

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA CORTE DEI CONTI

SEZIONE GIURISDIZIONALE PER LA REGIONE SICILIANA

Composta dai seguenti magistrati:

Dott. Luciano Pagliaro - Presidente

Dott. Tommaso Brancato - Consigliere

Dott.ssa Maria Rita Micci - Referendario relatore

ha pronunciato la seguente

SENTENZA 439/2013

nel giudizio di responsabilità amministrativa patrimoniale iscritto al numero **60161 del registro di Segreteria**, promosso dalla Procura regionale nei confronti di:

BASILE ALFIO GIOVANNI NATO AD ACIREALE IL 4 NOVEMBRE 1942, rappresentato e difeso dal Prof. Avv. Antonio Francesco Vitale del Foro di Catania ed elettivamente domiciliato in Palermo alla Via Alloro n. 36, presso lo studio dell 'Avv. Carmela Mangalaviti

UDITI

alla pubblica udienza del 10 ottobre 2012 il relatore, Dott.ssa Maria Rita Micci ed il Pubblico Ministero Dott.ssa Maria Concetta Carlotti ed il difensore Avv. Vitale

FATTO

La Procura contabile, con l'atto di citazione introduttivo del presente giudizio, ha convenuto innanzi a questa Corte il Sig. Basile Alfio Giovanni per sentirlo condannare al pagamento, a favore della Provincia di Catania, della somma di Euro 112.666,67, oltre interessi e rivalutazione, a titolo di risarcimento del danno patrimoniale dallo stesso asseritamente causato, nella qualità di Dirigente del II Dipartimento 3° servizio Appalti e Contratti, per i fatti qui di seguito esposti.

- Con Determina Dirigenziale n. 217 del 7 marzo 2005, il dirigente del III Dipartimento 5 Servizio Provveditorato Economato, sig. Basile Alfio, ha stabilito di volersi avvalere del supporto di un broker assicurativo, iscritto all'Albo dei mediatori in assicurazione e riassicurazione, al fine di garantire un valido supporto alla Provincia di Catania per tutte le procedure afferenti questioni assicurative, non essendo rinvenibile all'interno della pianta organica dell'Amministrazione interessata, una figura professionale adeguatamente specializzata e competente in materia di assicurazioni; a tal fine era trasmesso, al dipartimento interessato, l'apposito fascicolo utile ad avviare le procedure di gara.

- Successivamente, con Determina Dirigenziale n. 319 del 30 settembre 2005, il II Dipartimento 3° Servizio – Appalti e Contratti, veniva approvato il bando di gara per pubblico incanto con allegato disciplinare per l'affidamento del servizio di brokeraggio assicurativo mediante incarico professionale di assistenza, consulenza e gestione del programma assicurativo globale della Provincia di Catania.

- Con successiva Determina n. 340 del 18 ottobre 2005, però, il bando di gara di cui sopra veniva ritirato.

- Con Determina Dirigenziale n. 253 del 28 novembre 2006, quindi, la Provincia di Catania dichiarava di avvalersi dell'attività di consulenza ed assistenza di Europe Broker s.r.l. affidando alla stessa non già un servizio di brokeraggio assicurativo, bensì *“l'espletamento delle procedure inerenti lo studio e la valutazione delle formule assicurative più idonee per questa Amministrazione anche in relazione ai costi da sostenere con esclusione dell'attività gestoria. Al riguardo il professionista provvederà ad una analisi dei contratti esistenti”*. L'Amministrazione affidataria del servizio, quindi, anche alla luce di quanto affermato dal Ministero del Tesoro, Bilancio e Programmazione Economica, Dipartimento Ragioneria Generale dello Stato, con le Circolari n. 2/1999 e n. 26/2001, ha ritenuto di non dover inquadrare il servizio di che trattasi tra i servizi assicurativi in senso stretto, con conseguente applicazione della normativa di cui al D.Lgs.

157/1995, bensì ha ritenuto che il servizio in parola fosse riconducibile ad una generica attività di studio, consulenza e ricerca e come tale rientrante nel più ampio *genus* di contratto di opera intellettuale ex art. 2299 e ss c.c. e, come tale, affidabile *intuitu personae*, quindi senza indizione di gara, anche qualora l'attività in parola fosse stata esercitata in forma di impresa.

La Determina Dirigenziale n. 253 del 28 novembre 2006 era stata proceduta, in ogni caso, da un'attività di selezione da parte del Collegio di valutazione, appositamente riunitosi in sede istruttoria in data 7 novembre 2006, volta all'esame dei diversi *curricula* pervenuti all'amministrazione precedente ai fini della selezione di che trattasi. A seguito dell'esame comparativo delle caratteristiche dei singoli candidati, la scelta era ricaduta sulla Europe Broker s.r.l., le cui caratteristiche professionali, a detta dell'Amministrazione precedente, avrebbero consentito di superare anche il fatto che gli altri due candidati (Broker Group s.r.l. e GPA Assiparos s.p.s) avessero offerto il servizio in parola a titolo gratuito. Per la Europe Broker s.r.l., infatti, era stato pattuito un compenso pari ad Euro 100.000 oltre IVA da erogarsi secondo le seguenti modalità: quanto al 10% alla stipula, un successivo 50% alla presentazione dello studio da parte del consulente, quindi un 20% all'approvazione degli elaborati, un ulteriore 20% a saldo, dopo la conclusione delle procedure di appalto.

- In data 12 gennaio 2007, quindi, veniva stipulato un contratto di consulenza assicurativa per la *“formazione e la realizzazione di uno studio che consenta l'individuazione, l'analisi e la valutazione dei rischi a cui l'Ente è soggetto nonché l'assistenza per la stesura di clausole negoziali in materia assicurativa”*.

- Il contratto aveva la durata originaria di un anno che veniva, successivamente, prorogata sino al 31 dicembre 2008, a titolo gratuito.

- Con successive Determine Dirigenziali 127/07 del 3 luglio 2007, 179/07 del 21 settembre 2007, 122/08 del 11 aprile 2008 e 237/2010 del 2 agosto 2010 veniva liquidato il compenso per la Europe Broker s.r.l., secondo le scadenze sopra indicate.

- Con atti rogati dal Segretario Generale della Provincia di Catania in data 18 giugno 2009, a seguito di indizione di apposita gara, venivano stipulati i contratti di copertura assicurativa per la Provincia di Catania. L'atto Repertorio n. 40/2009 veniva stipulato tra la Provincia di Catania e la Società Cattolica Assicurazioni per la copertura dei rischi relativi al c.d. "Lotto 1, ambiti da 1 a 6 per rischi diversi", per un valore di Euro 1.374.572,09; con atto di Repertorio n. 41/2009, stipulato tra la medesima provincia e la Ina Assitalia s.p.a., veniva, invece, garantita copertura assicurativa per i rischi di cui al c.d. "Lotto 2, ambito I, Spese legali e peritali", per un prezzo netto di Euro 64.800,00.

In entrambi i contratti si dava atto che: *"con contratto a rep. 1 del 18 gennaio 2007, reg. atti privati, la Europe Broker s.r.l. ha assunto l'incarico di consulenza assicurativa, studio, ricerca ed assistenza amministrativa in ambito procedurale e di pianificazione dei servizi relativi; il consulente incaricato ha avviato il contratto disciplinare sperandone la prestazione agli atti di studio per l'istruttoria ed il conferimento a gara dell'appalto di servizio"*.

Nei fatti di che trattasi la Procura contabile ha ravvisato l'esistenza di un presunto danno alle pubbliche risorse per avere, l'odierno convenuto, nella sua qualità di Dirigente del Dipartimento Servizio Appalti e Contratti della Provincia Regionale di Catania, affidato un contratto di brokeraggio senza l'osservanza delle prescritte procedure di gara, con ciò minando palesemente il buon andamento e l'imparzialità della pubblica amministrazione.

La Procura contabile, poi, ha ritenuto contrarie ad una sana amministrazione della cosa pubblica anche l'indizione e la successiva revoca della gara per l'affidamento del servizio di brokeraggio che hanno di poco preceduto l'affidamento del servizio per cui è causa, in quanto le scelte in parola non sono state supportate da una valida motivazione e, come tali, sarebbero da considerarsi chiaramente preordinate alla causazione del danno contestato all'odierno convenuto.

Non sufficientemente motivata, poi, sarebbe stata la scelta di affidare, a titolo oneroso, proprio alla Europe Broker s.r.l. il servizio di che trattasi, quando altri soggetti avrebbero offerto il medesimo servizio senza ricevere in cambio dall'Amministrazione alcun compenso.

I fatti così come sin qui narrati sono stati compendati in un'apposita denuncia, diretta alla Procura Ordinaria di Catania ed alla Procura contabile presso questa Sezione Giurisdizionale, a firma dell'"Associazione Città Libera".

Con nota raccomandata del dì 11 luglio 2011, il Dirigente del 7° Servizio Procedure di Appalto – 3° Dipartimento Tecnico della Provincia di Catania, Avv. Maria Di Guardo ha contestato i fatti per cui è causa all'odierno convenuto, costituendo lo stesso formalmente in mora.

Con memoria depositata il 20 settembre 2012 si è costituito il sig. Basile Alfio, così come in epigrafe rappresentato e difeso, eccependo, in via preliminare la prescrizione quinquennale dell'azione erariale. Il danno erariale contestato sarebbe, infatti, riconducibile alla Determina Dirigenziale n. 253 del 28 novembre 2006, con la quale la Provincia di Catania ha adottato la decisione di stipulare il contratto di consulenza in materia di assicurazioni. L'adozione dell'atto al quale sarebbe riconducibile l'evento dannoso, quindi, risale alla fine del mese di novembre 2006, la Procura contabile, invece, avrebbe notificato l'invito a dedurre solamente in data 14 dicembre 2011, quindi ben oltre il quinquennio previsto dall'art. 1 co. 2 L. 20/1994.

La difesa Basile, inoltre, ha eccepito la nullità ex art 17 comma 30 *ter* del D.L. 78/2009, convertito nella L. 102/2009, di tutti gli atti istruttori e processuali fino ad allora compiuti, essendo stata l'azione erariale avviata sulla base, non già di una specifica e concreta notizia di danno, bensì sulla base di una generica denuncia di danno, suffragata da elementi puramente indiziari, quale è la denuncia sottoscritta dall'"Associazione Città Libera".

Nel merito, la difesa Basile ha eccepito l'infondatezza dell'azione avendo l'odierno convenuto agito conformemente alla legge. La Provincia di Catania, infatti, al fine di addivenire all'affidamento del servizio di che trattasi avrebbe assicurato lo svolgimento di una procedura negoziata, nella specie

cottimo fiduciario, alla quale poteva ricorrere per l'affidamento in economia di servizi c.d. "sotto soglia" comunitaria, quale era il servizio di brokeraggio per cui è causa, nel pieno rispetto, quindi, delle regole di trasparenza e concorrenza.

In ogni caso, a detta della difesa Basile, nella fattispecie in esame non poteva configurarsi un danno ingiusto stante l'impossibilità di imputare al convenuto una condotta gravemente colposa. La condotta dallo stesso tenuta, infatti, alla luce di quanto poc'anzi evidenziato, non potrebbe mai considerarsi macroscopicamente lontana da quella imposta dai canoni di buon andamento e di sana gestione della cosa pubblica.

In subordine, nella denegata ipotesi di accoglimento dell'azione contabile, la difesa dell'odierno convenuto, al fine di addivenire ad una corretta quantificazione del danno, chiedeva applicarsi il potere riduttivo nonché i principi dettati dall'art. 1 comma 1 *bis* della L. 20/1994, a mente del quale, ai fini della quantificazione del danno contestato, è necessario tenere in considerazione anche tutti i vantaggi comunque derivati all'amministrazione asseritamente danneggiata dalla condotta del presunto autore del danno. Nel caso di specie, infatti, l'attività svolta dalla Europe Broker s.r.l., successivamente alla nomina presuntivamente illegittima, sarebbe stata in ogni caso ineccepibile con ciò comportando, comunque, innegabili vantaggi alla Provincia di Catania.

Il tutto con vittoria di spese competenze ed onorari.

All'udienza del 10 ottobre 2012 la causa è posta in decisione.

DIRITTO

Con l'atto di citazione introduttivo del presente giudizio, la Procura contabile ha contestato all'odierno convenuto, sig. Basile Alfio Giovanni, nella qualità di Dirigente del 3° Servizio Appalti e Contratti II Dipartimento della Provincia di Catania, una ipotesi di danno erariale asseritamente individuabile nell'atto di conferimento di un incarico di consulenza in materia di assicurazioni alla Europe Broker s.r.l., avvenuto con Determina Dirigenziale a sua firma n. 253/2006, per un compenso di Euro 100.000,00 oltre IVA.

Devono essere scrutinate le eccezioni preliminari sollevate dalla difesa in merito alla vicenda di che trattasi.

1. Non è meritevole di accoglimento l'eccezione di prescrizione sollevata dalla difesa nel suo atto difensivo. Il danno erariale contestato sarebbe, infatti, riconducibile alla Determina Dirigenziale n. 253 del 28 novembre 2006, con la quale la Provincia di Catania ha adottato la decisione di stipulare il contratto di consulenza in materia di assicurazioni. L'adozione dell'atto al quale sarebbe riconducibile l'evento dannoso, quindi, risale alla fine del mese di novembre 2006, la Procura contabile, invece, a detta della difesa Basile, avrebbe notificato l'invito a dedurre solamente in data 14 dicembre 2011, quindi ben oltre il quinquennio previsto dall'art. 1 co. 2 L. 20/1994.

Con nota raccomandata del dì 11 luglio 2011, però, il Dirigente del 7° Servizio Procedure di Appalto – 3° Dipartimento Tecnico della Provincia di Catania, Avv. Maria Di Guardo ha contestato i fatti per cui è causa all'odierno convenuto, costituendo lo stesso formalmente in mora ed interrompendo, quindi, il decorso del termine quinquennale di prescrizione.

In ogni caso le SSRR di queste Corti con sentenza 14/2011, hanno da ultimo statuito che il *dies a quo* per il calcolo del termine quinquennale di prescrizione deve individuarsi nella data di effettivo pagamento poichè “*un soggetto deve essere sottoposto a processo, per quanto riguarda la giurisdizione di responsabilità amministrativa, solo quando si siano realizzate tutte le condizioni di certezza, concretezza ed attualità del danno, che sono gli elementi alla cui tutela è posto il presidio della giustizia contabile*”. Pertanto nel caso in esame il *dies a quo* per il calcolo del termine quinquennale di prescrizione deve individuarsi, non già nella data del 28 novembre 2006, data di approvazione della delibera con cui veniva affidato il servizio alla Europe Broker s.r.l., bensì alle date di effettivo pagamento dei compensi per il servizio reso da quest'ultima. Il pagamento del compenso, pari ad un totale di Euro 112.666,67, è stato dilazionato nel tempo ed i pagamenti delle singole *tranche* sono stati autorizzati con Determine Dirigenziali 127/07 del 3 luglio 2007, 179/07 del 21 settembre 2007, 122/08 del 11 aprile 2008 e 237/2010 del 2 agosto 2010.

L'invito a dedurre depositato in data 14 dicembre 2011 deve, quindi, ritenersi tempestivo e, pertanto, l'eccezione di prescrizione della difesa non può considerarsi meritevole di accoglimento.

2. Sempre in via preliminare la difesa dell'odierno convenuto ha eccepito la nullità degli atti ex art 17 comma 30 *ter* del D.L. 78/2009, convertito nella L. 102/2009 per avere la Procura contabile avviato l'attività istruttoria e la relativa azione sulla base, non già di una specifica e concreta notizia di danno, bensì sulla base di una generica denuncia, suffragata da elementi puramente indiziari, quale sarebbe la denuncia sottoscritta dall'"Associazione Città Libera" nella quale è compendiata la vicenda di che trattasi.

Anche detta eccezione non è meritevole di accoglimento. La denuncia fatta pervenire alla Procura presso questa Sezione giurisdizionale da parte dell'"Associazione Città Libera" contiene, infatti, elementi idonei all'avvio delle indagini in modo formalmente corretto. La norma invocata dalla difesa del convenuto, costituisce, come noto, una reazione dell'ordinamento ad attività di indagine giudicate troppo invasive e potenzialmente foriere di rallentamenti ed ostacoli al normale esplicarsi dell'attività amministrativa. In altre parole, ciò che il Legislatore ha voluto interdire per il futuro è unicamente l'avvio di indagini esplorative rivolte ad interi settori della pubblica amministrazione al solo fine di individuare possibili illeciti contabili da perseguire. La giurisprudenza contabile, quindi, si è soprattutto concentrata sulla definizione normativa di "*notizia di danno specifica e concreta*".

In particolare, essa ha chiarito che i requisiti della specificità e della concretezza della notizia di danno devono essere intesi nei limiti necessari a ritenere plausibile, con giudizio *ex ante*, l'avvio di una attività istruttoria da parte dell'organo requirente, ma non implicano che la notizia sia esaustiva al punto da far risultare superflua la funzione della Procura contabile, cui compete in ogni caso l'attività istruttoria volta alla verifica della fondatezza della notizia stessa e all'acquisizione degli ulteriori elementi necessari per la sussistenza della responsabilità amministrativa (v. *ex plurimis*, Sezione giurisdizionale per la Liguria, sent. n. 153 del 14/06/2011; Sezione giurisdizionale per l'Emilia-Romagna, sent. n. 264 del 27/05/2011; Sezione giurisdizionale per la Toscana, sent. n. 151

del 20/04/2011; Sezione giurisdizionale per il Molise, sent. n. 31 del 12/04/2011; Sezione giurisdizionale per l'Umbria, sent. n. 105 del 21/06/2010).

Recente giurisprudenza (CORTE DEI CONTI, III^a SEZ. GIUR. CENTRALE D'APPELLO, SENT. N. 567 DEL 03/09/2012), infatti, ha avuto modo di affermare che una “notizia di danno” è valida ai fini dell’avvio delle indagini anche se da essa non emergono con certezza i requisiti dell’attualità e concretezza del danno. Invero gli elementi dell’attualità e concretezza del danno si configurano come presupposti oggettivi necessari ai fini dell’esercizio dell’azione di responsabilità amministrativa dovendo sussistere al momento dell’emissione dell’invito a dedurre, ma non anche al momento dell’avvio delle indagini da parte dell’inquirente. In tale fase, secondo l’art. 17, comma 30, del decreto legge n. 78 del 2009 s.m.i., è sufficiente che sussista l’indicazione attendibile di una condotta la quale, nella sua specifica fattualità, sia idonea a determinare un immediato effetto dannoso il cui concreto prodursi formerà, anch’esso, oggetto di indagine da parte dell’inquirente e degli organi di polizia giudiziaria.

La denuncia sottoscritta dall’Associazione “Città Libera” , alla luce di quanto sin qui esposto, contiene tutti gli elementi necessari al corretto avvio delle indagini. Anche detta seconda eccezione preliminare della difesa, pertanto, non è accoglibile.

3. Nel merito la difesa dell’odierno convenuto chiede il rigetto di tutte le pretese attoree in quanto infondate, stante la piena conformità alle prescrizioni di legge della condotta tenuta dal sig. Basile nello svolgimento dei fatti meglio descritti in narrativa.

L’assunto della difesa non è, però, condivisibile, alla luce di quanto qui di seguito esposto.

Il Collegio reputa necessario, in via preliminare, inquadrare la figura del *broker* alla luce della normativa di settore al fine di, eventualmente, poter contrapporre lo stesso alla figura del mero

consulente in materia di assicurazioni, quale sarebbe stata, a detta della difesa, la Europe Broker s.r.l. La L. 792/1984 (norma istitutrice dell'Albo dei Broker), all'art. 1 dispone che *“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”*. Più di recente, il c.d. Codice delle Assicurazioni (D.Lgs. 209/2005), trasponendo nel diritto italiano quanto rinvenibile nella direttiva 2002/92/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 9 dicembre 2002 sulla *“intermediazione assicurativa”*, pubblicata sulla G.U.C.E. L n. 3 del 15 gennaio 2003, all'art. 106, rubricato *“Attività di intermediazione assicurativa e riassicurativa”*, ha disposto 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 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”*. Inoltre, secondo il Regolamento Isvap n. 5/2006, *“si intendono per mediatori o broker gli intermediari che agiscono su incarico del cliente e che non hanno poteri di rappresentanza di imprese di assicurazione o di riassicurazione”*. Le attività svolte dal broker assicurativo, poi, anche secondo l'AIBA – Associazione Italiana Brokers di Assicurazioni e Riassicurazioni, consistono in: analisi dei rischi, definizione delle specifiche contrattuali, individuazione delle compagnie d'assicurazione idonee, gestione dei contratti, assistenza nella liquidazione dei danni, aggiornamento costante sulle dinamiche dei rischi e sull'andamento del mercato assicurativo. La Suprema Corte di Cassazione (sent. 12973/2010), poi, ha avuto modo di affermare che *“In tema di mediatori di assicurazione, alla luce della complessiva disciplina di cui alla legge 28 novembre 1984, n. 792 (artt. 1, 4 lett. f) e g), 5 lett. e) ed f), 8), il “broker”*

assicurativo svolge - accanto all'attività imprenditoriale di mediatore di assicurazione e riassicurazione - un'attività di collaborazione intellettuale con l'assicurando nella fase che precede la messa in contatto con l'assicuratore, durante la quale non è equidistante dalle parti, ma 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 a 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". Il contenuto dell'attività di brokeraggio così come tipizzata dal legislatore e, quindi, interpretata dalla giurisprudenza, si articola, pertanto, in due distinte componenti che non debbono necessariamente coesistere: - attività di prestazione professionale avente ad oggetto assistenza e consulenza in ordine alla predisposizione di un piano di gestione dei rischi dell'assicurato e alla selezione dei prodotti assicurativi presenti nel mercato maggiormente idonei al soddisfacimento degli interessi dell'assicurato; - attività di rappresentanza dell'assicurato sia nella stipulazione della polizza assicurativa, sia nella successiva gestione dell'esecuzione del contratto di assicurazione (la cd. Clausola Broker).

In data 12 gennaio 2007, quindi, la Provincia di Catania ha stipulato un contratto di c.d. "consulenza assicurativa" per la *"formazione e la realizzazione di uno studio che consenta l'individuazione, l'analisi e la valutazione dei rischi a cui l'Ente è soggetto nonché l'assistenza per la stesura di clausole negoziali in materia assicurativa"*.

L'art. 2 del contratto di cui sopra, rubricato *"Prestazioni inerenti il servizio"* prevede che *"Le prestazioni principali che il consulente si impegna ad effettuare sono le seguenti:*

- a) individuazione, analisi e valutazione dei rischi in tutti i settori dell'attività dell'Ente (...);*
- b) analisi delle polizze assicurative in essere (...);*
- c) definizione e predisposizione del piano assicurativo ottimale per il trasferimento dei rischi individuati (...);*

- d) predisposizione(...) dei capitolati speciali di appalto delle nuove coperture assicurative e del relativo bando di gara;
- e) assistenza (...) nel corso dello svolgimento delle gare di appalto per le coperture assicurative dell'Ente medesimo e assistenza nella valutazione delle offerte pervenute;
- f) assistenza nella gestione dei sinistri attivi e passivi”.

In entrambi i contratti successivamente stipulati dalla provincia di Catania con le compagnie assicuratrici, poi, si è dato atto che :”con contratto a rep. l del 18 gennaio 2007, reg. atti privati, la Europe Broker s.r.l. ha assunto l’incarico di consulenza assicurativa, studio, ricerca ed assistenza amministrativa in ambito procedurale e di pianificazione dei servizi relativi; il consulente incaricato ha avviato il contratto disciplinare sperandone la prestazione agli atti di studio per l’istruttoria ed il conferimento a gara dell’appalto di servizio”.

Già da una prima lettura, alla luce delle norme che disciplinano la materia in esame nonché della più recente giurisprudenza, dei contratti stipulati dalla Provincia di Catania si comprende chiaramente come anche lo svolgimento della sola attività di consulenza faccia assumere al ‘consulente assicurativo’ il ruolo di *broker*, essendo anche le sole attività di consulenza propedeutiche alla stipula del contratto di assicurazione, pacificamente riconducibili alla figura del *broker*; “nell’ambito delle attività proprie del *broker* si distingue quella della collaborazione intellettuale con l’assicurando per la copertura dei rischi e la assistenza alla determinazione del contenuto dei futuri contratti, seguita logicamente e cronologicamente dall’eventuale intermediazione nella conclusione e gestione dei contratti assicurativi” – (Cass. 1991/2005). Anche la mera attività propedeutica alla stipula del contratto di assicurazione in senso stretto, non seguita dalla assistenza successiva alla stipula del contratto medesimo, quindi, fa assumere al “consulente” il ruolo di *broker*, con tutte le conseguenze che ne derivano, ovviamente, in termini di affidamento del contratto medesimo e di modalità remunerazione del servizio reso. Ma vi è di più. Nel caso di

specie, lo stesso contratto di affidamento del servizio di consulenza assicurativa, più di una volta definisce la controparte dell'Ente pubblico, Europe Broker s.r.l., come "*broker*". E non solo. Al successivo articolo 4 del contratto si legge che tra le condizioni di revoca dello stesso vi sia, tra l'altro, la cancellazione del consulente dall'Albo dei mediatori di assicurazione e riassicurazione di cui alla L. 792/1984. Se l'attività della Europe Broker s.r.l. fosse stata di mera consulenza a nulla avrebbe rilevato, in sede di stipula del contratto, prevedere tra le cause di una eventuale revoca dello stesso, la cancellazione della Europe Broker s.r.l. dall'Albo dei mediatori assicurativi. In ogni caso, il contratto stipulato tra la Provincia di Catania e la Europe Broker s.r.l., come visto poc'anzi, all'art. 2, prevede tra le prestazioni poste a carico di quest'ultima non già una mera consulenza propedeutica alla stipula dei contratti medesimi, bensì anche *l'aggiornamento dei contratti nonché l'assistenza nella gestione dei sinistri attivi e passivi*. Ad *abundantiam* il Collegio vuole precisare che al fine di poter correttamente inquadrare il tipo di prestazioni che possano essere oggetto del contratto di brokeraggio possa risultare, altresì, utile la lettura di due Circolari del Ministero del Tesoro, Bilancio e Programmazione Economica (N. 2 del 18 Gennaio 1999 N. 26 del 8 Giugno 2001), richiamate anche dall'odierno convenuto nel corpo della Determina 253/2006; le suddette Circolari hanno analizzato, tra l'altro, la problematica relativa a quali siano le attività che possano considerarsi oggetto del contratto di brokeraggio medesimo, anche al fine di determinare le modalità di affidamento del contratto stesso da parte di amministrazioni pubbliche. Così, con la prima Circolare (n. 2 del 18 gennaio 1999) il Ministero ha affermato che, al fine di valutare le modalità di affidamento del servizio di brokeraggio, nell'incertezza della giurisprudenza, occorre distinguere fra servizi di mera consulenza ed assistenza, che incarnano una prestazione di opera intellettuale affidabile *intuitu personae*, dall'attività di assistenza continuativa anche successiva alla stipula del contratto che, invece, rientrerebbe nell'attività di brokeraggio vera e propria affidabile, quindi, con procedura concorsuale. Successivamente, però, con circolare 26 del di 8 giugno 2001 il Ministero ha superato la precedente distinzione anche alla luce di una più recente giurisprudenza

amministrativa. Il Consiglio di Stato, infatti, con sentenza del 24 febbraio 2000 n. 1019 ha fatto un po' di chiarezza nell'incertezza della materia, affermando che tutti i servizi di consulenza in materia assicurativa (sia che essi siano riconducibili ad attività di mera consulenza propedeutica alla stipula di contratti di assicurazione, sia che essi, invece, ricomprendano tutta l'attività successiva alla stipula dei contratti di assicurazione, garantendo, quindi, anche assistenza per eventuali sinistri) rientrano comunque nel contratto di brokeraggio che, in quanto contratto di appalto di servizio, deve essere preceduto da procedura selettiva ad evidenza pubblica ritenendo, quindi, applicabile la disciplina del D.Lgs. 195/95. Così, mentre in un primo momento lo stesso Ministero aveva ravvisato la possibilità di distinguere un'attività di mera consulenza in materia di assicurazioni, distinta dall'attività di brokeraggio vera e propria, successivamente, però, l'allora Ministero del Tesoro ha escluso la possibilità di isolare un insieme di attività riconducibili a mera attività di consulenza, distinte da quelle rientranti nel contratto di brokeraggio in senso stretto. Appare, improprio, quindi, il richiamo fatto nella Determina Dirigenziale n. 253/2006 alle due Circolari in parola al fine di giustificare l'affidamento esterno dell'attività di consulenza di che trattasi perché, come esposto poc'anzi, con la Circolare più recente, lo stesso Ministero con la seconda Circolare esclude la possibilità di contrapporre una generica attività di consulenza in materia assicurativa all'attività di brokeraggio in senso stretto. Il riferimento sarebbe stato appropriato se fatto unicamente alla prima Circolare n. 2/1999, anche se si sarebbe rivelato, di fatto, inutile, in quanto la stessa amministrazione autrice di detta Circolare ha, come detto, superato, con Circolare di due anni dopo, la propria posizione.

Il contratto stipulato dalla Provincia di Catania con la Europe Broker s.r.l. in data 12 gennaio 2007, pertanto, è un contratto di brokeraggio vero e proprio.

Ora, così correttamente inquadrata l'attività che la Europe Broker s.r.l. avrebbe dovuto svolgere in virtù del contratto dalla stessa stipulato con la Provincia di Catania, occorre analizzare i due aspetti

fondamentali della fattispecie al fine di addivenire ad una eventuale pronuncia di condanna dell'odierno convenuto. Occorre, infatti, stabilire le modalità di affidamento del contratto di brokeraggio nel caso in cui il contratto medesimo debba essere stipulato da un'Amministrazione Pubblica ed, inoltre, dovranno essere analizzate le modalità di corresponsione dei compensi al *broker* medesimo per l'attività dallo stesso svolta.

L'aumentare di rischi peculiari dovuti alla sempre maggiore complessità organizzativa delle pubbliche amministrazioni, ha reso, negli ultimi tempi, sempre più frequente il ricorso all'ausilio di *broker* anche per tutti gli enti pubblici, al fine di consentire a quest'ultimi la corretta individuazione dei rischi specifici legati allo svolgimento delle proprie attività istituzionali.

Il *broker* riceve, secondo consolidati usi di mercato, come compenso dei propri servizi resi, una provvigione calcolata in percentuale sul premio pagato alla compagnia assicurativa dalla pubblica amministrazione ed erogato direttamente dalla prima. La corresponsione del compenso del *broker*, pertanto, risulta formalmente a carico dell'assicuratore. In virtù di tali usi, parte della giurisprudenza ha ritenuto che il contratto di brokeraggio assicurativo stipulato dalla Pubblica Amministrazione fosse inquadrabile nell'ambito della concessione di servizi, quindi tra i contratti a titolo gratuito (Tar Abruzzo 397/2006). È tuttavia prevalente, nella giurisprudenza amministrativa (v. per tutte Consiglio di Stato 1019/2000), l'opposta tesi che tende ad inquadrate il contratto tra quelli a titolo oneroso definendo il contratto di brokeraggio come appalto di servizi.

In quanto contratto di servizi a titolo oneroso, il contratto di brokeraggio stipulato da una amministrazione pubblica deve essere preceduto da una procedura ad evidenza pubblica. Il legislatore, comunque, ha positivizzato tali approdi giurisprudenziali maggioritari e, pertanto, allo stato, deve considerarsi dirimente il fatto che il servizio di brokeraggio assicurativo sia ricompreso nell'allegato IIA del d.lgs. 163/2006 e come tale è assoggettato, a norma dell'art. 20, comma 2, alla

disciplina degli appalti di servizi. Occorre evidenziare che fino all'entrata in vigore del Codice contratti per gli appalti di servizio fosse necessario distinguere gli appalti di servizio sopra soglia comunitaria, nel qual caso doveva ritenersi applicabile il D.Lgs. 195/95, dagli appalti di servizio sotto soglia, per i quali erano applicabili le norme contenute nel RD del 1924 in materia di contabilità pubblica. Quest'ultime prevedevano quattro tipi di procedure ad evidenza pubblica: appalto concorso, licitazione privata, asta pubblica e trattativa privata (solo al ricorrere di determinate condizioni). In Sicilia, però, all'epoca dei fatti (2006) il Codice dei Contratti non era ancora applicabile (lo sarà solo con LR 12/2011); alla fattispecie di che trattasi, però, è applicabile la LR 4/1996 che all'art. 19 consente l'affidamento di appalti di servizio sotto soglia con trattativa privata. La Provincia di Catania, quindi, ben ha fatto a selezionare il contraente Europe Broker s.l.r. con una trattativa privata.

Illegittima appare, invece, la previsione di un compenso per la Europe Broker s.r.l., alle luce delle osservazioni qui di seguito esposte. Il contratto di brokeraggio, come poc'anzi accennato è, per una generica prassi di mercato, un contratto c.d. "a costo zero". Chi ricorre all'ausilio del *broker*, infatti, non deve corrispondere alcun compenso al *broker* per l'attività dallo stesso svolta, essendo il compenso di quest'ultimo ricompreso nel premio che il beneficiario del servizio di brokeraggio dovrà corrispondere alla compagnia assicurativa una volta stipulato il contratto di assicurazione. Successivamente alla stipula dei contratti di assicurazione conclusi con l'ausilio del *broker*, quindi, quest'ultimo potrà trattenere una percentuale di premio che l'assicurato dovrà corrispondere alla compagnia di assicurazioni. Proprio dalla constatazione di tale consolidato uso di mercato, secondo il quale, si ripete, il pagamento del *broker* grava sulla compagnia assicurativa, attraverso la corresponsione allo stesso di una quota di premio, la giurisprudenza amministrativa *ante* codice contratti ha a lungo disquisito per la corretta qualifica (titolo gratuito o titolo oneroso) del contratto di brokeraggio medesimo. Era proprio l'assenza di compensi immediati e diretti pattuibili tra

l'assicurato ed il *broker* che ha indotto i primi interpreti (v. per tutti Tar Abruzzo 397/2006) a qualificare il contratto di che trattasi come contratto a titolo gratuito, che non necessitasse, quindi, di una procedura ad evidenza pubblica prodromica rispetto alla stipula del contratto stesso. Ciò che rileva ai fini della presente trattazione è che la giurisprudenza (Tar Veneto 1368/09; Tar Pescara 379/2006), indipendentemente dalle conclusioni successivamente tratti in ordine alla gratuità o meno del contratto di che trattasi, sia concorde nel riconoscere che il pagamento dei *broker* per consolidatissimi usi di mercato, non solo di quello interno ma anche di quello europeo e mondiale, avvenga attraverso l'inserimento nei contratti stipulati fra i soggetti che il *broker* medesimo ha messo in contatto, della c.d. "clausola broker" che consente di remunerare l'attività svolta dal *broker* attraverso la corresponsione allo stesso di una quota di premio.

Al fine di comprendere la portata delle problematiche sottese alla vicenda in esame, il Collegio reputa utile analizzare brevemente le risultanze di una "consultazione *on line*" avviata, in materia di contratto di brokeraggio stipulato dalle amministrazioni pubbliche, sul proprio sito istituzionale dall'Autorità di Vigilanza dei Contratti Pubblici. Un'apposita area del sito, infatti, è dedicata alla raccolta "*on line*" di pareri resi dai diversi soggetti interessati alla problematica di volta in volta trattata.

Nell'ambito della propria attività istituzionale di vigilanza, l'Autorità ha verificato, sulla base delle indagini svolte in relazione a singoli affidamenti e dell'analisi dei dati dell'Osservatorio, l'esistenza di diffuse criticità nelle modalità di affidamento dei servizi assicurativi e di intermediazione assicurativa.

L'Autorità ha, quindi, esperito, in data 19 settembre 2012, una prima procedura di consultazione pubblica degli operatori del settore e delle amministrazioni interessate; in relazione alle criticità riscontrate ha redatto un primo documento di consultazione ed aperto un nuovo dibattito per nuove osservazioni finalizzate all'adozione di linee guida utili per l'affidamento dei servizi assicurativi e di intermediazione assicurativa. Il tutto consultabile nel relativo sito istituzionale.

Tra i diversi elementi di criticità rilevati dall'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici vi sono proprio le modalità di retribuzione del *broker* da parte delle pubbliche amministrazioni, foriere di qualche dubbio per l'Autorità medesima, in quanto a detta di quest'ultima, apparentemente in contrasto con le regole di una corretta concorrenza del mercato. L'Autorità di Vigilanza, infatti, dall'elaborazione dei pareri resi dalle associazioni di categoria nonché dagli operatori di settore, ha dovuto constatare che, come meglio enunciato anche da recente giurisprudenza (Corte conti Prima Appello 179/2008), per usi ormai consolidati di mercato, le imprese di assicurazione prevedono comunque, nel premio proposto, una commissione per l'intermediazione, volta a remunerare il proprio agente, da cui attingere la commissione per l'eventuale *broker*. In sostanza, la stazione appaltante pagherebbe lo stesso ammontare di premio indipendentemente dalla presenza di un *broker*.

In disparte le critiche mosse dall'Autorità di Vigilanza sui Contratti sulla compatibilità di tale uso con regole di mercato e di una corretta concorrenza, ciò che interessa sottolineare ai fini del presente giudizio è il fatto che, allo stato, per consolidati usi del mercato nazionale ed internazionale, il *broker* è remunerato esclusivamente con un percentuale del premio che l'assicurato deve corrispondere alla compagnia di assicurazione. *“La provvigione è determinata in una misura percentuale rispetto ai premi perché ciò costituisce un uso negoziale del mercato del brokeraggio assicurativo a livello globale e, quindi, non solo nazionale, ma europeo e mondiale(...) in base agli usi negoziali, l'importo delle provvigioni del broker sono comunque contenute in ciò che la compagnia paga alla rete di vendita diretta e quindi ricomprese nella voce “provvigioni”, che va ad aggiungersi al cd. premio puro, secondo quanto riferito dalla giurisprudenza, e decurtate da quelle dell'agente”* (Parere reso da AIBA - Associazione italiana dei brokers di assicurazioni e riassicurazioni).

Il Giudice Amministrativo (TAR Veneto sent. 1368/2009) ha riconosciuto che il costo in percentuale del servizio di brokeraggio assicurativo forma e compone, in quota parte, il premio

assicurativo ma non incide sulla quantificazione dello stesso, essendo già prevista all'origine la remunerazione dell'attività di intermediazione a prescindere dalla circostanza che tali somme siano destinate totalmente all'agente o ripartite tra l'agente ed il broker. Il compenso per il *broker*, quindi, non costituirebbe un maggior costo per l'assicurato in quanto le compagnie di assicurazioni calcolano a monte il premio già comprensivo della voce "provvigioni" che andranno, poi, ripartite tra il *broker* e l'agente della singola compagnia. In tal senso si è mossa anche la giurisprudenza interna di questa Corte (Corte conti Lombardia 1536/2004 confermata da Corte conti I Appello 179/2008, nonché più di recente Corte conti Emilia Romagna 319/2011) che ha affermato come, in ogni caso, stante la ormai quotidiana prassi di ricorrere ai servizi di brokeraggio da parte degli assicurati, le compagnie di assicurazione calcolano il premio comprensivo della percentuale di provvigioni al punto che non sia possibile quantificare un premio c.d. "puro", cioè esente da provvigioni. La quota provvigioni c'è sempre e, qualora l'assicurato non ricorra all'ausilio di un *broker*, la provvigione va tutta all'agente di zona, altrimenti è ripartita fra quest'ultimo ed il *broker*. Tale modalità di retribuzione del *broker*, pacificamente e notoriamente riconosciuta dagli operatori di settore, incarna, come più volte è stato detto, un uso negoziale, praticato sia a livello nazionale che internazionale.

Come noto, l'art. 1374 c.c. stabilisce, in tema d'integrazione del contratto, che quest'ultimo obbliga le parti non solo a quanto è nel medesimo espresso ma anche a tutte le conseguenze che ne derivano secondo la legge, o, in mancanza, secondo gli usi e l'equità e che gli usi negoziali di cui all'art. 1340 c.c. che non presuppongono il requisito dell'*opinio iuris* integrano il contratto purchè manchi una contraria volontà delle parti ed anche se non richiamati dalla legge. La Suprema Corte di Cassazione (v. per tutte Cass. 5135/2007), infatti, ha avuto modo di affermare che "*Gli usi negoziali, che operano integrando o interpretando la volontà dei contraenti quando essa sia incompletamente o ambiguamente espressa e consistono in pratiche seguite da una determinata cerchia di contraenti individuati su base territoriale o per l'appartenenza ad una individuata*

*categoria di operatori economici, obbligano le parti anche se da esse ignorati in quanto l'applicazione degli stessi è esclusa soltanto ove risulti con certezza che i **contraenti** non abbiano voluto riferirsi ad essi”.*

I contratti stipulati dalla Provincia di Catania con le compagnie assicurative, in cui si da atto, tra l'altro, che gli stessi siano stati stipulati con l'intervento della Europe Broker s.r.l., alla luce di quanto poc'anzi esposto, devono intendersi integrati ex art. 1374 c.c. con il consolidato uso di mercato che consente la remunerazione direttamente da parte della compagnia assicuratrice, con una quota di premio.

Nel caso in esame, però, il *broker*, Europe Broker s.r.l., ha ricevuto per i servizi prestati, secondo le modalità meglio indicate in narrativa, un compenso di Euro 100.000 oltre IVA, direttamente dalla Provincia di Catania assicurata.

Alla luce di quanto sin qui esposto, il Collegio ritiene chiaramente illegittimo il contenuto della Determina Dirigenziale 253/2006 a firma dell'odierno convenuto, per avere lo stesso, nonostante i consolidati usi di mercato, ritenuto di poter affidare il servizio di brokeraggio all'unico offerente che richiedeva un compenso per lo svolgimento del servizio medesimo.

Nella determina 253/2006 si legge che *“valutati i curricula e riconosciuto il curriculum della Europe Broker s.r.l., sede in Catania, idoneo a che possa assumere l'incarico di che trattasi, verificati i requisiti in possesso e gli atti documentativi a corredo in conformità alla norma di settore”*, ed ancora, nel verbale istruttorio redatto dal collegio (presieduto dal Basile Alfio) riunitosi per la selezione del *broker* in data 7 novembre 2006, si legge che la Europe Broker s.r.l. viene selezionata come aggiudicataria del servizio in quanto *“idonea nella specifica prestazione per competenze tecniche ed esperienziali maturate nel settore ed in possesso delle qualificazioni abilitative/professionali ad esperire l'incarico”*.

Le generiche motivazioni riportate non sono idonee a giustificare la scelta della Europe Broker s.r.l. rispetto ad altri offerenti che offrivano i medesimi servizi a titolo gratuito. (La Gruppo Assiparos

s.p.a. formulava la propria offerta con nota, con nota 31 maggio 2006, dichiarando di prestare *“la sua competenza in modo assolutamente gratuito”*; la Broker Group s.r.l. all’articolo 4 della propria offerta statuiva che *“tutte le prestazioni fornite dal broker non comporteranno per l’Ente nessun onere, in quanto l’opera del broker, secondo gli usi di mercato verrà remunerata dalle Compagnie con le quali saranno stipulati e/o prorogati i contratti (...)”*).

Palesamente illogica ed immotivata appare, pertanto, la scelta di affidare il servizio di brokeraggio all’unico offerente che chiedeva in cambio alti compensi ne’, tantomeno, l’odierno convenuto ha dimostrato che, le scelte alternative e contrarie agli usi di mercato dallo stesso prese avrebbero portato guadagni o, quanto meno, non avrebbero aggiunto costi, per l’amministrazione.

La condotta del Basile Alfio, quindi, deve considerarsi caratterizzata da colpa grave per avere lo stesso tenuto una condotta macroscopicamente lontana da quella astrattamente esigibile. Il Basile Alfio, infatti, nella qualità di Dirigente del II Dipartimento 3° servizio Appalti e Contratti della Provincia di Catania doveva essere a conoscenza dei noti e consolidati usi praticati nel mercato delle assicurazioni e, pertanto, previo corretto inquadramento del contratto affidato alla Europe Broker s.r.l., doveva non prevedere alcun compenso a favore di quest’ultima per l’attività dalla stessa svolta. Il Basile, invece, ha posto in essere un comportamento in totale violazione di norme di facile interpretazione; pertanto sussistono tutti gli elementi che la costante giurisprudenza di questa Corte (v. per tutte Appelli Sicilia 101/2010) *“ha da tempo chiarito costituire condotte “affette da colpa grave”, e cioè “quelle evidenti e marcate trasgressioni degli obblighi di servizio o di regole di condotta che siano ex ante ravvisabili e riconoscibili per dovere professionale d’ufficio, e che, in assenza di oggettive ed eccezionali difficoltà, si materializzano nell’inosservanza del minimo di diligenza richiesto nel caso concreto ovvero in una marchiana imperizia o in una irrazionale imprudenza”(SS.RR. n. 56/A del 1997)”*.

La condotta del Basile Alfio, così qualificata come gravemente colposa, pertanto, deve ritenersi l’unico presupposto del danno patrimoniale occorso alla Provincia di Catania che, a causa della

negligenza ed imperizia dimostrate nella gestione della fattispecie dal Dirigente del II Dipartimento 3° servizio Appalti e Contratti della Provincia medesima, ha dovuto pagare compensi non dovuti alla Europe Broker s.r.l. medesima.

Alla luce di quanto argomentato, ritenuta sussistente la responsabilità per danno erariale, il Collegio condanna il sig. Basile Alfio a pagare a favore della Provincia di Catania la somma complessiva di Euro 112.666,67 con rivalutazione monetaria, da calcolarsi secondo gli indici i.s.t.a.t., dai singoli esborsi fino e al giorno del deposito della presente sentenza, nonché con gli interessi legali sulla somma così rivalutata dal predetto deposito al soddisfo. La gravità dei fatti contestati impedisce al Collegio di fare applicazione del potere riduttivo richiesto dalla difesa del convenuto. Inoltre, nel caso di specie, ai fini di una eventuale riduzione della pena, non può tenersi conto dei vantaggi eventualmente conseguiti dall'Amministrazione danneggiata ai sensi dell'art. 1 comma 1 bis della L. 20/94. *“Gli eventuali vantaggi conseguiti dall'amministrazione o dalla comunità amministrata non possono mai essere quantificati in una misura tale da compensare la disutilità che è contenuta in sé in ogni spesa posta in essere in violazione di legge”*. (Corte conti Abruzzo 784/2005). L'attività amministrativa contraria alle puntuali prescrizioni di legge integra una condotta gravemente colposa, causalmente collegata alla causazione del danno erariale.

Le spese di causa seguono la soccombenza e devono essere liquidate a favore dello Stato come da dispositivo

P. Q. M.

La Corte dei Conti - Sezione Giurisdizionale per la Regione Siciliana respinta ogni altra contraria istanza, deduzione ed eccezione, in accoglimento della domanda della Procura Regionale, condanna il sig. Basile Alfio a pagare a favore della Provincia di Catania la somma complessiva di Euro 112.666,67, con rivalutazione monetaria, da calcolarsi secondo gli indici i.s.t.a.t., dai singoli esborsi

e fino al giorno del deposito della presente sentenza, nonché con gli interessi legali sulla somma così rivalutata dal predetto deposito al soddisfo; pone, altresì, a carico del convenuto le spese di giudizio che vengono liquidate a favore dello Stato e quantificate in €185,69.

Così deciso in Palermo, nella camera di consiglio del 10 ottobre 2012.

L'Estensore

Il Presidente

F.to Dott.ssa Maria Rita Micci

F.to Dott. Luciano Pagliaro

Depositata oggi in Segreteria nei modi di legge.

Palermo, 30 gennaio 2013

Il Funzionario di Cancelleria

F.to Piera Maria Tiziana Ficalora