



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO PER L'ABRUZZO
Sezione staccata di Pescara

N.D....397/06.....

N.R.G.602/2004

composto dai magistrati:

- Antonio CATONI presidente
 - Michele ELIANTONIO consigliere
 - Dino NAZZARO consigliere relatore
- ha pronunciato la seguente

SENTENZA

Nel giudizio proposto con ric. 602 del 2004 da RASINI VIGANO' ASSICURAZIONI Spa (RVA), con sede in Milano, in persona del suo legale rappresentante, costituita con gli avv. Rocco NOVIELLO, Gaetano MORAZZONI e Vincenzo DI BALDASSARRE, come in ricorso;

CONTRO

L'AZIENDA SANITARIA LOCALE DI CHIETI, quale rappresentata, in giudizio con l'avv. Marcello RUSSO, come in atti;
MEDIASS GPA Spa, in proprio e quale mandataria capogruppo ATI con Assipaos GPA Spa e gruppo GPA Spa;

PER L'ANNULLAMENTO

-della deliberazione n. 1647 del 19.8.2004 (gara informale attività di Broker) e della delibera n. 1807 del 20.10.2004 (approvazione gara ed affidamento incarico triennale all'ATI gruppo Mediass), nonché della nota n. 2082 del 20.10.2004 (cessazione proroga del contratto in corso con la società ricorrente);

visto il ricorso, la costituzione dell'Amministrazione, le memoria ed i documenti esibiti;
udito all'udienza del 6 luglio 2006 il consigliere Dino NAZZARO e gli avv. V. DI BALDASSARRE e M. RUSSO;

visto le conclusioni rassegnate in atti;

ritenuta la causa per la decisione e considerato, quanto segue, in

FATTO e DIRITTO

-parte ricorrente impugna l'incarico triennale di consulenza ed assistenza nel settore della mediazione assicurativa (broker), avvenuto a seguito di trattativa privata, senza applicazione del D. Lgs. n. 157/1995, modificato dal D. Lgs. n. 65/2000, deducendo le seguenti censure:

-erronea presunta non onerosità del contratto di brokeraggio, ritenuto sottratto alla normativa nazionale, mentre, invece, si sarebbe in presenza di un vero e proprio servizio assicurativo, retribuito a percentuale sul premio pagato dalla AUSL; la gara, pertanto, andava sottoposta alle ordinarie procedure;

-violazione della LRA n. 15/26.4.2004, in punto di competenza dell'Ufficio unico degli acquisti ad autorizzare la gara.

La difesa dell'AUSL di Chieti eccepisce il difetto di giurisdizione, essendosi in presenza di un contratto d'opera professionale e non della concessione di un servizio pubblico, e, per l'ipotesi che si tratti di un appalto di servizi, il gravame sarebbe improcedibile per tardivo deposito.

La procedura seguita è la stessa che nel 2001 ha portato all'affidamento dell'incarico alla società ricorrente, che ha regolarmente partecipato alla nuova gara e, quindi, non può dolersi delle omesse pubblicazioni.

IL broker sarebbe un'attività di mediazione nello specifico settore assicurativo, di carattere fiduciario e ad elevato contenuto tecnico, che costituirebbe attività intellettuale d'opera professionale e non un appalto di servizi assicurativi (D. Lgs. n. 157/1995, cat. 6 dell'allegato 1); questi, invero, non sarebbe un agente di assicurazione, ma una figura tipica e sui generis (L. n. 792/1984).

Circa l'onerosità dell'incarico, si osserva come la teoria della traslazione del costo sul premio assicurativo pagato dall'AUSL è solo ipotetica, mentre in realtà esso grava sulle provvigioni dell'agente assicurativo; per quanto attiene alla mancata autorizzazione regionale, non trattandosi di un servizio pubblico, essa non occorreva, e, comunque, la nuova normativa era operante dal 22.11.2004.

_Preliminare è la questione di giurisdizione.

Questo Tribunale, con sentenza n. 406 del 2005, ha già osservato, in analogia fattispecie, come oggetto del gravame sia il provvedimento autoritativo unilaterale dell'AUSL, attinente ad una scelta di convenienza, riservato alla giurisdizione del G.A.; nella fattispecie si verte,

peraltro, in punto di interesse procedimentale a che l'assegnazione dell'incarico di brokeraggio avvenga per gara pubblica.

Rispetto alla precedente controversia, si è, invero, in presenza di una gara informale, con la scelta di un nuovo broker (e non di un rinnovo negoziato con il precedente assegnatario), ma la problematica concerne sempre le modalità di scelta del broker e la società ricorrente fa valere un interesse al rinnovo della procedura per via formale.

Premesso che l'azione dell'Amministrazione è stata improntata, nell'espletamento della trattativa privata, ai principi di trasparenza e di "par condicio", il Tribunale non può non riconoscere la sussistenza di un l'interesse strumentale a ricorrere, anche se, sul piano sostanziale, l'eventuale accoglimento non fa conseguire alcuna utilità diretta, ma solo il rinnovo della procedura; la società ricorrente, infine, avendo fatta una domanda di partecipazione "con riserva" di impugnativa, ha escluso ogni possibile acquiescenza.

In punto d'improcedibilità del ricorso, per tardività del deposito dello stesso (art. 23bis L. n. 1034/1971) oltre i dimezzati giorni =15= (24.11.2004), con notificazione avvenuta il 9.11.2004 (data di deposito presso l'ufficiale giudiziario per la notificazione), deve evidenziarsi come si sia in presenza di due diversi momenti di "efficacia" della "notificazione" (per il notificante ed il destinatario), ed occorre stabilire l'esatto "dies a quo" per il successivo deposito presso la segreteria del Tribunale.

IL perfezionamento in senso reale della notificazione è unico e deve essere sempre comprovato in giudizio (ricevuta di ritorno firmata o relata di consegna), ai fini della valida costituzione del contraddittorio, che coincide con la ricezione dell'atto da parte del destinatario, rappresentando il deposito all'ufficio notifiche un "effetto anticipato" per il notificante, per gli eventuali fini decadenziali, onde non far ricadere sulla parte gli errori e/o l'inerzia altrui.

Sa in dottrina, sia in giurisprudenza, si parla dell'esistenza di un "momento di scissione soggettiva" del procedimento di notificazione, che non esime il giudicante dal verificare che l'efficacia provvisoria per il notificante, si sia consolidata sul piano della validità processuale, con il perfezionamento della notificazione al destinatario (Cass. Civ. SS.UU. n. 458 -ord.- del 13.1.2005); pertanto, ad una interpretazione non necessariamente rigorosa e ragionevole, la decorrenza per il termine di deposito del ricorso, da parte del notificante, potrebbe essere riferito alla notificazione realmente perfezionata e valida.

Nella fattispecie, comunque, s'impugnano gli atti di una procedura informale e, poichè è l'oggettività del provvedimento impugnato a determinare la disciplina processuale, va fatto riferimento all'art. 21, comma 2[^], e non all'art. 23bis, L. n. 1034/1971.

Nel merito, le censure attengono alla scelta della trattativa privata, utilizzata in luogo della gara di appalto per il servizio "de quo", che avrebbe, stante l'ampiezza dei compiti previsti dal capitolato speciale allegato alla delibera n. 1647/2004 (studio delle esigenze assicurative, monitoraggio dei contratti, coperture eventuali di altri rischi, predisposizione dei capitolati di polizza, assistenza nelle fasi di gara pubblica ex D. Lgs. n. 157/1995, modificato con D. Lgs. n. 65/2000, consulenza di gestione del portafoglio, individuazione dei criteri per la valorizzazione del patrimonio mobiliare ed immobiliare dell'Azienda, adeguamento delle polizze, intera gestione dei sinistri, rendicontazione semestrale dei servizi svolti, eventuale riscossione dei premi ai sensi dell'art. 1761), la natura di "servizio assicurativo", retribuito a percentuale sul premio pagato (art. 13 capitolato, che richiama l'art. 1755, comma 2[^], c.c., e che pone il limite della provvigione al 15% ed 8% dei premi assicurativi per i due tipi di polizze: RCA/ARD ed RCA/ADR).

Le percentuali indicate supererebbero, secondo parte ricorrente, visibilmente la soglia comunitaria, se si considera l'ammontare complessivo dei premi previsti e già paganti negli anni pregressi; obiettivamente non vi è altro parametro di riferimento, anche se l'Amministrazione sarà libera di stipulare o meno, tutti e/o in parte, le diverse previsioni assicurative, sempre senza alcun obbligo verso il broker (Cass. Civ. I[^], n. 1991/1.2.2005); il riferimento, pertanto, è potenziale e collegato ai dati del capitolato speciale (art. 13).

Come precisato, l'interesse fatto valere dalla società ricorrente, che ha regolarmente partecipato alla gara informale, è quello di rimettere in discussione l'affidamento del "brokeraggio" con il rigoroso rispetto della procedura ad evidenza pubblica, ma i motivi di gravame, relativi alla mancata pubblicazione del bando di gara informale sulla G.U.C.E e sulla G.U.R.I., sono inammissibili, poiché trattandosi di una forma di pubblicità-notizia, la sua funzione era quella di ampliamento della conoscibilità, ai fini della partecipazione, e parte ricorrente non può dedurre alcuna doglianza in merito, essendo venuta a conoscenza del bando e fatta rituale offerta, essendo la riserva valutabile ai soli fini di escludere ogni acquiescenza.

IL “broker”, contratto di mediazione assicurativa per la gestione dei servizi assicurativi dell'AUSL, è ritenuto dall'ente “senza oneri ... nei limiti di quanto previsto dagli artt. 1755 e 1766 c.c. “, in quanto le provvigioni ed i rimborsi spese saranno posti a carico delle compagnie di assicurazione che stipuleranno i relativi contratti; parte ricorrente considera l'incarico comunque oneroso, stante il caricamento delle provvigioni sulle polizze di assicurazione, e, perciò, si tratterebbe di un vero e proprio appalto di servizi.

IL mediatore assicurativo o broker era definito dall'art. 1 della L. n. 792/28.11.1984, oggi abrogata dall'art. 354 del D. Lgs. n. 209/7.9.2005, come il soggetto che esercita professionalmente un'attività rivolta a mettere in diretta relazione con imprese di assicurazione, cui non è vincolato, i soggetti che intendono 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'art. 106 del D. Lgs. n. 209/7.9.2005 viene, invece, a qualificare l'attività d'intermediazione assicurativa come il “presentare o proporre prodotti assicurativi ... o .. 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 ... dei contratti stipulati”.

Essa è un'attività a titolo oneroso (art. 107), svolta sotto la vigilanza della Isvap e presuppone la iscrizione nel registro unico elettronico (art. 109).

In sintesi, il broker è un professionista esperto del ramo assicurativo, cui si rivolge chi sia interessato a stipulare contratti di assicurazione alle migliori condizioni, per casi particolarmente complessi; questi è un mediatore, ma non solo, poiché deve assicurare al cliente le migliori condizioni possibili, assisterlo nello svolgimento del rapporto e, quindi, è un professionista che svolge una particolare attività qualificata e fiduciaria, a contenuto chiaramente intellettuale, che presuppone un'esperienza ed un patrimonio culturale tecnico di sicura specializzazione, cui legittimamente la P.A. ricorre (Cass. Civ., III[^], n. 2416/7.2.2005).

In quanto tale, esso è configurabile come un contratto d'opera professionale, inerente ad un servizio assicurativo in senso ampio, ma sarebbe del tutto semplicistico qualificare il “broker” un servizio assicurativo al pari dell'attività di “agenzia”, che è tipicamente commerciale ed a servizio dell'assicurazione.

La stessa attività di mediazione del “broker”, invero, tende a scolorire, specie nei rapporti con la P.A., dovendo questi svolgere un’attività preliminare finalizzata alla stipula di contratti di assicurazione tramite gara.

L’art. 106 del D. Lgs. n. 209/2005 stabilisce esplicitamente che è “attività a titolo oneroso” e tale era anche in precedenza, essendo esercitata “professionalmente”; sulla onerosità del “brokeraggio” non vi è, pertanto, alcun dubbio, e, nel caso in esame, il punto non è la natura gratuita dell’attività svolta, bensì su chi farà carico la corresponsione della provvigione, notoriamente spettante all’agente di assicurazione; pacifico è, come da previsione di capitolato, che essa è stabilita a carico dell’assicuratore che risulterà vincitrice, nei contenuti limiti percentuali del 15% e/o 8% dei premi assicurativi per polizze, traslando la provvigione dagli agenti assicurativi al “broker”.

L’art. 1755 c.c. prevede che la provvigione è a carico delle due parti, ma ammette la possibilità di un patto diverso ed il giudice contabile (C. Conti, Lombardia, n. 1536/15.12.2004) ha avallato tale possibilità, evidenziando come l’entità della provvigione riconosciuta dalla compagnie di assicurazione ai broker, viene compensata dal mancato versamento “pro quota” della provvigione all’agente assicurativo, senza che vi sia un riversamento sui premi.

La tesi del pagamento indiretto e/o differito, cui ha fatto riferimento in modo tratizio la giurisprudenza (da ultimo C.G.A.S. n. 707/24.10.2005), rischia di essere un assioma senza logica, perchè è ipotesi meramente presuntiva e senza alcuna prova effettiva; essa non può costituire un valido argomento per sostenere la necessità di una procedura ad evidenza pubblica, anche perché le offerte delle compagnie di assicurazione sono sempre rimesse ad una gara pubblica e non è possibile stabilire “a priori” se l’assicurazione vi inserisca o meno il costo della provvigione, ordinariamente dovuta al proprio agente, e che, nella specie, viene dirottata, almeno “pro parte”, al “broker”.

Più realistica è, pertanto, la tesi della “non onerosità per l’amministrazione”, perché il “broker”, eliminando la necessità dell’azione dell’agente, subentra automaticamente nella provvigione di questi e, quindi, viene remunerato dalla stessa assicurazione vincitrice della gara, senza alcun ulteriore caricamento sui premi.

Sul piano di una corretta ermeneutica, infine, resta fondamentale la previsione contrattuale stabilita, quale elemento letterale oggettivo da cui non deve prescindersi, salvo comprovata simulazione, non dimenticando quelli che sono i notevoli vantaggi che consegue, non solo

l'Amministrazione, ma la stessa compagnia di assicurazione stipulante, il che giustifica ampiamente l'assunzione degli oneri di provvigione a suo esclusivo carico.

La trattativa privata, invero, è un istituto normativamente previsto (r.d. n. 827/1924, art. 92; l. n. 109/11, 2.1994, art. 7, comma 1[^], lett. b. D.Lgs. n. 157/95), quale ipotesi derogatoria, cui si fa ricorso "se ciò sia ritenuto più conveniente", interpellando sempre più ditte (canoni di trasparenza e parità di trattamento); quando poi si tratta di un servizio di tipo intellettuale, si può anche prescindere dalla pubblicazione del bando di gara, se la prestazione richiesta è di natura tecnica e si è in presenza di un particolare prestazione (art. 7, comma 1[^], lett. c., comma 2[^], lett. b.), che, come nel caso di specie, è nettamente propedeutica ed ausiliare per il successivo svolgimento di una ulteriore gara pubblica.

Deve, altresì, osservarsi che, nella fattispecie, il ricorso al "broker", per via informale, è attività che si ripete in analogia a quanto già avvenuto l'anno precedente, il che non significa che se si è errato una volta bisogna persistere, ma rappresenta un fatto sintomatico della continuità del carattere di attività "senza onere" per l'Amministrazione; se ciò è vero quando è stata vincitrice la società ricorrente, non si comprende perché dovrebbe essere diverso quando la medesima non risulta più essere affidataria dell'incarico.

Passando all'esame dell'ultimo motivo di gravame, circa la omessa richiesta di autorizzazione alla Regione Abruzzo (art. 32 LRA n. 146/1996, quale modificato dalla LRA n. 15/2004 – Ufficio unico degli acquisti), va detto che l'eventuale non osservanza della norma abilita il direttore generale a chiedere la risoluzione del contratto ed a far gravare le responsabilità patrimoniali sui soggetti che hanno operato "contra legem", ma la circostanza non è prevista come causa di illegittimità della delibera della AUSL.

Nella fattispecie, infine, mancando la dimostrazione di una spesa, non vi sono i presupposti per l'applicazione della richiamata normativa; va anche ricordato "ad abundantiam" che l'ufficio unico è diventato operativo in data 22.11.2004 e che la preventiva autorizzazione per il periodo transitorio e/o di attesa, non è stabilita dalla legge regionale, ma da una disposizione amministrativa della direzione sanitaria della regione Abruzzo, che, qualora avesse valore di norma interna, non prevede alcuna sanzione di nullità.

Conclusivamente, "res melius perpensa", il ricorso va respinto; la particolarità della fattispecie e l'incertezza determinata dalla giurisprudenza giustificano la compensazione delle spese di causa.

P.Q.M.

Il Tribunale amministrativo per l'Abruzzo, sezione staccata di Pescara,

-respinge il ricorso in epigrafe;

-spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Pescara nella camera di consiglio del 6 luglio 2006.

-Antonio CATONI presidente

-Dino NAZZARO consigliere estensore

IL Segretario di udienza

Publicata mediante deposito in segreteria in data 26.07.2006

IL Direttore di Segreteria