

Il riferimento, contenuto nel comma 1bis dell'art. 10 della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e s.m., alla sola situazione di controllo, tra le situazioni di cui all'art. 2359 c.c., e non anche a quella di collegamento, va inteso in senso tecnico come volontà di includere l'una e di escludere l'altra ed il comma medesimo non può applicarsi analogicamente a situazioni diverse da quelle di controllo. In primo luogo, in quanto la consapevole esclusione dall'ambito oggettivo della norma in questione delle situazioni di collegamento tra imprese esclude che sussista il presupposto (una lacuna dell'ordinamento) per procedere all'analogia. In secondo luogo, perché una norma che fa divieto di partecipare alla medesima gara a imprese in situazione di controllo è una norma che introduce un'eccezione ai principi costituzionali della libertà di iniziativa economica e di uguaglianza: essa, pertanto, non è suscettibile di applicazione estensiva o analogica (per l'assimilazione tra le due specie di interpretazione nel caso di norme eccezionali, cfr. Cass., 9 novembre 2004, n. 21317; 27 agosto 2004, n. 17162; 23 luglio 2004, n. 13810). Sono, pertanto, illegittimi il bando di gara ed il patto di integrità nelle clausole in cui prevedono il divieto di partecipare alla gara a carico di imprese che si trovino tra di loro in collegamento diverso dalle situazioni di controllo di cui all'art. 2359 c.c. e ne stabiliscono l'esclusione. Tali situazioni di controllo consistono nella disponibilità da parte di una società di capitali: 1) della maggioranza dei voti esercitabili (controllo di diritto) o 2) di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria dell'altra (controllo di fatto) ovvero 3) nel fatto che una società sia sotto l'influenza dominante di un'altra in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa (controllo esterno).