

CONVEGNO
“RILEVANZA GIURIDICA DELLE NORME TECNICHE”
Milano, 21 Febbraio 2006

Norme Tecniche e Sorveglianza del Mercato nei Pubblici Appalti

Prof. Luigi Giampaolino

Autorità Lavori Pubblici

1. Le norme tecniche, specie nella materia dei lavori pubblici, hanno, nel nostro ordinamento, un'antica tradizione. Esse, in questo settore, hanno richiamato l'attenzione di giuristi preclari (cfr. A.Sandulli)⁽¹⁾ ed è proprio con riguardo ad esse che si è parlato di un “codice tecnico”.

Sopravanza questo intervento la tematica della definizione della natura della norma tecnica nella dottrina amministrativa della prima metà del XX secolo ovvero le varie teorie che pur si sono avute, relative alla irriducibilità delle norme tecniche a norme giuridiche (A. De Valles)⁽²⁾ ovvero al mutamento del ruolo della tecnica da limite del sindacato giurisdizionale a limite della discrezionalità amministrativa (V. Bachelet)⁽³⁾ ovvero il riconoscimento dell'oggettività delle norme tecniche come giustificazione della loro piena sindacabilità (F. Ledda)⁽⁴⁾.

Come pure esula da questo intervento la suggestiva teoria (A. Predieri)⁽⁵⁾ che vede nella produzione della normativa tecnica privata una erosione della sovranità dello Stato ed un consolidamento della democrazia degli interessi.

Con riguardo alle norme tecniche poste dal legislatore o comunque in atti di contenuto autoritativo sia essi dello Stato, delle Regioni, degli enti locali, degli Enti pubblici in genere – e qui un rinvio al problema del riparto della competenza legislativa tra Stato e Regioni in questa materia va pur fatto - all'operatore pratico del diritto conviene forse prendere le mosse dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale⁽⁶⁾ ed avere quindi presente la separazione tra tecnica e diritto ed il recepimento delle regole tecniche negli

⁽¹⁾ A.M. SANDULLI, *Le norme tecniche nell'edilizia*, in *Studi in onore di Pietro Agostino D'Avack*, Milano,1976, Vol.II.,160.

⁽²⁾ A. DE VALLES, *Norme giuridiche e norme tecniche*, in *Raccolta di Arturo Carlo Jemolo*, Milano, 1963, III 177 ss.

⁽³⁾ A. BACHELET, *L'attività tecnica della Pubblica Amministrazione*, Milano, 1967.

⁽⁴⁾ F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Dir. proc. amm.*1983, 399 ss. Ora in *Studi in memoria di Vittorio Bachelet*, II, Milano.1987, 259 ss..

⁽⁵⁾ A. PREDIERI, *Le norme tecniche nello Stato pluralista e prefederativo*, in *Il diritto dell'economia*, 1966, 251 ss., in particolare, 256.

⁽⁶⁾ Corte Costituzionale 13 maggio 1964, n. 40, in *Giur.Cost.* 1964, n. 522

atti normativi nonché la considerazione delle norme tecniche come applicazione di scienza esatta ed il recupero della neutralità e oggettività della tecnica pur nella relatività delle sue certezze e farsi quindi carico, al limite, del solo problema della deroga al principio di legalità.

Appendice di queste problematiche poi sono quelle relative al sindacato della discrezionalità tecnica di cui, ad esempio, la decisione del Consiglio di Stato n. 601 del 1999⁽⁷⁾ ed il relativo *revirement* del giudice di merito sulle norme tecniche imperative, mentre la trasformazione delle modalità di produzione di normativa tecnica pone anch'essa da tempo problemi diversi che vanno dalla nascita degli Enti di normazione italiana (CEI, UNI, CNR e Ministero e uffici competenti del Ministero dell'Industria, del Commercio e dell'Artigianato) alla natura delle norme tecniche consensuali, al problema della rilevanza delle norme tecniche consensuali dell'ordinamento statale e all'utilizzazione, quindi, delle tecniche del rinvio mobile e del rinvio fisso.

Il quadro su quest'ambito della normativa tecnica ad opera di soggetti privati si completa con la giurisprudenza della Corte di Cassazione⁽⁷⁾ sulle norme tecniche consensuali ed il riconoscimento della loro rilevanza giuridica nonché con la problematica toccata dalla giurisprudenza di merito della giuridicità delle norme CEE e della loro sottrazione alla legge sul diritto d'autore.

2. In una tale cornice di fondo, l'apparato normativo tecnico italiano nella materia dei lavori pubblici, in particolare, si presenta, secondo il giudizio di pratici e studiosi della materia⁽⁸⁾, caratterizzato da stratificazioni e distorto da contraddizioni, in complesso insoddisfacente, specie con riguardo ai controlli. Esso, soprattutto, sembra, secondo i più competenti osservatori, non aver mai funzionato da stimolo per un progresso delle tecniche nella materia, ma, piuttosto, sempre come limite perché caratterizzato da prescrizioni riduttive.

Sotto questo aspetto le discipline contenute nelle direttive CEE possono, invece, essere foriere di superamento di questi limiti.

Le norme tecniche anche nella materia dei lavori pubblici possono comunque distinguersi in tre gruppi: norme dispositive, norme raccomandate, norme contrattuali.

⁽⁷⁾ Cons. Stato, Sez.IV, 9 Aprile 1999, n. 601, in *Diritto proc. amm.* 2000, 182 ss.

⁽⁸⁾ Cass. Civ., sez. III, 27 luglio 2000, n.9893, in *Giust. Civ. Mass.* 2000, 1645 ss.

⁽⁹⁾ A. COLETTA, 2004 *Commento agli artt. 16, 17 e 18 in La legge quadro in materia di ll.pp.*, Cedam, 699 e segg

Le norme dispositive, com'è noto, sono quelle derivanti da leggi, decreti, ordinanze, regolamenti, circolari e possono essere di livello sopranazionale (direttive e regolamenti comunitari) ovvero a livello nazionale o regionale o locale.

E a proposito di questo tipo di norme è appena il caso di rilevare come da tempo è stato osservato l'incongruità dell'uso di uno strumento formalmente normativo per emanare norme tecniche.

I testi legislativi, infatti, comunque si sovraccaricano e la loro modifica è verosimilmente frequente, attesi gli sviluppi della tecnica che imporranno necessariamente la modifica con norme di pari, complesso, rango.

Le norme raccomandate sono, com'è altresì noto, le norme tecniche emanate senza valore prescrittivo o dispositivo da enti ufficialmente riconosciuti (per es. UNI e CEI).

Esse possono essere liberamente adottate nei contratti d'appalto e sono pertanto definibili come norme consensuali.

E' stato detto che queste norme, anche nella materia dei lavori pubblici, sono il prodotto di quattro esigenze strettamente legate tra di loro: qualità, affidabilità, certificazione, responsabilità legale, o, per meglio dire, con riguardo a quest'ultimo aspetto, inversione dell'onere della prova in caso di loro osservanza.

Le norme tecniche contrattuali in materia di lavori pubblici, infine, sono le norme contenute nei contratti e nei capitolati ed esse sono formulate, secondo una plausibile ricostruzione operata da esperti della materia ⁽¹⁰⁾, ispirandosi, per così dire, a due filosofie: quelle ispirate al concetto deterministico e quelle ispirate al concetto prestazionale.

La normativa su base deterministica definisce il sistema e i suoi componenti attraverso descrizione dettagliata e precise prescrizioni tecniche e postula, di conseguenza, la sua accettazione, l'esecuzione, la misurazione, la valutazione, il controllo ed il collaudo.

Questa normativa su base deterministica viene giudicata rigida e perciò non favorisce l'innovazione.

Preferibile viene ritenuta invece la normativa tecnica su base prestazionale a sua volta distinta in normativa tecnica prestazionale in senso tecnico se riferita all'oggetto; essenziale se riferita al soggetto.

La finalità principale di una tale normativa è quella di favorire lo sviluppo dell'innovazione.

⁽¹⁰⁾ A. COLETTA in *La legge quadro in materia di ll.pp.* cit., passim.

La sua filosofia infatti sta nel definire la qualità del prodotto prescindendo dalle modalità con le quali tale qualità venga ottenuta dalle tecnologie disponibili; cosa si vuole dall'oggetto e non come si vuole l'oggetto.

Elementi fondamentali di questa normativa su base prestazionale sono la determinazione di uno o più parametri o più limiti (ed es. massimo o minimo) dei caratteri che connotano un requisito di carattere tecnologico misurato in base a criteri stabiliti.

3. Nell'ambito delle norme tecniche, si pongono le specifiche tecniche che sono le regole tecniche del singolo appalto le quali possono anche non trovare fondamento in "norme tecniche" allorché non esistano "norme tecniche" atte a riflettere il perseguimento degli obiettivi dell'appalto espressi dall'appaltante nel capitolato.

E tutta la materia, sia delle norme tecniche e, ancor più delle specifiche tecniche, è attraversato da un binomio composto da un complesso di beni ed il bene della concorrenza. Un binomio che talvolta dà luogo ad una vera tensione tra un insieme di beni da tutelare (la qualità, l'efficienza, la sicurezza) e la concorrenza

Negli appalti si perseguono, infatti, a ben vedere, due beni o complessi di beni: il primo – e più immediato – è la "bontà", la buona qualità dell'opera (o del servizio o della fornitura); il secondo – originariamente strumentale (e tale è ancora nella legge di contabilità di Stato) – è la concorrenza.

Questa assume, com'è noto, speciale rilievo in ambito comunitario, anche se nelle nuove norme di questo sono espressamente indicati anche altri beni, rapportabili anche ad altri fondamenti del Trattato che si sono così aggiunti a quelli originari del mercato e della relativa concorrenza.

Nelle nuove direttive comunitarie 2004 n. 17 e n. 18, infatti, senza dubbio, vi è un accrescimento del peso della qualità delle tecniche.

Questi elementi erano presenti, in verità, anche nelle precedenti direttive comunitarie, ma, accanto ad essi, sono stati introdotti ulteriori elementi volti a soddisfare le esigenze del pubblico interesse secondo i principi fondamentali del Trattato tenendo anche conto di "aspetti ambientali o sociali" come, ad esempio, la tutela dei disabili.

Le "qualità", le "specifiche tecniche", gli "aspetti ambientali e sociali" costituiscono pertanto elementi interdipendenti e condizionano l'intero processo di una commessa pubblica.

Essi però non possono non essere letti nell'ambito dei principi del Trattato che, com'è noto, specie nella materia degli appalti, sono richiamati e che sono quelli della libera

circolazione delle merci, della libera prestazione dei servizi e delle regole particolari che ne derivano, relative alla parità di trattamento; alla non discriminazione; al riconoscimento reciproco; alla proporzionalità; alla trasparenza.

Tuttavia, la finalità sottesa alle modifiche apportate alla disciplina concernente le specifiche tecniche - ma il discorso vale anche se non ancora di più, per le norme tecniche - è quella di consentire la massima apertura alla concorrenza, eliminando o riducendo gli ostacoli che possono discriminare gli operatori economici nelle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici.

L'intento di favorire per quanto possibile, la partecipazione dei soggetti interessati, che sembra costituire il valore aggiunto delle nuove disposizioni in materia, comporterà quale necessario contrappeso maggiori oneri e responsabilità delle amministrazioni aggiudicatrici, chiamate a svolgere ulteriori adempimenti sia in fase di predisposizione dei capitolati d'oneri sia in fase di valutazione, del rispetto delle prescrizioni ivi stabilite.

Le norme tecniche, con le loro specifiche tecniche, pertanto, rivestono un ruolo di preminente rilevanza fra gli elementi che devono essere portati a conoscenza delle imprese interessate all'affidamento di un contratto di appalto pubblico: attraverso esse vengono indicate le caratteristiche tecniche che il prodotto, servizio o opera devono soddisfare in relazione ai bisogni ed alle esigenze della stazione appaltante.

Tali informazioni sono inoltre essenziali per garantire la qualità dei materiali sotto il profilo della sicurezza ed idoneità all'uso al quale sono destinati.

La normativa comunitaria, invero, in passato era ispirata essenzialmente dalla necessità di fornire ai committenti e ai privati uno strumento recante riferimenti certi, facendo rinvio prioritariamente a specifiche armonizzate a livello europeo, approvate da organismi riconosciuti per un'applicazione ripetuta o continua, non aventi in via generale un carattere vincolante; a omologazioni tecniche europee o a specifiche tecniche comuni (queste ultime elaborate secondo una procedura riconosciuta dagli Stati membri e pubblicate sulla G.U.C.E.), ammettendo una deroga in casi espressamente elencati nell'articolato. In mancanza di specifiche così definite, era consentito fare riferimento a specifiche tecniche nazionali, elaborate nel rispetto di requisiti fondamentali stabiliti nelle direttive comunitarie relative all'armonizzazione tecnica o a disposizioni nazionali in materia di progettazione, di calcolo o ad altri documenti, eventualmente richiamando norme internazionali accertate nel paese dell'amministrazione aggiudicatrice o omologazioni tecniche nazionali.

L'esperienza applicativa ha posto in luce l'esigenza di un approccio diverso, come evidenziato dalla Commissione Europea nella relazione illustrativa alla proposta di direttiva del maggio 2000, tenuto conto della tendenza a considerare di fatto obbligatoria la norma tecnica, piuttosto che strumento di riferimento per valutare la qualità di un prodotto, comportando in tal modo una limitazione del mercato e restringimento della possibilità, per la stazione appaltante, di usufruire di eventuali soluzioni innovative.

Obiettivo primario della nuova disciplina è stato dunque quello di offrire strumenti alternativi (attraverso il ricorso più ampio all'equivalenza e alla definizione dei requisiti prestazionale).

Inoltre si è affermato altresì che il principio dell'equivalenza opera, per così dire, anche al contrario: nel caso in cui le specifiche siano indicate in termini di requisiti funzionali o prestazioni, l'amministrazione non può escludere offerte che facciano rinvio ad una norma europea, ad una omologazione tecnica europea, ad una specifica tecnica comune, ad una norma internazionale o ad un riferimento tecnico elaborato da un organismo equoreo di normalizzazione, ma è tenuta a valutare i mezzi di prova forniti dall'offerente circa la rispondenza ai requisiti richiesti.

4. Tutta questa nuova disciplina – che sta per essere recepita nell'emanando codice che dovrebbe, tra l'altro, recepire le direttive n. 17 e 18/2004, - suggella ed esalta un ordinamento ed un "diritto vivente", sia a livello comunitario sia a livello nazionale, che, nel suo nucleo essenziale, poteva ritenersi, in via di principio, già esistente presso di noi ⁽¹⁰⁾.

Ed invero, la Corte di Giustizia della Comunità europea ha da tempo affermato (cfr. sentenza n. C-194/94 del 30 aprile 1996), anzitutto, che non costituisce regola tecnica, ai sensi dell' art. 1 della direttiva 83/189 (che prevede una procedura d' informazione nel settore delle norme e delle regolamentazioni tecniche), una norma nazionale che subordina l' esercizio di un' impresa di sicurezza all' ottenimento di un' autorizzazione ministeriale se tale norma si limita a stabilire le condizioni per lo stabilimento delle imprese di sicurezza e non contiene specificazioni che definiscono le caratteristiche dei prodotti. Costituiscono invece regole tecniche le norme che disciplinano la procedura di omologazione dei sistemi e delle centrali d' allarme che le imprese possono mettere a disposizione degli utenti se tali norme stabiliscono regole particolareggiate che definiscono in dettaglio le condizioni relative ai collaudi di qualità e di efficienza che devono essere

⁽¹¹⁾ R.SCREPANTI, in *Le nuove direttive europee sugli appalti pubblici*, a cura di L.Fiorentino a La cave, IPSOA, 91 e segg..

soddisfatte affinché un sistema o una centrale d'allarme possano essere omologati e messi in commercio nel territorio nazionale.

Per quanto riguarda una norma ai sensi della quale i prodotti di cui trattasi possono essere messi in commercio soltanto dopo essere stati omologati secondo una procedura da stabilirsi con regolamento amministrativo, la sua qualifica dipende dagli effetti giuridici attribuiti dal diritto nazionale. Se, in base al diritto nazionale, tale norma si limita a costituire il fondamento di una delega per l'emanazione di regolamenti amministrativi contenenti disposizioni vincolanti per gli interessati, e quindi non produce di per sé effetti giuridici nei confronti dei singoli, essa non costituisce regola tecnica ai sensi della direttiva.

Se invece impone alle imprese interessate di chiedere la previa omologazione del loro materiale, essa dev'essere qualificata regola tecnica, benché le norme amministrative previste non siano state emanate.

Soprattutto la Corte di Giustizia ha statuito (cfr. sentenza 22 settembre 1988 in causa C-45/1987) che costituisce inadempimento degli obblighi imposti dall'art. 30 del Trattato il fatto che uno Stato membro consenta ad un ente pubblico, dei cui atti è responsabile, di inserire nel fascicolo di gara relativo ad un contratto d'appalto di lavori pubblici una clausola la quale imponga che i materiali da usare siano stati certificati conformi ad una norma tecnica nazionale. Una clausola del genere, infatti, è atta ad ostacolare le importazioni in quanto può indurre degli operatori economici che usino materiali equivalenti a quelli la cui conformità alle norme nazionali è stata certificata ad astenersi dall'effettuare offerte.

In particolare la Corte di Giustizia nell'ordinanza del 31 dicembre 2001 in causa C-59/2000 ha affermato che l'art. 30 del Trattato CE (divenuto in seguito a modifica, art. 28 CE) osta a che un'amministrazione aggiudicatrice inserisca nel capitolato d'onere relativo ad un appalto pubblico di lavori che non supera il valore limite previsto dalla direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/37/CEE che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, una clausola che prescrive, per l'esecuzione dell'appalto, l'impiego di un prodotto di una determinata marca qualora tale clausola non sia accompagnata dalla menzione «o equivalente». Principio ribadito altresì nella sentenza 24 gennaio 2005 in causa C-359/1993 dove affermava che contravviene agli obblighi che ad esso incombono, lo Stato membro che ometta di aggiungere in un bando di gara, successivamente a una specificazione tecnica definita con riferimento a un prodotto di una

marca determinata, la menzione "o equivalente", laddove la direttiva imponga tale menzione e tale omissione possa risultare di ostacolo alle correnti di importazione nel commercio intracomunitario, in contrasto con l' art. 30 del Trattato.

5. Nell'ordinamento interno, nostro, poi, com'è noto, la normativa nazionale prende in esame le norme tecniche nell'ambito della disciplina in materia di progettazione ove sono descritti in modo puntuale e dettagliato gli sviluppi degli elaborati che riflettono le scelte e le soluzioni da sottoporre all'amministrazione (cfr . art. 16, legge 11 febbraio 1994, n. 109 e art. 16 del D.P.R. n. 554/1999).

In particolare, quest'ultima norma afferma che è vietato introdurre nei progetti prescrizioni che menzionano prodotti di una determinata fabbricazione o provenienza oppure procedimenti particolari che abbiano l'effetto di favorire determinate imprese o la eliminazione di altre o che indichino marche, brevetti o tipi o un'origine o una produzione determinata.

E' ammessa – afferma questa norma – l'indicazione specifica del prodotto o del procedimento, purché accompagnata dalla espressione "o equivalente", allorché non sia altrimenti possibile la descrizione dell'oggetto dell'appalto mediante prescrizioni sufficientemente precise e comprensibili.

6. E la nostra giurisprudenza amministrativa (Cons. Stato, Sez. V, 10 aprile 2002, n. 1945, in Cons. Stato 2002 I, 800; TAR Puglia, Bari, Sez. I, 17 dic. 2003, n. 4518; TAR Piemonte, Sez. II, 31 maggio 2004, n. 965) ha ritenuto questa normativa applicabile anche agli appalti sottosoglia dando, in tal modo, valenza generale ai richiamati principi.

In proposito, invero, particolarmente, va richiamata la Circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento per la Politiche Comunitaria, 29 aprile 2004, in Gazz. Uff. 12 luglio 2004 la quale ha fissato i principi da applicare, da parte delle Stazioni appaltanti e l'indicazione delle specifiche tecniche degli appalti pubblici di forniture sottosoglia comunitaria.

In detta circolare, infatti, la Presidenza del Consiglio, dopo una ricostruzione delle norme vigenti anche a seguito di abrogazioni e sostituzioni, ha rilevato che, pur non essendo previsto nella disciplina delle forniture per gli appalti sottosoglia (DPR 15 aprile 1994, n. 573) una norma analoga a quella prevista per gli appalti soprasoglia (art. 8, comma 6, del decreto legislativo n. 358 del 1992), doveva, in ogni caso, ritenersi che, alla stregua di quanto disposto da questa norma per gli appalti soprasoglia. Con riguardo alle

specifiche tecniche, è vietata, salvo che non sia giustificato dall'oggetto dell'appalto, l'introduzione, nelle clausole contrattuali, di specifiche tecniche che menzionano prodotti di una determinata fabbricazione o provenienza o ottenuti con un particolare procedimento e che hanno lo scopo di favorire o escludere determinati fornitori o prodotti. E' vietata, in particolare, l'indicazione di marchi, brevetti o tipi o l'indicazione di origine o produzione determinata; tale indicazione purchè accompagnata dalla menzione " o equivalente", è, tuttavia ammessa se le Amministrazioni aggiudicatrici non possono fornire una descrizione dell'oggetto del contratto mediante specifiche sufficientemente precise e comprensibili da parte di tutti gli interessati.

7. Ed è nel solco di un tale sviluppo dell'ordinamento e sul fondamento della giurisprudenza della Corte di Giustizia innanzi richiamata che l'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici - alla quale la legge, nel nostro ordinamento, commette la funzione di garantire l'osservanza della disciplina amministrativa e regolamentare in materia - è pervenuta ad una sia pure solo iniziale "giurisprudenza".

In proposito va ricordato che questa Autorità può pervenire o alla decisione su casi singoli o alla fissazione di regole generali ovvero alla segnalazione al Parlamento di specifici problemi.

Con riguardo a casi particolari, l'Autorità ha affermato, con la delibera 178 del 19 giugno 2002, che appare in contrasto con il diritto comunitario l'inserimento in un bando di gara di clausole che prescrivano, per l'esecuzione di tale appalto, l'impiego di materiali o prodotti certificati conformi solo a un determinato tipo di norme tecniche nazionali, e a maggior ragione nel caso di disposizioni dettate da enti normatori di altri Stati, o l'impiego di prodotti di una determinata marca, qualora tali clausole non siano accompagnate dalla menzione "o equivalente".

La deliberazione è stata emessa a seguito di segnalazioni circa il comportamento di alcune Stazioni appaltanti che avevano inserito, nella documentazione di gara relativa ad un appalto, riferimenti a norme tecniche straniere, richiedendo l'utilizzazione di prodotti o materiali conformi alle sole norme straniere citate e, in taluni casi, di prodotti o servizi connotati da specifici marchi di qualità.

Era stata evidenziata l'impossibilità, per le imprese che intendeva partecipare al procedimento di gara, di offrire prodotti che, pur a parità di requisiti tecnici, qualitativi, prestazionali e funzionali, presentassero conformità ad altre normative equivalenti, come le norme UNI e, soprattutto, alle norme europee, o fossero in possesso di marchi di qualità

diversi da quelli richiesti, ma che garantissero il raggiungimento dei medesimi livelli qualitativi e di impiego.

Nello specifico, si è rilevato come fosse vietata l'indicazione di marchi, brevetti o tipi, o quella di un'origine o di una produzione determinata; tuttavia tale indicazione accompagnata dalla menzione "o equivalente" era autorizzata quando le amministrazioni aggiudicatrici non avevano la possibilità di dare una descrizione dell'oggetto dell'appalto mediante specifiche sufficientemente precise e comprensibili per tutti gli interessati.

L'Autorità rammenta che anche la Corte di Giustizia (Corte di Giustizia, 3 dicembre 2001, causa C-59/00; Corte di Giustizia, 7 dicembre 2000, causa C-324/98, Corte di Giustizia, 24 gennaio 1995, causa C-359/93 e Corte di Giustizia 22 settembre 1988, causa C- 45/87, innanzi citata) in diverse sentenze ha riconosciuto il mancato rispetto del diritto comunitario nel caso in cui un'amministrazione aggiudicatrice inserisca in un bando di gara clausole che prescrivono, per l'esecuzione dell'appalto, l'impiego di materiali o prodotti certificati conformi solo ad un determinato tipo di norme tecniche nazionali o l'impiego di prodotti di una determinata marca, qualora tali clausole non siano accompagnate dalla menzione "o equivalente".

Secondo la citata giurisprudenza della Corte di Giustizia, com'è infatti noto, non aggiungere la clausola "o equivalente", non solo può dissuadere dal partecipare alla gara gli operatori economici che impiegano materiali o prodotti certificati conformi a norme tecniche diverse da quelle citate nel bando di gara ma ad esse equivalenti o utilizzano sistemi analoghi al prodotto della marca citata nel bando, ma può altresì ostacolare le correnti di importazione nel commercio intracomunitario, in contrasto con l'art. 28 del Trattato, riservando il mercato ai soli fornitori che si propongono di usare il materiale o il prodotto specificamente indicato.

Ne consegue che, anche nell'ipotesi in cui l'appalto pubblico di lavori non superi il limite previsto dalla direttiva 93/37/CEE e non rientri pertanto nell'ambito d'applicazione della stessa, l'art. 28 del Trattato "osta a che l'amministrazione aggiudicatrice inserisca nel capitolato d'onere relativo al detto appalto una clausola che prescriva per l'esecuzione di tale appalto, l'impiego di un prodotto di una determinata marca senza aggiungere la menzione "o equivalente".

Con riferimento alla fissazione di regole l'Autorità ha avuto modo di affermare nella determinazione n. 55 del 2000 che *“la notorietà di un prodotto e la sua affidabilità non giustificano il fatto che se ne indichi in una gara di appalto il marchio o la provenienza da una ditta determinata, a meno che non risulti impossibile individuarne diversamente il tipo mediante specifiche tecniche sufficientemente precise e comprensibili da parte di tutti gli interessati alla gara medesima, ma allora la indicazione del marchio o della ditta deve essere seguita dalla previsione nel bando dell'accettazione di prodotti “equivalenti”.*

La determinazione dell'Autorità è stata emanata a seguito di segnalazioni circa la violazione da parte di alcune amministrazioni comunali della normativa vigente in materia di aggiudicazione delle gare di appalto nel settore della illuminazione urbana. Le Stazioni appaltanti, infatti, indicavano nei capitolati di appalto specifiche tecniche, nonché disegni di articoli per l'illuminazione pubblica riferiti a prodotti compresi nei cataloghi di una ditta particolare.

L'Autorità nell'affermare il principio sopra riportato ha sottolineato che, pur tenuto conto, nel caso concreto, della specificità del mercato degli appalti relativi alla illuminazione dei centri storici e le ragioni fondate sulla notorietà del prodotto e sulla sua affidabilità sul piano della qualità e della rispondenza alle esigenze, anche culturali e storiche, non può giustificarsi una generale deroga al principio della concorrenza, ma questo principio è rispettato, peraltro, sia ove si individuino specifiche tecniche dell'oggetto della prestazione, sia ove si faccia, per non esser possibile descrivere in maniera sufficientemente precisa e comprensibile l'oggetto stesso, espressa menzione nei bandi di gara al prodotto di una ditta, perché seguita dall'espressione “o equivalenti”.

Infatti, afferma l'Autorità ai sensi dell'art. 8, comma 6, del D.Lvo 24 luglio 1992, n. 358 e dell'art. 21, comma 4, del D.Lvo 17 marzo 1995, n. 157, nelle gare di appalto relative alle forniture ed ai servizi è vietata, salvo che sia giustificata dall'oggetto del contratto, l'introduzione, nelle clausole contrattuali, di specifiche tecniche che menzionino prodotti di una determinata fabbricazione o provenienza, o ottenuti mediante un particolare procedimento e che hanno l'effetto di favorire o di escludere determinati fornitori o produttori. E' vietata, in particolare, l'indicazione di marchi, brevetti o tipi o l'indicazione di una origine o di una produzione determinata. Tuttavia, tale indicazione è consentita quando l'oggetto della prestazione richiesta non possa essere descritto diversamente mediante specifiche tecniche precise e comprensibili per tutti gli interessati e sempre che la stessa venga accompagnata con la dizione “o equivalente”.

Analoghe prescrizioni sono poi contenute nel comma 3, dell'art. 16 del regolamento generale 21 dicembre 1999, n. 554, relativo agli appalti di lavori, secondo cui è vietato introdurre nei progetti prescrizioni che menzionino prodotti di una determinata fabbricazione o provenienza oppure procedimenti particolari che abbiano l'effetto di favorire determinate imprese o eliminarne altre o che indichino marchi brevetti o tipi o un'origine o una produzione determinata. E' ammessa l'indicazione specifica del prodotto o del procedimento, purché accompagnata dalla espressione "o equivalente", allorché non sia altrimenti possibile la descrizione dell'oggetto dell'appalto mediante prescrizioni sufficientemente precise e comprensibili

Successivamente, con la determinazione 13/2001 del 24 maggio dello stesso anno. con riferimento alle barriere stradali di sicurezza l'Autorità ha rilevato che l'applicazione della normativa tecnica nel suddetto settore ha determinato effetti distorsivi della concorrenza sul mercato. La decisione dell'Autorità è stata emanata a seguito di alcuni esposti, da parte di più soggetti operanti nel settore degli appalti finalizzati all'impiego di barriere di sicurezza stradali, che segnalavano fenomeni di turbative delle gare riguardanti tali tipi di opere.

La questione è sorta a seguito dell'emanazione della normativa tecnica di settore che prevedeva che le barriere di sicurezza fossero realizzate con dispositivi dotati di omologazione. In particolare, l'introduzione di una nuova classificazione delle barriere e dei dispositivi di ritenuta speciali, aveva reso necessario un adeguamento della produzione con la necessità per le Imprese produttrici di ripetere e/o integrare le prove di *crash* già effettuate presso gli Istituti autorizzati.

In mancanza di tipi omologati , si è consentita, con un regime transitorio, la presentazione di idonee certificazioni di crash test da parte anche di soggetti non produttori.

Queste prove, del tipo prescritto ai fini dell'omologazione, rappresentavano l'elemento essenziale per la partecipazione alle gare, cosicché la certificazione, da parte del laboratorio, delle prove effettuate consentiva l'accesso al mercato, ma costituivano al tempo stesso il punto critico del sistema.

Nel caso in questione, quindi, le prescrizioni relative alle modalità tecniche di svolgimento delle prove, dettate dalla delicatezza del bene oggetto di tutela, aveva determinato una notevole selezione dei soggetti presenti sul mercato.

La partecipazione agli appalti comprendenti anche la fornitura e la posa in opera delle barriere da parte di operatori non produttori di tali dispositivi, era condizionata, infatti, dalla disponibilità delle certificazioni di prova che andavano esibite all'atto della gara medesima.

Essendo tali certificazioni disponibili in numero limitato presso un numero ristretto di produttori, ne derivava che questi ultimi avrebbero potuto condizionare la partecipazione alle gare dei soggetti qualificati all'esecuzione dei lavori e alla posa in opera delle barriere, fornendo o meno la certificazione.

Al fine di limitare gli effetti distorsivi della concorrenza, l'Autorità ha suggerito, nella determinazione, di rinviare la presentazione dei crash-test ad aggiudicazione avvenuta. Dopo l'aggiudicazione anche il produttore/fornitore che eventualmente controllava ditte installatrici avrebbe comunque interesse a vendere il proprio prodotto anche a ditte estranee.

Ed a seguito proprio di tale determinazione si è pervenuti sempre nel 2001 ad un Atto di segnalazione al Governo e Parlamento (Atto di segnalazione n. 1/2001) con il quale l'Autorità ha sottolineato che l'applicazione concreta della normativa tecnica in tema di barriere aveva trovato solo parziale e limitata applicazione con effetti distorsivi della concorrenza.

A tal fine, secondo l'Autorità, *“appare pertanto indispensabile che gli organi ministeriali competenti intensifichino la loro azione e che, anche mediante idonea regolamentazione, imprimano alle procedure, specie quelle di esecuzione e di valutazione tecnica delle prove, la necessaria accelerazione eliminando ogni causa di intralcio o di appesantimento nello svolgimento delle prove medesime e dell'istruttoria della richiesta di omologazione”*.

8. Da questi esempi e da quest'angolo visuale si delinea così la rilevante portata della norma tecnica proprio a tutela della concorrenza.

I requisiti della “norma”, infatti, con la sua astrattezza e la sua portata generale, garantiscono la parità di condizioni e di trattamento.

Norme tecniche, quindi, sì: che esse siano però sempre meno specifiche tecniche e sempre più norme in quanto tali, modelli predefiniti con i caratteri della generalità e dell'astrattezza, verificabili da parte di tutti.