

F. Botteon (www.appaltiecontratti.it 4/6/2008)

Certificazione di prodotto e il caso del fornitore non produttore

È pacifico che la fornitura possa consistere legittimamente anche nella consegna di cose non prodotte dal fornitore stesso e che quindi il partecipante ad una gara di forniture non sia il produttore delle cose da fornire ma sia mero intermediario/commerciante: l'art. 3, comma 10 e comma 19 non restringono in nessun modo la fornitura a quella proveniente dal produttore.

Nell'art. 118, comma 1, laddove stabilisce che la fornitura (come gli altri appalti) deve essere eseguita in proprio dall'aggiudicatario, non si riferisce alla produzione del bene ma alla consegna, che è il contenuto funzionale specifico di tale fattispecie contrattuale, irrilevante essendo la provenienza del bene.

La restrizione della concorrenza che si avrebbe ammettendo solo imprese produttrici, con esclusione dei meri intermediari, sarebbe del resto del tutto priva di ratio ed anche fondamento positivo chiaro.

È noto altresì che le certificazioni di prodotto sono rilasciate a nome del produttore (non certo al mero commerciante).

Può quindi porsi il caso che un partecipante ad una gara per la quale il bando richiede la fornitura di prodotti certificati non sia intestatario della certificazione del prodotto da fornire.

Cosa succede in tal caso?

La giurisprudenza anche recente ha tranquillamente risolto il problema ritenendo perfettamente ammissibile sia la scissione tra la qualità di produttore e quella di fornitore/concorrente, sia la produzione in gara della mera certificazione del produttore.

Si vedano in tal senso Cons. St. 6419/06; Tar Veneto 4084/05.

Il Consiglio di Stato arriva a ritenere, in omaggio—si ritiene—alle esigenze di tutela di concorrenza, che la categorica previsione dell'art. 9 dpr 573/94 (abrogato dal codice), il quale disponeva che in caso di forniture di prodotti altamente tecnologici l'amministrazione ammetteva ditte certificate, andava riferita alle imprese produttrici, nel senso che era sufficiente che venisse in gara dimostrata la certificazione dell'azienda produttrice potendo il concorrente non essere affatto produttore.

Il Tar Veneto, a sua volta, con la ricordata pronuncia n. 4084/05 (molto interessante ai nostri effetti dal momento che esamina un caso in relazione al quale si poneva la distinzione tra certificazione d'azienda e certificazione di prodotto) afferma categoricamente che i concorrenti “ben potrebbero essere ditte che non producono ma che si limitano a commercializzare i prodotti oggetto della fornitura” e ammette “tranquillamente” la presentazione in gara della certificazione, senza alcuna ulteriore formalità.

Ci si permette di osservare che l'indirizzo appare sacrosanto: semplice, razionale, equilibrato nel contemperare le esigenze di tutela di sicurezza del prodotto e quelle di concorrenza.

Ma vi è sempre chi complica la vita (legislatore compreso, anche comunitario) e immagina addirittura che non basta dimostrare (in gara o anche dopo, come si ritiene e si dà sotto) la certificazione della ditta produttrice e arriva a richiedere che, in sede di gara, non basta dimostrare la certificazione del prodotto realizzato da terzi ma occorre anche dimostrare, con le rigorose forme dell'art. 49 d.lgs. 163/06, il rapporto tra concorrente e terzo e la concreta possibilità di utilizzazione dei beni del terzo.

A far sollevare il dubbio (ma è solo un dubbio) sta l'art. 42, comma 1, lett. m), d.lgs. 163/06, il quale, in (non perfetta) attuazione del disposto dell'art. 49 dir. 2004/18, prospetta l'elemento della certificazione come possibile requisito di capacità tecnica (senza considerare in nessun modo, come si vedrà, l'ipotesi della scissione tra fornitore e produttore, che è l'unico che può essere intestatario di certificazione di prodotto).

Va detto per inciso che tale previsione sembra confondere elementi oggettivi (certificazione di prodotto) e soggettivi (capacità tecnica): la norma sarebbe stata comprensibile se avesse fatto riferimento a certificazione dell'azienda (produttrice), che è sicuramente elemento che evidenzia una capacità tecnica soggettiva, e non alla certificazione del prodotto, che è cosa diversa e che è oggetto di sistemi di certificazione diversi.

Certo in ogni caso che la prospettazione del certificato di prodotto come elemento di dimostrazione di capacità tecnica (elemento soggettivo) aprirebbe la strada all'applicazione dell'art. 49 d.lgs. 163/06: se la certificazione di prodotto (o dei beni, come dice l'art. 42, senza peraltro nemmeno specificare se si deve trattare dei beni da fornire o di beni qualsiasi di produzione del fornitore) è requisito di capacità tecnica potrebbe ritenersi da un lato ammesso, dall'altro lato necessario (per il concorrente che non abbia tale capacità) di avvalersi nei termini e nelle rigorose condizioni di cui all'art. 49 d.lgs. 163/06 delle certificazioni altrui.

La conseguenza pratica sarebbe che il concorrente non produttore e quindi non munito di certificazione dei propri prodotti (prodotti da fornire a seguito della gara, come dice chiaramente l'art. 49 dir. 2004/18, o comunque realizzati nel proprio processo produttivo, come può elasticamente sembra disporre la lett. m) del comma 1 dell'art. 42, d.lgs. 163), dovrebbe produrre tutta la documentazione richiesta dall'art. 49 d.lgs. 163 e non limitarsi, come ritenuto perfettamente legittimo dalla giurisprudenza richiamata, a presentare in gara le certificazioni dei terzi.

Si torna alla domanda: se il fornitore non è il produttore, è sufficiente la certificazione del terzo prodotta in gara o è necessario l'avvalimento o altra forma di certezza di collegamento con il produttore certificato?

A nostro modesto avviso, non vi è una soluzione unica (fortunatamente) ma la soluzione dipende dal bando e dalla scelta operata dall'amministrazione in sede di confezionamento del bando medesimo tra la prospettazione della certificazione come elemento connotante l'oggetto della fornitura (con rilevanza meramente esecutiva) o come indice di capacità tecnica (elemento soggettivo).

È in sostanza decisivo il bando.

Che non vi sia una soluzione unica ma che vi siano almeno due strade in mano alla p.a. in sede di bando sembra dimostrato prima di tutto dallo stesso art. 42 d.lgs. 163/06.

Il primo comma dispone:

‘Negli appalti di servizi e forniture la dimostrazione delle capacità tecniche dei concorrenti può essere fornita in uno o più dei seguenti modi:

...

m) nel caso di forniture, produzione di certificato rilasciato dagli istituti o servizi ufficiali incaricati del controllo qualità, di riconosciuta competenza, i quali attestino la conformità dei beni con riferimento a determinati requisiti o norme'.

La norma stabilisce dunque che la certificazione di prodotto può (e non "deve") essere prevista dalla lex specialis come forma di dimostrazione della capacità tecnica in caso di forniture.

Se può essere prevista come forma di dimostrazione di capacità tecnica, è possibile anche che ciò non avvenga. E ciò può non avvenire o perché non è richiesta alcuna certificazione o perché la certificazione è prospettata come elemento connotante l'oggetto della prestazione e quindi connotato da verificare in fase esecutiva, di esatto adempimento della prestazione.

L'amministrazione è del resto munita di potere ampiamente discrezionale nella configurazione delle regole di gara, nello spazio lasciato libero dalle norme.

La lett. m) dell'art. 42 non si presta daltronde in nessun modo ad essere interpretata nel senso che l'unica forma di valorizzazione della certificazione di prodotto sia quella della considerazione della certificazione stessa come elemento rilevante agli effetti della prova del requisito soggettivo della capacità tecnica.

La giurisprudenza ha significativamente affermato: "Non è illegittimo il bando di gara indetto per l'affidamento di un appalto di servizi nella parte in cui richiede ai partecipanti, quale unico requisito di capacità tecnica, quello afferente ai servizi prestati, considerato che l'art. 42 comma 1 lett. a), d.lg. 12 aprile 2006 n. 163 rimette alla discrezionalità della stazione appaltante l'individuazione nella lex specialis di gara di 'uno o più dei modi di dimostrazione della capacità tecnica, fra quelli elencati dalla medesima norma, e la scelta di uno solo di essi non è irragionevole se rapportata all'oggetto dell'appalto e alle sue peculiarità'" (Consiglio Stato, sez. IV, 28 aprile 2008, n. 1860).

La decisione afferma in sostanza che, anche in caso di fornitura, l'amministrazione può scegliere, discrezionalmente, un solo parametro di capacità e questo può non essere quello della certificazione.

Si consideri inoltre che l'art. 42, comma 2, dispone anche che è l'amministrazione a decidere quali documenti tra quelli attestanti gli elementi indicati nel primo comma (tra cui, alla lett. m), quello della certificazione di prodotto) il partecipante deve produrre. Il che vuol dire che la p.a. può decidere di non richiedere la certificazione in sede di gara.

Posto dunque che la p.a. ha di fronte una possibilità di scelta, ne consegue che:

a) se il bando opta per la valorizzazione della certificazione di prodotto come capacità tecnica, si porrà il problema di come il fornitore non produttore e non intestatario di certificazione di prodotto potrà dimostrarla;

b) se il bando opta per la valorizzazione della certificazione come mera caratteristica oggettiva del prodotto, il fornitore non produttore potrà esibire la certificazione di prodotto intestata al terzo anche solo in fase esecutiva (se richiesto) o eventualmente, se ciò sia previsto dal bando, in sede di gara. Si applicheranno in sostanza i principi enunciati dalle pronunce del Tar Veneto e del Consiglio di Stato sopra richiamate.

Occorre a questo punto esaminare il caso sub a).

L'avvalimento della certificazione del terzo è sicuramente una possibilità: nulla sembra impedire al fornitore non produttore di documentare l'avvalimento con tutta la serie di atti richiesti dall'art. 49 dlgs. 163/06.

Ma è l'unica possibilità? Il fornitore non intestatario (in quanto non produttore) della certificazione è comunque tenuto a fare applicazione dell'ingombrante istituto dell'avvalimento? E' comunque tenuto a dimostrare la capacità tecnica di un terzo?

A nostro avviso, no.

Occorre considerare che il fatto di essere produttore e quindi possibile intestatario della certificazione di prodotto non può essere in nessun modo requisito del candidato di fornitura. Si avrebbe una restrizione non legittima, non fondata su legge della concorrenza.

Ne consegue che non può essere indirettamente imposto un requisito soggettivo che implica la restrizione dei soggetti ammessi a partecipare a gare di forniture.

Orbene, se l'unico mezzo per dimostrare la capacità tecnica da parte del fornitore non produttore e quindi non intestatario della certificazione fosse l'avvalimento vorrebbe dire che sarebbe imposto al concorrente il requisito della capacità tecnica consistente nella titolarità di certificazione e quindi nella titolarità del processo produttivo e ciò appare incompatibile con le norme di concorrenza e in particolare con le norme sulla fornitura che ammettono pacificamente la fornitura dal non produttore e non intestatario di certificazione.

Se un concorrente è costretto ad avvalersi della capacità altrui vuol dire che è costretto in prima battuta ad essere titolare di quella specifica forma di capacità tecnica.

Ne consegue che, a nostro avviso, qualora il concorrente dichiarasse che fornisce prodotti di terzi, non potrà essergli richiesta la prova della capacità tecnica nella forma della titolarità di certificazione di prodotto.

E' del resto chiaro che l'art. 42, comma 1, lett. m), d.lgs. 163/06 si riferisce esclusivamente al partecipante e non a qualsiasi terzo fornitore.

Certo è che l'ipotesi del fornitore non produttore va ben regolata dal bando laddove la p.a. ritenga di richiedere prodotti certificati.