

La norma contenuta nell'art. 10, comma 1 bis, 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. L'oggetto giuridico tutelato è quello del corretto e trasparente svolgimento delle gare di appalto di lavori pubblici, nelle quali il libero gioco della concorrenza e del libero confronto, finalizzati alla scelta del "giusto" contraente, risulterebbero irrimediabilmente alterati dalla eventuale presentazione di offerte che, pur provenendo formalmente da due o più imprese giuridicamente diverse, siano sostanzialmente riconducibili ad un medesimo centro di interessi, tale essendo quello che - secondo la previsione del legislatore - si realizza concretamente nelle ipotesi di controllo o collegamento societario indicate dall'art. 2359 del codice civile. E' significativa al riguardo la circostanza che la norma in esame, attraverso un rinvio recettizio, introduce nella serie procedimentale la normativa sul collegamento e controllo societario elaborata ai fini civilistici e basata esclusivamente su di una presunzione assoluta, iuris et de iure, non suscettibile di prova contraria. La delineata ratio ed il particolare oggetto giuridico tutelato consente di ritenere che con essa il legislatore non ha inteso limitare o escludere il potere dell'amministrazione di governare effettivamente (ed ulteriormente) la serie procedimentale delle gare per l'appalto di lavori pubblici, vietando l'introduzione nella lex specialis di previsioni di clausole relative ad altri fatti e situazioni, cui ricollegare l'esclusione dalla partecipazione alla gara, i quali, pur non integrando gli estremi del collegamento o del controllo societario civilistico in senso stretto, siano pur tuttavia capaci ed idonei ad alterare la serietà, indipendenza, completezza e segretezza delle offerte presentate da imprese diverse. In tal senso è determinante la considerazione che la previsione della norma civilistica richiamata dall'art. 10, comma 1 bis, della legge 11 febbraio 1994 n. 109 e s.m. si basa, come già rilevato, su di una presunzione e quindi non esclude che possano esistere altre ipotesi di collegamento o controllo societario atti ad alterare le gare di appalto. Deve pertanto ammettersi la previsione da parte dell'amministrazione appaltante di clausole di esclusione, non automatiche, dalla gara in presenza di tali ulteriori ipotesi di fatto. Il potere di accertamento e valutazione di tali situazione ben può essere esercitato dalla commissione di gara che, in quanto incaricata di vagliare la documentazione delle imprese partecipanti ad una gara pubblica e le relative offerte, è in grado di percepire, in modo quanto mai diretto e immediato proprio nell'espletamento della sua specifica funzione anomalie tali da far ritenere sussistente una situazione idonea ad alterare la gara stessa. Ritenuta in via generale legittima la previsione di clausole che concretamente individuano elementi di fatto che integrino o da cui possa desumersi l'esistenza di ipotesi di collegamento tra imprese (al di là ed in aggiunta a quelli già stabiliti direttamente dalla legge), in concreto il limite della legittimità di tali ulteriori previsioni è da rinvenirsi nella loro ragionevolezza e nella loro logicità rispetto alla tutela che intendono perseguire e cioè la corretta individuazione del "giusto" contraente. Proprio in considerazione della peculiarità della materia e degli interessi pubblici tutelati, sarebbe irragionevole e contraddittorio richiedere, quale ulteriore condizione di legittimità del bando, la tipizzazione del fatto del collegamento o del controllo societario diverso da quello di cui all'art. 2359 del codice civile, 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 societari capaci di alterare la gara, non facilmente prevedibili o ipotizzabili.