

## AS987 - AFFIDAMENTO DEI SERVIZI ASSICURATIVI E DI INTERMEDIAZIONE ASSICURATIVA

Roma, 17 settembre 2012

Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi  
e Forniture  
Presidente

Con riferimento alla consultazione promossa dall'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture (in seguito AVCP) con nota del 10 agosto 2012 relativamente alle questioni interpretative concernenti l'affidamento dei servizi assicurativi e di intermediazione, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (di seguito Autorità) intende svolgere le seguenti considerazioni ai sensi dell'articolo 22 della legge n. 287/90.

Si rileva in primo luogo, che il documento di consultazione redatto dall'AVCP prospetta diverse tematiche già ampiamente affrontate dall'Autorità a partire dal 1997 in varie segnalazioni e procedimenti istruttori<sup>1</sup>.

Nel presente parere, pertanto, l'Autorità intende richiamare gli orientamenti espressi nel corso degli anni sui suddetti temi introducendo ulteriori chiarimenti in merito alle modalità di affidamento dei servizi assicurativi e di brokeraggio al fine di dar conto di alcune problematiche emerse nell'analisi delle denunce pervenute negli ultimi anni.

Deve sottolinearsi, infatti, che, se da un lato si è osservata una maggior diffusione, rispetto al passato, dell'utilizzo di procedure di evidenza pubblica per l'affidamento dei servizi assicurativi e di brokeraggio assicurativo, dall'altro risultano ancora presenti criticità concorrenziali spesso collegate alle procedure di acquisizione adottate e alla redazione dei bandi di gara.

In quest'ottica gli aspetti da segnalare sono essenzialmente riconducibili ai seguenti temi.

- a. la necessità di predisporre set informativi che consentano di valutare compiutamente il rischio da assumere e formulare offerte competitive al fine di limitare il fenomeno delle gare deserte e delle proroghe;
- b. l'opportunità di utilizzare forme di affidamento con bandi più flessibili e disciplinare con attenzione la clausola di recesso per aumento della sinistrosità nell'ambito dei contratti assicurativi;
- c. la necessità di rispettare il principio di proporzionalità nell'ambito della scelta dei requisiti dei partecipanti alle gare assicurative e di brokeraggio;
- d. le problematiche relative al ricorso al RTI e, con specifico riferimento agli affidamenti dei servizi assicurativi, le criticità emerse con riguardo all'utilizzo della coassicurazione;
- e. la necessità di rispettare le forme di pubblicità della gara al fine di consentire a tutti gli interessati di partecipare alla competizione;
- f. la valutazione dell'offerta nell'ambito dell'affidamento del servizio di brokeraggio.

### **a) Le informazioni rilevanti e la gestione del rischio nell'ambito dei contratti assicurativi**

Sulla base delle informazioni acquisite nel corso di vari procedimenti, anche istruttori, svolti dall'Autorità è possibile affermare che il mercato dei servizi assicurativi a favore delle Pubbliche Amministrazioni presenta serie criticità soprattutto con riferimento a determinati rischi quali, ad esempio, i rischi sanitari. Si è osservato, infatti, da un lato una scarsa partecipazione alle gare predisposte dalla P.A. e, dall'altro, un deciso aumento dei premi assicurativi pagati. Tali fenomeni, pur essendo talvolta collegati all'esistenza di comportamenti collusivi da parte delle imprese assicurative e degli intermediari<sup>2</sup>, possono ricollegarsi all'assenza di informazioni precise e affidabili sul rischio da assumere e/o alla scarsa appetibilità del rischio stesso dovuta all'imprevedibilità della sua evoluzione.

---

<sup>1</sup> [Si vedano le segnalazioni AS 875 del 7 settembre 2011, *Modalità di affidamento dei servizi assicurativi da parte degli istituti scolastici*, in boll. 41/2011; AS 851 del 15 giugno 2011, *Modalità di affidamento dei servizi assicurativi da parte dei comuni*, in boll. 24/2011; AS 107 del 13 novembre 1997, *Affidamento dei servizi assicurativi da parte degli enti pubblici*, in boll. 47/97; AS 784 del 9 dicembre 2010, *Associazione di comuni bresciani, gara per il servizio di brokeraggio assicurativo*, in boll. 48/2010; AS 754 del 7 luglio 2010, *Comune di Verona, bando di Gara per il servizio di brokeraggio assicurativo*, in boll. 35/2010; AS 623, del 7 ottobre 2010, *Affidamento del servizio di brokeraggio assicurativo da parte delle pubbliche amministrazioni*, in boll. 40/2009. Tra i procedimenti istruttori si ricorda, da ultimo, il caso I 731, *Gare assicurative ASL e AO Campania, chiuso con provv. 22838 del 28 settembre 2011*, in boll. 39/2011.]

<sup>2</sup> [Cfr. caso I 731 *gare assicurative ASL e AO Campania*, cit. ]

Sul punto l'Autorità, nella segnalazione AS 107 - *Affidamento dei servizi assicurativi da parte degli enti pubblici*<sup>3</sup> – ha evidenziato gli effetti anticoncorrenziali derivanti dall'assenza di informazioni adeguate rispetto al tipo di rischio da assicurare. Già in quell'occasione l'Autorità ha posto in luce come il miglior modo di assicurare la massima partecipazione alle gare per l'affidamento del servizio assicurativo sia mettere a disposizione dei partecipanti alla gara un set informativo completo che consenta ai possibili concorrenti di valutare compiutamente il rischio da assumere e formulare un'offerta congrua. In quest'ottica risulta fondamentale adottare forme adeguate di gestione delle informazioni sui sinistri.

Al fine di favorire la massima partecipazione delle imprese assicurative alle gare per l'affidamento di servizi assicurativi bandite dalla PA si ritiene, perciò, necessario implementare sistemi idonei a garantire l'accesso alle informazioni rilevanti a tutte le imprese assicurative interessate su un piano di pari opportunità.

Tali informazioni depurate degli elementi sensibili ai fini della tutela della *privacy* (quali, ad esempio, i nominativi delle persone coinvolte nei sinistri), dovrebbero essere rese facilmente accessibili al pubblico, anche, ad esempio, attraverso la loro pubblicazione su siti *internet*. Tale pratica, oltre ad evitare che le informazioni rilevanti sul rischio rimangano nell'esclusiva disponibilità dell'impresa assicuratrice o dell'intermediario che gestisce il rischio, potrebbe innescare meccanismi di trasparenza che favorirebbero una migliore gestione del rischio con conseguente maggior appetibilità dello stesso per le compagnie assicurative interessate ad assicurarlo. Le compagnie potrebbero così studiare approfonditamente l'andamento del rischio nel corso degli anni senza dover limitare l'analisi ai dati forniti al momento della partecipazione alla gara e ciò incentiverebbe la loro partecipazione al momento della scelta del contraente a cui affidare il servizio assicurativo. Un miglioramento qualitativo e quantitativo delle informazioni a disposizione dalla stazione appaltante potrebbe contribuire a ridurre i fenomeni di gare deserte e proroga della polizza preesistente alla compagnia storica.

#### **b) Le forme di affidamento e le clausole di recesso anticipato**

In merito alle forme di affidamento utilizzate dalla PA si ritiene, conformemente a quanto affermato nel documento di consultazione dell'AVCP, che l'adozione di modelli procedurali che prevedano un contributo alla definizione della polizza da parte delle compagnie assicurative – quali il dialogo competitivo e la possibilità di proporre varianti progettuali in sede di offerta – possa utilmente contribuire ad implementare la concorrenza nell'ambito delle gare per i servizi assicurativi. Attraverso una più efficace determinazione delle caratteristiche della polizza, si potrebbero, inoltre, attenuare gli effetti delle clausole di recesso anticipato che consentono spesso alle imprese assicurative di esercitare il diritto di recesso al verificarsi anche di un unico sinistro di lieve entità.

In quest'ottica, anche al fine di evitare l'utilizzo di tali clausole in chiave anticoncorrenziale, le stesse, ove ritenute indispensabili per la costruzione del contratto assicurativo, dovrebbero essere delimitate attraverso l'introduzione di parametri, quali ad esempio la fissazione di un numero minimo di sinistri necessario per effettuare il recesso anticipato, che consentano di contemperare le esigenze dell'impresa a reagire all'aggravamento del rischio (articolo 1898 c.c.) con quelle della PA alla certezza della fornitura del servizio assicurativo. Ciò si rende ancor più necessario alla luce del fatto che l'esperienza acquisita dall'Autorità sulle sopra richiamate clausole consente di affermare che le stesse possono essere utilizzate a fini anticoncorrenziali per indurre la PA ad aumentare il premio assicurativo riconosciuto all'impresa senza procedere ad una nuova procedura ad evidenza pubblica<sup>4</sup>.

L'inserimento di dette clausole potrebbe, inoltre, essere limitato attraverso l'adozione di efficaci sistemi di gestione del rischio che riducano l'evoluzione imprevedibile dello stesso consentendo alle imprese assicurative una valutazione completa al momento della formulazione dell'offerta.

Nella stessa ottica si potrebbe limitare la durata nel tempo del contratto assicurativo garantendo così un vincolo più breve alle imprese assicurative e, allo stesso tempo, la possibilità, per la stazione appaltante, di programmare nel tempo nuove procedure di selezione del contraente.

#### **c) i requisiti di partecipazione e il rispetto del principio di proporzionalità**

I riferimenti normativi in tema di partecipazione a procedure di selezione del contraente ad evidenza pubblica si ritrovano negli artt. 34 e ss. del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (codice degli appalti). Per quel che più specificamente

---

<sup>3</sup> [Cfr. Segnalazione AS 107 del 13 novembre 1997, in boll. 47/1997, nella quale l'Autorità ha affermato che «Appare pertanto evidente come la disponibilità di informazioni complete ed esaustive in sede di predisposizione dei bandi e dei capitolati di gara e la loro accessibilità da parte di tutti i concorrenti alle medesime condizioni si dimostri condizione necessaria, pur se non sempre sufficiente, al buon esito delle procedure di gara. [...] risulta pertanto opportuno che le stazioni appaltanti individuino, già in sede di instaurazione del rapporto assicurativo anche attraverso la previsione di puntuali obblighi informativi, modalità adeguate a garantire costanti e continui flussi informativi dal soggetto prestatore del servizio assicurativo in favore dell'ente assicurato. Ciò affinché, una volta estinto il rapporto contrattuale, l'amministrazione sia in ogni momento in grado di articolare esaustivamente il capitolato e di rendere disponibile ai concorrenti ogni informazione necessaria per una corretta valutazione e una congrua quotazione dei rischi oggetto delle gare. In relazione a ciò ... deve guardarsi con favore alla possibilità che gli enti, ove non dispongano al loro interno delle risorse organizzative necessarie, si avvalgano dell'assistenza di intermediari indipendenti qualificati (quali i broker), ovviamente selezionati secondo le procedure di evidenza pubblica e nel rispetto della legislazione vigente».]

<sup>4</sup> [Nel caso I/731, Gare assicurative ASL e AO Campania, cit., l'Autorità ha osservato che spesso un'impresa assicurativa, dopo aver esercitato il recesso per eccessiva onerosità sopravvenuta, revocava lo stesso in seguito ad un aumento di premio da parte della stazione appaltante. In questo modo il servizio assicurativo veniva affidato, con un aumento di premio, senza ricorrere a procedure di evidenza pubblica. Cfr. par. 70 e ss. provv. 22838 cit.]

rileva nel caso di specie, deve farsi riferimento agli artt. 41 e 42 codice degli appalti recanti rispettivamente le modalità di dimostrazione della capacità economica e finanziaria e della capacità tecnica e professionale dei fornitori e dei prestatori di servizi.

Entrambe le norme sopra citate lasciano una certa discrezionalità alle PPAA nella scelta delle modalità per comprovare il possesso delle capacità economico finanziaria e tecnico professionale dei concorrenti, indicando una serie di criteri, alternativi, da utilizzare e talvolta da integrare (come nel caso dell'articolo 42 lett.a) sulla base dell'oggetto dell'appalto.

Nell'ambito dell'esercizio di questa discrezionalità la PA deve attenersi ai criteri di proporzionalità in relazione all'oggetto del contratto e alle finalità dell'offerta, così come previsto anche dall'articolo 74, comma 5 del Codice degli Appalti<sup>5</sup>.

Tale principio di proporzionalità garantisce l'attuazione della concorrenza per il mercato consentendo il contemperamento delle esigenze di garanzia di affidabilità dell'aggiudicatario e di massima partecipazione possibile al bando di gara.

Tale principio di proporzionalità ha trovato una recente attuazione nella modifica dell'articolo 41 del codice degli appalti ad opera dell'articolo 1, comma 2 bis, lett. b) DL 6 luglio 2012 n. 95 convertito, con modificazioni in legge 7 agosto 2012, n. 135 il quale ha stabilito che «*sono illegittimi i criteri che fissano, senza congrua motivazione, limiti di accesso connessi al fatturato aziendale*».

Sia l'AGCM sia l'AVCP si sono più volte pronunciate in merito all'assenza di proporzionalità nella scelta delle modalità di ammissione alla gara e nel conseguente pregiudizio della concorrenza a discapito, spesso, delle imprese più piccole e/o più nuove e a favore delle grandi imprese presenti da più tempo nel mercato<sup>6</sup>.

Con particolare riferimento al tema dell'affidamento dei servizi di brokeraggio assicurativo, l'AGCM si è pronunciata nella segnalazione AS623 del 20 ottobre 2009 in cui si è soffermata anche sul tema dei criteri dimensionali. In quell'occasione è stato ribadito che la più ampia partecipazione possibile alla gara deve ricercarsi nella congrua definizione dei requisiti dimensionali e professionali i quali devono essere attentamente calibrati in proporzione alla natura, complessità e dimensione complessiva dei servizi richiesti.

L'Autorità ha, inoltre, appreso l'esistenza di casi in cui una stazione appaltante individua, quale requisito di partecipazione, il non aver chiuso in perdita gli ultimi tre esercizi finanziari. Tale requisito, volto probabilmente ad individuare fornitori del servizio affidabili, potrebbe determinare restrizioni soprattutto nell'attuale periodo storico caratterizzato da diffuse situazioni di crisi delle imprese talvolta dovute anche al ritardo dei pagamenti della pubblica amministrazione. Si ritiene pertanto che l'introduzione di siffatti requisiti di partecipazione, altamente restrittivi, debba essere attentamente ponderata e resa proporzionata alle caratteristiche del servizio richiesto. Ciò anche in relazione al fatto che l'aver chiuso un esercizio finanziario in perdita potrebbe non essere un sintomo univoco di inaffidabilità dell'impresa selezionata.

Si ritiene, in quest'ottica, che spesso i requisiti di partecipazione richiesti, seppur molto onerosi e restrittivi del numero di potenziali partecipanti alla gara, non siano idonei a riflettere la capacità economico-finanziaria dell'impresa selezionata (come nel caso del valore dei premi incassati per le imprese di assicurazione). Le PPAA, dovrebbero, pertanto, anche con l'ausilio di figure professionali come i broker, utilizzare degli strumenti di selezione dei partecipanti più efficaci in grado di individuare realmente lo stato di salute dell'impresa concorrente senza determinare ingiustificate restrizioni all'accesso per imprese, magari efficienti, di piccole dimensioni, presenti da meno tempo sul mercato o che versino in una momentanea situazione di difficoltà.

#### **d) il ricorso all'RTI e alla coassicurazione**

La disciplina del Raggruppamento Temporaneo di Imprese è contenuta principalmente nell'articolo 37 del Codice degli appalti il quale non reca limiti dimensionali in relazione ai partecipanti al RTI stesso. L'opportunità dell'inserimento di tali limiti è stata, invece, più volte ribadita dall'Autorità<sup>7</sup> e avallata anche dalla giurisprudenza amministrativa<sup>8</sup> alla luce del fatto che il ricorso generalizzato al raggruppamento temporaneo può finire per distorcere la natura dell'istituto trasformandolo in uno strumento di collusione e affievolimento della concorrenza.

<sup>5</sup> [Il principio è stato affermato più volte in Giurisprudenza. Si veda, da ultimo TAR Veneto, 27 giugno 2012, n. 985 che afferma: «se non può considerarsi irragionevole restringere il novero delle imprese che possano partecipare alla gara a quelle in grado di fornire le necessarie credenziali di affidabilità (cfr. Cons. di stato, sez. V, 2 febbraio 2010, n. 426), tuttavia, tenuto conto del tenore altamente specialistico del servizio oggetto di gara e della peculiarità delle modalità esecutive richieste, le due clausole, come sopra richiamate, operano in concreto un effetto selettivo – in ordine ai requisiti congiuntamente richiesti a pena di esclusione, delle capacità tecniche ed economiche-finanziarie necessarie per l'affidamento in questione – del tutto sproporzionato e irragionevole, poiché in patente violazione dei limiti della necessità, idoneità ed adeguatezza, nei quali si compendia la nozione di proporzionalità della previsione rispetto allo scopo selettivo perseguito, ai quali soggiace la facoltà della stazione appaltante di introdurre requisiti di capacità economica e tecnico-professionale diversi o comunque più rigorosi rispetto a quelli previsti dalla legge, ai sensi degli artt. 41 e 42 del d.lgs. 163 del 2006 (cfr. TAR Veneto, sez. I, 9 marzo 2012, n. 345)».]

<sup>6</sup> [Si vedano, tra le tante, 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.]

<sup>7</sup> [Si veda, in tema di servizi assicurativi, da ultimo la segnalazione AS 754 del 7 luglio 2012, Comune di Verona, affidamento di servizio di brokeraggio assicurativo, in boll. 35/2010.]

<sup>8</sup> [Tra le tante si segnala Consiglio di Stato, 19 giugno 2009 n. 4145.]

Anche sul punto, conformemente ai precedenti<sup>9</sup>, è utile in primo luogo ribadire che il divieto, ove previsto, deve intendersi limitato a quei casi in cui entrambe le società siano in possesso, da sole, dei requisiti di partecipazione alla gara.

In particolari circostanze in cui una società non sia in grado di partecipare alla gara per assenza dei requisiti dimensionali, invece, l'associazione con un'impresa di grandi dimensioni in possesso dei requisiti di ammissione alla gara può essere pro-competitiva perché favorisce la crescita e l'acquisizione di "know-how" da parte delle piccole imprese garantendo allo stesso modo, alle società di maggiori dimensioni la possibilità di partecipare a gare usufruendo della collaborazione delle piccole imprese presenti sul territorio.

Il tema del RTI è stato, inoltre, affrontato di recente in relazione alla tematica della tipizzazione delle cause di esclusione dalle procedure di gara di cui all'articolo 46 comma 1 bis del Codice degli appalti. In particolare, nella segnalazione AS 880 del 28 settembre 2011<sup>10</sup>, l'AGCM ha precisato che «l'inserimento nel bando di una clausola che vieti l'RTI sovradimensionata *« può senz'altro contribuire a scongiurare i rischi derivanti da possibili comportamenti opportunistici e/o collusivi delle aziende che, in ultima analisi, sono destinati a ripercuotersi sui risultati della procedura di gara. Tale possibilità è ancora consentita, nonostante la tipizzazione delle clausole di esclusione, dallo stesso articolo 46 comma 1 bis che, precisando la possibilità di escludere i candidati o i concorrenti, oltre per i motivi tassativamente disciplinati dal CCP, anche "in caso di mancato adempimento di prescrizioni previste [...] da altre disposizioni di legge vigenti, consente l'inserimento della clausola di limitazione dell'ATI in applicazione della disciplina di tutela della concorrenza»*.

Nella predetta segnalazione l'Autorità ha altresì precisato che *«quanto all'inserimento di una clausola esplicita di esclusione nel bando di gara, l'esperienza maturata dall'Autorità e le recenti modifiche normative suggeriscono l'adozione di un approccio più dinamico rispetto a quanto già suggerito in passato alle stazioni appaltanti»*.

Seguendo questo nuovo approccio interpretativo dell'Autorità, confermato anche dalla recente Giurisprudenza amministrativa<sup>11</sup>, l'inserimento della clausola di esclusione del RTI tra imprese che posseggano ciascuna i requisiti di partecipazione alla gara, pur essendo astrattamente lecita, deve essere valutata alla luce del principio di proporzionalità in relazione all'oggetto e alle dimensioni del servizio richiesto<sup>12</sup>. Rientrerà pertanto nella discrezionalità delle stazioni appaltanti valutare se la complessità del servizio e/o l'assetto del mercato di riferimento consentano di non inserire nel bando di gara la clausola suddetta.

<sup>9</sup> [Si confrontino, sul punto, il parere "AS754 – Comune di Verona – Bando di gara per il servizio di brokeraggio assicurativo" in cui l'Autorità afferma il principio in base al quale l'RTI è compatibile con le regole poste a tutela della concorrenza quando le singole imprese partecipanti non posseggano singolarmente i requisiti dimensionali previsti dal bando di gara o non siano in grado di svolgere tutti i servizi richiesti dalla stazione appaltante. Inoltre, l'Autorità fa presente che la formazione di una RTI da parte di un'impresa in possesso singolarmente dei necessari requisiti e di un'altra impresa, invece, non in grado di partecipare autonomamente alla gara, è da escludere laddove quest'ultima possa diventare un operatore concorrente della prima aggregandosi con altre società presenti sul mercato, a loro volta non in possesso dei requisiti richiesti. Viceversa l'RTI non sarebbe lesiva della concorrenza laddove l'unica possibilità di partecipare alla gara da parte dell'impresa di minori dimensioni fosse l'associazione con un'impresa in grado di partecipare da sola alla gara; cfr. Consiglio di Stato n. 4145 del 19 giugno 2009. Da ultimo si richiamano le considerazioni svolte nella segnalazione "AS880 – Codice dei contratti pubblici: tipizzazione delle cause di esclusione dalle procedure di gara e determinazione dell'offerta migliore" del 28 settembre 2011, in boll. n. 44/2011 ove l'Autorità ribadisce che benché le aggregazioni d'impresa siano ispirate da una ratio pro-concorrenziale, in taluni casi concreti, esse possono prestarsi ad un uso distorto quando l'unica finalità perseguita dalle imprese associate è la riduzione ovvero la totale eliminazione del confronto in sede di gara piuttosto che lo sfruttamento delle eventuali sinergie funzionali al possibile miglioramento dell'offerta. Dunque l'Autorità ha sviluppato nel tempo un orientamento consolidato consistente nel suggerire alle stazioni appaltanti la possibilità di inserire nei bandi di gara clausole di esclusione dei raggruppamenti costituiti ad due o più società che già singolarmente posseggono i requisiti finanziari e tecnici per partecipare alla gara. ]

<sup>10</sup> [Cfr. AS880 – Codice dei contratti pubblici: tipizzazione delle cause di esclusione dalle procedure di gara e determinazione dell'offerta migliore, cit.]

<sup>11</sup> [Si fa riferimento, in particolare, a CdS, 11 giugno 2012, n. 3402 nella quale si afferma che «non è in discussione l'erroneità in sé, o meno, della scelta di non ammettere ATI "sovrabbondanti" alla gara in questione, né tampoco se una stazione appaltante abbia, da sola, titolo legittimo ad assumere regole più o meno procompetitive nell'ambito d'una singola procedura ad evidenza pubblica, ma come valore assoluto e senza alcun collegamento, logico e/o giuridico, con l'utilità sperata nell'esecuzione dell'appalto. Invero, si può anche ritenere che una scelta siffatta, ossia la limitazione a priori alle imprese della facoltà di un tipo di ATI per ragioni antitrust, non risponda di per sé sola ad alcuna reale esigenza sottesa all'evidenza pubblica, soprattutto se meramente astratta, non proporzionata al concreto oggetto dell'appalto e non suffragata da gravi indizi di intese di cartello tra le imprese [...]. Pare tuttavia al Collegio che, a tutto concedere, la facoltà delle stazioni appaltanti di non ammettere queste ultime alle gare [si fa riferimento alle ATI sovrabbondanti n.d.r.], non essendo basata su norme imperative (arg. Ex CGA 4 luglio 2011, n. 474) e non potendo essere statuita in via pretoria (cfr. Cons. St. VI 20 febbraio 2008, n. 588), resta allora soggetta agli ordinari canoni di proporzionalità e di ragionevolezza, sia in sé, sia con riguardo all'oggetto dell'appalto ed alla predetta utilità sperata [...]. Insomma, elidere senz'altro la possibilità di ATI "sovrabbondante" in assenza di motivate ragioni direttamente incidenti sulle esigenze concorrenziali della gara, soprattutto in gare, come quella per cui è causa, complesse e articolate, potrebbe anche comprimere in modo eccessivo facoltà dell'imprenditore per ragioni non basate sull'art. 41 Cost ed anche non consentire quelle virtuose aggregazioni commisurate a tali esigenze reali». Nello stesso senso si veda TAR Roma Lazio, sez. III, 3 agosto 2012, n. 7250.]

<sup>12</sup> [Tale interpretazione sembra in linea con le ultime pronunce dell'Autorità sul tema. In particolare, si veda la segnalazione AS 963 del 27 giugno 2012, Contratti di rete nell'ambito delle procedure di gara, in boll. 27/2012 ove si afferma che «anche per i contratti di rete nelle gare siano previste clausole analoghe a quelle ormai utilizzate per i RTI e i consorzi temporanei, ossia il divieto di partecipazione nei casi in cui le imprese aderenti siano in grado di soddisfare singolarmente i requisiti economici e tecnici di partecipazione qualora, in relazione alla prestazione oggetto del servizio, l'aggregazione o la collaborazione sia idonea a produrre effetti restrittivi della concorrenza sulla base di un'oggettiva e motivata analisi che tenga conto di struttura, dimensione e numero degli operatori del mercato di riferimento».]

Gli effetti dell'inclusione della predetta clausola di esclusione, inoltre, non potranno essere automatici. In linea con l'interpretazione fornita dalla Corte di Giustizia<sup>13</sup> in tema di conformità all'ordinamento comunitario di normative che introducano cause di esclusione non espressamente previste dalla Direttiva 92/50 CE, infatti, si deve ritenere che la clausola di esclusione delle RTI sovradimensionate, ove presente, non determini un'esclusione automatica ma consenta alle imprese di giustificare, di fronte alla stazione appaltante, la necessità di unirsi in raggruppamento temporaneo presentando idonea documentazione. Tale giustificazione non dovrà, tuttavia, limitarsi ad una mera "autocertificazione" ma dovrà essere basata su precisi elementi in grado di corroborare la tesi delle imprese associate quali, ad esempio, il piano di *business* che evidenzia l'opportunità di partecipare in RTI alla luce del valore/dimensione/tipologia del servizio richiesto o dell'attuale stato delle imprese coinvolte (coinvolgimento in altri servizi, stato di difficoltà, temporanea impossibilità di utilizzare i mezzi a disposizione).

Sempre in tema di RTI, l'Autorità ha avuto modo di osservare che, in presenza di bandi per servizi complessi e di grandi dimensioni, la presentazione di un RTI sovrabbondante che coinvolga tutti i maggiori operatori del mercato potrebbe favorire forme di collusione soprattutto se accompagnata dall'inserimento, nel bando di gara, della clausola che prevede l'aggiudicazione solo in presenza di più di un'offerta valida (articolo 55, comma 4, codice degli appalti). La stazione appaltante dovrebbe valutare con attenzione, laddove il mercato risulti particolarmente concentrato (in termini di numero limitato di operatori), l'inserimento nel bando di gara della suddetta clausola potendo la stessa agevolare forme di coordinamento (nel tempo o per lotti) tra le imprese e ostacolare tentativi di "scartellamento" posti in essere dagli operatori che volessero agire in modo realmente competitivo (essendo sufficiente da parte delle altre società la non presentazione di offerta per impedire l'aggiudicazione della gara). Ciò potrebbe determinare il susseguirsi di una serie di proroghe a vantaggio dei partecipanti al cartello con impossibilità, per le imprese concorrenti, di aggiudicarsi il servizio. In quest'ottica l'Autorità intende rimarcare l'opportunità di ponderare, anche alla luce del principio di proporzionalità e soprattutto nei bandi per servizi complessi con un mercato concentrato, l'inserimento della clausola di non aggiudicazione di cui all'articolo 55 codice degli appalti al fine di evitare l'utilizzo della stessa per l'attuazione di comportamenti anticompetitivi<sup>14</sup>.

Nell'ambito degli affidamenti del servizio assicurativo, merita un approfondimento particolare l'istituto della coassicurazione.

L'Autorità ha di recente affrontato la portata restrittiva di tale istituto laddove venga utilizzato a fini anticoncorrenziali<sup>15</sup>. In quell'occasione si è osservato un uso diffuso della coassicurazione in sede di offerta come strumento di ripartizione delle quote di partecipazione nonché un preoccupante ricorso alla coassicurazione successivamente all'aggiudicazione della gara al fine di favorire la spartizione di quote del servizio e il subentro di imprese non aggiudicatrici in seguito a recessi anticipati effettuati dall'impresa originariamente vincitrice della gara stessa. L'Autorità, oltre ad aver sanzionato le imprese coinvolte nell'intesa illecita, ha affermato che «*la coassicurazione successiva all'aggiudicazione è, peraltro, inammissibile in quanto consente di aggirare il principio dell'evidenza pubblica e della par condicio fra i partecipanti alle gare, finendo per consentire lo svolgimento del servizio da parte di soggetti che non hanno vinto alcuna gara*»<sup>16</sup>.

Tale orientamento trova conferma nella recente Giurisprudenza amministrativa che, oltre a confermare la ricostruzione effettuata dall'Autorità nel caso I731<sup>17</sup> in materia di RTI, ha affermato l'obbligo di indicare le quote di partecipazione già in sede di offerta, anche in assenza di un'espressa previsione del bando o della lettera d'invito «*con la conseguenza che, in caso di mancata osservanza di tale obbligo, l'offerta contrattuale è inammissibile, perché comporta l'esecuzione della prestazione da parte di un'impresa priva di qualificazione in una misura simmetrica alla quota di prestazione ad essa devoluta dall'accordo associativo ovvero dall'impegno delle parti a concludere l'accordo stesso*»<sup>18</sup>.

---

<sup>13</sup> [Cfr. Corte di Giustizia, 19 maggio 2009, causa C-538/07 Assitur Srl/Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano, in cui si afferma, in tema di divieto di partecipare alla gara per le imprese collegate, che «una tale normativa, basata su una presunzione assoluta secondo cui le diverse offerte presentate per un medesimo appalto da imprese collegate si sarebbero necessariamente influenzate l'una con l'altra, viola il principio di proporzionalità, in quanto non lascia a tali imprese la possibilità di dimostrare che, nel loro caso, non sussistono reali rischi di insorgenza di pratiche atte a minacciare la trasparenza e a falsare la concorrenza tra gli offerenti [...]. In tale contesto il compito di accertare se il rapporto di controllo in questione abbia esercitato un'influenza sul contenuto delle rispettive offerte depositate dalle imprese interessate nell'ambito di una stessa procedura di aggiudicazione pubblica richiede un esame e una valutazione dei fatti che spetta alle amministrazioni aggiudicatrici effettuare» (punti 30 e 32).]

<sup>14</sup> [Cfr. caso I 686, Inail, Affidamento servizio di cassa, chiuso il giorno 11 dicembre 2008 con provv. 19251, in boll. 47/2008.]

<sup>15</sup> [Cfr. caso I 731, Gare assicurative Campania, cit. nonché la sentenza del TAR Lazio 3 luglio 2012, n. 49491 che ha confermato, nel merito, quanto accertato dall'Autorità.]

<sup>16</sup> [Cfr. provv. 22838, di chiusura del caso I731, cit. par. 169.]

<sup>17</sup> [Cfr. TAR Lazio 3 luglio 2012, n. 49491.]

<sup>18</sup> [C.d.S. 16 novembre 2011 n. 6048. I medesimi principi sono stati espressi, con riferimento all'applicazione anche alle ATI orizzontali dell'art. 37, comma 4, Codice dei Contratti (obbligo di specificare le parti del servizio o della fornitura che saranno eseguite dai singoli operatori economici riuniti), da C.d.S. Ad. Plen. 16 aprile 2012, n. 22 e 7 luglio 2012 n. 26 nelle quali si è affermato che «l'obbligo della specificazione delle «parti» di servizio imputate alle singole imprese del raggruppamento persegue anche la finalità di assecondare il corretto esplicarsi delle dinamiche concorrenziali, assicurando l'effettività del raggruppamento e impedendo la partecipazione fittizia di imprese, non chiamate (o chiamate in modo inappropriato) ad effettuare le prestazioni oggetto della gara».]



### **e) le forme di pubblicità**

L'Autorità ha osservato che alcune stazioni appaltanti non adempiono agli obblighi di pubblicità degli atti di gara. La pubblicità dei bandi di gara da parte delle pubbliche amministrazioni è, infatti, correttamente espletata solo se posta in essere conformemente alle norme del Codice dei contratti pubblici (articolo 66 per contratti sopra soglia e articolo 124 per contratti sotto soglia). La pubblicità, nei casi di gare ad evidenza pubblica, è, infatti, un mezzo fondamentale per rendere facilmente conoscibili determinati fatti e atti giuridici, dando agli interessati la possibilità oggettiva di venirne a conoscenza in modo da assicurare la certezza dei rapporti giuridici e la capacità da parte delle imprese di partecipare alla competizione per l'aggiudicazione del servizio.

### **f) La valutazione dell'offerta nell'ambito dell'affidamento del servizio di brokeraggio**

L'AVCP, nel documento di consultazione, formula alcune riflessioni in merito alle modalità di remunerazione nel broker affermando che il calcolo delle commissioni sottoforma di percentuale dei premi sottoscritti potrebbe falsare i meccanismi di gara spingendo il broker a suggerire la sottoscrizione della polizza più costosa.

Sul punto si osserva che l'Autorità ha già precisato che il broker non può sostituirsi alla stazione appaltante e selezionare la compagnia assicurativa in quanto tale scelta andrà comunque effettuata attraverso procedure ad evidenza pubblica. In quest'ottica risulta essenziale che sia le procedure di scelta del broker sia quelle di scelta della compagnia assicurativa siano realizzate nel rispetto dei principi concorrenziali sopra esposti in modo da garantire una selezione basata su un reale confronto competitivo tra gli operatori partecipanti alla gara.

Al fine di garantire che l'esercizio dell'attività di brokeraggio assicurativo sia improntato ai canoni di lealtà nei confronti della stazione appaltante e indipendenza verso l'impresa assicurativa che stipulerà il contratto di assicurazione con la PA si potrebbe prevedere l'inserimento, nei capitolati, di specifici obblighi che garantiscano ulteriormente l'operato dei broker quali, ad esempio, la dichiarazione di non avere in essere rapporti commerciali con una o più compagnie di assicurazione che prevedano premi di risultato (c.d. *contingent commission*) o clausole relative all'obbligo di agire nell'esclusivo interesse della stazione appaltante.

L'Autorità ha, inoltre, già segnalato l'esigenza di garantire la distinzione tra il servizio erogato dal broker a vantaggio della stazione appaltante e i servizi assicurativi erogati dalle compagnie <sup>19</sup>. Tale posizione risulta, peraltro, avallata anche dalla giurisprudenza<sup>20</sup>.

Sempre con riferimento alla valutazione dell'offerta del broker, inoltre, è utile ribadire l'opportunità di selezionare tale figura professionale attraverso la procedura dell'offerta economicamente più vantaggiosa che consente di tenere in considerazione elementi ulteriori rispetto al prezzo della prestazione. In quest'ambito l'Autorità ha, inoltre, già segnalato l'opportunità di evitare l'inserimento di parametri di prezzo minimi al fine di non precludere un efficace confronto competitivo tra le imprese partecipanti alla gara<sup>21</sup>.

Con riguardo, infine, alle modalità di definizione del corrispettivo l'Autorità, in via di principio, ritiene utile che la stazione appaltante individui modalità di remunerazione del broker non strettamente connesse al valore delle polizze che verranno successivamente sottoscritte con le compagnie assicurative.

In tale ottica sarebbe da approfondire, dal punto di vista economico e giuridico, l'opportunità di pervenire a modalità di remunerazione dei broker differenti rispetto a quelle, prevalentemente adottate, basate sul valore percentuale sull'ammontare del premio. Tali modalità dovrebbero in ogni caso essere chiaramente definite in sede di gara, in modo da garantire l'indipendenza del broker stesso e limitare i rischi di coordinamento con le compagnie assicurative.

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

<sup>19</sup> [Cfr. segnalazione AS623 cit.]

<sup>20</sup> [Cfr. ad esempio, TAR Veneto 6 maggio 2009 n. 1368 nella quale si afferma che «la c.d. "clausola Broker" risulta di per sé compatibile con il "sistema" dei contratti ad evidenza pubblica, posto che in linea di principio le pubbliche amministrazioni tenute all'osservanza del "sistema" medesimo sono comunque titolari - proprio in quanto soggetti giuridici - di una piena capacità giuridica, la quale, salvo il limite connesso al rispetto dei propri fini istituzionali, attribuisce loro un'autonomia negoziale di carattere generale che può per certo estrinsecarsi anche nel modulare, secondo quanto ritenuto più conveniente nel pubblico interesse, figure contrattuali tipizzate ex lege (cfr. sul punto, ad es., T.A.R. Sardegna, 10 giugno 1999 n. 770)» Nel caso di specie, la PA aveva riconosciuto al broker un compenso pari al 70% dell'aliquota provvisoriale, calcolata sul premio imponibile, che l'Impresa di assicurazione riconosce all'Agenzia affidataria del contratto. Tale sistema è stato ritenuto compatibile dal TAR il quale ha affermato che «ogni impresa assicuratrice partecipante alla gara è immediatamente posta nella condizione di conoscere, in parità con tutti gli altri concorrenti, il compenso spettante al broker per lo svolgimento della sua attività a valere sull'aliquota provvisoriale (70%) e, correlativamente, l'agente di ciascuna impresa è posto parimenti a conoscenza della parte provvisoriale che potrà trattenere per sé (30%). Tale meccanismo soddisfa pienamente i principi di trasparenza e di imparzialità della procedura di scelta del contraente, in quanto garantisce la piena conoscenza delle regole del futuro contratto al fine della consapevole formulazione delle offerte da parte dei concorrenti e - allo stesso tempo - assicura la necessaria parità di trattamento tra questi ultimi»]

<sup>21</sup> [Cfr. Segnalazione AS 623, cit., nella quale si è affermato 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 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. »]

intraprendere al fine di tutelare e promuovere nella maniera più efficace e opportuna la concorrenza nel mercato dei servizi assicurativi e di brokeraggio assicurativo.

IL PRESIDENTE  
*Giovanni Pitruzzella*