

La disposizione contenuta nell'art. 10, comma 1bis, della legge 11 febbraio 1994 n. 109 e s.m., secondo cui "non possono partecipare alla medesima gara imprese che si trovino fra di loro in una delle situazioni di controllo previste dall'articolo 2359 del codice civile" si inquadra nell'ambito dei divieti normativi di ammissione alla gara di offerte provenienti da soggetti che, in quanto legati da una stretta comunanza di interessi caratterizzata da una certa stabilità, non sono ritenuti dal legislatore capaci di formulare offerte contraddistinte dalla necessaria indipendenza, serietà ed affidabilità. Con la suddetta disposizione il legislatore ha inteso assicurare all'amministrazione appaltante una specifica (e preventiva) tutela dell'interesse pubblico alla scelta del miglior contraente possibile, introducendo nella serie procedimentale la normativa sul collegamento e controllo societario elaborata ai fini civilistici e basata esclusivamente su di una presunzione assoluta ("...sono considerate...", così recita testualmente la norma), iuris et de iure, non suscettibile di prova contraria. La giurisprudenza ha poi precisato che ciò non esclude che possano esistere altre ipotesi di collegamento o controllo societario atte ad alterare una gara di appalto, il che rende legittimo che l'amministrazione appaltante possa introdurre clausole di esclusione della gara in presenza di tali ulteriori ipotesi di fatto, con il limite della loro ragionevolezza e logicità rispetto alla tutela che intende perseguire e cioè la corretta individuazione del "giusto" contraente (cfr., Cons. Stato, IV, n. 6424/2001; n. 923/2002; V, n. 2317/2004; VI, n. 5464/2004). Al contempo la stessa giurisprudenza ha chiarito che, proprio in considerazione della peculiarità della materia e degli interessi pubblici tutelati, sarebbe irragionevole e contraddittorio richiedere nel bando la tipizzazione del fatto del collegamento o del controllo societario diverso da quello di cui all'articolo 2359 del c.c., dal momento che una tale previsione farebbe refluire il perseguimento dell'interesse pubblico alla scelta del "giusto" contraente nel mero controllo della regolarità formale del procedimento, esponendo quindi l'interesse protetto al pericolo di situazioni concrete di fenomeni di effettivo controllo o di altre situazioni societarie capaci di alterare la gara, non facilmente prevedibili o ipotizzabili. Ciò premesso va ribadito che la circostanza che il bando di gara faccia esplicito riferimento, come nel caso di specie, solo all'art. 2359 c.c. non può precludere all'Amministrazione di disporre l'esclusione di imprese che vengano reputate in una situazione di collegamento sostanziale, se gli elementi che connotano il caso concreto facciano ritenere violati i principi generali in materia di pubbliche gare posti a garanzia della correttezza delle procedure. In tale evenienza, infatti, prevale l'esigenza di assicurare l'effettiva ed efficace tutela della regolarità della gara ed in particolare la par condicio fra tutti i concorrenti nonché la serietà, completezza, completezza ed indipendenza delle offerte, in modo da evitare che, attraverso meccanismi di influenza societari, pur non integranti collegamenti o controlli di cui all'art. 2359 c.c., possa essere alterata la competizione, mettendo in pericolo l'interesse pubblico alla scelta del "giusto" contraente. L'esclusione dalla gara deriva dall'applicazione diretta dei già richiamati principi posti a tutela della libera concorrenza, della segretezza delle offerte e della par condicio dei concorrenti, anche a prescindere da una esplicita previsione in tal senso operata dal bando di gara (Cons. Stato, V, n. 7894/2004). Deve ritenersi che l'esclusione prevista dall'art. 10, comma 1 bis, della legge n. 109/1994, non si applichi solo alle società, perché è evidente che la ratio del divieto, e lo stesso dato letterale del citato comma 1bis, si riferiscono a qualsiasi tipo di impresa, altrimenti la struttura di impresa non societaria costituirebbe soltanto lo strumento per frodare la legge. Pertanto, la previsione di cui al citato art. 10, comma 1 bis (applicabile, come già detto, anche in assenza di specifiche previsioni nel bando) non è limitata alle ipotesi di controllo societario ex art. 2359 c.c., ma si estende a tutti quei casi in cui sussistano indizi chiari, gravi e concordanti, non previamente tipizzabili, della provenienza delle offerte da un unico centro decisionale.