

L'art. 10, comma 1bis, della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e s.m. stabilisce che non possono partecipare alla medesima gara le imprese che si trovino in una delle situazioni di controllo ai sensi dell'art. 2359 c.c.. Deve sottolinearsi la equivalenza tra la nozione interna di imprese controllate e quella di fonte comunitaria di imprese collegate (ultima parte dell'art. 2359 c.c.). L'art. 2359 stabilisce che sono società controllate le società: 1) in cui un'altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria; 2) le società in cui un'altra società dispone di voti sufficienti per esercitare una influenza dominante nell'assemblea ordinaria; 3) le società che sono sotto la influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa. Sono collegate le società sulle quali un'altra società esercita una influenza notevole (che si presume in caso di titolarità del quinto delle azioni). La ratio della legge in materia di lavori pubblici consiste nell'evitare il turbamento nello svolgimento della gara, derivante da situazioni di influenza dominante tra più imprese, che possano influire sulle offerte delle concorrenti, sulla loro media, e sulla conseguente soglia di anomalia, con connessa violazione dei principi di segretezza dell'offerta, della par condicio e della trasparenza. Non può pertanto ritenersi che tale divieto di partecipazione (che determina la esclusione) si applichi solo alle società, perché è evidente che la struttura di impresa non societaria costituirebbe soltanto lo strumento per frodare la legge. Risulta, peraltro, evidente dal combinato disposto delle norme che la legge ha esteso a tutte le imprese, sia individuali che collettive, a prescindere dalla forma che in concreto rivestano, la disciplina, chiaramente dettata per le società, di cui all'art. 2359 c.c.. Infatti, se il suddetto articolo del codice civile tende a tutelare determinati valori nella materia societaria (quali per esempio, il pericolo di "annacquamento" del capitale sociale tra società controllate o collegate che abbiano partecipazioni reciproche o che acquistino azioni l'una dell'altra) o a disciplinare particolari aspetti (come l'esercizio del diritto di voto), l'art. 10, comma 1bis, della legge n. 109/1994 e s.m. già letteralmente si riferisce non alle sole società, ma alle imprese tutte, intese quali potenziali partecipanti, seppure richiamando l'art. 2359 c.c., ai fini della individuazione del controllo o collegamento. D'altronde è noto che non ogni impresa (sia individuale ma anche collettiva) è anche società, e che la società non è sempre impresa (non è impresa la società occasionale o la *societas unius negotii*). Rimandando all'art. 2359 c.c., la legge quadro sui lavori pubblici fa rilevare il fatto che, in virtù di incroci di partecipazioni, di collegamenti tra amministratori, di patti parasociali, o per altre situazioni di influenza notevole, si rilevi la esistenza di un unico centro decisionale, corrispondente a quello che, con la maggioranza dei voti, si avvera nelle società controllate o collegate. Le forme e le misure di possesso di azioni, di quote o partecipazioni in genere, la esistenza di patti parasociali, la collocazione di soggetti negli organi di amministrazione possono essere le più varie. Quello che assume rilievo, ai fini della partecipazione alle gare, è che non vi sia riferibilità ad una medesima persona, ad un medesimo gruppo di persone o ad una medesima società, delle decisioni formalmente attribuibili ad entità diverse. Laddove la situazione di collegamento non sia acclarata a mezzo di elementi oggettivi (vincoli contrattuali parasociali, coincidenza tra organi esecutivi, partecipazioni incrociate), essa può essere, tuttavia, desunta da elementi indiziari, e pur tuttavia oggettivi e concordanti, numerosi, univoci e peraltro neanche contestati in fatto (nella specie, coincidenza del giorno di spedizione del plico, dal medesimo ufficio postale e con le medesime modalità, coincidenza della medesima compagnia per la polizza fideiussoria, medesima agenzia, stretta numerazione progressiva, identità di data di emissione e legalizzazione di firme, contiguità di sedi tra impresa al medesimo numero civico della stessa via, parentela tra imprenditori individuali). L'art. 10 comma 1bis fissa con certezza una ipotesi tipica di esclusione, ovvero la situazione di controllo di cui all'art. 2359 c.c. Si tratta di una presunzione *juris et de jure* di conoscibilità dell'offerta della controllata da parte della controllante, che non può essere confutata neppure fornendo la prova che la controllata ha formulato la propria offerta in totale autonomia. Al di fuori della suddetta ipotesi di presunzione assoluta, spetta all'ente aggiudicatore, ed eventualmente al giudice amministrativo investito della questione, accertare la sussistenza di situazioni di intreccio tra gli elementi amministrativo, dei rappresentanti o *tout court*, tra gli imprenditori, tali da consentire la reciproca conoscibilità delle offerte e dunque da imporre la esclusione delle offerte. Facendo applicazione dell'istituto della presunzione semplice (art. 2729 c.c.), che si fonda su indizi gravi, precisi e concordanti, la stazione appaltante (e poi il giudice) adotta un procedimento logico in base al quale si desume la esistenza di un fatto ignoto o non del tutto provato (la esistenza di un unico centro decisionale), da fatti noti e non contestati (pluralità di coincidenze quantomeno sospette, su descritte), nel presupposto della regolarità nella successione di fatti appartenenti alla medesima serie e tipo. D'altronde è evidente che la norma imperativa a tutela della concorrenza nella specie, in mancanza di situazioni acclamate di controllo, non viene direttamente lesa, ma piuttosto elusa, sicché la stazione appaltante (e poi il giudice) non può che fare applicazione di deduzioni logiche alle quali, tuttavia, non può sottrarsi (né l'una né l'altro), se non a costo di fare recedere quelle esigenze di tutela al cui presidio le norme imperative, antidistorsive della concorrenza, sono poste.