

Spettabile

AVCP

Autorità Vigilanza Contratti Pubblici
di lavori, Servizi e Forniture
Via di Ripetta, 246
Roma

via e-mail all'indirizzo
protocollo@pec.avcp.it
segreteria_regolazione@avcp.it

via fax al n. 06.36723670

Milano 25 gennaio 2013

OGGETTO: COMMENDO AL II DOCUMENTO DI CONSULTAZIONE AVCP – QUESTIONI INTERPRETATIVE COCERNETI L’AFFIDAMENTO DEI SERVIZI ASSICURATIVI E DI INTERMEDIAZIONE ASSICURATIVA.

Spettabile

La scrivente Associazione, presa visione del II Documento di Consultazione in oggetto, esprime qui di seguito alcune ulteriori considerazioni con l’auspicio che Codesta Autorità voglia tenerle in debito conto nella formulazione definitiva delle emanande linee guida dirette alle stazioni appaltanti ed agli operatori del settore, e ciò non solo nell’interesse della categoria rappresentata, ma anche per promuovere una più corretta ed efficace conduzione dell’attività della P.A. nell’affidamento dei servizi assicurativi e di intermediazione assicurativa.

SUL PARAGRAFO RUBRICATO: “LE RAGIONI DELL’INTERVENTO DELL’AUTORITA”.

In questo paragrafo dobbiamo purtroppo riscontrare il fatto che, nonostante le indicazioni fornite nella prima fase della consultazione, l’AVCP insiste nel voler stigmatizzare alcuni caratteri distintivi della figura professionale del broker e degli intermediari in genere, come se gli stessi costituissero di per sé la causa di importanti e gravi criticità del processo di affidamento di servizi assicurativi e di intermediazione.

Si legge, infatti, che alcuni di questi aspetti critici consisterebbero:

- i. nella tendenza di numerose stazioni appaltanti ad affidare congiuntamente i servizi assicurativi e quelli di intermediazione assicurativa;
- ii. nella tendenza a delegare al broker la ricerca della migliore copertura assicurativa;
- iii. nella tendenza a scaricare sull'impresa di assicurazioni i costi del servizio di intermediazione.

Secondo l'AVCP, tali tendenze affermatesi nella prassi produrrebbero *“una serie di distorsioni sulla regolarità delle procedure di affidamento”* e simili distorsioni sarebbero costituite dalla difficoltà per le stazioni appaltanti di valutare correttamente l'onerosità del servizio e da un costo eccessivo del servizio di intermediazione.

Senonchè le predette affermazioni **non possono essere ritenute condivisibili**, soprattutto dopo che questa Associazione così come altri operatori del settore hanno fornito, in sede di prima consultazione, chiarimenti idonei e sufficienti a ritenere superati quasi tutti gli aspetti di criticità sopra rilevati.

Ed invero, riguardo alla prassi di indire gare congiunte per l'affidamento del servizio di intermediazione assicurativa con quello propriamente assicurativo, si è detto che questa prassi è in realtà poco presente sul mercato, in ogni caso questa Associazione si è dimostrata d'accordo nel formulare una raccomandazione a non indire tali gare in modo congiunto.

Quanto alla prassi di delegare al broker la ricerca della migliore copertura possibile, non si deve dimenticare che in ciò consiste proprio la missione istituzionale del broker.

Qualora si voglia insinuare che la funzione del broker si porrebbe in conflitto con la regola, che impone il divieto di delegare a terzi la scelta circa la stipula di garanzie assicurative per conto dell'ente, si deve preliminarmente far rilevare che, come è pacifico, l'intervento del broker nella fase di assistenza nella predisposizione del bando non preclude l'esperimento della stipula secondo le procedure dell'evidenza pubblica, per cui la decisione circa l'aggiudicazione della gara non è affatto delegata a terzi, né tanto meno al broker. (v. sul punto Cass n. 2416/2005)

Se poi si vuol dire che, proprio in considerazione della necessità di assoggettare la stipula alle procedure di evidenza pubblica, il broker non svolgerebbe alcuna 'mediazione' e pertanto non si giustificerebbe il fatto che egli percepisca una provvigione, il cui costo va poi a gravare sull'ente pubblico in termini di maggiorazione di premio, è stato ormai chiarito che, nel campo della intermediazione svolta a favore di enti pubblici, l'attività svolta dal broker non consiste nella mera 'messa in contatto'

delle parti contrattuali, ma si sostanzia in *“una attività di collaborazione con l'assicurando nella fase che precede la messa in contatto con l'assicuratore, durante la quale agisce per iniziativa dell'assicurando 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”* (così TAR Abruzzo, L'Aquila, Sez.I., sent.24.3.2011 n.154; Cass.27.5.2010 n.12973).

Del resto, la possibilità per le pubbliche amministrazioni di ricorrere all'intervento del broker è da considerarsi incontestata per espressa affermazione della giurisprudenza amministrativa in materia (v. TAR Veneto, Venezia, Sez.I, sent.6.5.2009 n.1368; TAR Piemonte, Sez.II, sent.13.3.1989 n.194; TAR Toscana, Sez.II, sent.1.12.1999 n.918; TAR Sardegna, sent.10.6.1999 n.770).

Circa il fatto che lo *“scaricare”* il costo dell'intervento dell'intermediario assicurativo sulle imprese di assicurazione provochi poca trasparenza sui costi di intermediazione nonché una tendenza alla lievitazione dei prezzi, si ribadisce che:

- a) non si vede come tali conseguenze possano essere ipotizzate quando la misura della provvigione, espressa in termini percentuali sui premi assicurativi, è predeterminata e fissata nel bando per tutti i partecipanti;
- b) il sistema di remunerazione dell'intermediario in forma provvigionale sugli affari conclusi rappresenta un *benefit* per gli assicurandi, i quali possono fruire di consulenza preventiva nella fase di studio della propria situazione di rischio e di ricerca della soluzione assicurativa più idonea senza doverne sopportare i costi se non all'atto della eventuale stipula del contratto assicurativo;
- c) il fatto che l'intervento del broker debba necessariamente provocare la lievitazione del costo delle coperture assicurative a causa del cumulo delle provvigioni del broker con quelle dell'agente è un assunto del tutto privo di fondamento, dal momento che, nella prassi, la provvigione del broker è ricavata mediante retrocessione dall'ammontare della provvigione dell'agente, (v. TAR Veneto, Venezia Sez.I sent.6.5.2009 n.1368); in ogni caso, il predetto assioma è logicamente smentito dalla considerazione che, una volta indicata nel bando la misura della provvigione spettante al broker, da porsi a carico di tutte le Compagnie partecipanti alla gara, l'interesse di tali imprese sarà quella di ridurre la misura dei premi proposti (e quindi di erodere se non eliminare la quota della provvigione dell'agente) in modo da risultare competitive rispetto alle altre offerte.

Le conclusioni che si sono volute ribadire rappresentano le soluzioni cui è pervenuta la giurisprudenza dei Tribunali civili ed amministrativi di merito e di ultima istanza, per cui crediamo che Codesta Autorità debba impostare le proprie valutazioni tenendo conto di tali principi che costituiscono caratteristiche tipiche e idonee a procurare benefici a chi si avvale dell'opera dei brokers, anzichè gravi pregiudizi o anomalie.

SUL PARAGRAFO DEDICATO ALLE QUESTIONI RELATIVE AL RUOLO DEL BROKER

Nel sottoparagrafo n.4.1 si parla del servizio di intermediazione assicurativa ed, in generale, del ruolo del broker richiamando in primo luogo la definizione dell'intermediazione assicurativa secondo il C.A.P., il che sembra corretto ed appropriato, puntando, però, poi l'accento sulle disfunzioni cui può portare la prassi di indire bandi congiunti per la scelta dell'intermediario e della Compagnia.

Senonchè, il ruolo del broker nella prestazione di servizi di intermediazione a enti pubblici non è descritto in modo completo (vedi sopra) ed, inoltre, la criticità sopra ricordata ormai non rappresenta più una prassi diffusa, ma semmai una eccezione.

Il sottoparagrafo n.4/2 affronta la questione della remunerazione del broker usando purtroppo argomenti che rivelano una non corretta conoscenza dell'inquadramento giuridico della fattispecie, così come risultante dagli ormai numerosi interventi dell'autorità giudiziaria in argomento e che, pertanto, non possono costituire la base per la emanazione di linee guida da parte di Codesta Autorità di Vigilanza, la quale è tenuta a conformarsi ai menzionati arresti giurisprudenziali al pari degli operatori del settore soggetti a tale vigilanza.

Codesta Autorità, invero, nel documento in discussione, si spinge ad affermare che:

- a) il fatto che la remunerazione dei broker sia costituita da "*commissioni*" calcolate in percentuale dei premi sottoscritti rischia di falsare i meccanismi di gara perché, quando le stazioni appaltanti devono decidere in relazione all'elemento del prezzo dei servizi, si trovano di fronte a grandezze indefinite, poiché espresse solo in una percentuale sull'ammontare dei premi assicurativi il cui importo non può essere conosciuto se non in fase di aggiudicazione dell'appalto per la fornitura di servizi assicurativi;
- b) in tal modo, inoltre, la stazione appaltante finisce per dover sostenere due commissioni di intermediazione, una a favore del broker e l'altra a favore dell'agente della Compagnia.

Senonchè entrambe le conclusioni sopra descritte si rivelano fallaci e fuorvianti.

Ed invero, già in sede di prima consultazione sia la scrivente Associazione sia altri soggetti interessati avevano spiegato le ragioni per le quali la modalità di corresponsione del compenso al broker in forma di provvigione sui premi assicurativi non provoca necessariamente le conseguenze negative accennate ai punti a) e b) che precedono, ma l'AVCP ha ritenuto che tali ragioni non fossero convincenti ed, anzi, nel Documento in oggetto, ha ribadito la propria posizione sulla base di ulteriori e più articolati motivi, i quali, però, si rivelano fallaci e mistificatori.

Riguardo al punto a) la AVCP respinge l'argomento secondo il quale il fatto che l'ammontare della provvigione del broker sia espressa in forma di percentuale su di un importo sconosciuto non introduce elementi atti a fuorviare una gara dal momento che, una volta stabilita la percentuale di provvigione, la stessa si applica a tutti i partecipanti.

Sul punto la detta autorità si limita a dolersi del fatto che, in realtà, se il broker nel collaborare con le stazioni appaltanti avesse svolto una seria attività di risk management e di loss prevention, i costi delle coperture sarebbero diminuiti anziché aumentare in continuazione.

In secondo luogo, la stessa AVCP stigmatizza il fatto che la modalità del compenso dell'opera del broker in forma di provvigioni *“realizza un meccanismo di premialità inversa che potrebbe spingere i broker a privilegiare soluzioni che non rappresentano il miglior mix tra rischio trasferito e premio corrisposto”*, senza tuttavia spiegare che cosa intendesse realmente dire con simile ricercata circonlocuzione.

Quanto al punto b) sopra ricordato, ovvero il rischio che la stazione appaltante si trovi a dover pagare due commissioni di intermediazione, una a favore del broker scelto dalla pubblica amministrazione, l'altra a favore dell'agente che ha partecipato alla gara assicurativa, l'AVCP respinge l'argomento secondo il quale, in realtà, non si crea nessuna duplicazione posto che la provvigione destinata all'agente è sempre prevista nel prezzo della copertura e che la stessa viene ripartita tra agente e broker senza aumentarla.

A sostegno della propria posizione l'AVCP invoca le seguenti ragioni:

- i. non è vero che su tutti gli affari conclusi dalle imprese assicurative gravi l'onere del costo della provvigione all'agente; difatti, in forza delle previsioni dell'ultimo accordo ANA sottoscritto nel 2003, nonché grazie all'art.8 del d.l.223/2006 (il c.d. decreto liberalizzazioni), solo in alcuni singoli ed isolati casi l'agente ha il diritto di percepire i compensi di intermediazione anche qualora non partecipi in concreto alla gara.

- ii. una regola o una prassi che prevedesse che il premio assicurativo applicato dalle imprese del nostro mercato contenga sempre un onere di intermediazione sarebbe contrario ai principi della concorrenza poiché *“i clienti si vedrebbero gravati di un onere, di importo non trascurabile, per un servizio non reso, quello appunto di intermediazione” (!!!)*.
- iii. se anche sia stato eccepito che la remunerazione dei servizi di brokeraggio a provvigioni rappresenta una prassi seguita a livello nazionale ed internazionale, la stessa AVCP giunge ad affermare che il compito di tale Autorità è anche quello di intervenire per correggere comportamenti non conformi al Codice degli Appalti Pubblici o che si rivelino contrari al principio di economicità ed efficienza previsti dall’art.2 del menzionato Codice dei Contratti Pubblici (!).
- iv. sempre in punto remunerazione, poi, la stessa AVCP, nel presupposto che il corrispettivo a provvigione, secondo gli usi, dovrebbe compensare un’attività di intermediazione intesa come attività di ricerca delle condizioni migliori presenti sul mercato, mentre tende ad essere pagata dal cliente quando si risolve essenzialmente in una mera consulenza, si spinge ad affermare che – a suo modo di vedere – nell’attuale contesto disciplinato dal Codice dei Contratti Pubblici, l’attività di intermediazione propriamente intesa sarebbe *“preclusa al broker”* (!!!), mentre vi sarebbe una tendenza sempre più marcata a richiedere ai broker attività di pura consulenza.

Premesso quanto sopra, preme a questa Associazione, ancora una volta, ribadire che le posizioni espresse dall’AVCP e sopra brevemente ricapitolate rivelano una non corretta comprensione della natura della attività svolta dai broker e delle dinamiche connesse alla prestazione di servizi di intermediazione assicurativa in favore degli enti pubblici.

Tali incomprendimenti rischiano di far deviare l’azione di codesta Autorità in direzioni penalizzanti per il mondo degli intermediari, ma nel contempo pregiudizievoli per le stesse stazioni appaltanti che rischiano di trovarsi nell’impossibilità di fruire delle prestazioni professionali degli intermediari pur non disponendo al loro interno di professionalità equipollenti.

Non si condividono in alcun modo le affermazioni sopra riportate alle lettere a) e b), né possono accettarsi i ragionamenti svolti dalla AVCP a confutazione degli argomenti esposti nelle precedenti fasi della consultazione.

In particolare, questa Associazione rileva che:

- a) la struttura della remunerazione del broker in forma di provvigione sui premi che l’assicuratore andrà a richiedere a corrispettivo del servizio ben può essere

determinata in una percentuale dell'ammontare di tali premi, senza che ciò comporti alcun pregiudizio alla possibilità di affidare il servizio assicurativo o quello di intermediazione assicurativa tramite le procedure ad evidenza pubblica.

Infatti, la percentuale di provvigione per l'intermediario costituisce un onere uniforme per ogni Compagnia partecipante alla gara, sicchè non crea alcuna discriminazione o sbilanciamento tra le offerte; in modo analogo, anche nelle gare per la scelta dell'intermediario, la valutazione economica delle offerte basata su di una percentuale da applicarsi al montante dei premi, che la stazione appaltante dovrà corrispondere agli assicuratori che presteranno coperture in favore dell'ente, fornisce un parametro sufficientemente determinato ed idoneo a permettere di operare una corretta selezione del fornitore dei servizi, sicchè la censura di scarsa trasparenza e di incertezza sui futuri costi non ha ragion d'essere.

Si aggiunga inoltre che, in ogni caso, seppure per l'appalto del servizio di brokeraggio assicurativo il valore del compenso dell'intermediario possa dirsi indeterminato, tuttavia non può certo parlarsi di valore "ignoto" e per questo "capace di falsare i meccanismi di gara", posto che tale valore è pur sempre determinabile secondo criteri prefissati.

Come già evidenziato, infatti, all'offerta del broker fa riscontro un guadagno auspicabile, rappresentato dalla percentuale da egli offerta in rapporto all'importo del monte premi polizze che la SA indica all'interno della gara.

È quindi corretto affermare che la remunerazione del broker, lungi dall'essere ignota, è una percentuale di un valore – id est il monte premi – che, seppur variabile, è comunque individuato.

Variabilità che, come già sottolineato, allorquando la SA stipula coperture assicurative per un valore inferiore rispetto a quello originariamente determinato, finisce spesso per operare a sfavore del broker stesso, non potendo egli decidere né il prezzo posto a base di gara, né, oltremodo, quali e quante saranno le coperture che l'ente aggiudicherà.

Il broker quindi percepirà la provvigione da egli dichiarata in sede di gara, e la percepirà solo nel caso in cui il successivo procedimento ad evidenza pubblica per la stipula delle coperture assicurative, alla quale la provvigione stessa è condizionata, si concluda positivamente. Provvigione che figurerà altresì all'interno del normativo della gara per le coperture assicurative, tanto da consentire alla compagnia, in rispetto ai principi della massima trasparenza, di meglio parametrare la propria offerta.

Quanto alla doglianza secondo la quale, se ben si è capito, a detta dell'AVCP, l'intervento degli intermediari non si è rivelato efficace in termini di contenimento del costo dei servizi assicurativi per una supposta non corretta o inefficace attività di consulenza nel risk management e nella loss prevention, è opportuno ricordare all'autorità che le variabili che influiscono sulle dinamiche di aumento o diminuzione dei premi assicurativi non sono influenzate solo da tali due fattori e, soprattutto, che l'efficacia delle azioni di risk management e di loss prevention, specialmente parlando di enti pubblici, dipende in massima parte dalla implementazione pratica di tali politiche.

- b) il rischio della creazione di situazioni di *"premierità inversa"* – sempre che si sia compreso il significato del concetto espresso in tali termini nel Documento di Consultazione – ove i broker sarebbero spinti a *"privilegiare soluzioni che non rappresentano il miglior mix tra rischio trasferito e premio corrisposto"* non dipende certo dal fatto che la remunerazione dell'intermediario sia prevista in forma di provvigione, quanto piuttosto dall'obbligo per l'ente di dover affidare i servizi assicurativi per il tramite delle procedure ad evidenza pubblica anziché sulla base del consiglio esperto del proprio broker e dai criteri di legge per l'aggiudicazione della gara.

E' forse il caso di ricordare all'AVCP che il 'mix tra rischio trasferito e premio corrisposto' è quello che risulta all'esito della procedura di gara e non certo dal consiglio e dalle capacità di negoziazione dell'intermediario.

Con riguardo alle problematiche connesse alla 'doppia provvigione', gli argomenti sviluppati da Codesta autorità e sopra ricapitolati ai punti da i. a iv. appaiono talvolta fondati su presupposti sbagliati e talvolta semplicemente erronei perché avulsi dal contesto normativo regolamentare disciplinante la figura del broker.

In particolare:

- i. lo stabilire se sia corretto o meno affermare che nel computo del premio assicurativo sia sempre e comunque conteggiata una quota di provvigione per l'agente e che, pertanto, anche se il broker non fosse pagato a provvigione l'importo del premio non sarebbe al netto di commissioni, non appare dirimente.

Fondamentale è invece il rilievo secondo cui, da un lato, la provvigione del broker è predeterminata nella sua percentuale ed è nota a tutte le parti e che, dall'altro, in virtù della procedura di gara, spesso tendente a selezionare l'offerta più conveniente sotto il profilo economico, la quotazione dei premi da parte delle Compagnie sarà improntata al ribasso, e quindi mirata ad erodere semmai - se non ad eliminare del tutto - la porzione di premio destinata a provvigione per l'agente.

In altri termini, si può affermare che il sistema di remunerazione del broker tramite provvigione da applicarsi a tutti i partecipanti, una volta effettuata la disclosure nel bando di gara, non influisce in senso negativo sulla dinamica dei prezzi delle offerte, che sarà sempre improntata alla massimizzazione del risparmio sui premi applicati dalle Compagnie partecipanti alla gara.

- ii. con riguardo al punto ii., quando l'autorità afferma che non sarebbe corretto ammettere che i premi contengano sempre una maggiorazione per onere di intermediazione anche quando tale intermediazione non vi sia stata, immaginiamo alluda al mancato effettivo intervento dell'agente, giacchè se si riferisse al broker si dovrebbe dissentire da tale assunto, posto che, invece, l'intervento del broker, come si è visto al paragrafo n.1, ancorchè a volte limitato ad una fase di assistenza e consulenza della stazione appaltante, rientra sempre nella attività di intermediazione che deve essere remunerata.
- iii. sul punto iii., ci permettiamo di suggerire a Codesta Autorità di non progettare né tanto meno adottare interventi 'correttivi' tesi ad ostacolare la possibilità per le stazioni appaltanti di remunerare il broker mediante il sistema provvisoriale, dal momento che, trattandosi di modalità corrispondente ad un uso consolidato nella prassi internazionale, ed in particolare anche nella prassi dei Paesi Membri dell'Unione Europea, simili interventi finirebbero per ostacolare la partecipazione di fornitori di servizi europei e più in generale a disincentivare l'offerta di servizi di intermediazione da parte dei broker verso gli enti pubblici; inoltre, tali interventi risulterebbero di dubbia legittimità, atteso che la tesi della non conformità a principi di economicità ed efficienza del sistema di retribuzione del broker mediante provvigione è del tutto priva di fondamento, come spiegato prima e come si andrà meglio ad illustrare nel prossimo punto;
- iv. l'affermazione secondo la quale, *"nell'attuale contesto, disciplinato dal Codice (dei contratti pubblici), l'attività di intermediazione propriamente intesa è preclusa al broker ..."* è fuorviante ed errata sotto il profilo giuridico; ingiustificato, quindi, è il non troppo larvato suggerimento secondo il quale le stazioni appaltanti farebbero bene a concordare con il broker un compenso di consulenza corrisposto direttamente dall'ente pubblico;
l'Autorità, infatti, in tal modo dimostra di non tener conto del fatto che:
 - a. nell'attuale contesto normativo, disciplinato dall'art.106 del Codice delle Assicurazioni, l'attività di *"intermediazione"* non è affatto limitata alla attività di mera messa in contatto delle parti (tipica della mediazione codicistica), ma ricomprende tutta l'attività di consulenza e assistenza prodromica alla conclusione del contratto assicurativo, nonché quella di gestione del medesimo; pertanto, si deve correttamente affermare che l'attività di intermediazione nei rapporti con gli enti pubblici non è affatto preclusa al broker (come del resto ha già avuto modo di stabilire l'autorità giudiziaria ordinaria ed amministrativa);

- b. il sistema della retribuzione a provvigione conserva il pregio di consentire alle stazioni appaltanti di fruire della consulenza del broker (da svilupparsi senza limiti prefissati di tempo o impegno) a costo zero nei casi di mancata conclusione del contratto assicurativo; questo è esattamente il valore aggiunto che anche a livello europeo viene riconosciuto al sistema di compenso a provvigione dell'intermediario assicurativo, grazie al quale i clienti possono fruire di un consiglio esperto circa la loro situazione di rischio e le possibilità offerte sul mercato per rispondere a tali esigenze senza dover corrispondere alcunché all'intermediario se non nel caso di effettiva stipulazione del contratto;
- c. il predetto sistema di compenso a provvigione ha l'ulteriore pregio di permettere di dimensionare il compenso del broker in modo da coprire anche tutte le attività di gestione dei contratti che sono destinate ad essere eseguite in un lungo lasso di tempo ed in relazione a quantità di impegno non facilmente definibili in anticipo, in modo che vada a gravare sull'intermediario il rischio che, avuto riguardo alla frequenza e importanza delle prestazioni eseguite, il compenso pattuito venga a risultare non più remunerativo.

SUL PARAGRAFO DEDICATO AI CRITERI DI AGGIUDICAZIONE

Quanto alle affermazioni contenute nel sottoparagrafo n.4.3, del Documento in consultazione, a dispetto di quanto osservato circa l'esistenza di una tendenza di tutti gli operatori economici a valutare l'offerta economica sulla base di formule a punteggio assoluto, si è ormai consolidato un sistema che, omettendo di individuare una soglia di percentuale minima, premia le offerte al puro massimo ribasso, tanto che, a tutto discapito di professionalità e qualità si sono osservate offerte di valore anche inferiore all'unità decimale.

Il Presidente ACB
Luigi Viganotti

