REGIONE AUTONOMA DELLA SARDEGNA

ENTE FORESTE DELLA SARDEGNA

Direzione generale

Servizio del Personale

Oggetto: servizio di brokeraggio assicurativo Allegato II, A, categoria 6 a) al D.lgs. 163/06 (progetto ex. art. 279 DPR n. 207/2010).

1. PREMESSA

L'evoluzione normativa e giurisprudenziale degli ultimi anni evidenzia un ampliamento della responsabilità della pubblica amministrazione in relazione ai danni casualmente connessi alle violazioni delle *nuove situazioni giuridiche soggettive* derivanti dalla canonizzazione delle regole dell'azione amministrativa. Il ricorso al servizio di brokeraggio assicurativo, espressamente previsto all' Allegato II, A, categoria 6 a) del D.lgs. 163/06, che ha ad oggetto, tra l'altro, le funzioni di consulenza ed assistenza in fase di analisi dei rischi assume, in tale contesto, un ruolo nevralgico.

2. NATURA GIURIDICA DELL'ISTITUTO

L'istituto, dapprima disciplinato all'art. 1[1] della L. 792 del 1984, trova oggi una compiuta regolamentazione agli artt. 106 e 109 del D.lgs. 209/2005[2], Codice delle assicurazioni private.

[1] Art. 1 L. 792/1984 *Definizione. Agli effetti della presente 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.*

L'articolo è stato abrogato dal comma 1 dell'art. 354 del Codice delle assicurazioni private di cui al *D.Lgs. 7 settembre 2005, n. 209*, con i limiti e la decorrenza indicati nel comma 4 dello stesso articolo.

Art. 106 del d.lgs 209/2005: "*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*

Si noti che mentre nella previgente disciplina vi era un riferimento espresso alla figura della mediazione civilistica, l'attuale definizione della figura di broker, in conformità all'ordinamento comunitario e alla prassi, prevede, più genericamente, che: "*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*". L'attività del broker va, quindi, differenziata da altre forme di intermediazione in campo assicurativo ed in particolare dal rapporto di agenzia, non potendosi riscontrare in capo al broker alcun incarico di promuovere stabilmente la conclusione di contratti nell'interesse della compagnia assicurativa.
L'ambito di operatività dell'attività del broker è meglio definito all'art. 120 del D.Lgs 209/2005 e all'art. 48 del Regolamento Isvap n. 6/2005. La prestazione del broker può esplicarsi nell'arco di tutto il procedimento amministrativo al termine del quale la stazione appaltante individua le soluzioni assicurative più idonee e procede, attraverso apposita procedura ad evidenza pubblica, alla selezione della compagnia più competitiva in ordine alla copertura del rischio preventivamente individuato dal broker.
L'attività dello stesso si snoda attraverso tre momenti fondamentali:

1. Consulenza ed assistenza a beneficio dell'assicurando-Risk management

In una prima fase nella quale, evidentemente, prevale la connotazione di prestazione d'opera professionale il broker deve individuare i rischi, nel quale potrebbe incorrere l'Ente nello svolgimento della sua attività, che possono costituire oggetto di copertura assicurativa, redigendo un apposito piano di gestione. Questa fase di analisi ha un'importanza fondamentale. Il risk management consente la riduzione e la prevenzione del rischio, attraverso la c.d. loss prevention, mediante l'utilizzo di tecniche di prevenzione e protezione.

2. Copertura dei rischi

Una volta individuati i rischi il broker, previe indagini di mercato, propone contratti e suggerisce modifiche contrattuali o altre operazioni nell'interesse dell'amministrazione/contraente, alle migliori condizioni possibili con riferimento al momento, alla dimensione e alla natura dei contratti e delle operazioni stesse. In questa fase, nella quale prevale l'attività di intermediazione contrattuale, lo stesso mediatore opera al fine di contenere i costi a carico dei contraenti ed ottenere il miglior risultato possibile in relazione agli obiettivi assicurativi.

3. Collaborazione in fase esecutiva e gestionale

---

dall'incarico intermediativo, nella conclusione dei contratti ovvero nella collaborazione alla gestione o all'esecuzione, segnatamente in caso di sinistri, dei contratti stipulati

[2] *Va evidenziato che … l'art. 109, comma 1, lett.b), del D.L.vo 209 del 2005, laddove testualmente definisce "i mediatori di assicurazione o di riassicurazione" quali "intermediari che agiscono su incarico del cliente e senza poteri di rappresentanza di imprese di assicurazione o di riassicurazione", non ha confermato al riguardo la disciplina contenuta nel previgente art. 1 della L. 792 del 1984, ma ne ha sensibilmente innovato il contenuto proprio in quanto ha sostituito il precedente e quanto mai ampio divieto per il broker di essere vincolato "da impegni di sorta" con le imprese anzidette con il ben più circoscritto divieto di esercitare in nome e per conto di queste ultime i summenzionati "poteri di rappresentanza* T.A.R. Veneto Venezia Sez. I, Sent., 06-05-2009, n. 1368

Una volta stipulate le polizze ritenute necessarie supporta la stazione appaltante nella gestione dei sinistri e dei contratti assicurativi.

1. LA PROCEDURA DI SCELTA DEL BROKER

La procedura di scelta del Broker

In ordine alla disciplina applicabile per la scelta del broker una giurisprudenza, ormai consolidata, ammette il ricorso all'istituto riconducendolo, all'interno del D.lgs. 163/06, tra gli appalti di servizi[3], Allegato II, A, categoria 6 a).

Il contratto di brokeraggio è, infatti, un contratto oneroso in quanto gli assicuratori al momento della presentazione di un'offerta scaricano il corrispettivo spettante al broker sull'assicurato, includendo nei premi il costo della mediazione. La percentuale di ricarico costituisce un elemento di costo per l'Ente rendendo necessaria l'attivazione di una procedura ad evidenza pubblica, al fine di ottenere attraverso il confronto concorrenziale, l'offerta più conveniente per l'amministrazione .

Una volta chiarito che l'amministrazione sopporta un costo indiretto, attraverso la percentuale di ricarico che si aggiunge al c.d. premio puro della polizza e che la sua determinazione deve necessariamente essere oggetto di confronto concorrenziale, appare opportuno esaminare che cosa accade nella prassi.

Nella maggior parte dei bandi di gara uno dei criteri di attribuzione del punteggio è costituito dalla percentuale sul premio assicurativo, tra un massimo ed un minimo predeterminato dalla stazione appaltante, generalmente diversificato tra polizza RC Auto e le polizze relative agli altri rami. Tale criterio era stato previsto anche nella gara indetta con determinazione n.172 del 07.08.2008, il cui contratto è attualmente in fase di esecuzione, in scadenza al 24.11.2012. In sede di gara le società di Brokeraggio effettuano un'offerta che coincide con la percentuale minima di provvigione per poter ottenere il massimo punteggio in ordine a quel criterio di aggiudicazione. Di fatto, quindi, non vi è nessun effettivo confronto concorrenziale perché tutti gli operatori economici partecipanti propongono la percentuale più bassa alla quale è correlata l'attribuzione di un punteggio più alto da parte della commissione di gara.

Il pagamento delle polizze avviene, non direttamente alla compagnia aggiudicataria, ma a favore del broker, in virtù della c.d. clausola broker.

Per i motivi su indicati si è ritenuto opportuno attribuire un peso minore, all'interno dell'offerta economicamente più vantaggiosa, all'elemento prezzo e secondo la formula riportata all'art.6 del capitolato

---

[3] *Il contratto col quale l'amministrazione affida il servizio di consulenza e collaborazione assicurativa, riconducibile nell'ambito del contratto di brokeraggio, deve considerarsi oneroso, attraverso un caricamento nel premio assicurativo della provvigione del broker; sicché esso è assoggettato ai criteri di aggiudicazione di cui al d.lg. 17 marzo 1995 n. 157*, Consiglio di Stato, sez IV, 24 febbraio 2000 n. 1019/2000. V*a ritenuto sussistente l'obbligo per la PA di provvedere alla scelta del broker per procedura di evidenza pubblica, perché non è corretto limitare l'analisi del rapporto contrattuale sussistente nella fattispecie del brokeraggio assicurativo solamente alla relazione immediata tra PA e Broker. Al contrario, quest'ultimo rapporto va ricondotto ad una fattispecie contrattuale complessa, costituita dal collegamento negoziale tra il contratto intercorrente tra PA e Broker, ed il contratto di assicurazione tra PA ed Assicuratore, in cui quest'ultimo deve un compenso alla controparte dell'Amministrazione e che quest'ultima sostanzialmente finanzierà con il proprio premio (cfr. Tribunale civile di Paola, I, 5 luglio 2007, nr. 1991). Ne deriva che il servizio di brokeraggio, essendo un negozio collegato al contratto assicurativo la cui conclusione rappresenta lo scopo del broker, integra una fattispecie negoziale complessa avente causa in parte associativa ed in parte di scambio e, quindi, in presenza di compensi comunque dovuti al broker, è da considerarsi a titolo oneroso per l'assicurato…. il procedimento di evidenza pubblica nella scelta del broker consente alla PA procedente di ottenere è, tra le altre cose, la determinazione in pubblica gara della percentuale di ricarico che, una volta stipulata la polizza con la assistenza e la mediazione professionale del broker, graverà sul proprio bilancio.* TAR Reggio Calabria, sez I, sentenza 9.02.2010, n. 62.

tecnico, che rimette all'operatore economico la determinazione della percentuale di sconto da applicare con riferimento alla polizza RC auto e alle polizze relative agli altri rami. La somma delle suddette percentuali darà luogo alla c.d. provvigione media sulla base della quale verrà individuata la migliore offerta economica. Per quanto attiene all'aspetto qualitativo dell'offerta si è ritenuto di attribuire un punteggio complessivo pari ad 80, con singoli pesi ponderali che riflettono il livello di utilità per la stazione appaltante. Ruolo centrale riveste sicuramente la struttura organizzativa che deve fungere da supporto in tutta l'attività procedimentale relativa alle gare aventi ad oggetto coperture assicurative, dalla fase preliminare, di individuazione del rischio e delle clausole del capitolato che presuppongono delle conoscenze tecniche e specialistiche in materia assicurativa, sino alla fase esecutiva qualora si rendesse necessario il supporto per la gestione di sinistri particolarmente gravosi o problematici.

La specificità e la complessità della materia relativa agli appalti pubblici, disciplinata dal D.lgs. 163/06 e dal relativo regolamento attuativo, DPR 207/2010, rende necessaria la presenza all'interno dello staff, dell'operatore economico aggiudicatario, dedicato all'Ente di almeno un laureato in giurisprudenza con esperienza almeno quinquennale in materia di contratti ed assicurazioni. Alla complessità della materia assicurativa deve, infatti, essere sommata quella relativa alla contrattualistica pubblica che rende necessario uno studio ed approfondimento delle clausole che possono essere inserite alla luce, tra l'altro, di un recente intervento della Corte dei Conti che, con la sentenza della Sezione giurisdizionale per la Regione Emilia Romagna n. 319 del 7 luglio 2011, si è pronunziata, tra l'altro, in ordine agli oneri indiretti per il servizio di brokeraggio.

La sentenza su indicata e gli orientamenti giurisprudenziali prevalenti distinguono tra attività che per la loro specificità necessitano di un supporto qualificato, richiedendo la presenza del broker, e attività meno complesse che possono essere svolte dai dipendenti. Tale orientamento è pienamente condiviso dalla Stazione Appaltante che ritiene necessario il supporto di un broker soprattutto nella fase di predisposizione di un piano di risk management, di valutazione dei rischi, di valutazione dei beni immobili da assicurare, nonché per l'approfondimento delle problematiche assicurative, che come tali richiedono un aggiornamento continuo ed accurato sia relativamente alla tipologia di rischi assicurabili che alle singole clausole assicurative, differenziate a seconda della tipologia di copertura assicurativa. L'Ente, infatti, non ha del personale dipendente che possa dedicarsi in modo esclusivo all'attività su indicata.

In ordine all'attività di gestione dei contratti, normalmente meno complessa rispetto a quella che precede la stipula del contratto, la stessa può essere considerata attività istituzionale e pertanto si ritiene, come avviene, peraltro, per il contratto in corso di esecuzione che la stessa, pur in presenza di ridotte professionalità interne, possa essere gestita autonomamente e direttamente dagli uffici dell'Ente, con conseguente risparmio della provvigioni corrisposte al broker.

La situazione descritta trova immediato riflesso nel peso ponderale attribuito, all'interno del criterio qualitativo, di cui all'art. 6 del capitolato tecnico, mediante l'attribuzione di un punteggio massimo pari a 15 per la creazione della funzione di risk management e la relativa gestione, nonché di un punteggio massimo pari a 30 relativo alla composizione della struttura organizzativa e dello staff dedicato all'Ente Foreste della Sardegna nell'espletamento del servizio. Minore punteggio (max 5 punti) è stato attribuito invece alla gestione dei sinistri attivi e passivi. La gestione ordinaria dei sinistri spetta infatti all'Ente, riservando l'intervento del broker in casi di particolare complessità e difficoltà.

In conclusione l'obbiettivo da cui muove la stazione appaltante è quello di avvalersi di personale specializzato per la risoluzione delle complesse problematiche che il settore assicurativo comporta, realizzando al contempo un processo di "accompagnamento" e di formazione per tutte quelle attività che possono essere svolte internamente dall'ente, quali la gestione dei sinistri.

Si precisa che i criteri di aggiudicazione sono stati individuati tenendo conto di quanto prescritto dalla circolare del Consiglio dei Ministri del 1 marzo 2007, nel rispetto del divieto di commistione tra criteri soggettivi di pre-qualificazione e criteri oggettivi afferenti alla valutazione dell'offerta ai fini dell'aggiudicazione. In ottemperanza alla suddetta circolare sono stati, infatti, semplicemente valorizzati quei profili soggettivi che sono diretti a riverberarsi in modo specifico sull'espletamento dell'attività appaltata[4].

2. STATO DELL'ARTE

La stazione appaltante, prima dell'indizione della gara broker in scadenza, indetta nell'anno 2008, era priva di polizze assicurative, fatta eccezione di quelle relative alla RC Auto.

Le maggiori necessità assicurative sono emerse attraverso un'attenta disamina delle attività svolte dall'Ente ed attraverso il raggiungimento di una maggiore consapevolezza in ordine al patrimonio amministrato. Il raggiungimento di tale obiettivo è stato favorito anche attraverso l'indizione di una procedura di gara avente ad oggetto l'affidamento *"del servizio integrato per il censimento e la predisposizione di strumenti idonei alla gestione del complesso Immobiliare dell'Ente Foreste della Sardegna"*, attualmente in corso di esecuzione, che prevede l'allineamento della situazione di fatto a quella di diritto relativamente ad una parte consistente del patrimonio immobiliare.

Le attività che hanno riflessi diretti in materia assicurativa oltre a quelle relative al patrimonio immobiliare attengono principalmente alle seguenti finalità istituzionali di cui all'art. 3 della L.R. 24/99 :

a) *amministrare il patrimonio silvo-agro-pastorale e faunistico assunto in concessione o affitto dalla Regione, dai comuni e da altri enti pubblici o da privati, curandone la sorveglianza, la razionale manutenzione, il miglioramento e la valorizzazione ed operando, di norma, sulla base di piani di assestamento forestale;*

b) concorrere alla lotta contro i parassiti delle piante forestali;

c) concorrere, anche con l'apporto di propri mezzi e proprio personale, alle campagne antincendio, secondo il Piano regionale antincendio, anche al di fuori dei territori amministrati e a tutti gli altri interventi di protezione civile;

[4] Circolare Presidenza del Consiglio dei Ministri - 01/03/2007 , n. 103176 - Gazzetta 15/03/2007 , n.111**: "**Pertanto, se l'aggiudicazione avviene in base al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, si possono determinare la qualità ed il valore tecnico dell'offerta prendendo in considerazione elementi come il metodo e l'organizzazione del lavoro ovvero la composizione del team proposto per lo svolgimento del servizio. A questo stadio della procedura, invece, non è più possibile valutare elementi attinenti alla capacità dell'offerente ma solamente le modalità attraverso le quali il prestatore prevede di eseguire il servizio.

d) provvedere all'esecuzione delle opere di sistemazione idraulico-forestale, rimboschimento e rinsaldamento di terreni vincolati ai sensi del regio decreto-legge 30 dicembre 1923, n. 3267, ovvero avuti in affitto o in concessione da altri enti o istituzioni pubbliche o da privati, in conformità anche alle norme di settore e ai piani di bacino previsti dalla legge 18 maggio 1989, n. 183, disponendo anche sul pagamento dell'indennità prevista dall'articolo 50 del regio decreto - legge n 3267 del 1923 e sulla restituzione dei terreni nei quali sia stata accertata la maturità del bosco ai sensi dell'articolo 67 del regio decreto 16 maggio 1926, n. 1126; restano di competenza dell'Amministrazione regionale l'individuazione dei terreni da vincolare, l'imposizione del vincolo e il rilascio delle autorizzazioni e dei nullaosta concernenti i terreni sottoposti a vincolo per scopi idrogeologici;

d-bis) il personale dell'Ente foreste della Sardegna può essere impegnato in lavori sistematori e forestali in genere, anche con carattere di prevenzione, fuori dai compendi forestali gestiti a qualunque titolo, con disposizione della Giunta regionale. Con le stesse modalità il personale può essere impiegato in compiti di programmazione, progettazione e direzione dei lavori per tutte le attività di carattere ambientale in genere, sui terreni pubblici dei comuni o di altri enti;

e) provvedere all'esecuzione di opere di silvicoltura e arboricoltura da legno, anche a scopo dimostrativo;

f) svolgere attività vivaistica forestale anche a fini promozionali nei confronti degli enti pubblici e privati, nonché tutte le attività strumentali finalizzate alla conservazione, valorizzazione e promozione del patrimonio a qualsiasi titolo amministrato;

g) promuovere, anche attraverso soggetti estranei all'Ente, attività di allevamento e diffusione faunistica, di turismo, di turismo rurale e ricreative, nonché tutte le attività collaterali utili per il miglior utilizzo economico di beni, opere e risorse dell'Ente;

g-bis) gestire centri di allevamento e recupero della fauna selvatica (ex URF articolo 101 della legge regionale n. 23 del 1998);

h) svolgere attività di sperimentazione e ricerca applicata in tutti i settori della silvicoltura;

i) collaborare a ricerche e studi mirati allo sviluppo di attività produttive e ricreative ecocompatibili, complementari e connesse alla gestione forestale;

l) promuovere e divulgare i valori naturalistici, storici e culturali del patrimonio forestale regionale, nonché le proprie attività istituzionali; (In attuazione della suddetta finalità sono state stipulate convenzioni con scuole e/o Ministeri)

m) dare sia ai privati che agli enti pubblici assistenza tecnica ed amministrativa in materia di forestazione;

n) esprimere pareri obbligatori su tutti gli interventi previsti da terzi che interessano i beni amministrati;

nl) rendere fruibili dalle popolazioni le aree demaniali regionali che ricadono nelle competenze dell'Ente, anche con la realizzazione di aree attrezzate e parchi. (L'Ente svolge nel perseguimento della suddetta finalità delle manifestazioni periodiche quale ad esempio foreste aperte).

3. LE POSSIBILI ALTERNATIVE

La Stazione Appaltante ha preso in considerazione anche possibili alternative al servizio in oggetto quali l'assunzione di un' unità dedicata esclusivamente alle gare aventi ad oggetto coperture assicurative, ovvero

la selezione di un consulente. Quest'ultima soluzione consentirebbe alla stazione appaltante di corrispondere direttamente il compenso al consulente, evitando qualsiasi momento di contatto tra broker e compagnie assicuratrici.

Entrambe le soluzioni su indicate non risultano al momento praticabili considerato che l'assunzione di personale, in questo particolare momento congiunturale, è di fatto impossibile, sia a livello normativo che per le modifiche e la tempistica richieste per le approvazioni di nuove piante organiche.

In ordine alla selezione di un consulente, che costituirebbe la soluzione ottimale, volta a superare eventuali conflitti che l'espletamento dell'attività del broker può determinare, la stessa non è praticabile considerato che i limiti per il ricorso alle consulenze, disciplinati dal D.lgs. 78/2010 e dalle direttive della Regione Sardegna, non consentono alla stazione appaltante di procedere mediante l'affidamento di un incarico di consulenza. Il limite, nell'ottica di contenimento della spesa pubblica, per il ricorso a consulenze e/o incarichi esterni, è infatti pari al 20% della spesa sostenuta nell'anno 2009.

L'affidamento di una consulenza da parte della Stazione Appaltante, in luogo della corresponsione di una percentuale delle provvigioni, caricata sul premio relativo alle polizze che l'Ente Foreste stipulerà con l'assistenza del broker, durante la vigenza del contratto, sarebbe la soluzione ottimale. La stessa consentirebbe, infatti, di instaurare un rapporto diretto tra il broker e l'Ente evitando ulteriori punti di contatto tra broker e compagnie assicuratrici.

Il Direttore del Servizio
Angela Pisano

md/dott.ssa M.D.Servizio Programmazione, Bilancio, e Appalti.