

Sentenza n.1012/2016 pubbl. il 29/03/2016

RG n. 8959/2007

Repert. n.1151/2016 del 29/03/2016

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE DI CAGLIARI

Sezione civile

Il Tribunale di Cagliari in persona del Giudice istruttore, dott.ssa Elisabetta Murru, in funzione di Giudice unico, ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile iscritta al n. 8959 del Ruolo Generale dell'anno 2007 promossa da:

*****, in persona del legale rappresentante, rappresentato e difeso dall'Avv. *****, presso il cui studio ha eletto domicilio,

ATTRICE

Contro

AZIENDA OSPEDALIERA *****, in persona del legale rappresentante prò tempore, rappresentata e difesa dall'Avv. Rosalia Pacifico, presso il cui studio ha eletto domicilio,

CONVENUTA

Causa in punto di risarcimento del danno da inadempimento contrattuale, trattenuta in decisione sulle seguenti

CONCLUSIONI

NELL'INTERESSE DELL'ATTRICE: "1) accertare e dichiarare: a) che la convenuta Azienda Ospedaliera *****, si è resa inadempiente all'obbligo assunto con il contratto di brokeraggio suindicato, variando unilateralmente il testo della clausola Broker e procedendo, autonomamente, alla stipulazione della polizza di assicurazione RCT/RCO, senza curare di far assumere all'assicuratore l'obbligazione di pagamento delle provvigioni del broker *****; b) che, di conseguenza, il broker ***** è stato indebitamente privato del diritto di percepire dall'assicuratore i compensi e provvigioni a lui dovuti"; 2) dichiarando l'Azienda Ospedaliera *****, obbligata a risarcire all'attrice ***** tutti i danni conseguenti a tale suo inadempimento nella misura di Euro 200.000,00 o in quell'altra somma maggiore e/o minore che risulterà dovuta in

causa, con rivalutazione monetaria, gli interessi legali tino al saldo e il maggior danno ex art. 1224 cod. civ. nella misura che il Tribunale riterrà più giusta ed equa riconoscere; 3) emettendo le consequenziali pronunzie di condanna a carico della convenuta Azienda Ospedaliera *****. Con vittoria di spese, competenze e onorari di lite"

NELL'INTERESSE DELLA CONVENUTA: "respingere ogni avversa domanda e mandare assolta la convenuta Azienda Ospedaliera ***** da ogni avversa pretesa, con vittoria di spese ed onorari"

MOTIVI DELLA DECISIONE

La ***** ha agito in giudizio nei confronti dell'Azienda Ospedaliera ***** , al fine di vedere accertato il proprio diritto al risarcimento del danno conseguente all'inadempimento della convenuta alle obbligazioni assunte col contratto di brokeraggio assicurativo intervenuto tra le parti, in esito ad apposita gara, in data 01.03.2005, per la durata di anni tre e opzione di rinnovo per ulteriore biennio (*v. delibera Azienda del 18.02.05 n.279 e relativi allegati doc.3; lettera del ***** del 01.03.05 doc.4*). In particolare ha richiamato il contenuto dell'art.6 del disciplinare di gara (*doc.1*) che recitava testualmente: *"l'attività del broker verrà svolta a titolo gratuito per l'Azienda, dato che il broker sarà remunerato, secondo consolidata prassi di mercato, dalle Agenzie delle Compagnie con le quali saranno stipulate le polizze"*. Tale norma, secondo l'attrice, poiché prevede espressamente la remunerazione del broker da parte della compagnia di assicurazione, sancisce implicitamente l'obbligo della mandante di inserire la c.d. "clausola broker" nei contratti di assicurazione da stipulare con le compagnie aggiudicatrici, al fine di assicurare al broker il compenso dovuto. Il contratto di brokeraggio assicurativo deve infatti considerarsi a tutti gli effetti come *"oneroso"* (D.lgs. 17.03.95 n. 157 e dai vigenti art.107 D.Lgs n.209/2005 e n. 163/2006).

Ha sostenuto doversi ritenere pacifico che la prestazione resa dal broker debba essere comunque remunerata a cura del soggetto assicurato, ovvero, in via differita, quando, avvenuta la conclusione della polizza con la compagnia assicuratrice (nella specie *****) divenga attuale la fase della corresponsione del "premio" assicurativo (su cui calcolare la provvigione), tra le cui componenti figurano le spese generali e la provvigione del broker (*v. In termini Cons. St. Sez. IV, 24.02.2000 n. 1019*).

Ha richiamato la più recente giurisprudenza amministrativa che, nell'affrontare il tema della natura giuridica e degli effetti della "clausola broker" inserita nei contratti di assicurazione, ha inquadrato la fattispecie negoziale del "contratto a favore di terzo", (il broker), disciplinata dagli artt. 1411 e segg. cod.civ. (v. in termini: TAR Lombardia, Sez. III 05.05.2011 n. 1177: TAR Piemonte, 02.04.2012 n. 388). E ciò in forza dei seguenti principi: a) onerosità del contratto di brokeraggio, che esclude che il broker possa eseguire le sue prestazioni con liberalità e "animus donandi", anche quando rende dette prestazioni a titolo gratuito nei confronti dell'Azienda assicurata (come nella specie); b) l'interesse dello stipulante (nella specie *****) a ricevere le prestazioni che il broker (*****) le deve rendere in esecuzione del contratto di brokeraggio a suo tempo concluso; c) doversi escludere che fra la compagnia di assicurazione e broker si instaurino rapporti di tipo contrattuale, giacché il terzo non diviene parte, né in senso formale né in senso sostanziale, del contratto che intercorre fra stipulante (*****) e promittente (compagnia assicurazione), essendo egli semplice beneficiario (creditore) della prestazione dovuta e che deve essergli versata dalla compagnia assicuratrice aggiudicataria e acquista il diritto alla prestazione verso il promittente (compagnia) per effetto della stipulazione; d) Anche se il corrispettivo al broker è versato dalla compagnia, tuttavia deve escludersi che lo stesso broker (*****), nella sostanza, sia spinto a curare gli interessi di quest'ultima anziché quelli dello stipulante *****. E, invero, se pur formalmente posto a carico della compagnia, il pagamento del compenso al broker, nella sostanza, grava pur sempre sullo stipulante (*****), giacché è ovvio che la compagnia di assicurazione calcolerà l'entità del premio comprendendovi tutti i costi e le spese generali relativi alla provvigione che è tenuta a corrispondere al broker.

Ha affermato di avere, al fine di sollecitare l'adempimento dell'azienda sanitaria, inviato una missiva in data 26.4.2005, con la quale, proprio in relazione alla polizza RCT/RCO, rammentava e raccomandava alla azienda di inserire nel relativo capitolato l'obbligo della compagnia assicuratrice di corrisponderle la provvigione dell'8% del premio imponibile (v. doc. 7 e 8 citazione), senza ottenere riscontro.

Ha evidenziato come l'omesso inserimento di tale clausola nel citato accordo

assicurando stipulato con ***** abbia precluso alla ***** di acquistare, verso questi ultimi, il diritto di credito alla provvigione come effetto diretto del contratto a suo favore.

Ha richiamato la pacifica giurisprudenza di legittimità secondo la quale, in tema di prova dell'inadempimento di una obbligazione, il creditore, che - sul presupposto dell'inadempimento del debitore - agisca per il risarcimento del danno conseguente, ha l'onere di provare soltanto la fonte negoziale del suo diritto limitandosi ad allegare l'inadempimento della controparte, su cui incombe l'onere della dimostrazione del fatto estintivo dell'altrui pretesa, costituito dall'avvenuto adempimento.

Ha sottolineato come la convenuta non abbia invocato alcun fatto estintivo e non abbia neppure contestato resistenza dell'obbligo di inserire la clausola broker nelle polizze assicurative. Ha evidenziato, inoltre, come non sia mai stata contestata alcuna negligenza all'attrice (alla quale è stato prorogato l'incarico per un biennio), posto che la difesa si fonda sull'assunto secondo il quale la ***** non avrebbe svolto alcuna attività di brokeraggio in relazione alle gare relative alle polizze "RCT/RCO", tenutesi secondo trattativa privata plurima, in ragione del fatto che il capitolato prevedeva "l'intervento eventuale del broker" per l'ipotesi in cui l'Amministrazione intendesse avvalersene, il che non sarebbe avvenuto.

Ha sostenuto doversi ritenere sussistente un incondizionato obbligo dell'azienda sanitaria di inserire la clausola broker nei contratti assicurativi che, una volta assunto (come nella specie), non può più essere legittimamente modificato *ad libitum*.

Ha affermato di avere sempre svolto l'attività di assistenza e consulenza a richiesta della azienda convenuta, continuativamente, anche per le citate polizze "RCT/RCO"- "trattativa privata plurima", a partire dal settembre 2004, fino all'aggiudicazione a ***** e oltre.

Ha quindi insistito per il riconoscimento delle pretese risarcitorie da inadempimento.

*

La convenuta si è costituita al fine di contestare il fondamento dell'avversa domanda.

In particolare ha ritenuto corretta la rappresentazione cronologica degli eventi e delle circostanze descritte nell'atto introduttivo, fatta eccezione per le seguenti

circostanze:

1) la scadenza delle polizze assicurative stipulate dall'Azienda *********, e relative ai rischi RCT/RCO, furto, incendio e infortuni, era fissata per le ore 24:00 del 31.01.2005.

Pertanto l'Azienda convenuta provvedeva ad indire una licitazione privata per l'affidamento dei servizi assicurativi, riunendo i rischi in un unico lotto (al fine di far riferimento ad una sola compagnia assicurativa, per ogni tipologia di rischio) e poneva, come premio annuo lordo a base d'asta, l'importo di euro 1.300.000,00 (in considerazione del fatto che nell'anno 2003 la spesa era stata complessivamente di circa euro 1.300.000,00). Veniva così richiesto alle compagnie partecipanti di rispettare, nella formulazione dell'offerta economica, i limiti relativi ai tassi annui lordi massimi, indicati per ciascuna tipologia di rischio (*16 promille sulle retribuzioni per la polizza RCT/RCO - 0,35 promille sulle somme assicurate per polizza incendio - 26 promille per polizza furto - 0,40 promille per polizza infortuni*). Ma alla scadenza per la presentazione delle offerte, fissata al 06.12.2004, non ne perveniva alcuna.

2) Dichiarata deserta la licitazione, l'Azienda convenuta procedeva perciò all'espletamento di una trattativa privata plurima (deliberazione n.2535 del 09.12.2004 -all.n.2), secondo quanto stabilito dall'art.7 comma 2, lett.a) del D.to Lgs 157/95, modificando anche alcune condizioni stabilite nei capitolati della gara precedente, *tra cui l'innalzamento del limite massimo del tasso annuo lordo sulle retribuzioni, per la polizza RCT/RCO, da 16 promille al 16.50 promille*, e invitava quindi le maggiori compagnie di assicurazione italiane, e alcune estere. Anche questo ulteriore tentativo non conduceva però all'affidamento dei servizi assicurativi, per cui alla scadenza per la presentazione delle offerte, fissata per il 10.01.2005, non ne perveniva alcuna.

3) Conseguentemente l'Azienda convenuta dava corso ad una più approfondita indagine conoscitiva del corrente mercato delle assicurazioni; così, tenuto conto delle osservazioni manifestate dalle diverse società assicurateci che erano state invitate a partecipare, nell'intento di favorire la partecipazione del maggior numero possibile di compagnie, si determinava ad apportare ulteriori e sostanziali modifiche rispetto all'impostazione della gara precedente.

Difatti, per autonoma ed esclusiva iniziativa dell'Azienda convenuta, veniva

eliminata la previsione del lotto unico, le tipologie di rischio venivano suddivise in quattro lotti aggiudicabili anche singolarmente, ed infine non venivano inseriti i già previsti limiti massimi, per i tassi annui lordi, e i premi annui, per singolo rischio a base d'asta.

4) Inoltre, tenuto conto delle persistenti difficoltà di addivenire alla stipula di una polizza RCT/RCO, oltre che di quanto emerso dall'approfondita indagine conoscitiva condotta sul mercato assicurativo, e quindi delle motivazioni oggettive che avevano impedito alle compagnie assicurative di proporre una quotazione, l'Azienda convenuta giungeva alla determinazione di modificare il capitolato speciale, introducendo un elemento di nuova previsione: la franchigia aggregata annua.

5) con deliberazione n.502 del 31.03.2005 (all.n.3), l'Azienda ***** provvedeva a indire una trattativa privata plurima per l'appalto dei servizi assicurativi relativi al rischio RCT/RCO, invitando sedici Compagnie Assicuratrici a presentare preventivo di spesa. Ma, tra tutte quelle invitate, perveniva nei termini di scadenza, unicamente l'offerta della Compagnia *****.

6) Considerato che le condizioni proposte dalla suddetta compagnia rispondevano pienamente alle esigenze di copertura assicurativa dell'Azienda Ospedaliera, unitamente al fatto che la stessa società assicuratrice proponeva delle migliori condizioni rispetto alle previsioni del capitolato generale, si procedeva perciò all'affidamento dei servizi assicurativi, relativi al rischio RCT/RCO, nei confronti della Compagnia *****.

7) più precisamente, senza alcun ausilio e intervento da parte del Broker *****, l'Azienda ***** giungeva alla stipula della polizza pluriennale RCT/RCO, ottenendo anche un notevole risparmio di risorse economiche. Infatti, il premio annuo lordo, che nel precedente anno 2004 ammontava complessivamente a circa euro 1.200.000,00, veniva fissato in euro 772.500,00, con una franchigia aggregata annua a carico dell'Azienda pari a euro 300.000,00. Inoltre il massimale aggregato annuo (massimo risarcimento annuo previsto) veniva pattuito in euro 25.000.000,00, anziché in euro 10.000.000,00, come invece stabilito in capitolato e con le precedenti polizze.

8) non risponde al vero che, *a seguito di richiesta verbale e in adempimento*

al mandalo di brokeraggio affidatogli, in data 08 marzo 2005, il broker ***** abbia trasmesso all'Azienda convenuta uno schema di stipula della polizza RCT/RCO, con franchigia aggregata e relativa clausola. Peraltro ed in ogni caso, ammessa e non concessa la sussistenza di tale circostanza, che comunque si contesta, una similare attività svolta dalla Società attrice certamente non ha riguardato la fattispecie di cui si discute, e difatti non sussiste alcuna prova in tal senso.

9) Ancora, non risponde al vero che *le clausole broker*, inserite nei vari capitolati per l'aggiudicazione delle polizze, prevedessero in ogni caso ed esplicitamente l'affidamento dell'incarico di brokeraggio alla *****. Difatti, nei capitolati speciali, la clausola broker ha sempre avuto il seguente tenore letterale: *"Alla Società di brokeraggio che verrà individuata da questa Amministrazione, nell'ipotesi in cui intendesse valersi di una consulenza esterna gratuita, è affidata la gestione e l'esecuzione della presente assicurazione... al broker eventualmente incaricato verrà riconosciuta una retrocessione provvisoria non superiore all'8-12% dei premi imponibili di cui al presente contratto"*. Ossia, nelle stesse clausole dei capitolati speciali, di cui alla deliberazione n.41 del 14.01.2005 (all. n.4), in realtà vi è solo la previsione di un intervento eventuale.

10) Ancora, l'art.6 del Disciplinare di gara riporta che *"L'attività verrà svolta a titolo gratuito per l'Azienda dato che il broker sarà remunerato secondo consolidata prassi di mercato dalle Agenzie delle compagnie con le quali saranno stipulate le polizze. Pertanto il servizio della presente gara non comporterà in nessun caso alcun onere economico a carico dell'Azienda e il broker non potrà pretendere alcun compenso ulteriore né rimborso spese di sorta..."*. Ossia, così come per comune prassi, e se mai fosse sorto, il vantato diritto alla corresponsione della provvigione in realtà avrebbe potuto essere azionato solo nei confronti dell'assicuratore, con il quale sono state stipulate le polizze.

11) la Società attrice afferma infondatamente che - per aggiudicare la polizza RCT/RCO di cui trattasi - fossero stati predisposti dalla Società attrice tre distinti capitolati, di cui il primo sarebbe stato utilizzato nella gara del 31.01.2005, oltre che in data 21.12.2004 e nella trattativa privata con la Società *****. Il secondo sarebbe stato invece utilizzato nella gara del

16.03.2005, con l'espressa previsione della menzione dell'affidamento dell'incarico di brokeraggio assicurativo alla *****, mentre il terzo sarebbe stato infine utilizzato per l'aggiudicazione della polizza alla Compagnia *****.

12) In realtà la previsione testuale prevede che *"...l'Amministrazione potrà eventualmente avvalersi del proprio broker"* (cfr. art.3). Non solo, e come la stessa controparte ammette e documenta (all.n.2 di controparte), la Società attrice si è trovata in condizione di *prorogato*, in rapporto all'Azienda convenuta, solo fino al 31.01.2005, per consentire la gestione delle polizze ancora in essere ed ha ottenuto la conferma dell'incarico, a seguito di nuova e successiva procedura di aggiudicazione, solo a far data dal 01.03.2005. Quindi, anche sotto il profilo temporale, quanto assunto e vantato dalla Società attrice risulta totalmente incongruente.

13) non risponde al vero che *"...Come è agevole desumere dalla lettura dei tre testi e dello stesso contratto dei ***** scaturito dalla trattativa privata plurima, l'attività di consulenza era stata svolta integralmente dal broker ***** , rimanendo invariata tutta la normativa contrattuale come da capitolato, parola per parola e anche refuso per refuso, stesa unicamente dalla ***** e che regola i rapporti tra Contraente e Assicuratore (nella trattativa privata plurima, rappresentante dei ***** e quindi controparte era l'Agenzia *****)..."*.

14) a tal proposito è necessario ricordare che la ***** - è il Broker Coverholders che ha curato il collocamento della polizza RCT/RCO n. 1530807, in nome e per conto dei *****, i quali peraltro agiscono esclusivamente tramite strutture accreditate, CovrHolders e Correspondents. Pertanto, solo la ***** agisce quale rappresentanza dei sottoscrittori ***** e ne è gestore di riferimento. E, in data 07.06.2005, la stessa ***** precisava quanto segue *"...1) al momento del primo esperimento di gara non era ancora stato conferito ufficiale incarico al Broker e comunque nel capitolato diramato dall'Azienda si faceva menzione di una eventuale presenza del consulente, per il quale poteva essere prevista una commissione non superiore ad 8% del premio imponibile; 2) la gara si è conclusa in prima battuta senza aggiudicazione del servizio. Successivamente, tramite una trattativa svoltasi tra la ***** e l'Azienda ***** quindi senza*

*intervento del consulente, si è proceduto ad elaborare un progetto per la garanzia della RCT/RCO che ha portato poi all'esperimento di una trattativa privata, conclusasi con l'aggiudicazione ai ***** per il tramite del ***** del servizio assicurativo RCT/RCO. 3) la Società ***** faceva inoltre presente che nella seconda versione del capitolato, quello poi utilizzato per la fornitura dell 'offerta definitiva, nulla è stato previsto quale compenso per l'attività del Broker il quale non ha effettivamente svolto alcuna attività né all'inizio per la redazione del capitolato e tanto meno per la risoluzione dei problemi sorti successivamente. Inoltre il capitolato stesso non prevede attività a carico del broker che possano dare luogo a richieste di compensi. 4) Di tale aspetto si è tenuto conto nell'effettuare la valutazione economica dell'offerta proposta. 5) Inoltre l'Azienda Ospedaliera ***** con propria comunicazione del 09.05.05 ha ritenuto opportuno chiarire ancora meglio la propria posizione nei confronti di questo argomento non lasciando più adito a fraintendimenti...".*

L'Azienda convenuta ha sottolineato come il brokeraggio si concretizzi in una messa in contatto tra contraenti, che è propria di quella attività di assistenza e consulenza, che distingue e caratterizza la mediazione assicurativa. Nella trattativa privata plurima con il rappresentante dei ***** le modalità prescelte, e condotte esclusivamente dall'Azienda con l'Agenzia ***** non hanno reso necessaria l'interposizione del broker, e tanto meno la sua opera di mediazione e/o prestazione di attività di assistenza/consulenza, che in verità mai sono state svolte. Conseguentemente, a favore della Società attrice, alcun diritto al compenso è sorto da parte dell'assicuratore, che non ha richiesto detta opera, né tanto meno, e per tutto quanto fin qui esposto, alcun onere e/o obbligo può quindi essere sorto a carico dell'Azienda convenuta. In definitiva, quest'ultima mai ha ricevuto alcuna prestazione, per il caso di cui trattasi, dalla Società attrice, né d'altra parte vi è alcun principio di prova che la stessa abbia svolto qualsivoglia attività, per quanto qui ci interessa, a favore dell'Azienda ***** li come peraltro condiviso da una consolidata giurisprudenza della Suprema Corte "...Pur riconoscendo i limiti della formula legislativa, va sottolineato che l'attività di mediazione costituisce dato ineliminabile della figura del broker e rappresenta termine di riferimento obbligatorio di ogni ricostruzione sistematica..." (Cfr. Cass. Civ. Sez. III 07.12.05 n.2416). Per stessa ammissione di controparte, le prestazioni

della Società attrice, pur qui contestate integralmente nella loro sussistenza e quindi nell'an e nel quantum, sarebbero consistite solo in attività di consulenza ed assistenza; conseguentemente non essendo stata svolta alcuna attività di intermediazione per la stipulazione del contratto di assicurazione *de quo* deve escludersi che la fattispecie di cui trattasi possa essere ascritta alla categoria del brokeraggio (cfr. T.A.R. Lombardia Sez. I 20.08.1999 n.2973), con tutte le necessarie ed inevitabili conseguenze di legge, ossia la totale estraneità dell'Azienda convenuta alla responsabilità configurata da controparte e quindi alle connesse domande formulate. In definitiva l'Azienda convenuta contesta in fatto ed in diritto l'avversa, pretesa in quanto totalmente destituita di fondamento. Ha contestato infine che l'attrice abbia riportato i pretesi danni.

*

All'esito dell'istruttoria la parte attrice ha ribadito le proprie pretese e, in particolare, ha sottolineato:

- a) che il testo della polizza ***** è la fotocopia del testo del bando di gara "RCT/RCO", andata deserta e predisposto da ***** (*doc. 13 citazione e doc. n.29 memoria convenuta*);
- b) che dal carteggio epistolare in atti, intercorso tra ***** e la convenuta Azienda - segnatamente coi funzionari ***** e ***** - risulta che a partire dal settembre 2004 la ***** ha svolto una complessa attività, quale broker, a seguito delle richieste via via avanzate dalla convenuta;
- c) che Samar ha sempre continuato a prestare e svolgere la sua peculiare attività di consulenza e assistenza quale broker, in esito alle ripetute richieste avanzate dal ***** in occasione delle varie gare, come testimoniato dai FAX e dalle Mail intercorsi con l'azienda ***** , tramite i funzionari ***** e ***** (*v. documenti da 1 a 20 della n/s memoria*). Da essi emerge la redazione di capitolati, la trasmissione degli stessi alle compagnie interessate alle gare, l'elenco e lo stato dei sinistri dell'azienda ***** (dato essenziale per consentire alle compagnie di partecipare alle gare d'appalto), il parere sul massimale nella polizza RCT/RCO etc. (*v. doc. 19*);
- d) che la predetta complessa e continua attività svolta da ***** quale broker trova definitiva incontestabile conferma nella lettera circolare datata 5 aprile 2005 (*v. doc. 18*), inviata alle Ditte interessate a partecipare alla

"trattativa privata plurima per i servizi di RCT/RCO", con la quale, il Dr. ***** - Dirigente Amministrativo - precisava testualmente che, a "a seguito di chiarimenti richiesti da una Compagnia partecipante relativamente all'art. 3 del Capitolato Speciale, si informa che questa Amministrazione affiderà la gestione della polizza in parola al proprio broker il cui incarico è stato affidato a titolo totalmente gratuito. Si precisa che l'attuale broker è la ***** di Cagliari". L'***** , quindi, contrariamente a quanto assume in causa, per l'affidamento della polizza suddetta, riconosce ***** quale suo broker a cui è affidata la gestione della polizza stessa;

e) che ***** , in sede di escussione testimoniale, ha precisato: - che la ***** aveva ricevuto l'incarico del servizio di brokeraggio a titolo gratuito; - che il compenso al broker doveva essere pagato dall'assicuratore aggiudicatario, per cui, in ogni bando, veniva indicato il nominativo del broker; - che ciò veniva fatto anche nei casi in cui la Samar non aveva svolto alcuna collaborazione con lo specifico bando. Tale rilevante ammissione, anche ammesso e non concesso che ***** non abbia svolto alcuna attività di brokeraggio, come l'Azienda assume, comprova, ulteriormente, l'obbligo incondizionato assunto dall'Azienda di inserire, comunque, la clausola broker, col nominativo del broker, nei contratti assicurativi a prescindere dall'attività concretamente svolta dal broker stesso, così smentendo, ancora una volta, quanto da essa dedotto nella sua comparsa di risposta. Lo stesso teste, infine, a domanda, ammette che nel bando del marzo 2005, a differenza di quanto fatto nei precedenti bandi, non fu indicata la percentuale da calcolarsi sull'ammontare complessivo del contratto e che sarebbe spettata come compenso al broker e precisa testualmente: "Tale omissione non aveva alcun significato, particolare, ritengo sia stata una dimenticanza". Viene così implicitamente confermato, ancora una volta, l'obbligo della convenuta di inserire la clausola broker nei contratti con le compagnie assicuratrici, ma da essa non adempiuto nel bando del 2005, solo per sua riconosciuta grave negligente dimenticanza. Alla luce di quanto sopra, rimane provato, in fatto e sul piano contrattuale, il comportamento gravemente negligente dell'Azienda sfociato nel dedotto colpevole inadempimento;

f) che di contro le dichiarazioni della teste ***** si palesano contraddittorie e, a dir poco, inattendibili, posto che contrastano con le dichiarazioni del ***** e col carteggio in atti. In particolare la teste afferma

di non avere mai preso visione dei fax che risultano regolarmente ricevuti (*v. doc. 1-3-4, memoria*).

Ha quindi ribadito che nonostante l'Azienda convenuta aveva assunto l'obbligo di inserire la "*clausola broker*", "*secondo prassi di mercato*", nei contratti di assicurazione - a prescindere dall'attività concretamente espletata - nella gara d'appalto sfociata con l'aggiudicazione a ****** tramite ******, "*per dimenticanza*" (*a detta del teste ******), ha colpevolmente omesso di inserirla nel relativo contratto di assicurazione con *******, così precludendo il sorgere, in capo a *******, del diritto di credito alla provvigione.

*

La causa è stata istruita con prove documentali e prova per testi.

Deve in buona parte condividersi l'inquadramento sistematico del contratto di "brokeraggio" intercorso tra le parti in causa, nei termini prospettati dalla parte attrice, in conformità agli insegnamenti della suprema Corte di legittimità. In particolare la Corte ha chiarito che "*Il broker assicurativo svolge un'attività che, pur connotata da profili di intellettualità, risulta riconducibile alla mediazione in forma di impresa commerciale, e che, non risultando astrattamente incompatibile con le procedure ad evidenza pubblica, può essere legittimamente svolta in favore della P.A. o di un ente pubblico allo scopo di garantirli ed assisterli nella stipula di un contratto di assicurazione, "sub specie" di una collaborazione esterna la cui fonte è legittimamente identificabile (non nell'art.380 del d.P.R. n.3 del 1957, ma) nell'art. 9 del D.Lgs. n.80 del 1998*".

La Corte, con la decisione citata, ripercorre "l'ingresso ufficiale nell'ordinamento del broker di assicurazioni" (già presente nella realtà economico - sociale) fin dalla L. 792/1984, la quale all'art. 1 recita; "*è mediatore di assicurazione e riassicurazione, denominato anche broker; chi esercita professionalmente attività rivolta a mettere in diretta relazione con imprese di assicurazione e 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 contatti e collaborando eventualmente alla loro gestione ed esecuzione*". La Corte appare critica nei confronti della formula legislativa, che stigmatizza come foriera di

ulteriori contrasti tra: a) la tesi del contratto di *brokeraggio* come contratto innominato misto, frutto della combinazione dei contratti tipici della prestazione di opera intellettuale e della mediazione nell'accezione fiduciaria o unilaterale; b) la tesi secondo la quale al momento della consulenza assume un ruolo di importanza tale che il contratto di *brokeraggio* va qualificato attraverso lo schema di quello di opera intellettuale con assegnazione di un ruolo strumentale ed accessorio all'attività di intermediazione del broker; c) la tesi del *brokeraggio* da ricondursi allo schema mediatizio, mentre l'attività di assistenza e consulenza deve essere ricondotta ad un ruolo meramente subalterno; d) la tesi dell'attività di *brokeraggio* come prestazione di servizi (nella forma del contratto di opera o dell'appalto a seconda delle dimensioni dell'impresa), presentando caratteristiche inconciliabili con il rapporto di mediazione soprattutto per quanto riguarda il requisito dell'imparzialità; e) la tesi del contratto di *brokeraggio* da ricomprendersi nell'area delle prestazioni professionali intellettuali qualificate come impresa di produzione di servizi.

La Corte inoltre, pur riconoscendo i limiti della formula legislativa, sottolinea *"che l'attività di mediazione costituisce dato ineliminabile della figura del broker e rappresenta termine di riferimento obbligatorio di ogni ricostruzione sistematica"*.

Nel caso concreto l'art.6 del disciplinare di gara (*doc.1*) recitava testualmente: ***"l'attività del broker verrà svolta a titolo gratuito per l'Azienda, dato che il broker sarà remunerato, secondo consolidata prassi di mercato, dalle Agenzie delle Compagnie con le quali saranno stipulate le polizze"***. Tale norma, secondo l'attrice, prevedendo espressamente la remunerazione del broker da parte della compagnia di assicurazione, sancisce implicitamente l'obbligo della mandante di inserire la c.d. "clausola broker" nei contratti di assicurazione da stipulare con le compagnie aggiudicatrici, al fine di assicurare comunque al broker il compenso.

Tanto premesso, occorre chiarire che non è contestata la vigenza - al momento della stipula del contratto di assicurazione tra l'Azienda e l'assicuratrice ***** - di un rapporto contrattuale di brokeraggio assicurativo tra le parti in causa (vigente dal 1° marzo 2005), La parte convenuta non contesta l'esistenza dell'accordo, contesta che sia dovuto alcunché alla ***** in relazione alla fornitura di servizi assicurativi relativi al rischio RCT/RCO

deliberata in data 22.4.2005 in favore dei *****, in quanto la ***** non avrebbe contribuito in alcun modo alla conclusione dell'accordo. In particolare afferma doversi attribuire il conseguimento dell'aggiudicazione del contratto assicurativo a studi e valutazioni effettuate in proprio dall'azienda, senza l'ausilio del broker.

Di contro l'attrice sostiene: a) da un lato la sussistenza dell'obbligo incondizionato per l'azienda di garantire al broker il compenso (a prescindere dall'attività concretamente svolta per il singolo contratto di assicurazione) e, dall'altro, b) di avere comunque maturato tale diritto avendo prestato la propria collaborazione anche con riferimento al contratto con i *****.

Deve pertanto aversi riguardo al contenuto dell'accordo tra le parti al fine di evidenziare come il compenso fosse dovuto al broker soltanto in ipotesi di effettiva prestazione del servizio di brokeraggio e non a prescindere da questo. In tal senso le dichiarazioni del teste ***** appaiono del tutto irrilevanti. Dal contenuto del bando di gara (artt. 2, 4 e 6) emerge come la remunerazione - a carico delle compagnie di assicurazione sia stata correlata all'attività di consulenza secondo una serie di prestazioni minime (art. 2) e con l'assunzione di una serie di specifici obblighi (art. 4). All'art. 1 il bando di gara indicava come oggetto ***"l'affidamento dell'incarico di consulenza e di brokeraggio assicurativo, ai sensi dell'art. 1 della L.28.11.1984 n. 792, finalizzato all'assistenza nella determinazione del contenuto dei contratti assicurativi inerenti i rischi che l'azienda intende coprire ed alla collaborazione per la loro gestione ed esecuzione, oltre all'erogazione di tutti gli altri servizi, in primo luogo quelli consulenziali, tipici dell'attività di mediazione assicurativa"***..

Una differente interpretazione - laddove venisse riconosciuto il diritto del broker ad ottenere una provvigione anche in relazione a contratti assicurativi per la stipula dei quali non abbia prestato la propria opera - farebbe conseguire al broker ingiustificati vantaggi patrimoniali in assenza di controprestazione, in tal senso la giurisprudenza di legittimità ha chiarito che la stipula in proprio dei contratti assicurativi da parte dell'assicurato determina l'insorgere di un diritto al risarcimento del danno nei confronti del broker laddove quest'ultimo *"abbia svolto un'attività di collaborazione intellettuale con un soggetto assicurando, in vista della copertura di rischi assicurativi e per la stipula di futuri contratti di assicurazione"* (Cass. Sez. 3, Sentenza n.8056 del 31 /03/2007).

Deve pertanto condividersi l'assunto della convenuta secondo il quale la stipula dell'accordo di brokeraggio da un lato non imponeva all'azienda di avvalersi necessariamente del broker e, dall'altro, non garantiva al broker la provvigione *ex se*, ma soltanto laddove avesse prestato la propria collaborazione.

*

La decisione del giudizio impone pertanto di verificare se la parte attrice abbia dimostrato di avere prestato attività di consulenza e intermediazione in relazione al contratto assicurativo in esame.

L'incarico di brokeraggio (doc. 3), conferito in ragione del bando di gara del 15.12.2004 (doc. 1), con delibera del 18.2.2005 (doc. 3), ha decorrenza dal 1.3.2005.

La delibera con cui la Azienda ***** ha aggiudicato la fornitura dei servizi assicurativi ai rischio RCT/RCO per la durata di tre anni ai ***** a decorrere dal 30.4.2005, o del 22.4.2005 (delibera n° 620, come indicato nel doc. 9 di parte attrice, proveniente dalla convenuta). Con nota del 27.4.2005 il direttore generale della Azienda *****, con riferimento alla Polizza RCT/O afferma non essere stato conferito alcun formale incarico alla Samar dalla metà del 2004. Precisa essere stata richiesta l'elaborazione dei capitolati speciali per ogni singolo rischio e assistenza dei capitolati speciali per ogni singolo rischio e assistenza nelle relative procedure dal novembre 2004 al marzo 2005. Ma sostiene non esservi stata da parte della ***** alcun apporto con riferimento alla predisposizione dell'ultima gara, da ritenersi frutto esclusivo dell'attività dei funzionari dell'azienda.

Con l'atto di citazione sono state prodotte missive successive alla ricezione dell'offerta dei *****. In particolare dal 26.4.2005 in poi (docc. 7 e ss.) la ***** ricorda all'azienda sanitaria di inserire la clausola broker nell'accordo con l'assicuratore e l'azienda sanitaria sostiene di non avere conferito alcun incarico alla ***** con riferimento alla polizza RCT/O (doc. 14). In particolare nella missiva del 9.5.2005, indirizzata ai ***** , la ***** scrive: "in data recente l'Azienda ***** ha tenuto una trattativa privata che faceva seguito ad altre gare aventi ad oggetto il medesimo fine e cioè la copertura dei rischi di RCT/O dell'Azienda, che sin dal 2002 erano stati da noi curati sotto tutti quei profili che caratterizzano la nostra specifica attività. Proprio in quest'ultima gara l'Azienda ha ritenuto di modificare il testo

della Clausola Broker - omissis - riservandosi di avvalersi o meno del proprio professionista, né indicando la relativa provvigione che ci sarebbe dovuta essere riconosciuta, caso mai la riserva fosse stata sciolta positivamente: nello stesso tempo l'Azienda ha inviato alle Compagnie invitate una comunicazione nella quale si precisava che la gestione di questa polizza sarebbe stata affidata alla *****. Ciò premesso, sperando di aver chiarito a sufficienza il percorso abbastanza singolare della fattispecie ci rivolgiamo a voi - omissis - per sapere se rientri nei Vs. programmi riconoscerci l'aliquota provvigionale figurante negli altri bandi di gara (8% sull'imponibile), ben sapendo peraltro di non poter vantare alcun diritto al riguardo".

In risposta a tale missiva i ***** , in data 7.6.2005, affermano: "1) al momento del primo esperimento di gara non era ancora stato conferito ufficiale incarico al Broker e comunque nel capitolato diramato dall'Azienda si faceva menzione di una eventuale presenza del consulente, per il poteva essere prevista una commissione non superiore ad 8% del premio imponibile; 2) la gara si è conclusa in prima battuta senza aggiudicazione del servizio. Successivamente tramite una trattativa svoltasi tra noi e l'Azienda quindi senza intervento del consulente, si è proceduto ad elaborare un progetto per la garanzia della RCT&O che ha portato poi all'esperimento di una trattativa privata, conclusasi con l'aggiudicazione ai ***** per il tramite di ***** , del servizio assicurativo RCT&O. 3) facciamo inoltre presente che nella seconda versione del capitolato, quello poi utilizzato per la fornitura dell'offerta definitiva, nulla è stato previsto quale compenso per l'attività del Broker il quale non ha effettivamente svolto alcuna attività a carico del Broker che possano dare luogo a richieste di compensi."

Dal tenore di tali ultime due missive emerge con evidenza che la ***** non ha avuto alcun contatto diretto nella fase delle trattative con i ***** , ai quali conferma di non avere alcun diritto nei loro confronti.

Resta da comprendere se possa ritenersi sussistente la prova dell'intervenuta collaborazione del broker nella trattativa privata plurima alla quale ha fatto seguito l'aggiudicazione ai *****.

A tali fini occorre esaminare la documentazione depositata dalla parte attrice con le memorie istruttorie.

Poiché non è contestato che la ***** abbia predisposto i capitoli di

gara utilizzati per la gara e la trattativa privata andate deserte (che hanno preceduto l'aggiudicazione per cui è causa) la principale ragione di contrasto attiene alla c.d. "clausola aggregata annua" di cui sia il il broker sia l'azienda sanitaria si attribuiscono la paternità.

L'attrice sostiene di avere suggerito di apporre al capitolato speciale la clausola con "franchigia aggregata annua" - che costituisce una delle principali differenze rispetto al contenuto dei capitolati delle gare rimaste deserte - e, a sostegno di tale tesi, ha prodotto una missiva datata 8.3.2005 unitamente a due allegati (doc. 6 allegato all'atto di citazione).

La parte convenuta ha contestato la ricezione di tale nota fin dalla comparsa di costituzione.

Con le memorie ex art. 183 c.p.c. la parte attrice ha documentato la trasmissione via fax nota dell'8.3.2016 contenente la proposta di "clausola con franchigia aggregata" (doc. 16).

Sul punto il teste ***** - dipendente dell'azienda sanitaria - ha sostenuto che l'iniziativa della "franchigia aggregata" fu dell'azienda sanitaria e non del broker, affermando di non avere ricevuto la missiva citata.

La tesi della parte attrice, circa la paternità della clausola decisiva per la stipula della polizza assicurativa, non trova conferma nella documentazione in atti.

L'esame del capitolato speciale per cui è causa (doc. 3 allegato alle note del 18.2.2008) consente di evidenziare come la clausola per la "franchigia aggregata e gestione della stessa" abbia caratteristiche considerevolmente differenti rispetto a quella proposta dalla ***** con la note dell'8.3.2005.

In particolare nell'allegato alla nota del 8.3.2005 si legge: *"Qualora l'assicurato/contraente decida di optare per la condizione della franchigia aggregata, diventa valida ed operante la seguente clausola: franchigia annua in aggregato - gestione dei sinistri in franchigia. La polizza prevede una franchigia annua in aggregato (ossia la somma di tutti gli importi che, in forza della presente pattuizione, resteranno a carico dell'Assicurato/contraente, non conteggiandosi tra essi le franchigie e scoperti già regolamentati dalla polizza) di € 100.000,00; ciò premesso, la gestione dei sinistri avverrà con le seguenti modalità: 1) La Compagnia provvedere alla gestione di tutti i sinistri, fino alla loro definizione, secondo le usuali procedure, che daranno luogo al loro posizionamento come:*

- a) Senza seguito, nel caso di non risarcibilità ai sensi di polizza
- b) Riserva, nel caso si debba andare in giudizio, o non si possa, in base agli elementi di cui si è in possesso, quantificare, il danno
- c) Transazione, quando sia possibile un accordo transattivo con la controparte - omissis ".

All'art. 24 del capitolato, alla voce "franchigia aggregata e gestione della stessa" si legge: *"l'assicurazione è prestata nell'intesa che una parte del rischio viene sostenuta dal contraente stesso a titolo di franchigia aggregata annua quale definita in questo capitolato. Nel comune interesse le parti convengono di adottare le seguenti modalità per una gestione appropriata della franchigia aggregata, da svolgersi in reciproca collaborazione tra gli uffici competenti del contraente e la società. 1) all'inizio di ogni periodo assicurativo annuale il contraente istituisce un apposito fondo per un ammontare pari alla franchigia aggregata. Il fondo è destinato esclusivamente al pagamento dei risarcimenti pertinenti al rispettivo periodo assicurativo. 2) il fondo è gestito dal contraente stesso. 3) la trattazione e definizione di ogni sinistro, debitamente denunciato alla società, è condotta dagli uffici competenti del contraente con il concorso delle società. 4) ogni pagamento è effettuato quanto prima -omissis - 5) ogni pagamento va a ridurre il fondo della franchigia aggregata. Gli eventuali maggiori costi dovuti a mancato pagamento, oppure a pagamento tardivo o parziale, restano a totale carico del contraente e non vengono conteggiati ai fini della riduzione del fondo della franchigia aggregata. 6) quando il contraente e la società hanno verificato che tutti i sinistri di un periodo assicurativo sono definiti e pagati, se il fondo della rispettiva franchigia aggregata non è esaurito, l'importo rimanente viene incamerato dal contraente. 7) Quando invece i pagamenti eseguiti esauriscano la franchigia aggregata, si estingue la parte di rischio sostenuta dal contraente e tutti gli ulteriori risarcimenti per sinistri pertinenti al periodo assicurativo considerato saranno pagati dalla società fino a concorrenza dei massimali convenuti. Si conviene di applicare una franchigia aggregata annua di minimo € 300.000,00 e un massimo di €500.000,00".*

Il peculiare contenuto dell'art. 24 del capitolato speciale di appalto citato non appare correlabile al contenuto della nota inviata da ***** in data 8.3.2005, del tutto differente.

Né può ritenersi che la sola ipotesi di introdurre una clausola per la franchigia aggregata costituisca *ex se* una idea del tutto originale, posto che l'istituto in questione è ben noto nel settore assicurativo (pur potendosi atteggiare con differenti modalità).

Occorre quindi comprendere se la ***** abbia avuto un ruolo causale nella stipula dell'accordo assicurativo ovvero se abbia in qualche modo partecipato alla determinazione dell'art. 24 del capitolato. In proposito appare evidente che detta clausola - come evidenziato dalla parte convenuta - costituisca il *quid pturis* che ha indotto la compagnia di assicurazione ad effettuare l'offerta. Non può infatti non considerarsi che le precedenti gare e trattative private erano andate a vuoto, poiché rimaste senza offerenti.

La parte attrice - oltre ad avere sostenuto la sussistenza del diritto alla provvigione *ex se* stante la vigenza del contratto di brokeraggio - ha affermato di avere apportato un decisivo contributo alla stipula dell'accordo suggerendo, a modifica dei precedenti capitolati speciali, la possibilità di applicare una franchigia aggregata.

Se deve escludersi - per le ragioni di cui si è detto - che la provvigione spetti al broker a prescindere dall'attività specificamente prestata per la stipula del contratto, deve aversi riguardo in concreto all'attività svolta dal ***** in relazione al singolo contratto assicurativo.

Nel caso di specie l'attività specificamente indicata dalla ***** come finalizzata alla stipula del contratto di assicurazione per la responsabilità civile è individuata nella clausola per la "franchigia aggregata". Non potendosi attribuire all'attrice tale fondamentale contributo, non può neppure ritenersi che avesse diritto al compenso provvigionale.

Neppure può aversi riguardo all'attività preparatoria svolta con riferimento alle precedenti gare rimaste deserte (peraltro svolte nella vigenza di un precedente contratto che non è agli atti o addirittura, durante un periodo in cui il contratto di brokeraggio del 2002 era scaduto).

Deve pertanto ritenersi che, non essendo risultata dimostrata la riconducibilità al broker di un rilevante contributo alla stipula del contratto di assicurazione per la responsabilità civile, non possa ritenersi sussistente la pretesa per cui è causa.

All'insussistenza del diritto alla provvigione consegue il rigetto della domanda risarcitoria da inadempimento.

Le spese seguono la soccombenza e devono essere poste a carico della parte attrice.

La liquidazione dovrà essere effettuata, ai sensi del DM 10 marzo 2014, immediatamente applicabile (ai sensi dell'art. 28 del medesimo decreto) alle liquidazioni successive alla sua entrata in vigore. La liquidazione dovrà essere effettuata, in ragione del valore della domanda, secondo importi prossimi ai valori medi indicati nella tabella allegata al DM citato per i giudizi di cognizione di valore compreso tra 52.000,00 € e 260.000,00 €, per complessivi 13.430,00 €, oltre spese generali e accessori di legge.

P.Q.M

Il Tribunale, definitivamente pronunciando, nella causa n° 8959/2007, disattesa ogni contraria istanza, eccezione e deduzione,

- 1) rigetta le domande di parte attrice;
- 2) dichiara tenuta e condanna la parte attrice alla rifusione delle spese di lite in favore della parte convenuta, spese che liquida in complessivi € 13.430,00 per compensi professionali, oltre spese generali e accessori di legge.

Così deciso in Cagliari il 22 marzo 2016

Il Giudice

Dott.ssa Elisabetta Murru