

# IL PROJECT FINANCING TRA DIRITTO NAZIONALE E DIRITTO EUROPEO

(Note a margine della sentenza della Corte di Giustizia del 5 febbraio 2026, C-810/24)<sup>1</sup>

## Project Financing between National and European Law

(Notes on the Court of Justice's ruling of February 5, 2026, C-810/24)

FEDERICO FRANCESCO GUZZI - PIERPAOLO PUGLIESE

**Abstract (It)** L'articolo ricostruisce l'evoluzione normativa del *project financing* nel Codice dei contratti pubblici, soffermandosi sul nodo del diritto di prelazione riconosciuto al promotore (o al proponente). Alla luce della sentenza della Corte di Giustizia, C-810/24 del 5 febbraio 2026, si dimostra l'incompatibilità dell'istituto, anche nella sua configurazione post correttivo, con i principi di parità di trattamento, concorrenza, immodificabilità dell'offerta. Ne deriva, a livello operativo, la necessità di disapplicare l'art. 193, comma 12, d.lgs. 36/2023 nelle procedure già avviate e di non inserire la clausola in quelle successive.

**Abstract (En)** The article reconstructs the regulatory evolution of *project financing* under the Italian Public Procurement Code, focusing on the issue of the right of first refusal. In light of the judgment of the Court of Justice, C-810/24 of 5 February 2026, it demonstrates the incompatibility of the institution, even in its post-amendment configuration, with the principles of equal treatment, competition, and immutability of tenders. At the operational level, it is necessary to disapply Article 193(12) of Legislative Decree 36/2023 in pending procedures and to avoid including the clause in future ones.

**Parole chiave:** codice contratti pubblici - project financing - concorrenza

**Keywords:** public procurement code - project financing - competition

**SOMMARIO:** 1. Introduzione 2. Il *project financing* nella disciplina nazionale (cenni) 3. I problemi di compatibilità tra disciplina nazionale e disciplina europea 4. La sentenza della Corte di Giustizia del 5 febbraio 2026, C-810/24. 5. Problematiche applicative in ordine all'attività delle amministrazioni 6. Conclusioni.

## 1. Introduzione

Questo articolo ha ad oggetto le implicazioni di talune previsioni del *project financing* in ordine al rispetto dei principi che governano le procedure di gara. Si precisa che la finalità del lavoro non è quella di analizzare presupposti, contenuti e, in generale, l'intera sequenza procedimentale dell'istituto<sup>2</sup> (il

<sup>1</sup> Il lavoro, sebbene frutto di uno studio comune, è così suddiviso: i paragrafi 1, 2, 3 sono stati scritti da Federico Francesco Guzzi, i paragrafi 4 e 5 da Pierpaolo Pugliese; le conclusioni da entrambi.

Federico Francesco Guzzi è professore associato di diritto amministrativo presso l'Università della Calabria. Pierpaolo Pugliese è funzionario amministrativo (area appalti) del medesimo Ateneo.

<sup>2</sup> Sul tema si veda: M. ALLENA, *Scelta del promotore e sindacato sulla discrezionalità nel project financing*, in *Urb. e App.*, 2009; G. FIDONE - B. RAGANELLI, *Il partenariato pubblico-privato e la finanza di progetto*, in M. CLARICH (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Torino, 2010, pp. 737 e ss.; G.F. CARTEI - M. RICCHI (a cura di), *Finanza di Progetto e Partenariato Pubblico-Privato – Temi europei, istituti nazionali e operatività*, Napoli, 2015; F. FRACCHIA, *Finanza di progetto: i profili di diritto amministrativo*, in *Project*

quale si presenta in termini piuttosto complessi), bensì mettere in evidenza le asimmetrie (in virtù della previsione del diritto di prelazione in capo al promotore), tra disciplina nazionale e disciplina europea; asimmetrie venute alla luce sia con la procedura di infrazione di cui alla lettera di costituzione in mora della Commissione europea (lettera dell' 8 ottobre 2025<sup>3</sup>) sia dalla recente sentenza della Corte di Giustizia del 5 febbraio 2026, C-810/24 (*Urban Vision*), a mezzo delle quali è stata messa in evidenza, in particolare, l'incompatibilità del diritto di prelazione<sup>4</sup> - previsto in capo al promotore (o al proponente) - con i principi di parità di trattamento, di concorrenza effettiva, di trasparenza e di libertà di stabilimento; diritto che gli consente - al fine di divenire comunque aggiudicatario - di modificare la propria offerta, determinando così un vantaggio concorrenziale.

Nella pagine che seguono vengono quindi messe in luce le criticità di questo profilo così come configurato nell'attuale impianto codicistico (con considerazioni che investono, anche l'assetto da ultimo disciplinato dal correttivo di cui al D. lgs n. 209/2024); per quali ragioni il giudice europeo ha affermato l'incompatibilità dello stesso con la disciplina sovranazionale; verranno messi in evidenza i "problemi operativi" che - post pronuncia - si pongono per le amministrazioni aggiudicatrici (in particolare sotto il profilo della modifica del bandi); infine, i problemi per il Legislatore: se dovrà inevitabilmente adeguarsi alla disciplina europea (non solo per questo profilo ma anche per taluni altri aspetti che non sembrano aver trovato risoluzione neanche alla luce del citato correttivo).

## **2. Il project financing nella disciplina nazionale (cenni)**

L'istituto del *project financing* trovava disciplina già nei precedenti Codici, in particolare nell'art. 153 del D.lgs. n. 163/06 e nell'art. 183 del D. lgs. n. 50/2016. Ancor prima, la disciplina trovava collocazione nella legge quadro sui lavori pubblici (l. n. 109/1994) negli art. 37-bis e ss., introdotti con la cd legge Merloni-ter (l. n. 415/1998), alla luce dei quali l'operatore privato poteva proporre la realizzazione di opere pubbliche attraverso un contratto di concessione<sup>5</sup>. Nella disciplina dell'attuale Codice (D. lgs. n. 36/2023)<sup>6</sup> trova collocazione nel Titolo IV, del Libro IV, concernente il *Partenariato pubblico privato e delle concessioni*, in particolare all'art. 193<sup>7</sup> (come modificato o, meglio, riscritto dal

---

financing e opere pubbliche. *Problemi e prospettive alla luce delle recenti riforme* (a cura di) G.F. FERRARI - F. FRACCHIA, Milano, 2004; G. MORBIDELLI, *Il project financing: considerazioni introduttive*, in *Dir. pubbl. comp. e eur.* 2005; E. PICOZZA, *La finanza di progetto con particolare riferimento ai profili pubblicistici*, Torino, 2005; C. VINTI, *La scelta del promotore nel nuovo codice dei contratti pubblici. Tra assenza di disciplina e principi eurounitari*, in *Amministr@tivamente*, n. 3/2025

<sup>3</sup> La Commissione Europea ha attivato la procedura di infrazione INFR (2018)2273 contro l'Italia, mettendo in luce come, nonostante l'adozione del nuovo Codice dei Contratti Pubblici (D. Lgs. 36/2023) e del suo "correttivo", persistano gravi non conformità con le direttive UE.

<sup>4</sup> Sulla prelazione, G. FIDONE, *Finanza di progetto; la valutazione della proposta e la scelta del promotore*, in *Riv. giur. ed.*, 2006; M. RICHI, *Il diritto di prelazione nel codice dei contratti: Finanza di Progetto, Efficienza, Law & Economics*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. comunit.*, n. 1/2011

<sup>5</sup> Ai nostri fini, è necessario evidenziare invece che, con la l. n. 166/2002 (cd Merloni-quater), era stato introdotto il diritto di prelazione in capo al promotore.

<sup>6</sup> Per un commento al Codice: A. GIORDANO - S. CIMINI, *Commentario al codice dei contratti pubblici (aggiornato al Correttivo d. lgs. n. 31 dicembre 2024, n. 209)*, Napoli, 2025; R. VILLATA - M. RAMAJOLI, *Commentario al codice dei contratti pubblici. D.LGS. 31 marzo 2023, n. 36 Aggiornato al Correttivo 2024 e al Decreto infrastrutture 2025*, Pisa, 2025; AA. VV., *La riforma dei contratti pubblici (D. LGS. 36/2023) - Documento Gruppo di lavoro AIPDA - (a cura di) F. Manganaro - N. Paolantonio - F. Tigano*, Messina, 2024; AA. VV., *Il nuovo Codice dei Contratti Pubblici: primi orientamenti e sfide future*, (a cura di) A. Maltoni, Torino, 2025; AA. VV., *Innovazione e conservazione nel nuovo Codice dei contratti pubblici - Atti dei seminari di studio tenuti presso l'Università della Calabria il 16 maggio 2023 e il 22 novembre 2023 - (a cura di) F. F. Guzzi*, Napoli, 2024

<sup>7</sup> Sulla disposizione in oggetto si veda L. GIANI, in *Commentario al Codice dei contratti pubblici* (a cura di) S. Cimini - A. Giordano, cit.; M. PROTTO, in *Il nuovo codice dei contratti pubblici* (diretto da) F. Caringella, Milano, 2023

correttivo di cui al D. lgs. n. 209/2024), il quale prevede che gli operatori economici possono presentare agli enti concedenti proposte relative alla realizzazione in concessione di lavori o servizi (anche non inclusi nella programmazione del partenariato pubblico-privato). Ciascuna proposta contiene un progetto di fattibilità, una bozza di convenzione, il piano economico-finanziario asseverato e la specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione, l'indicazione dei requisiti del promotore.

L'affidamento, sulla base del comma 16, può avvenire altresì (in quanto reintrodotta dal correttivo) per iniziativa dell'ente concedente: *“l'ente concedente può, mediante avviso pubblico, sollecitare i privati a farsi promotori di iniziative volte a realizzare in concessione, mediante finanza di progetto, interventi inclusi negli strumenti di programmazione del partenariato pubblico-privato”*.

Si tratta di una fattispecie piuttosto complessa<sup>8</sup> (per via dell'impatto sia di profili giuridici sia finanziari) riconducibile ad una delle varie forme di partenariato pubblico privato<sup>9</sup>; procedura che si

---

<sup>8</sup> Siamo in presenza di *“una delle modalità di realizzazione e gestione di un'opera di pubblico interesse fondata sulla predisposizione del progetto preliminare e del piano economico da parte di un promotore privato, il quale, per il tramite del coinvolgimento di soggetti finanziatori, assume a proprio carico gli oneri derivanti dai costi di esecuzione. Al pari del modello concessorio, i ricavi potenzialmente percepibili dal promotore discendono dal conseguimento del diritto di gestione dell'opera realizzata. Al bando di gara è inoltre affidata la disciplina della costituzione di «società di progetto» fra i soggetti privati che abbiano partecipato all'operazione”*. Cfr. Consiglio di Stato, I, parere n. 823/2020

<sup>9</sup> La Commissione speciale del Consiglio di Stato n. 755, del 29 marzo 2017, ha definito il partenariato pubblico-privato quale: *“complesso fenomeno giuridico, di matrice europea, caratterizzato da una sostanziale equiordinazione tra soggetti pubblici e soggetti privati per la realizzazione di un'attività volta al conseguimento di interessi pubblici, in cui ai primi (soggetti pubblici) è attribuito il compito di individuare/selezionare gli interessi pubblici da tutelare e garantire, nonché lo strumento economico/giuridico/finanziario più adeguato per poterli conseguire, oltre che la vigilanza e il controllo sul loro effettivo raggiungimento, mentre ai secondi - i soggetti privati, che mettono a disposizione dell'amministrazione pubblica, le proprie capacità finanziarie e il proprio complessivo know how - è riconosciuto il diritto di ritrarre utilità, mediante la disponibilità o lo sfruttamento economico dell'opera, attraverso le ordinarie fasi della sua realizzazione, trasformazione, manutenzione e gestione; il partenariato pubblico-privato costituisce un fenomeno economico-finanziario che trova disciplina giuridica nel relativo contratto di partenariato, qualificabile come contratto atipico, in cui le parti fissano nel modo ritenuto più idoneo e adeguato l'assetto dei propri rispettivi interessi in funzione del conseguimento dell'interesse pubblico individuato esclusivamente dalla parte pubblica; il partenariato pubblico-privato si delinea come un genus contrattuale riferibile a più modelli specifici, tra cui “rientrano la finanza di progetto, la concessione di costruzione e gestione, la concessione di servizi, la locazione finanziaria di opere pubbliche, il contratto di disponibilità e qualunque altra procedura di realizzazione in partenariato di opere e servizi che presentano le caratteristiche di cui ai commi precedenti (art. 180, comma 8) [...]”. L'espressione “partenariato pubblico-privato” non pare integrare una categoria giuridica in senso proprio - neanche dopo il nuovo Codice del 2016 - ma, secondo attenta dottrina, sarebbe nozione meramente descrittiva di istituti giuridici caratterizzati da alcuni elementi comuni. In sostanza si tratta di un modulo procedimentale, disciplinato dal Codice dei Contratti pubblici, volto alla realizzazione degli interessi pubblici, che si avvale della collaborazione tra privati e amministrazioni e che si articola in schemi contrattuali tipici e atipici. Lo scopo è quello di individuare finanziamenti alternativi a quelli tradizionali attraverso un rapporto di lunga durata e una corretta allocazione del rischio in capo ai privati, secondo le modalità individuate nel contratto”*. In merito, si veda altresì il citato parere n. 823/2020 del Consiglio di Stato, secondo cui: *“le forme di collaborazione fra la pubblica Amministrazione e i soggetti privati nello svolgimento di attività d'interesse generale non si esauriscono nell'affidamento di concessioni di lavori o di servizi ma rinvergono nella prassi una molteplicità di manifestazioni applicative. Come detto, infatti, il partenariato pubblico-privato, piuttosto che configurare un tipo contrattuale autonomo, può essere qualificato come un modulo procedimentale comprensivo di fattispecie distinte, ciascuna delle quali condivide la comune preordinazione alla gestione imprenditoriale di un'operazione economicamente complessa”*. In generale, sul rapporto pubblico-privato, in dottrina, M.P. CHITI, *Il partenariato pubblico-privato. Profili di diritto amministrativo e di scienza dell'amministrazione* (Spisa-Approfondimenti), 2005; B. MARCHETTI - G. FALCON (a cura di), *Pubblico e privato nell'organizzazione e nell'azione amministrativa - Problemi e prospettive*, Padova, 2013; A. FIORITTO (a cura di), *Nuove forme e nuove discipline del partenariato pubblico privato*, Torino, 2017; F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e*

risolve in una operazione economica di durata pluriennale all'interno della quale il privato realizza e gestisce - assumendo il cd rischio operativo - un progetto che può riguardare sia un lavoro sia (alla luce dell'attuale previsione normativa) un servizio.

L'istituto ha impatto sull'interesse pubblico nella misura in cui viene realizzata (con capitali privati) un'opera pubblica (o gestito un servizio pubblico) dai quali, ovviamente, il privato ottiene un profitto rientrando dall'investimento iniziale (*self-liquidating*).

In omaggio al principio dell'art. 8 (autonomia contrattuale)<sup>10</sup> del Codice, il contratto non è ingessato ma adattabile alle esigenze del caso concreto; ad ogni modo è riconducibile ad una forma di concessione<sup>11</sup>, seppure con delle sue specificità<sup>12</sup>.

La fattispecie è a doppio stadio<sup>13</sup> nel momento in cui, preliminarmente, l'amministrazione valuta (ora, alla luce della disposizione post-correttivo, per mezzo di una fase "sub-concorrenziale") la

---

*l'ordinamento amministrativo. Dinamiche e modelli di partenariato in base alle recenti riforme*, Torino, 2011; A. MOLITERNI, *Le prospettive del partenariato-pubblico privato nella stagione del PNRR*, in *Dir. Amm.*, n. 2/2022; G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003; M. A. SANDULLI, *Il partenariato pubblico-privato istituzionalizzato nell'evoluzione normativa*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), n. 3/2012; S. VALGUZZA - E. PARISI, *Ricerca sull'identità giuridica del partenariato pubblico-privato*, in *Mumus*, 2020

<sup>10</sup> Art. 8. (Principio di autonomia contrattuale. Divieto di prestazioni d'opera intellettuale a titolo gratuito) 1. "Nel perseguire le proprie finalità istituzionali le pubbliche amministrazioni sono dotate di autonomia contrattuale e possono concludere qualsiasi contratto, anche gratuito, salvi i divieti espressamente previsti dal codice e da altre disposizioni di legge"

<sup>11</sup> "Le concessioni sono contratti a titolo oneroso mediante i quali una o più amministrazioni aggiudicatrici o uno o più enti aggiudicatori affidano l'esecuzione di lavori o la prestazione e gestione di servizi a uno o più operatori economici. Tali contratti hanno per oggetto l'acquisizione di lavori o servizi attraverso una concessione il cui corrispettivo consiste nel diritto di gestire i lavori o i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo. Essi possono, ma non devono necessariamente, implicare un trasferimento di proprietà alle amministrazioni aggiudicatrici o agli enti aggiudicatori, ma i vantaggi derivanti dai lavori o servizi in questione spettano sempre alle amministrazioni aggiudicatrici o agli enti aggiudicatori". Cfr. Considerando 11 Direttiva 2014/23/UE. In merito al rapporto tra concessione e *project financing* si veda TAR Sicilia - Catania - n. 3864/2024: "le definizioni soprariportate connotano la causa tipica del P.F. nonché dell'operazione economica sottesa al sistema concessorio (dovendosi ricondurre la finanza di progetto ad una modalità di finanziamento della concessione [Cons. Stato, sez. VI, 2 settembre 2013, n. 4355] così come emerge dal tenore letterale dell'art. 183, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016 secondo cui il P.F. costituisce una modalità alternativa dell'affidamento di una concessione rispetto al sistema previsto dalla parte III del d.lgs. n. 50/2016 [rubricato "contratti di concessione] e così come chiarito nella relazione illustrativa del nuovo codice dei contratti pubblici che ha meglio precisato - rispetto al previgente codice - i rapporti tra concessione e finanza di progetto, non vertendosi nell'ambito di due tipi contrattuali diversi, "ma del medesimo contratto di concessione che può essere finanziato, sia in 'corporate financing', sia in 'project financing'".

<sup>12</sup> "La scelta di innestare il *project financing* sul robusto e frondoso ramo della concessione (era legata) in gran parte a valutazioni politiche di contingenza propiziate da precedenti storici che hanno visto le concessioni come contenitore giuridico sia di prefinanziamenti privati, sia di concorsi finanziari privati per le opere pubbliche, sia di operazioni di promozione-committenza". Cfr. S. AMOROSINO - R. SCIUTO, *La disciplina del project financing nella nuova legge sugli appalti (n. 415 del 1998): la concessione di costruzione e gestione e il promotore*, in *Riv. giur. edilizia*, n. 2/1999

<sup>13</sup> Parlava di fattispecie a formazione progressiva il Consiglio di Stato, V, n. 7277/2010: "per l'effetto nella procedura del *project financing* piuttosto che individuarsi due serie sub - procedurali collegate ed autonome (l'una di selezione del progetto di pubblico interesse; l'altra di gara ad evidenza pubblica sulla base proprio del progetto dichiarato di pubblica utilità), deve piuttosto configurarsi una fattispecie a formazione progressiva, in cui lo scopo finale (cioè l'aggiudicazione della concessione al soggetto che propone di realizzare l'opera col sistema economicamente più vantaggioso) si realizza attraverso le descritte (e progressive) fasi che non sono solo funzionalmente collegate (tra di loro proprio in funzione dello scopo), ma sono biunivocamente interdipendenti, così che la prima non è logicamente e giuridicamente concepibile senza la seconda e viceversa, con la ulteriore e definitiva conseguenza che esse non sono giuridicamente autonome, non potendo essere separate tra di loro a pena della stessa esistenza della procedura".

fattibilità della/e proposta/e; laddove la valutazione si concluda positivamente, il progetto è messo a bando (con la vera e propria gara) con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa<sup>14</sup>.

Fatta questa premessa, per come precisato nell'introduzione, oggetto di analisi non è l'istituto nella sua intera configurazione (presupposti, contenuti, fasi procedurali, oggi rese ancor più complesse alla luce del decreto correttivo del 2024), il *focus* è sulla valutazione del profilo che attiene alla previsione di cui al comma 12 dell'art. 193 del Codice, alla luce del quale: *“se il promotore ovvero il proponente non risulta aggiudicatario, può esercitare, entro quindici giorni dalla comunicazione dell'aggiudicazione, il diritto di prelazione e divenire aggiudicatario se dichiara di impegnarsi ad adempiere alle obbligazioni contrattuali alle medesime condizioni offerte dall'aggiudicatario”*.<sup>15</sup>

Siffatta previsione normativa<sup>16</sup>, la quale prevede in capo al promotore (o al proponente<sup>17</sup>) il diritto di esercitare la prelazione (legale<sup>18</sup>), a condizione che si impegni ad adempiere alle obbligazioni alle medesime condizioni offerte dall'originario aggiudicatario, pone le criticità che verranno analizzate nello scritto.

---

<sup>14</sup> In merito alla distinzione delle fasi procedurali, si veda Consiglio di Stato, V, n. 9298/2023, secondo cui: *“il modello procedimentale in esame consta di tre fasi: la prima, inerente alla presentazione della proposta di finanza di progetto, in cui si esprime la valutazione dell'interesse pubblico, di competenza dell'organo di governo; la seconda, ove avviene l'inserimento dell'opera dichiarata di pubblico interesse nella programmazione triennale, con sottoposizione ad approvazione del progetto preliminare, sempre a cura dell'organo di governo; l'ultima, che prevede l'indizione di una gara sul progetto approvato, rimessa alla competenza della dirigenza”*. Si veda altresì Consiglio di Stato, V, n. 9210/2023, secondo cui: *“la procedura di project financing si sviluppa in due serie procedurali strutturalmente autonome ma biunivocamente interdipendenti sotto il profilo funzionale, la prima di selezione del progetto di pubblico interesse e la seconda di gara ad evidenza pubblica sulla base del progetto dichiarato di pubblica utilità (la seconda serie è distinta nelle subfasi di individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa e di eventuale esercizio da parte del promotore del diritto di prelazione)”*.

<sup>15</sup> Secondo la disposizione in oggetto: *“se il promotore ovvero il proponente non risulta aggiudicatario e non esercita la prelazione ha diritto al pagamento, a carico dell'aggiudicatario, dell'importo delle spese per la predisposizione della proposta, comprensive anche dei diritti sulle opere dell'ingegno. L'importo complessivo delle spese rimborsabili non può superare il 2,5 per cento del valore dell'investimento, come desumibile dal progetto di fattibilità posto a base di gara. Se il promotore ovvero il proponente esercita la prelazione, l'originario aggiudicatario ha diritto al pagamento, a carico del promotore ovvero del proponente, dell'importo delle spese documentate ed effettivamente sostenute per la predisposizione dell'offerta nei limiti di cui al terzo periodo”*.

<sup>16</sup> *“La selezione del promotore crea, per il soggetto prescelto, una posizione di vantaggio certa e non meramente eventuale, atteso che il suo progetto è posto a base della successiva gara e che, ove anche nella gara vengano selezionati progetti migliori di quello del promotore, quest'ultimo ha un diritto potestativo di rendersi aggiudicatario, adeguando la propria proposta a quella migliore”*. Cfr. Consiglio di Stato, Ad. Plen. n. 1/2012

<sup>17</sup> La norma infatti distingue tra *promotore*, ovvero chi propone la realizzazione di un progetto, e *proponente*, cioè chi propone un progetto dopo la proposta del primo

<sup>18</sup> È stato evidenziato in dottrina la particolarità di siffatta tipologia di prelazione legale, in quanto *“consiste nella circostanza che il diritto di prelazione legale non solo è connesso ad un interesse pubblico ma prevede anche la partecipazione essenziale nel procedimento di denuntiatio di un soggetto terzo promotore del predetto interesse pubblico [...]*. Emerge dunque che il diritto di prelazione attribuito dal codice dei contratti pubblici al promotore ha delle connotazioni decisamente peculiari rispetto agli altri casi di prelazione legale, connotazioni non compatibili con la disciplina generale evincibile in materia. Innanzitutto, si tratta di un diritto di prelazione che ha come oggetto una posizione di primato nell'ambito di una graduatoria pubblica di cui fanno previamente parte sia il proponente che l'aggiudicatario e non il subentro automatico in un diritto che il concedente ha intenzione di trasferire ad un terzo estraneo all'obbligo legale, o che addirittura, come nel caso della prelazione artistica, è già stato alienato. In secondo luogo, l'istituto della *denuntiatio* è sostituito *de plano* dalla ordinaria comunicazione dell'aggiudicazione della gara e l'unica formalità prevista a carico del proponente è la dichiarazione di impegnarsi ad adempiere alle obbligazioni contrattuali alle medesime condizioni offerte dall'aggiudicatario”. Cfr. M. PROTTO, in *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, cit., pp. 1270-71

La questione non è affatto nuova, si pensi alla procedura d'infrazione n. 2001/2182 ex art. 226 TCE<sup>19</sup>, a mezzo della quale nel contestare alcune difformità della legislazione nazionale con quella comunitaria, si metteva tra l'altro in discussione l'articolo 37-*bis* della legge Merloni-*ter* non tanto, però, sulla prelazione *ex se* del promotore, quanto piuttosto sull'inadeguatezza della pubblicazione dell'avviso, il quale non evidenziava i benefici riconosciuti al promotore stesso nella fase della procedura negoziata; in sostanza, si contestava una non adeguata pubblicità del diritto di prelazione; di conseguenza, ciò determinava la violazione dei principi di trasparenza, non discriminazione e parità di trattamento.

Seguì la legge n. 62/2005 (legge comunitaria 2004) - recante disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alla Comunità europea - che introdusse (nell'art. 37-*bis* della legge Merloni) l'obbligo, in sede di avviso pubblico, di pubblicizzare in modo trasparente ed espresso l'esistenza del c.d. diritto di prelazione e l'obbligo di indicare i criteri attraverso i quali selezionare il promotore; previsione confermata nel Codice del 2006 (artt. 153 e ss.); nel dettaglio, si prevedeva che: *"l'avviso deve, altresì, indicare espressamente che è previsto il diritto a favore del promotore ad essere preferito ai soggetti previsti dall'articolo 155, comma 1, ove lo stesso intenda adeguare il proprio progetto alle offerte economicamente più vantaggiose presentate da predetti soggetti offerenti"*. Il successivo art. 154, stabiliva che: *"nella*

*procedura negoziata di cui all'art. 155 il promotore potrà adeguare la propria proposta a quella giudicata dall'amministrazione più conveniente. In questo caso il promotore risulterà aggiudicatario"*.

Il Codice prevedeva però la possibilità di attribuire al promotore il diritto di prelazione solo laddove la fase di individuazione dello stesso fosse stata espletata nel rispetto delle modalità stabilite dalla legge, con la conseguenza che, in caso di omissione, il diritto di prelazione non veniva riconosciuto.

Dopo la sua espunzione<sup>20</sup> (ad opera del d.lgs. 31 luglio 2007, n. 113<sup>21</sup>), e dopo una ulteriore lettera di messa in mora del 2 febbraio 2008 (procedura di infrazione 2007/2309<sup>22</sup>) che evidenziava ancora delle criticità, venne tuttavia reintrodotta<sup>23</sup> con il terzo correttivo (di cui al d.lgs. n. 152/2008) in ragione della

---

<sup>19</sup> In merito G. FIDONE-B. RAGANELLI, *Finanza di progetto e diritto comunitario: Compatibilità con il principio di parità di trattamento della c.d. "prelazione del promotore"*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, n. 3-4/2005.

<sup>20</sup> *"L'abolizione del diritto di prelazione per il promotore operato dal d.lgs. n. 113/2007 ha eliminato il privilegio per il promotore all'interno dell'intera procedura e lo ha reso un concorrente in posizione paritaria rispetto agli altri partecipanti; quindi, ha eliminato i disincentivi per i concorrenti del promotore a partecipare alle fasi della procedura ristretta e della procedura negoziata e ripristinato l'effettiva operatività dei passaggi concorrenziali."* Cfr. G. FIDONE - B. RAGANELLI, *Il partenariato pubblico-privato e la finanza di progetto*, cit., p. 781

<sup>21</sup> L'art. 1, comma 1, lett. r) del D. Lgs. 31 luglio 2007, n. 113 ha soppresso l'ultimo periodo del comma 3 dell'art. 153 del codice relativo al contenuto dell'avviso pubblico e alla prelazione in favore del promotore all'esito della procedura negoziata di cui all'art. 154 del codice

<sup>22</sup> *"Tuttavia, con riserva di conoscere la valutazione della Corte di Giustizia sulle disposizioni in questione, la Commissione segnala che le disposizioni previste dal Codice non sembrerebbero eliminare tutti i problemi di compatibilità con il diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni che essa aveva indicato nel ricorso per inadempimento. In particolare, il rispetto delle regole della direttiva 2004/18/CE in materia di attribuzione delle concessioni di lavori e del principio di parità di trattamento non sembrerebbe garantito dalle suddette disposizioni del Codice, in ragione dell'assenza di pubblicità a livello comunitario degli avvisi diretti a scegliere il promotore ed il concessionario nonché dalla posizione di vantaggio di cui il promotore continua a beneficiare, anche dopo la soppressione del diritto di prelazione. Nel corso della procedura di attribuzione della concessione, infatti, il promotore non è su un piede di parità con gli altri operatori potenzialmente interessati in quanto ha il vantaggio di partecipare ad una procedura negoziata (fase 2 della procedura di attribuzione) nella quale deve confrontarsi unicamente con i soggetti che hanno presentato le 2 migliori offerte nella gara precedente (fase 1), indetta sulla base della sua proposta"*. Cfr. Lettera di messa in mora 2.2.2008

<sup>23</sup> L'introduzione o l'abolizione del diritto di prelazione, infatti, ha l'effetto di mutare gli equilibri dell'intera procedura e del "peso specifico" delle singole fasi della stessa. Il riconoscimento al promotore di un simile

necessità di incentivare l'istituto<sup>24</sup>; previsione poi confermata nell'art. 183, comma 15, del Codice del 2016 (oggetto del vaglio del giudice europeo di cui alla sentenza oggetto di analisi) e nell'art. 193 di quello attuale (così come riconfigurato alla luce del decreto correttivo del 31 dicembre 2024).

La problematicità della previsione in oggetto<sup>25</sup>, si spiega non solo in ragione del principio di trasparenza (nel senso di espressa previsione nei bandi), bensì per il fatto che una disposizione di questo tenore viene a "sovertire" gli esiti della procedura di gara consentendo (in violazione del principio generale di immodificabilità dell'offerta, una volta conclusa la procedura) di modificarne i contenuti.

In sostanza, il promotore (o il proponente) si trova in una indubbia situazione di vantaggio concorrenziale posto che, a onta della sua collocazione in graduatoria, può comunque risultare aggiudicatario.

È dunque da verificare se un simile meccanismo possa ritenersi in asse con i principi che governano le procedure di gara<sup>26</sup>; se si possa quindi coniugare l'esigenza di incentivare questa tecnica finanziaria

---

vantaggio carica di importanza la fase della selezione della proposta e della scelta del lo stesso promotore e impoverisce le successive fasi di gara. Al contrario, l'eliminazione del diritto di prelazione torna a svuotare la fase della scelta del promotore (che, peraltro, nel corso degli anni era stata procedimentalizzata proprio per renderla compatibile con i principi comunitari, al fine di attribuire legittimamente il diritto di prelazione) e, nuovamente, aumenta il peso delle fasi due e tre, che tornano ad essere decisive al fine dell'aggiudicazione finale". Cfr. G. FIDONE - B. RAGANELLI, *Il partenariato pubblico-privato e la finanza di progetto*, cit., p. 785

<sup>24</sup> "La disposizione trovava il suo fondamento, da un lato nel riconoscimento al promotore dei maggiori oneri, di natura economica e imprenditoriale, sopportati nella presentazione della proposta, dall'altro nella volontà di incentivare l'iniziativa dei soggetti privati, vista la scarsità di proposte presentate nel periodo precedente alla legge n. 166/2002" cfr. G. FIDONE - B. RAGANELLI, *Il partenariato pubblico-privato e la finanza di progetto*, cit., p. 783; Id. *Finanza di progetto e diritto comunitario: compatibilità con il principio di parità di trattamento della cd. "prelazione" del promotore*, cit. "l'attribuzione di un diritto di prelazione al promotore, insieme agli altri meccanismi di incentivo contenuti nella normativa, aumenta evidentemente le possibilità che questi risulti aggiudicatario della concessione di costruzione e gestione. Questo costituisce senza dubbio un incentivo al coinvolgimento di capitali privati nella realizzazione di opere pubbliche o di pubblica utilità, ma d'altro canto, finendo per scoraggiare gli operatori del mercato dal partecipare alle gare, può rivelarsi dannoso per la realizzazione di una reale concorrenza, innescando problematiche diverse".

<sup>25</sup> Il Consiglio di Stato, V, n. 9210/2023, ha affermato in senso favorevole alla prelazione che: "il meccanismo della prelazione, da sempre, ha costituito il tentativo del legislatore di trovare un equilibrio fra due valori in contrasto: da un lato, quello di incentivare la massima partecipazione dei privati sin dalla prima fase di individuazione della proposta da porre a base della successiva gara per l'aggiudicazione della concessione, riconoscendo un vantaggio competitivo al promotore, e dall'altro, quello di garantire il rispetto dei principi della massima concorrenza e della parità di trattamento. La soluzione individuata con la previsione del riconoscimento di un diritto di prelazione non era, né può essere oggi, la previsione di un'indebita posizione di vantaggio anticoncorrenziale, ma quella di prevedere un beneficio premiale conseguente all'esito di una procedura competitiva" [...]. In sintesi, la ratio legis è di consentire una sostituzione meramente soggettiva dell'operatore aggiudicatario-esecutore, restando preclusa qualsivoglia sostituzione oggettiva afferente l'offerta aggiudicataria. Quest'ultima ha formato oggetto di selezione sulla base dei suoi requisiti tecnici ed economici, nell'ambito di una procedura evidenziale, da parte di apposita commissione di gara, e non può formare oggetto di rinegoziazione a valle della sostituzione soggettiva dell'aggiudicatario, conseguente all'esercizio della prelazione". Sulla prelazione si veda, di recente, L. LORENZONI, *L'esercizio del diritto di prelazione da parte del promotore nella finanza di progetto*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 2/ 2024

<sup>26</sup> In generale, sui principi di cui al nuovo Codice dei contratti, si veda F. SAITTA, *I principi generali del nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Innovazione e conservazione nel nuovo codice dei contratti pubblici - Atti dei seminari di studio tenuti presso l'Università della Calabria il 16 maggio 2023 e il 22 novembre 2023* - (a cura di) F. F. GUZZI, cit., pp. 13 e ss.

(anche in attuazione del principio di sussidiarietà orizzontale<sup>27</sup>) con i principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di concorrenza, di libertà di stabilimento.

Se è vero, infatti, che la Direttiva 2014/23/UE lascia un certo margine di autonomia alle amministrazioni<sup>28</sup>, e se è comprensibile la *ratio* della prelazione nella misura in cui cerca di rendere appetibile il *project financing*, incentivandolo, è anche vero che gli Stati membri devono comunque garantire il rispetto dei principi sopra citati<sup>29</sup>. In merito - come ha affermato la citata sentenza della Corte di Giustizia che sarà oggetto di analisi: “*si deve constatare che il margine di discrezionalità riconosciuto all’amministrazione aggiudicatrice per l’organizzazione delle procedure di aggiudicazione di concessioni non può essere illimitato*”.

In sostanza, il potere discrezionale dell’amministrazione è più ampio nella fase, a monte, di scelta della procedura e di valutazione della proposta<sup>30</sup> nonché in ordine alla sussistenza di un interesse pubblico; viene più irreggimentato nella successiva fase della vera e propria gara; riemerge nel momento in cui vi è libertà di stabilire i contenuti della convenzione.

---

<sup>27</sup> “L’auspicata collaborazione tra pubblico e privato costituisce espressione dell’evoluzione del ruolo del soggetto pubblico nella vita economica del Paese, da operatore diretto nel mercato a organizzatore, regolatore e supervisore dello stesso, nel rispetto dei principi di concorrenza e parità di trattamento imposti dal Trattato e dalle Direttive Comunitarie in materia di appalti. Il PPP in tal senso rappresenta una delle manifestazioni più evidenti del principio della sussidiarietà orizzontale, quale riconoscimento da parte dei pubblici poteri del ruolo sussidiario della società civile nell’esplicazione di attività di interesse generale e, quindi, anche nell’esercizio di funzioni e servizi pubblici e sociali. Inteso in senso “positivo” tale principio non impone alcun arretramento dello Stato, ma suggerisce una diversa modalità di intervento pubblico che promuova e sostenga l’autonoma capacità di azione di singoli e delle formazioni sociali”. Cfr. G. FIDONE - B. RAGANELLI, *Il partenariato pubblico-privato e la finanza di progetto*, cit., p. 743

<sup>28</sup> “Di norma le concessioni sono accordi complessi di lunga durata con i quali il concessionario assume responsabilità e rischi tradizionalmente assunti dalle amministrazioni aggiudicatrici e dagli enti aggiudicatori e rientranti di norma nell’ambito di competenza di queste ultime. Per tale ragione, fatta salva l’osservanza della presente direttiva e dei principi di trasparenza e di parità di trattamento, dovrebbe essere lasciata alle amministrazioni aggiudicatrici e agli enti aggiudicatori un’ampia flessibilità nel definire e organizzare la procedura di selezione del concessionario.” Cfr. Considerando 68 della Direttiva 2014/23/UE

<sup>29</sup> “Tuttavia, al fine di garantire parità di trattamento e trasparenza durante l’intera procedura di aggiudicazione, è opportuno prevedere garanzie minime per quanto riguarda la procedura di aggiudicazione, ivi comprese informazioni sulla natura e l’ambito di applicazione della concessione, la limitazione del numero di candidati, la diffusione delle informazioni ai candidati e agli offerenti e la disponibilità di registrazioni appropriate. È altresì necessario disporre che vengano rispettate le condizioni iniziali previste dal bando di concessione, per evitare disparità di trattamento tra i potenziali candidati”. Cfr. Considerando 68 della Direttiva 2014/23/UE

<sup>30</sup> “La fase preliminare di individuazione del promotore, ancorché procedimentalizzata, è connotata da amplissima discrezionalità amministrativa, in quanto intesa non già alla scelta della migliore tra una pluralità di offerte sulla base di criteri tecnici ed economici preordinati, ma alla valutazione di un interesse pubblico che giustifichi l’accoglimento della proposta formulata dall’aspirante promotore.” Cfr. Consiglio di Stato, V, n. 9210/2023; nello stesso senso Consiglio di Stato, V, n. 1065/2023: “la fase preliminare di individuazione del promotore, ancorché procedimentalizzata, è connotata da amplissima discrezionalità amministrativa, tale da non potere essere resa coercibile nel giudizio amministrativo di legittimità, essendo intesa non già alla scelta della migliore fra una pluralità di offerte sulla base di criteri tecnici ed economici preordinati, ma alla valutazione di un interesse pubblico che giustifichi, alla stregua della programmazione delle opere pubbliche, l’accoglimento della proposta formulata dall’aspirante promotore”. Sarà da verificare se siffatte posizioni troveranno conferma alla luce della “procedura competitiva” prevista dal correttivo. Si veda ad esempio, già prima del correttivo, Consiglio di Stato, V, n. 257/2024, secondo cui: “anche nella fase preliminare di individuazione del promotore, proprio perché connotata da amplissima discrezionalità amministrativa, e comunque procedimentalizzata, s’impone l’applicazione dei principi generali dell’attività amministrativa, in primis di pubblicità e di trasparenza, nonché di non discriminazione e parità di trattamento tra tutti gli operatori economici interessati, in quanto funzionale alla migliore cura dell’interesse pubblico”.

### **3. I problemi di compatibilità tra disciplina nazionale e disciplina europea**

Come anticipato nel paragrafo precedente, la normativa nazionale, nel momento in cui prevede il diritto di prelazione per il promotore (o per proponente), viene a configurare in capo al medesimo un indubbio vantaggio competitivo.

La prelazione è infatti in grado di modificare gli esiti della gara, facendo in modo che il promotore (o il proponente) risulti comunque aggiudicatario. Siffatto meccanismo, se non determina uno svantaggio per l'ente concedente (posto che la prelazione obbliga il promotore ad adeguarsi all'offerta dell'originario aggiudicatario), lede la posizione dell'aggiudicatario il quale - alla luce del diritto potestativo del promotore - si troverà a non poter gestire il servizio, residuando il solo diritto al pagamento dell'importo delle spese documentate ed effettivamente sostenute per la predisposizione dell'offerta; il che determina non poche criticità posto che, com'è ovvio, la partecipazione ad una procedura di gara mira all'aggiudicazione che ha come conseguenza il vantaggio economico pluriennale derivante dalla concessione di lavori o di servizi.

Al fine di risultare aggiudicatario, l'operatore economico si troverà nella condizione di "non limitarsi" a fare l'offerta migliore, ma a fare un'offerta caratterizzata da "vantaggi economici minimi" tali da frustrare la prelazione del promotore, il che è ipotesi di difficile verifica.

Ma il diritto di prelazione viene a porsi non in asse, non solo con la direttiva 2014/23, il cui articolo 3 - Principio della parità di trattamento, non discriminazione e trasparenza - prevede che: "*le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori trattano gli operatori economici su un piano di parità e in modo non discriminatorio e agiscono con trasparenza e proporzionalità*", si pone altresì in distonia anche con i principi di cui all'art. 49 e 56 del TFUE, i quali affermano la libertà di stabilimento e la libertà di prestazioni di servizi<sup>31</sup> (principi tutelati altresì dalla direttiva 2006/123, cd direttiva Bolkestein, in tema di servizi economici privati<sup>32</sup>), nel momento in cui, il diritto di opzione, frustrando gli esiti della gara, andrebbe a scoraggiare la partecipazione degli operatori, i quali non andrebbero ad investire tempo e danaro in una procedura di gara il cui esito potrebbe in ogni caso porsi, comunque, a favore del promotore (o del proponente). Il diritto di prelazione può "*dissuadere operatori economici provenienti da altri Stati membri dal partecipare a una procedura di finanza di progetto*"<sup>33</sup>.

Alla luce dei principi europei sopra illustrati, era di tutta evidenza che la Corte di Giustizia potesse essere chiamata a pronunciarsi, in merito alla compatibilità, con gli stessi, della normativa interna (il giudice ha valutato le disposizioni di cui al D. lgs. n. 50/2016, ma poco cambia ai nostri fini, per lo meno nella versione pre-correctivo, posto che il nuovo Codice ha confermato la prelazione).

Un meccanismo teso a mettere in discussione gli esiti della gara, nonché a disincentivare la partecipazione, difficilmente poteva superare i rilievi di incompatibilità; se è vero che - come accennato - meccanismi incentivanti e/o premiali possono trovare giustificazione nella volontà di agevolare il ricorso (se vogliamo anche nell'ottica del principio di risultato<sup>34</sup>) ad operazioni indubbiamente vantaggiose per l'amministrazione; se è vero che l'amministrazione ha il potere discrezionale

---

<sup>31</sup> Come infatti affermato dalla pronuncia della Corte di Giustizia (C-810/24) che sarà oggetto di analisi: "*l'attribuzione della concessione di cui trattasi nel procedimento principale implica l'accesso del concessionario al territorio dello Stato membro ospitante in vista di una partecipazione stabile e continua, per una durata relativamente lunga, alla vita economica di tale Stato*"

<sup>32</sup> In merito all'analisi e all'impatto della direttiva sul sistema nazionale, sia consentito il rinvio a F. F. GUZZI, *La direttiva Bolkestein e la nuova disciplina dei servizi economici privati*, Milano, 2016. In merito alla controversia in oggetto, il giudice europeo ha affermato che: "*risulta, da un lato, dall'articolo 3, paragrafo 1, e dall'articolo 9, paragrafo 3, della direttiva 2006/123, letti in combinato disposto con il considerando 57 di quest'ultima, e, dall'altro, dal considerando 14 della direttiva 2014/23, che l'applicabilità della seconda direttiva comporta l'inapplicabilità della prima, circostanza che la Corte ha sottolineato nella sentenza del 14 luglio 2016, Promoimpresa. Pertanto, occorre esaminare la questione pregiudiziale non già alla luce della direttiva 2006/123, bensì della direttiva 2014/23*".

<sup>33</sup> Cfr. Corte di Giustizia del 5 febbraio 2026, C-810/24 punto 56

(accentuato dal nuovo Codice<sup>35</sup>) di modulare, in termini di flessibilità, i meccanismi di selezione degli operatori, ciò non può determinare il venir meno dei principi cardine della procedura stessa. Da qui si spiegano i ragionevoli dubbi del giudice del rinvio (ordinanza del Consiglio di Stato, V, n. 9449/2024<sup>36</sup>), il quale ha messo appunto in evidenza, da una parte, che: “*la clausola di prelazione, infatti, pur assicurando lo svolgimento di una gara, è idonea a sovvertirne l’esito se il promotore la esercita: il proponente che non risulti aggiudicatario secondo le regole di gara, se adegua la sua proposta a quella individuata come migliore, diviene egli stesso aggiudicatario. La prelazione produce quindi effetti sulla parità di trattamento che informa le gare pubbliche, mettendone in discussione l’essenza*”, dall’altra parte, ha però evidenziato che: “*i profili di flessibilità, la rilevanza attribuita alla diffusione delle informazioni sul procedimento ai fini del rispetto delle garanzie minime di parità di trattamento, anche di quelle che possono avvantaggiare determinati candidati, e la rilevanza (sulla gara) attribuita alla soluzione innovativa rendono non sicura la deduzione dell’incompatibilità della clausola di prelazione con la direttiva*”, oltre al fatto che: “*la prelazione, promuovendo le proposte del privato nei confronti dell’attività pubblica, costituisce attuazione del principio di sussidiarietà orizzontale (art. 118 Cost.), è espressione di una modalità di cooperazione che può rendere più efficace, in termini di tempo e risorse, la realizzazione degli interessi pubblici in e promuovere un rinnovamento dell’amministrazione*

---

<sup>34</sup> Sul principio in oggetto, F. CINTIOLI, *Il principio di risultato nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2023; 3; A. CIOFFI, *Prima lettura del nuovo Codice dei contratti e dei suoi tre principi fondamentali*, in *www.apertacontrada.it*, n. 1/2023; G. NAPOLITANO, *Committenza pubblica e principio del risultato*, in *Astrid-online*, 2023; S. PERONGINI, *Il principio del risultato e il principio di concorrenza nello schema definitivo di codice dei contratti pubblici*, in *l’amministrativista.it*, 2023; . B. G., MATTARELLA *Il principio di risultato nella disciplina dei contratti pubblici*, in *Merc. conc. e reg.*, n. 3/2024; M. A. SANDULLI, *Prime Considerazioni sullo schema del Nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *l’amministrativista.it*, 2022; H. SIMONETTI, *Principio del risultato e gerarchia degli interessi nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Judicium*, 2023; M. A. SPASIANO, *Dall’amministrazione di risultato al principio di risultato del Codice dei contratti pubblici: una storia da scrivere*, in *federalismi.it*, n. 9/2024; M. TRIMARCHI, *Il raggiungimento del risultato quale possibile paradigma della legittimità dell’azione amministrativa*, *Relazione al Convegno Poteri pubblici ed effettività della tutela*, Roma, Palazzo Spada, 20 - 21 ottobre 2025, in *www.giustizia-amministrativa.it*; G. TROPEA, *Un nuovo super-principio?*, in *Dir. proc. amn.*, 2/2025; S. VACCARI, *Principio del risultato e legalità amministrativa*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 5/2024; R. VILLATA - L. BERTONAZZI, *Il principio del risultato*, in *Commentario al codice dei contratti pubblici. D.LGS. 31 marzo 2023, n. 36 Aggiornato al Correttivo 2024 e al Decreto infrastrutture 2025*, (a cura di) R. Villata - M. Ramajoli, cit.; D. CAPOTORTO, *I rischi di derive autoritarie nell’interpretazione del principio del risultato e l’indissolubilità del matrimonio tra buon andamento e imparzialità dell’amministrazione*, in *federalismi.it*, n. 14/2023; F. LUCIANI, *Prime riflessioni sul principio di risultato nella disciplina dei contratti pubblici*, *Innovazione e conservazione nel nuovo codice dei contratti pubblici - Atti dei seminari di studio tenuti presso l’Università della Calabria il 16 maggio 2023 e il 22 novembre 2023* - (a cura di) F. F. GUZZI, cit., pp. 121 e ss.; nello stesso volume, F. SAITTA, *I principi generali del nuovo codice dei contratti pubblici*, cit., p. 30, secondo cui: “discutendo di questo principio, riecheggiano inevitabilmente i dibattiti sulla c.d. amministrazione «di risultato», anche se la configurazione concreta del risultato in termini di interesse pubblico alla realizzazione dell’opera, all’espletamento del servizio e/o al conseguimento della fornitura, unitamente alla precisazione che lo stesso dev’essere conseguito «con la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo» (art. 1, comma 1) contribuiscono a dare un contorno ben definito al principio stesso. La disposizione codicistica, in altri termini, identifica il risultato in un quid ben preciso, facendogli assumere il significato di «efficienza economica»”

<sup>35</sup> Ex art. 1, comma 4, del Codice infatti: “*il principio del risultato costituisce criterio prioritario per l’esercizio del potere discrezionale e per l’individuazione della regola del caso concreto*”; in merito al quale è stato appunto messo in evidenza che: “*il potere di aggiudicazione è sempre meno un potere vincolato e più esercizio di azione discrezionale*”. Cfr. F. LUCIANI, *Prime riflessioni sul principio di risultato nella disciplina dei contratti pubblici*, cit., p. 128

<sup>36</sup> Il Consiglio di Stato, sezione V, con l’ordinanza n. 5615/2023 aveva sollevato altre questioni, in particolare in merito alla natura non concorrenziale della prima fase della procedura del project financing (questione dichiarata irricevibile).

*attraverso l'acquisizione di nuove conoscenze, proprie delle realtà private (in coerenza con i principi di imparzialità e buon andamento dell'art. 97 Cost.), oltre a costituire uno stimolo per l'impresa".*

Era immaginabile che il giudice europeo valorizzasse il primo rilievo (ai fini della incompatibilità tra diritto interno e diritto sovranazionale) posto che "flessibilità", "cooperazione", nell'ottica del perseguimento degli interessi pubblici - secondo la nostra ottica - non possono configurarsi quali elementi tesi, in un certo qual modo, a giustificare l'elisione di tasselli fondamentali, l'essenza stessa della procedura di gara. Sussistono tasselli *inamovibili* che non possono essere intaccati dalla discrezionalità dell'amministrazione e/o da esigenze di cooperazione/interazione pubblico-privato.

Si è consapevoli che meccanismi di incentivazione sono funzionali alle ragioni di *efficienza* e al perseguimento del pubblico interesse; così come sembra oramai fuor di dubbio - soprattutto alla luce del nuovo Codice - che la concorrenza non sia più un *totem* di fronte al quale qualunque altra esigenza è destinata a soccombere (è stato messo appunto in evidenza, in merito, che la stessa: "non è più un principio tiranno, potendo in alcuni casi risultare recessiva rispetto ad altri principi o valori"<sup>37</sup>); il punto è che meccanismi tesi a rivedere l'assetto così come cristallizzato nella procedura di gara, vengono a minare l'essenza stessa della procedura di affidamento, da qui si giustifica - secondo la nostra ottica - l'impraticabilità (per lo meno nel vecchio schema normativo) di strumenti come il diritto di prelazione.

C'è però da interrogarsi se queste considerazioni possano continuare a ritenersi valide, e di conseguenza a risultare condivisibili, alla luce della nuova formulazione fatta dal correttivo (D. lgs 209/2024)<sup>38</sup> nel momento in cui, infatti, il comma 4 dell'art. 193 stabilisce che: "*previa verifica dell'interesse pubblico alla proposta e della relativa coerenza con la programmazione del partenariato pubblico-privato di cui all'articolo 175, comma 1, l'ente concedente dà notizia nella sezione «Amministrazione trasparente» del proprio sito istituzionale della presentazione della proposta e provvede, altresì, ad indicare un termine, non inferiore a sessanta giorni, commisurato alla complessità del progetto, per la presentazione da parte di altri operatori economici, in qualità di proponenti, di proposte relative al medesimo intervento, redatte nel rispetto delle disposizioni del comma 3.*" Il successivo comma 5, prevede che: "*entro quarantacinque giorni dalla scadenza del termine di cui al comma 4, l'ente concedente, sulla base dei principi di cui al Libro I, Parte I, Titolo I, individua in forma comparativa, sulla base di criteri che tengano conto della fattibilità delle proposte e della corrispondenza dei progetti e dei relativi piani economici e finanziari ai fabbisogni dell'ente concedente, una o più proposte, presentate ai sensi del comma 3 o del comma 4, da sottoporre alla procedura di valutazione di cui al comma 6*".

In sostanza, il nuovo impianto normativo ha costruito la fase preliminare, a monte della gara, in termini "sub-concorrenziali" o, in senso lato, competitivi, relativamente al meccanismo di scelta della

---

<sup>37</sup> Cfr. F. SAITTA, *I principi generali del nuovo codice dei contratti pubblici*, cit., p. 32. Nello stesso senso è stato messo in evidenza che: "la regolazione europea non è un binario insuperabile che incanala le decisioni amministrative verso direzioni obbligate e che adegua in automatico le esigenze di approvvigionamento delle amministrazioni committenti alle esigenze del mercato aperto ed in libera concorrenza". Cfr. F. LUCIANI, *Prime riflessioni sul principio di risultato nella disciplina dei contratti pubblici*, cit., p. 130

<sup>38</sup> Stabilisce, infatti, il comma 4 dell'art. 193 che: "*previa verifica dell'interesse pubblico alla proposta e della relativa coerenza con la programmazione del partenariato pubblico-privato di cui all'articolo 175, comma 1, l'ente concedente dà notizia nella sezione «Amministrazione trasparente» del proprio sito istituzionale della presentazione della proposta e provvede, altresì, ad indicare un termine, non inferiore a sessanta giorni, commisurato alla complessità del progetto, per la presentazione da parte di altri operatori economici, in qualità di proponenti, di proposte relative al medesimo intervento, redatte nel rispetto delle disposizioni del comma 3.*" Il successivo comma 5 prevede che: "*entro quarantacinque giorni dalla scadenza del termine di cui al comma 4, l'ente concedente, sulla base dei principi di cui al Libro I, Parte I, Titolo I, individua in forma comparativa, sulla base di criteri che tengano conto della fattibilità delle proposte e della corrispondenza dei progetti e dei relativi piani economici e finanziari ai fabbisogni dell'ente concedente, una o più proposte, presentate ai sensi del comma 3 o del comma 4, da sottoporre alla procedura di valutazione di cui al comma 6*".

proposta da mettere a bando<sup>39</sup>; c'è da verificare se questa fase, così come concepita, che si distacca dal modello originario più snello e flessibile che era quindi in linea con la *ratio* dell'attuale Codice, possa assurgere ad elemento che, in un certo qual modo, renda "giustificabile" il vantaggio del promotore (o proponente) del progetto di fattibilità selezionato, in una logica per cui la fase a monte "farebbe vincere il diritto di prelazione".

Una interpretazione in tale senso renderebbe superato il rilievo di incompatibilità della disciplina (attuale) del *project financing* rispetto ai principi europei fin qui discussi, soprattutto alla luce della ipervalutazione del principio di risultato a cui attinge a piene mani (a volte in maniera ridondante, altre volte ampliando eccessivamente il perimetro del sindacato giurisdizionale) la giurisprudenza nazionale<sup>40</sup>. Il che porta a considerazione più ampie (non affrontabili in questa sede) che pongono il problema della *collocazione e funzione del risultato*, se cioè possa legittimare deviazioni (si ritiene di no, anche alla luce della interpretazione "forte" del principio di legalità<sup>41</sup>) rispetto ad alcuni principi (tutela della concorrenza inclusa) e, a cascata, regole<sup>42</sup>, con tutto ciò che ne consegue anche sotto il profilo dell'effettività della tutela giurisdizionale<sup>43</sup>.

Più in generale, mediante un ulteriore (e sintetico) sforzo espositivo, si vuole, cioè, evidenziare che, anche alla luce di alcuni arresti giurisprudenziali, il principio del risultato è da ripensare in ottica critica; la finalità infatti di evitare, attraverso la logica del risultato, che le amministrazioni possano "perdere di vista" gli scopi della gara (aggiudicare l'appalto al fine di stipulare un contratto vantaggioso sotto tutti i profili), sta determinando non pochi problemi legati alla circostanza che a volte, talune condotte delle amministrazioni, anche laddove non corrette, sembrano essere, per così dire, "salvate" per mezzo di interpretazioni che massimizzano il principio del risultato. Il risultato è divenuto criterio interpretativo che può portare a 'schermare' l'amministrazione e, al contempo, strumento (di carattere piuttosto aleatorio) in mano ai giudici amministrativi, teso a legittimare, *ex post*, l'operato dell'amministrazione

---

<sup>39</sup> "La nuova impostazione sembrerebbe prevedere, quindi, una doppia gara, con prevalenza della prima sulla seconda, contrariamente a quanto avvenuto finora. Infatti, oggi la prima fase, in cui si individua il progetto da mettere a gara e si attribuisce il diritto di prelazione, si trasformerebbe in una gara per la selezione dell'operatore che, tra i vari proponenti, sarà incaricato di realizzare il progetto, mentre la seconda fase si ridurrebbe a una mera competizione sul prezzo tra i diversi concorrenti, con la conseguenza di rallentare l'attività delle amministrazioni in virtù di una duplicazione delle procedure [...]. In sintesi, con il Decreto correttivo si è rimediato al rischio che questa procedura, come delineata nella prima versione dell'art. 193, d.lgs. n. 36/2023 potesse essere oggetto di censura a livello comunitario, procedimentalizzando in modo più dettagliato le operazioni di project financing, imponendo tempistiche più ampie e oneri pubblicitari tipici della gara pubblica tradizionale. Se è vero che in passato il legislatore non forniva alcuna indicazione sulle modalità per selezionare il promotore, lasciando, anche per giurisprudenza consolidata, piena discrezionalità alla pubblica amministrazione, è altrettanto vero che ora tali indicazioni sono state fornite (determinanti in tal senso sono gli oneri pubblicitari), ma in modo talmente rigido da trasformare la fase para-comparativa in un vero e proprio modulo concorrenziale". Cfr. C. VINTI, *La scelta del promotore nel nuovo codice dei contratti pubblici. Tra assenza di disciplina e principi eurounitari*, cit.

<sup>40</sup> In giurisprudenza, tra le tante, si veda: Consiglio di Stato, III, n. 11322/2023; Consiglio di Stato, IV, n. 6495/2025; Consiglio di Stato, V, n. 1620/2025; Consiglio di Stato, V, n. 795/2026

<sup>41</sup> Per una analisi del principio di legalità, sia consentito il rinvio a F. F. GUZZI, *I poteri amministrativi impliciti*, Torino, 2025, in part. pp. 37 - 137

<sup>42</sup> E' stato messo in evidenza al riguardo che: "il ruolo svolto in questo contesto dal principio di legalità ha invero suscitato talune perplessità, nella misura in cui esso avrebbe meritato un richiamo più evidente anziché essere preordinato ai principi di trasparenza e concorrenza quale mero parametro da rispettare per raggiungere il risultato: in tal modo, da un lato, si corre il rischio di «porre il tema della legalità, sia pure nell'accezione formale, in contrapposizione a quello del risultato»; dall'altro, si trascura di considerare che trasparenza e concorrenza sono a loro volta strumentali alla legalità e «serventi rispetto alla democraticità, all'imparzialità e all'efficienza dell'amministrazione». Cfr. F. SAIITA, *I principi generali del nuovo codice dei contratti pubblici*, cit., p. 31

<sup>43</sup> Sul principio in oggetto, sia consentito il rinvio a F. F. GUZZI, *Effettività della tutela e processo amministrativo*, Milano, 2013

stessa; per mezzo di un sindacato che, peraltro, in alcune ipotesi sembra travalicare il giudizio di legittimità.

Ad ogni modo - al netto delle accennate considerazioni di carattere generale sul risultato che non possono essere approfondite in questa sede - nelle pagine che seguiranno, sarà analizzata, nel dettaglio, la pronuncia del giudice europeo il quale, in relazione al sistema di cui al D.lgs. n. 50/2016 (come confermato nel Codice 2023 pre-correctivo), ha affermato l'incompatibilità tra la normativa interna e quella di cui alla direttiva. Verranno messe altresì in evidenza le problematiche applicative di fronte alle quali si trovano ora le amministrazioni e quali possono essere i rimedi.

#### **4. La sentenza della Corte di Giustizia del 5 febbraio 2026, C-810/24**

Come già anticipato, la sentenza in questione si va ad aggiungere ad una serie abbastanza nutrita di precedenti, relativi alla medesima materia. Nonostante le numerose pronunce, ad oggi, è dunque innegabile che il tema continui ad essere divisivo, motivo per il quale - con ordinanza n. 9449 del 25/11/2024 - il Consiglio di Stato ha deciso di rimettere la questione ai Giudici della Corte di Giustizia Europea in applicazione dell'art. 267 TFUE, sollevando i dubbi illustrati nei precedenti paragrafi.

Nello specifico, al fine di operare una proficua analisi della pronuncia oggetto di esame, è bene tenere a mente che alla base dei dubbi sollevati dai Giudici di Palazzo Spada si pone la considerazione che *“nella direttiva (2014/23/UE) non viene richiamata, né disciplinata la clausola di prelazione”* e, anche per tale motivo, *“il Consiglio dubita che l'art. 183 comma 15 d.lgs. 50/2016 costituisca puntuale recepimento del diritto europeo”*.

Malgrado ciò, i giudici del rinvio pongono all'attenzione della Corte anche taluni elementi del diritto europeo che potrebbero giustificare la legittimità della clausola di prelazione. Tra i principali, ad esempio, il considerando 68 (oltre che 1 e 8) della direttiva 2014/23/UE, del quale si è già detto nei precedenti paragrafi, che concede agli Stati membri *“flessibilità nel definire e organizzare la procedura di selezione del concessionario”* in sede di recepimento a livello nazionale delle disposizioni contenute nelle direttive medesime.

E ancora, viene rilevato che né la direttiva 2014/23/UE né la direttiva 2006/123/CE (c.d. direttiva Bolkestein) - relativa ai servizi del mercato interno - contengono un espresso divieto all'introduzione nella normativa di attuazione di una clausola di prelazione.

Sulla base di tali presupposti, il quesito posto con la richiamata ordinanza mira a chiarire *“se i principi di libertà di stabilimento e libera concorrenza prestazione di servizi di cui agli artt. 49 e 56 TFUE, nonché della direttiva n. 2014/23/UE, interpretati alla luce dei principi di proporzionalità, buona amministrazione ed efficienza, e l'art. 12 della direttiva n. 2006/123/CE, per il caso che la Corte lo ritenga applicabile, osti(no) alla disciplina nazionale della prelazione, contenuta nell'art. 183 comma 15 d.lgs. n. 50/2016”*.

Effettuate tali necessarie premesse, è possibile passare ad esaminare il dispositivo della sentenza, che, prima di giungere alle richieste conclusioni, affronta puntualmente i dubbi posti nell'ordinanza di rimessione, fornendo dunque un utile e interessante quadro di riferimento a supporto della decisione finale.

In prima battuta, viene confermata la bontà della ricostruzione dei giudici nazionali con riferimento alla corretta collocazione della procedura avviata dal Comune di Milano: l'operazione sottesa al contratto oggetto del contendere è certamente qualificabile come una concessione di lavori (mentre il Comune, negli atti di gara e in sede di giudizio, ha qualificato la fattispecie come un contratto di sponsorizzazione). In tal senso, infatti, risulta determinante il fatto che l'amministrazione ha inteso concludere per iscritto e a titolo oneroso un contratto avente ad oggetto la realizzazione di un'opera (servizi igienici pubblici automatizzati), il cui corrispettivo dell'operatore economico affidatario è interamente ed unicamente costituito dagli introiti derivanti dalla gestione degli impianti pubblicitari collocati sulle opere realizzate.

Chiarito ciò, il trasferimento all'operatore economico del c.d. rischio operativo della gestione dell'opera - che in concreto comporta la possibilità di non riuscire a recuperare gli investimenti effettuati

e i costi sostenuti per la realizzazione e gestione della stessa - costituisce a norma della lettura combinata dell'art. 5, punto 1, secondo comma, della direttiva 2014/23/UE e del considerato 18 della medesima, l'elemento fondante che consente di inquadrare l'operazione posta in essere come concessione di lavori.

Del resto, in tal senso anche le previsioni dell'art. 165, comma 1, del D.lgs. 50/2016 (confermate nell'art. 177 del vigente D.lgs. 36/2023).

Definito dunque l'esatto ambito di riferimento, i Giudici della Corte rispondono ad un primo quesito, riferito all'applicabilità al caso in esame delle disposizioni contenute nella direttiva 2006/123/CE: in tal senso, la risposta non può che essere negativa considerato che l'applicabilità della direttiva 2014/23/UE comporta automaticamente l'inapplicabilità della direttiva 2006/123/CE, come già evidenziato dalla medesima Corte nella sentenza del 14/07/2016 (C-458/14 e C-67/15, EU:C:2016:558, punto 45).

Escludendo dunque l'applicazione della direttiva relativa ai servizi del mercato interno, automaticamente vengono meno anche le considerazioni da essa estrapolate a sostegno della possibile compatibilità del diritto di prelazione con il diritto europeo.

E ancora, per ragioni analoghe, non trova applicazione neanche l'art. 56 TFUE, richiamato invece nell'ordinanza di rimessione. A tal proposito viene infatti evidenziato come a norma di quanto previsto dal successivo art. 57, primo comma, TFUE *“le disposizioni del Trattato relative alla libera prestazione di servizi (contenute nel richiamato art. 56) trovano applicazione soltanto se, segnatamente, non si applicano quelle relative al diritto di stabilimento”* di cui all'art. 49 del medesimo Trattato<sup>44</sup> che, dunque, è l'unico a trovare applicazione al caso in esame.

In definitiva, chiariti i riferimenti normativi applicabili, i Giudici entrano nel vivo della questione esaminando i profili di compatibilità del diritto di prelazione con le norme europee, per come sopra circoscritte.

Di particolare rilievo al riguardo, il punto 39 della sentenza. Tale passaggio risulta determinante anche ai fini delle considerazioni finali in merito alle citate modifiche, apportate all'istituto del project financing ad opera del correttivo al Codice (adottato con D. lgs n. 209/2024).

I Giudici della Corte osservano infatti che nel procedimento oggetto, il principio di trasparenza risulta essere stato rispettato (in ragione del fatto che la previsione della clausola *de qua* era chiaramente segnalata negli atti di avvio della procedura e la sua successiva attivazione era stata oggetto di puntuale informativa pubblicata dall'amministrazione procedente) e, di conseguenza, l'analisi deve concentrarsi esclusivamente sulla compatibilità o meno della prelazione con il principio della parità di trattamento, sancito all'art. 3, paragrafo 1, della Direttiva 2014/23/UE.

Inoltre, al fine di chiarire sin da subito la portata fondante di tale principio (effettuando una premessa che fornisce chiare indicazioni circa la direzione che sarà intrapresa nella trattazione), i Giudici specificano che il rispetto degli obblighi da esso discendenti rientrano *“nell'essenza stessa delle norme dell'Unione relative alle procedure di aggiudicazione delle concessioni di lavori e di servizi”*.

Da questo punto di vista, viene subito rilevato il fatto che l'attivazione della clausola in parola porta ad una ridefinizione della graduatoria frutto del procedimento di evidenza pubblica, attraverso la facoltà concessa al promotore di allinearsi all'offerta formulata dall'originario aggiudicatario, mediante una modifica delle condizioni inizialmente offerte.

Ad aggravare il quadro illustrato, vengono evidenziate le circostanze secondo le quali, non solo l'attivazione di tale facoltà opera successivamente al termine ultimo di presentazione delle offerte, ma (ancora peggio) viene rimessa alla disponibilità di un unico operatore economico tra la platea degli offerenti.

Effettuate tali considerazioni, i segnalati effetti distorsivi della clausola di prelazione vengono esaminati e confrontati con le fonti normative europee di riferimento.

---

<sup>44</sup> in tal senso, sentenza dell'11 luglio 2024, Società Italiana Imprese Balneari, C-598/22, EU:T:2024:597, punto 44 e giurisprudenza citata.

In prima battuta, come anticipato, l'*iter* allestito dall'art. 183, comma 15, del D.lgs. 50/2016 viene riconosciuto in conflitto con il principio di immodificabilità dell'offerta<sup>45</sup>, in applicazione del quale nessuna variazione può essere infatti apportata dopo la scadenza del termine di presentazione, né su iniziativa dell'offerente né su iniziativa dell'amministrazione aggiudicatrice. In un tale contesto, il diritto di prelazione configura un indebito nonché ingiustificato vantaggio a favore del promotore titolare del medesimo e, quindi, è lesivo del principio della parità di trattamento per come definito dall'art. 3, paragrafo 1, della Direttiva 2014/23/UE.

Sotto tale profilo, vengono inoltre posti in rilievo gli effetti fortemente anticoncorrenziali della clausola di prelazione. Appare infatti ovvio che la partecipazione di altri operatori (con la conseguente spendita di tempo e risorse che ne deriva) viene concretamente disincentivata dalla circostanza che anche il confezionamento di un'offerta nettamente migliore rispetto a quella del promotore non costituisca (come dovrebbe invece essere) garanzia di aggiudicazione del contratto. Né può da questo punto di vista ritenersi un valido strumento di bilanciamento di tale disparità l'applicazione del meccanismo di rimborso delle spese sostenute - peraltro quantitativamente limitato - previsto nell'ultimo paragrafo del comma 15 dell'art. 183 che, piuttosto, appare assumere le fattezze di un mero palliativo (oltre a non essere scevro di talune criticità che saranno illustrate nel successivo paragrafo).

Per le medesime motivazioni, si deve ritenere che la previsione dell'opzione di che trattasi conduca altresì ad una restrizione della libertà di stabilimento sancita dall'art. 49 TFUE, nella misura in cui *“può dissuadere operatori economici provenienti da altri Stati membri dal partecipare a una procedura di finanza di progetto”*.

Proseguendo, viene evidenziato che l'applicazione della prelazione non solo viola le disposizioni di cui all'art. 3, paragrafo 1, della direttiva 2014/23/UE ma anche quelle sancite dall'art. 41, paragrafo 1, della medesima direttiva, in forza delle quali le offerte devono essere valutate *“in condizioni di concorrenza effettiva”*. Circostanza, quest'ultima, che appare decisamente offuscata in un procedimento articolato secondo l'*iter* sopra delineato.

In ultimo, viene cassato anche l'ulteriore elemento proposto dal Giudice di rinvio a sostegno della possibile conformità del diritto di prelazione alle norme europee, nella misura in cui la *“flessibilità nel definire e organizzare la procedura di selezione del concessionario”*, prevista dal precedentemente citato considerando 68 della direttiva 2014/23/UE, non è illimitata e non può in ogni caso prevalere sulle primarie necessità di garantire la parità di trattamento degli operatori (che, come sopra posto in evidenza, costituisce *“essenza stessa delle norme dell'Unione”*). In tal senso, infatti, è il medesimo considerando a chiarire che la flessibilità concessa deve in ogni caso ritenersi subordinata all'osservanza *“della presente direttiva e dei principi di trasparenza e di parità di trattamento”*.

Tutto ciò considerato, terminato il confronto con le fonti normative di riferimento e dimostrata in tale sede l'assenza di qualsiasi elemento a sostegno della conformità della clausola di prelazione prevista nella normativa nazionale in tema di finanza di progetto rispetto alla normativa unionale di riferimento, l'esito della pronuncia appare ormai scontato. I Giudici della Corte definiscono infatti il quesito posto, stabilendo che le norme del diritto europeo richiamate non possono che essere interpretate come ostative *“a che uno Stato membro riconosca al promotore di una procedura di finanza di progetto un diritto di prelazione che gli consente, nell'ipotesi in cui il contratto di cui trattasi non gli sia stato inizialmente aggiudicato, di adeguare la sua offerta a quella dell'aggiudicatario inizialmente prescelto e di ottenere l'aggiudicazione di tale contratto [...]”*.

---

<sup>45</sup> Tale principio, oltre a essere desumibile dal principio della parità di trattamento enunciato nelle direttive, è espressamente previsto anche nella normativa nazionale in tema di contrattualistica pubblica. Più precisamente, in tema di soccorso istruttorio il Legislatore ha previsto che i chiarimenti resi nell'ambito del richiamato sub-procedimento sono ammissibili nella misura in cui, tra le altre cose, non comportino una modifica dell'offerta formulata. In tal senso le disposizioni dell'art. 101, comma 3, del D.lgs. 36/2023, che hanno positivizzato un ormai consolidato orientamento giurisprudenziale formatosi in vigenza del precedente D.lgs. 50/2016.

Terminato pertanto l'esame della sentenza, prima di procedere oltre, non ci si può esimere da una ulteriore considerazione ovvero che il rigore della pronuncia - secondo la nostra ottica - trova giustificazione, specie se si considera che, già in sede di redazione del nuovo Codice, il Legislatore delegato era ben cosciente della natura fortemente anticoncorrenziale della clausola di prelazione. Il suo inserimento nel nuovo testo è stato tuttavia giustificato come una sorta di "compromesso" finalizzato a soddisfare le indicazioni fornite nella legge delega n. 78/2022. Esaminando tale testo è intatto possibile leggere che i decreti legislativi la cui adozione è demandata al Governo *"sono adottati nel rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi: [...] aa) razionalizzazione, semplificazione, anche mediante la previsione di contratti-tipo e di bandi-tipo, ed estensione delle forme di partenariato pubblico-privato, con particolare riguardo alle concessioni di servizi, alla finanza di progetto e alla locazione finanziaria di opere pubbliche o di pubblica utilità, anche al fine di rendere tali procedure effettivamente attrattive per gli investitori professionali, oltre che per gli operatori del mercato delle opere pubbliche e dell'erogazione dei servizi resi in concessione, garantendo la trasparenza e la pubblicità degli atti [...]"*.

Tanto premesso, la richiamata presenza di persistenti criticità rispetto alla conferma nel nuovo quadro normativo della clausola di prelazione, emerge chiaramente dalla lettura della relazione illustrativa al Codice. Infatti, in sede commento delle innovazioni apportate nel nuovo testo all'istituto della finanza di progetto, viene specificato come in sede di elaborazione fosse stata fortemente suggerita l'opportunità di affiancare al diritto di prelazione degli strumenti alternativi volti ad aumentare l'appetibilità del contratto nei confronti degli operatori del mercato<sup>46</sup>; opportunità quest'ultima che, tuttavia, non ha trovato accoglimento nell'elaborato infine licenziato.

E ancora, proseguendo nell'esame della relazione illustrativa, più di una volta emergono forti analogie tra l'analisi ivi riportata e quanto successivamente illustrato nella sentenza oggetto di esame con riferimento alla portata anticoncorrenziale della clausola e le sue conseguenze negative sul mercato<sup>47</sup>. In taluni casi, addirittura, l'analisi della portata distorsiva espressa nella relazione illustrativa si spinge oltre il contenuto della sentenza, aggiungendo ulteriori conseguenze negative derivanti dall'applicazione della prelazione<sup>48</sup>.

---

<sup>46</sup> Relazione illustrativa al D.lgs. 36/2023, pagg. 231 e ss. (commento all'art. 193 comma 4): [...] Secondo gli economisti, infatti, sul ruolo del promotore serve apertura a sistemi incentivanti diversi rispetto al solo diritto di prelazione, come i sistemi tipo "bonus point" in gara "alla cilena" (10% - 20% score). Tale sistema, diversamente dalla previsione del diritto di prelazione (che sotto il profilo strettamente civilistico è in realtà un diritto di opzione), ha come effetto quello di incentivare la concorrenza, poiché spinge le imprese a presentare offerte migliori al fine di vincere la gara superando il punteggio attribuito al promotore.

<sup>47</sup> Relazione illustrativa al D.lgs. 36/2023, pagg. 231 e ss. (commento all'art. 193 comma 4): [...] Il trattamento favorevole è particolarmente elevato nel sistema italiano, in quanto consente al proponente di presentare un'offerta finale e ottenere l'aggiudicazione del contratto ogni volta che può eguagliare la migliore offerta del proprio concorrente. Secondo gli economisti, una conseguenza negativa di questo sistema è la scarsa partecipazione di concorrenti alla gara di attuazione, date le limitate possibilità di successo.

Sotto tale punto di vista, il sistema italiano è stato criticato dalla Commissione Europea in quanto rappresenterebbe una violazione del principio della parità di trattamento. Tale sistema, infatti, data la diversa posizione attribuita al promotore, scoraggia la partecipazione di operatori di altri paesi europei che non hanno familiarità con questo meccanismo, incidendo negativamente sui loro investimenti in Italia. [...] Come hanno evidenziato gli economisti, l'effetto di incentivazione del trattamento favorevole, tuttavia, non è privo di costi. Dato che un concorrente della gara riceve un vantaggio concorrenziale, la concorrenza nella fase di gara è distorta e, come sottolinea la teoria delle aste, è probabile che aumenti il costo di attuazione del progetto per l'autorità pubblica, rispetto a una situazione di parità di trattamento di tutti gli offerenti.

<sup>48</sup> Relazione illustrativa al D.lgs. 36/2023, pagg. 231 e ss. (commento all'art. 193 comma 4): [...] Infine, secondo gli economisti, questo sistema rischia di generare incentivi perversi secondo cui i concorrenti scelgono di partecipare alla gara e offrire sconti economici con la finalità di comprimere il margine di profitto del promotore. I concorrenti, sapendo che il promotore paragonerà la loro offerta per vincere l'appalto, scelgono di offrire condizioni molto scontate per danneggiare i profitti del promotore, con la finalità di indebolirlo. Il risultato di questi sconti potrebbe essere un prezzo inizialmente più vantaggioso per l'amministrazione pubblica, ma con

Per concludere sul punto, ad ulteriore riprova dei numerosi dubbi che ancora permangono in merito all'istituto in parola, basti pensare che il Presidente della quinta sezione del Consiglio di Stato che ha ritenuto di attivare la procedura di rinvio pregiudiziale prevista all'art. 267 TFUE è tra i componenti della Commissione speciale incaricata - a seguito della legge delega n. 78/2022 - della redazione del nuovo Codice dei Contratti.

Esaurita quindi la disamina della sentenza ed approfondite le dinamiche sottese alla decisione assunta, nel paragrafo che segue si tenterà di valutare le conseguenze della pronuncia rispetto al diritto nazionale per quanto concerne le procedure da avviare nonché - tema assai più delicato - con riferimento alle procedure già avviate, effettuando un'imprescindibile distinzione tra quelle bandite prima e dopo l'entrata in vigore delle modifiche apportate dal D.lgs. 209/2024 alle disposizioni in tema di finanza di progetto.

### **5. Problematiche applicative in ordine all'attività delle amministrazioni**

Terminato l'esame della pronuncia della Corte di Giustizia e delle stringenti ragioni sottese alla decisione adottata dai Giudici, il principale effetto della medesima non può che essere la totale disapplicazione della norma nazionale che è stata accertata essere in contrasto con le norme dell'Unione Europea.

Infatti, in applicazione del c.d. principio del primato del diritto UE, le fonti europee prevalgono sulle fonti interne e, in ragione di ciò, la legge nazionale – sia essa anteriore o successiva – in contrasto con la normativa europea deve essere disapplicata senza la necessità di attendere un intervento del Legislatore al riguardo<sup>49</sup>. Questo perché - come osservato anche dalla Corte Costituzionale - l'ordinamento nazionale e quello comunitario sebbene autonomi e distinti, richiedono coordinamento. Ove tale necessario elemento venga a mancare, il diritto UE viene a trovarsi in una situazione di supremazia, riconosciuta anche dall'art. 11 della Costituzione<sup>50</sup>.

Inoltre, di particolare rilevanza appare la circostanza che il dovere di operare una tale disapplicazione non grava solo sul giudice eventualmente interpellato, ma anche sulle altre autorità amministrative statali e locali<sup>51</sup>.

---

grandi rischi per la qualità della performance nelle fasi successive del progetto. Infatti, la letteratura economica ha mostrato come la competizione tra i concorrenti nella gara, per quanto possa sembrare attrattiva per il decisore pubblico, che grazie alla concorrenza gode di maggiori sconti, possa portare, in ultima analisi, a esiti negativi nelle fasi successive all'aggiudicazione [...].

<sup>49</sup> Sentenze CGUE: Costa c. ENEL C-6/64 e Ministero delle Finanze c. Simmenthal C-106/77.

<sup>50</sup> Sentenza Granital della Corte Costituzionale n. 170/1984: “[...] Precisamente, le disposizioni della CEE, le quali soddisfano i requisiti dell'immediata applicabilità devono, al medesimo titolo, entrare e permanere in vigore nel territorio italiano, senza che la sfera della loro efficacia possa essere intaccata dalla legge ordinaria dello Stato. Non importa, al riguardo, se questa legge sia anteriore o successiva. Il regolamento comunitario fissa, comunque, la disciplina della specie. L'effetto connesso con la sua vigenza è perciò quello, non già di caducare, nell'accezione propria del termine, la norma interna incompatibile, bensì di impedire che tale norma venga in rilievo per la definizione della controversia innanzi al giudice nazionale. In ogni caso, il fenomeno in parola va distinto dall'abrogazione, o da alcun altro effetto estintivo o derogatorio, che investe le norme all'interno dello stesso ordinamento statale, e ad opera delle sue fonti [...]”.

<sup>51</sup> Sentenza CGUE F.Ili Costanzo c. Comune di Milano – C 103/88: “*Esattamente come il giudice nazionale, la pubblica amministrazione, ivi compresa quella comunale, ha l'obbligo di applicare l'art. 29, n. 5, della direttiva, e di disapplicare le norme nazionali che siano con esso in contrasto. In tutti i casi in cui talune disposizioni di una direttiva appaiano, dal punto di vista sostanziale, incondizionate e sufficientemente precise, i singoli possono farle valere dinanzi ai giudici nazionali nei confronti dello Stato, tanto se questo non abbia trasposto tempestivamente la direttiva nel diritto nazionale, quanto se l'abbia trasposta in modo inadeguato.*

*Qualora sussistano i presupposti occorrenti perché la direttiva possa essere fatta valere dai singoli dinanzi ai giudici nazionali, tutti gli organi della pubblica amministrazione, ivi compresi gli enti territoriali, come i comuni, sono tenuti ad applicare la direttiva stessa”.*

Tanto chiarito e definito pertanto il contesto di base, come anticipato nei paragrafi precedenti, occorre valutare se gli illustrati effetti caducatori della pronuncia possano ritenersi mitigati alla luce delle novità introdotte dal correttivo entrato in vigore il medesimo giorno della sua pubblicazione, ovvero, il 31/12/2024.

Da un lato, infatti, non vi è alcun dubbio sulla incidenza della pronuncia per ciò che concerne le procedure avviate in vigore del D.lgs. 50/2016 o del successivo D.lgs. 36/2023 nella sua versione originaria (ante correttivo); le disposizioni fornite in tema di prelazione con riferimento alla finanza di progetto nei due testi sono, infatti, sostanzialmente immutate.

In caso di procedure avviate a far data dal 31/12/2024 o ancora da avviare, invece, è necessario analizzare la natura delle modifiche apportate alla disciplina della finanza di progetto contenuta nell'art. 193 del nuovo Codice, al fine di verificare la persistenza o meno delle criticità rilevate dai Giudici della CGUE.

Anche in questo caso, si ritiene necessario operare una sintetica disamina dei passaggi che hanno portato all'emanazione del correttivo. Va innanzitutto evidenziato che, a differenza delle precedenti esperienze, la possibilità di adottare un simile decreto era già stata contemplata nella legge delega al fine di apportare eventuali correzioni rese eventualmente necessarie al nuovo testo normativo<sup>52</sup> (anche con riferimento al rispetto degli obblighi assunti dell'ambito del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza - PNRR).

Tanto premesso, utili indicazioni possono essere desunte dalla relazione illustrativa al decreto nella quale è possibile leggere che con l'intervento correttivo “*si è voluto rimodulare l'istituto del project financing nell'ottica di incrementare l'efficienza degli affidamenti e promuovere la contendibilità delle concessioni, assolvendo, per esempio, all'impegno assunto di rimodulare l'operatività della prevista <<clausola di prelazione>> per evitare che possa essere utilizzata in funzione anti concorrenziale*”. In tale sede viene esplicitamente richiamata anche la procedura di infrazione INFR (2018)2273, citata nei primi paragrafi di questo scritto.

Nella relazione illustrativa viene dunque chiarito che la soluzione prescelta per far fronte ai citati rilievi non consiste né nell'eliminazione della clausola di prelazione né tantomeno in una sua riscrittura (prevedendo, a titolo esemplificativo, strumenti alternativi come quelli già presi in considerazione nella relazione illustrativa del nuovo Codice, dei quali si è brevemente accennato nel precedente paragrafo). Ad essere modificata invece è la procedura nel suo complesso, prevedendo una maggiore articolazione della fase preliminare alla ricezione della proposta<sup>53</sup>.

Nello specifico, le modifiche apportate sono volte a consentire una maggior partecipazione alle prime fasi del procedimento, con il palese intento di riavvicinare l'istituto in parola ad un modello maggiormente rispettoso dei principi di parità di trattamento e non discriminazione.

In prima battuta è infatti disciplinata una (eventuale) fase di manifestazione di interesse: nel caso in cui venga presentata una richiesta di informazioni e dati necessari per il confezionamento di una proposta e, opportunamente esaminata, detta manifestazione venga ritenuta conforme all'interesse pubblico, l'ente concedente provvede a fornire quanto richiesto non solo all'istante ma anche al resto del mercato

---

<sup>52</sup> Art. 1, comma 4, della legge n. 78/2022 “[...] Entro due anni dalla data di entrata in vigore di ciascuno dei decreti legislativi di cui al comma 1, il Governo può apportarvi le correzioni e integrazioni che l'applicazione pratica renda necessarie od opportune, con la stessa procedura e nel rispetto dei medesimi principi e criteri direttivi di cui al presente articolo [...]”.

<sup>53</sup> Un tale approccio non desta alcuna sorpresa per chi ha familiarità con la normativa in tema di contrattualistica pubblica, considerato che il Legislatore ci ha già abituato, in più occasioni, ad assistere alla definizione di soluzioni “mediate” per porre rimedio ai rilievi formulati in ambito europeo. Tra i più rilevanti degli ultimi anni, il caso dei limiti al subappalto contenuti nell'art. 105 del D.lgs. 50/2016, che ha richiesto diverse riscritture della norma prima di poter considerare risolte le criticità oggetto della procedura d'infrazione. In merito all'istituto del subappalto, si veda V. ZICARO, *Il subappalto*, in AA. VV., *Innovazione e conservazione nel nuovo codice dei contratti pubblici - Atti dei seminari di studio tenuti presso l'Università della Calabria il 16 maggio 2023 e il 22 novembre 2023* - (a cura di) F. F. GUZZI, cit., pp. 79 e ss.

di riferimento, procedendo alla pubblicazione del materiale nella sezione “Amministrazione trasparente” del proprio sito istituzionale.

A seguire, anche una volta ricevuta la proposta (da parte del promotore) corredata da tutta la documentazione necessaria a valutarne la conformità all’interesse pubblico, l’ente concedente ne dà notizia sul proprio sito istituzionale fissando un termine non inferiore a sessanta giorni affinché altri eventuali operatori interessati (i proponenti<sup>54</sup>) possano presentare una propria proposta.

Scaduto tale termine, tutte le proposte ricevute vengono comparate e sottoposte a vaglio (con possibilità da parte dell’amministrazione di chiedere modifiche e integrazioni, ove ritenute necessarie) al fine di individuarne una da porre a base di gara.

Nel nuovo contesto delineato, dunque, le differenze rilevabili rispetto alla precedente strutturazione del medesimo istituto sono notevoli. Quello che è necessario comprendere, tuttavia, è se (come anticipato nelle precedenti pagine) tali modifiche possano considerarsi in un certo qual modo risolutive.

La risposta a tale quesito è negativa e ci viene fornita dalla Commissione stessa che, con una nota datata 08/10/2025, ha comunicato una messa in mora complementare ai sensi dell’art. 258 TFUE nell’ambito della procedura di infrazione 2018/2273<sup>55</sup>, avente ad oggetto proprio le modifiche apportate alla norma nazionale dal correttivo appalti.

Più precisamente, *“la Commissione osserva che alcuni dei rilievi mossi non sono stati interamente risolti con l’adozione del decreto correttivo, e che alcune disposizioni del codice aggiornato continuano a non essere conformi al diritto dell’UE in materia di appalti pubblici”*.

I nuovi rilievi sono riferiti alle disposizioni dell’accesso agli atti declinate all’art. 35 del D. lgs 36/2023 e – per quanto di interesse in questa sede – della finanza di progetto di cui al successivo art. 193.

Su tale ultimo tema, le ulteriori osservazioni della Commissione individuano numerose criticità del nuovo impianto normativo, ascrivibili ai quattro ambiti di seguito indicati:

a) Fase di individuazione del progetto da porre a base di gara. Viene posto in evidenza come la norma non preveda l’obbligo *“di indicare in modo puntuale criteri di aggiudicazione oggettivi”* utilizzati per la selezione delle proposte. In un tale contesto, il contenuto dell’art. 193 *“non presta le garanzie procedurali minime esplicitamente richieste ai sensi dell’articolo 37 della direttiva 2014/23/UE”*. E ancora *“la mancanza di tale obbligo procedurale a monte vizia inevitabilmente anche la fase di valutazione delle proposte ricevute a valle, che non potrà svolgersi secondo modalità che assicurino la piena trasparenza e il rispetto dei principi di parità di trattamento e non discriminazione”*. Vengono inoltre ritenute insufficienti anche le forme di pubblicità previste dall’art. 193 che consistono nella sola pubblicazione nella sezione “Amministrazione trasparente” del sito istituzionale dell’ente concedente, quando l’art. 31 direttiva 2014/23/UE stabilisce invece che *“le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori che intendono aggiudicare una concessione rendono nota tale intenzione per mezzo di un bando di concessione”* contenente le informazioni minime definite negli allegati alla direttiva medesima e pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale dell’Unione Europea.

---

<sup>54</sup> In questa fase è rilevabile la principale differenza con i precedenti modelli nell’ambito dei quali il proponente era l’operatore economico che partecipava alla procedura di affidamento avviata dall’ente concedente su iniziativa del promotore. Nella nuova architettura dell’istituto, invece, il proponente è colui che si affianca “in corsa” al promotore, nella fase preliminare, affinché la propria proposta venga selezionata per essere messa in gara. Per tale motivo, nelle formulazioni antecedenti al correttivo il diritto di prelazione era riservato al solo promotore mentre nella versione vigente viene precisato che tale diritto spetta al promotore “ovvero al proponente”, in funzione del progetto che sarà effettivamente selezionato per essere posto a base di gara.

<sup>55</sup> Fonte: <https://www.affarieuropei.gov.it/attivita/procedure-dinfrazione/stato-delle-infrazioni/infrazioni-8-ott-25/> - Aggravamento con terza lettera di costituzione in mora ex art. 258 TFUE. Procedura di infrazione n. 2018/2273 - Non conformità dell’ordinamento interno rispetto ad alcune disposizioni delle direttive europee in materia di contratti pubblici direttive nn. 2014/23, 2014/24 e 2014/25.

b) Previsione di un diritto di prelazione in capo al promotore/proponente. Sul punto viene ribadito che, nonostante le modifiche apportate all'intera struttura dell'istituto, la previsione del diritto di prelazione *“azzerava o comunque ridimensionava significativamente l'interesse di altri operatori a preparare una offerta, spesso complessa e costosa, in una gara in cui si percepisce che le possibilità concrete di vittoria sono praticamente nulle. La gara si riduce così essenzialmente a un vuoto requisito burocratico con scarsissima valenza concorrenziale effettiva”*. In tali condizioni, la prelazione *“si pone in contrasto con l'obbligo di effettuare la valutazione delle offerte in condizioni di concorrenza effettiva, di non discriminazione e di parità di trattamento, ove la gara per l'affidamento della concessione indetta ai sensi della normativa italiana si ridurrebbe a un mero obbligo formale il cui esito dipenderebbe essenzialmente dalla scelta unilaterale del promotore/proponente di esercitare tale diritto”*.

c) Diritto del promotore/proponente al pagamento delle spese per la predisposizione del progetto in caso di mancata aggiudicazione a carico dell'aggiudicatario. Vengono posti in rilievo anche gli effetti distorsivi dell'art. 193, comma 12, del Codice, nella misura in cui il promotore (ovvero il proponente) ha la facoltà di *“poter quantificare di fatto unilateralmente, seppur nei limiti ivi stabiliti del 2,5 % del valore totale dell'investimento, l'ammontare del valore di subentro per gli eventuali concorrenti, determinando in questo modo un'ulteriore barriera alla partecipazione alla gara di diversi offerenti. Detti potenziali offerenti diversi dal promotore/proponente si troverebbero a dover affrontare, in caso di aggiudicazione, un esborso liquido iniziale potenzialmente molto significativo, senza che sia predisposto alcun meccanismo imparziale per la quantificazione effettiva di tali spese”*.

d) Valutazione della procedura nel suo complesso. Alla luce di tutte le criticità evidenziate, e sopra sinteticamente illustrate, la procedura dettata dal Codice per l'affidamento in concessione di lavori o servizi tramite finanza di progetto viene riconosciuta contraria al principio di proporzionalità di cui al considerando 4 della direttiva 2014/23/UE, il quale *“richiede che le norme stabilite dagli Stati membri o dalle amministrazioni aggiudicatrici per l'attuazione delle disposizioni di tale direttiva non vadano al di là di quanto necessario per il conseguimento degli obiettivi di tale direttiva”*. In conclusione, per quanto di interesse in questa sede, la clausola di prelazione prevista nella normativa nazionale viene ritenuta ancora confliggente con la normativa unionale, nonostante le modifiche apportate ad opera del decreto correttivo, come meglio illustrato nel seguente paragrafo.

## 6. Conclusioni

Come è emerso dall'analisi, l'istituto del *project financing*, oltre a configurarsi quale operazione piuttosto complessa (che ha peraltro subito numerose modifiche legislative), pone forti criticità, in particolare, relativamente alla previsione del diritto di prelazione in capo al promotore/proponente; criticità che - per le ragioni illustrate - non sembrano essere state superate neanche dopo le modifiche di cui al decreto correttivo.

Dalla configurazione della disposizione codicistica (anche *post* correttivo), nonché alla luce della sentenza analizzata, emergono le descritte incompatibilità; al riguardo, si veda altresì una recente nota dell'Associazione Nazionale dei Comuni Italiani (ANCI) ANCI - 12/03/2026 - Nota sulle recenti novità in tema di partenariato pubblico privato e diritto di prelazione (art. 193, D.lgs. n. 36/2023)<sup>56</sup>.

Si ritiene quindi che, allo stato attuale, non si possa che estendere le considerazioni formulate nello scritto anche alle procedure avviate (o comunque da avviare) *post* correttivo: la clausola di prelazione deve essere disapplicata ove prevista (o non apposta nei nuovi bandi), alla luce della sua incompatibilità con la normativa comunitaria.

---

<sup>56</sup> *“la Sezione regionale di controllo della Corte dei conti per l'Emilia-Romagna, con le deliberazioni n. 14 e n. 15, afferma che, a seguito della incompatibilità, dichiarata dalla Corte di giustizia dell'Unione europea con la sentenza del 5 febbraio 2026, del diritto di prelazione, riconosciuto al promotore nelle procedure di finanza di progetto, con il diritto europeo, l'ente concedente non può più riconoscere tale diritto, neppure nei procedimenti già avviati, dovendo trovare immediata applicazione il principio della prevalenza del diritto dell'Unione su quello dello Stato membro e l'obbligo di disapplicazione della norma interna contrastante”*.

Infine, corre l'obbligo di segnalare la necessità di monitorare con la dovuta cautela i futuri sviluppi della procedura di infrazione comunitaria 2018/2273 poiché, come illustrato, le considerazioni espone nella nota trasmessa da Bruxelles lo scorso 08/10/2025, hanno una portata ben più ampia della sentenza della Corte di Giustizia del 5 febbraio 2026; infatti, ad essere messa in dubbio, non è la sola clausola di prelazione, bensì l'intero impianto delineato nell'art. 193 del Codice per come novellato dal correttivo, a cominciare dalle fasi preliminari della procedura, investendo anche il rimborso a favore dell'originario aggiudicatario pretermesso a causa dell'attivazione della prelazione da parte del promotore/proponente (o a favore del promotore/proponente che - non collocatosi nella prima posizione in graduatoria - decide di non attivare la predetta clausola).