit. In giurisprudenza si precisa però che le determinazioni delle parti in relazione al termine di inizio e di fine degli effetti del contratto non ammettono modifica o risoluzione per determinati comportamenti concludenti laddove, come di norma avviene, nel contratto detti comportamenti siano stati preventivamente ed espressamente qualificati dalle parti come vicenda non in grado di rappresentare una tacita deroga al limite temporale stabilito per l'esercizio del diritto potestativo di proroga. Così, in caso di individuazione del termine finale del contratto, l'eventuale incasso di premi da parte dell'assicuratore, oltre il suddetto termine, non configura un comportamento concludente al fine di prorogare la durata del contratto oltre i termini convenzionalmente stabiliti. In tal senso T. Arezzo, 06.10.2000, in *Foro it.*, 2001, I, 1393 *contra* la giurisprudenza di merito anteriore. T. Como 3.4.1998, in *Danno e resp.*, 1998, 575, con nota di CAPUTI, *Cessazione della polizza assicurativa al settantesimo anno di età e incasso di premi oltre il compimento, e, prim'ancora*; T. Alessandria 14.5.1987, in *Resp. civ. e prev.*, 1988, 81, con nota critica di SCALFI, *Condizione, «dies incertus» o termine all'esercizio del diritto di proroga? Considerazioni sulla non assicurabilità contro gli infortuni dell'ultrasessantenne*.

Una pratica invalsa nel mercato assicurativo della responsabilità civile automobilistica era quella di ammettere la proroga a condizioni diverse del contratto. I giudici di pace sono intervenuti contro simili prassi che risultano contrarie al dettato dell'art. 1899 a meno che la modifica delle condizioni, in particolare del premio, sia giustificata dall'applicazione della clausola *bonus malus*. Giudice di pace Napoli, 05.02.2003, in *Dir. e giustizia*, 2003, fasc. 15, 78.

5 Giudice di pace Napoli, 05.02.2003, in *Dir. e giustizia*, 2003, fasc. 15, 78.

Ancora in tal senso possiamo richiamare la recente presa di posizione della Commissione Europea () sulla distinzione tra rinnovi e nuovi contratti (6). La commissione nel delineare un concetto unitario di nuovo contratto di assicurazione a livello europeo, tenuto conto della rilevanza delle direttive nel settore, afferma che non sono da considerarsi nuovi contratti i rinnovi in quanto estensione temporale del precedente contratto.

In tale prospettiva si deve affermare che la delibera del Comune di Firenze copriva anche i rinnovi della polizza stipulata secondo i criteri indicati dalla società di brokeraggio.

Il Tribunale afferma che la sentenza, con cui è stata pronunciata la risoluzione della convenzione per inadempimento del Comune con riconoscimento del relativo credito risarcitorio, avrebbe coperto anche il danno relativo ai rinnovi.

Ricorda il Tribunale che il giudicato copre il dedotto e il deducibile e quindi anche le questioni non dedotte che si presentino come un antecedente logico necessario.

Va detto che il credito risarcitorio relativo ai rinnovi non rappresenta un antecedente logico, ma solo un ulteriore posta di danno collegata e subordinata al riconoscimento (già avvenuto in sede di appello con conferma in cassazione) di un obbligo a carico del Comune di incaricare in esclusiva Sea dell'intermediazione delle polizze stipulate in adesione dei criteri dalla stessa società di brokeraggio indicati nel suo studio.

Si tratta quindi di una domanda ulteriore proponibile in un separato giudizio, come del resto affermato dalla Cassazione che con la sentenza 8056/07, pronunciandosi sul caso *de quo*, ha negato la sua proponibilità per la prima volta in appello.

La questione del giudicato è collegata dal giudice di primo grado agli effetti della risoluzione giudiziale della convenzione del 1987 tra il Comune di Firenze e S.

Si afferma che, stante la retroattività degli effetti risolutivi ex art. 1458, “più non può discutersi dei diritti e delle obbligazioni delle parti nascenti dal contratto di cui è stata dichiarata la risoluzione”.

---

6 Bruxelles 22 dicembre 2012 [http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/files/com\\_2011\\_9497\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/files/com_2011_9497_en.pdf) “The Directive does not define the concept of a ‘new contract’, nor does it contain any reference to national laws as regards the meaning to be applied to such terms. This concept should therefore be regarded, for the purposes of application of the Directive, as designating an autonomous concept of European Union law which must be interpreted uniformly throughout the Union. This uniform interpretation corresponds to the aim of the Directive in the insurance field, which is to implement the unisex rule, after the expiry of a transitional period. The concept of a ‘new contract’ referred to in Article 5(1) is essential for the practical implementation of this provision. Diverging interpretations of this concept based on national contract laws would create a risk of different transitional periods delaying the comprehensive application of the unisex rule and also of an uneven playing field for insurance companies.

This would undermine the objective pursued by the Directive of comprehensively guaranteeing the equal treatment of women and men across Member States in relation to individuals’ insurance premiums and benefits from the same date as expressed in its Article 5(1).

10. The implementation of Article 5(1) requires a clear distinction between existing and new contractual agreements. The distinction must meet the need for legal certainty and be based on criteria that avoid undue interference with existing rights and preserve the legitimate expectations of all parties. This approach is in line with the Directive’s objective of

preventing a sudden readjustment of the market by restricting the application of the unisex rule only to new contracts.

11. Accordingly, the unisex rule pursuant to Article 5(1) shall apply whenever a) a contractual agreement requiring the expression of consent by all parties is made, including an amendment to an existing contract and b) the latest expression of consent by a party that is necessary for the conclusion of that agreement occurs as from 21 December 2012.

12. Consequently, the following should be considered as new contractual agreements, having therefore to comply with the unisex rule:

(a) contracts concluded for the first time as from 21 December 2012. Therefore, offers made before 21 December 2012 but accepted as from that date will need to comply with the unisex rule;

(b) agreements between parties, concluded as from 21 December 2012, to extend contracts concluded before that date which would otherwise have expired.

13. On the contrary, the following situations should not be considered as constituting a new contractual agreement:

(a) the automatic extension of a pre-existing contract if no notice, e.g. a cancellation notice, is given by a certain deadline as a result of the terms of that pre-existing contract”: così Commissione Europea Bruxelles 22 dicembre 2012 [http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/files/com\\_2011\\_9497\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/files/com_2011_9497_en.pdf)

Ne segue che una volta pronunciata la risoluzione del contratto ogni questione relativa a diritti, obblighi ecc. ad esso relativi risulta assorbita.

Al riguardo si può però osservare che la domanda attorea non era volta ad ottenere la condanna al pagamento delle provvigioni, e quindi volta ad ottenere l'adempimento del contratto risolto, ma ad ottenere la condanna all'ulteriore credito risarcitorio per inadempimento contrattuale relativo al mancato riconoscimento dell'intermediazione di Sea anche per i rinnovi.

S. non agisce per l'adempimento delle obbligazioni nascenti dal contratto di cui è stata dichiarata la risoluzione, ma per il risarcimento del danno da inadempimento contrattuale da determinarsi secondo i contenuti del contratto stesso (interesse positivo).

Da ultimo la Cassazione proprio sul caso in esame ha statuito che, in assenza di diverse disposizioni contrattuali, il broker ha diritto anche alle provvigioni sui rinnovi tenuto conto dell'attività del broker che non è equiparabile a quella di un mediatore, ma che comprende anche servizi di *risk assessment* e di gestione del contratto nel tempo in modo da garantirne la durata e la sostenibilità nel tempo.

Afferma in particolare la Suprema Corte che “(i)l broker assicurativo svolge – accanto all'attività imprenditoriale di mediatore di assicurazione e riassicurazione – un'attività di collaborazione intellettuale con l'assicurato nella fase che precede la messa in contatto con l'assicuratore, durante la quale non è equidistante dalle parti, ma agisce per iniziativa dell'assicurato e come consulente dello stesso, analizzando i modelli contrattuali sul mercato, rapportandoli alle esigenze del cliente, allo scopo di riuscire ad ottenere una copertura assicurativa il più possibile aderente a tali esigenze e, in generale, mirando a collocarne i rischi nella maniera e alle condizioni più convenienti per lui; tale attività di collaborazione non investe solo la fase genetica del rapporto, ma consiste anche nell'assistenza durante l'esecuzione e la gestione contrattuale”<sup>7</sup>.

Si tratta di una sentenza che fa riflettere sullo stesso ruolo del broker e sulla unificazione del concetto di consulenza che parrebbe introdotta dalla direttiva sulla distribuzione assicurativa 97/2016 come attuata nell'art. 119 ter del codice delle assicurazioni private (dlgs 209-2006) introdotto dal dlgs 68/2018 e dal regolamento IVASS 40/2018.

L'art. 2 n. 15 di IDD definisce unitariamente per tutti gli intermediari la consulenza la fornitura di raccomandazioni personalizzate a un cliente, su sua richiesta o su iniziativa del distributore di prodotti assicurativi, in relazione a uno o più contratti di assicurazione.

L'art. 20 della direttiva così si esprime sui doveri incombenti sugli intermediari: “previamente alla conclusione di un contratto di assicurazione, il distributore di prodotti assicurativi specifica, basandosi sulle informazioni ottenute dal cliente, le richieste e le esigenze di tale cliente e gli fornisce informazioni oggettive sul prodotto assicurativo in una forma comprensibile al fine di consentirgli di prendere una decisione informata”. La consulenza, intesa come raccomandazione personalizzata, diviene un servizio autonomo avente un proprio valore economico. Continua l'art. 20 : “Se viene offerta una consulenza prima della stipula di qualsiasi contratto specifico, il distributore di prodotti assicurativi fornisce al cliente una raccomandazione personalizzata contenente i motivi per cui un particolare prodotto sarebbe più indicato a soddisfare le richieste e le esigenze del cliente”. Conclude il legislatore: “Qualora un intermediario assicurativo comunichi al cliente di fornire consulenze fondate su un'analisi imparziale e personale, egli fonda tali consulenze sull'analisi di un numero sufficiente di contratti di assicurazione disponibili sul mercato, che gli consenta di formulare una raccomandazione personalizzata, secondo criteri professionali, in merito al contratto assicurativo idoneo a soddisfare le esigenze del cliente”.

Il legislatore italiano ha tradotto la norma europea senza operare distinzioni rispetto ai diversi servizi e alle diverse figure professionali nella intermediazione assicurativa. La normativa non potrà

---

<sup>7</sup> Cass. , 11 ottobre 2018, n. 25167, in *Dimaf*, 2018, p. 467 con nota di M. Ferrari, *Consistenza ed estensione dell'attività del broker assicurativo*.

appiattare le differenze tra gli intermediari, per come disegnate nelle prassi nazionali di settore, che la p.a. dovrà considerare nella costruzione del bando e poi del rapporto di intermediazione.