

L'art. 10, comma 1-bis, legge 11 febbraio 1994, n. 109, il quale prevede il divieto di partecipazione alla medesima gara di imprese che si trovino fra di loro in una delle situazioni di controllo di cui all'articolo 2359 c.c., ha carattere di norma imperativa posta a tutela dell'ordine pubblico economico, deve essere interpretato in modo non estensivo e non può quindi essere applicato oltre i casi di "società controllate" prevista e disciplinata dall'art. 2359 c.c. Si ha una situazione di "controllo societario", ai sensi dell'art. 2359 c.c., nelle ipotesi, in cui: una società disponga della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria di altra società; una società disponga dei voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria di altra società; la società controllata sia sotto l'influenza dominante di altra società in virtù dell'esistenza di particolari vincoli contrattuali intercorrenti tra le due società. L'ipotesi del "collegamento societario", ai sensi del terzo comma dell'art. 2359 c.c., si realizza invece quando una società esercita su altra società un'influenza notevole: ipotesi che si presume qualora nell'assemblea ordinaria può essere esercitato almeno un quinto dei voti ovvero un decimo se la società ha azioni quotate in borsa. Poiché l'art. 10, comma 1-bis, legge 11 febbraio 1994, n. 109, si limita a richiamare solo l'ipotesi delle "società controllate" prevista e disciplinata dall'art. 2359 c.c., è evidente che la ricorrenza di ipotesi di "collegamento" (anche di quelle disciplinate dall'art. 2359 c.c.) non può condurre all'automatica esclusione delle offerte; deve conseguentemente ritenersi illegittima l'introduzione - nei bandi di gara, ovvero in altri atti che integrino la *lex specialis* della procedura - di clausole che vietino in modo automatico la partecipazione o prevedano l'esclusione automatica per il solo fatto dell'esistenza di forme di collegamento. Nel bando di gara possono tuttavia essere legittimamente previste ulteriori ipotesi di esclusione - legate all'esistenza di ipotesi di collegamento sostanziale tra imprese, a prescindere da quanto stabilito dall'art. 10, co. 1 bis, l.n. 109/94, purché non si stabilisca un'esclusione automatica dalla gara, dovendo in tali casi l'Amministrazione verificare se l'esame della fattispecie concreta induca a ritenere violati i principi posti a garanzia della correttezza della procedura. L'art. 10, comma 1-bis, legge 11 febbraio 1994, n. 109, va considerato norma di ordine pubblico e, quindi è applicabile a prescindere da una specifica previsione in tal senso da parte dell'amministrazione appaltante. Si tratta di una norma basata su una presunzione assoluta e, quindi, non suscettibile di prova contraria. Qualora la Stazione appaltante abbia perplessità in merito alla rilevanza degli elementi raccolti circa l'esistenza di situazioni di collegamento tra le imprese partecipanti alla medesima gara, è tenuta a sospendere la gara stessa, prima dell'aggiudicazione e ad eseguire verifiche puntuali (come chiarito dall'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici con l'Atto di regolazione n. 27 del 9 giugno 2000). Per non aggravare la procedura, la sospensione del procedimento e l'esecuzione delle verifiche sono da ritenersi indispensabili solo nelle situazioni veramente dubbie. Per evitare di allungare i tempi del procedimento può essere utile prevedere nel bando una clausola mediante la quale si richieda ai partecipanti di elencare le imprese rispetto alle quali si trovano in situazione di collegamento (indicando sotto quali profili si estrinseca tale collegamento). A differenza del provvedimento di esclusione, il provvedimento di incameramento della cauzione non mira a tutelare direttamente la regolarità della gara, ma a sanzionare il comportamento scorretto del soggetto cui è destinato e non può essere adottato al di fuori dei casi in cui sia prevista tale sanzione (alla stregua del principio nella specie, poiché la *lex specialis* della gara de quo prevedeva l'incameramento della cauzione solo con riferimento alla violazione degli impegni "anti-corrruzione" e non per le altre ipotesi ivi indicate, il T.A.R. Lombardia ha ritenuto illegittimo il provvedimento di incameramento della cauzione adottato in relazione ad una ipotesi in prevista).