

Alma Mater Studiorum Università di Bologna
Archivio istituzionale della ricerca

PROJECT FINANCING E DIRITTO DI PRELAZIONE: COMMENTO ALLA SENTENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA, 5 FEBBRAIO 2026, C-810/24. QUALI IMPATTI SULLA GESTIONE DEGLI IMPIANTI SPORTIVI?

This is the final peer-reviewed author's accepted manuscript (postprint) of the following publication:

Published Version:

Santuari, A., Zambelli, L. (2026). PROJECT FINANCING E DIRITTO DI PRELAZIONE: COMMENTO ALLA SENTENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA, 5 FEBBRAIO 2026, C-810/24. QUALI IMPATTI SULLA GESTIONE DEGLI IMPIANTI SPORTIVI?. DIRITTO DELLO SPORT, 1, 1-9.

Availability:

This version is available at: <https://hdl.handle.net/11585/1044664> since: 2026-02-13

Published:

DOI: <http://doi.org/>

Terms of use:

Some rights reserved. The terms and conditions for the reuse of this version of the manuscript are specified in the publishing policy. For all terms of use and more information see the publisher's website.

This item was downloaded from IRIS Università di Bologna (<https://cris.unibo.it/>).
When citing, please refer to the published version.

(Article begins on next page)

Commenti

PROJECT FINANCING E DIRITTO DI PRELAZIONE: COMMENTO ALLA SENTENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA, 5 FEBBRAIO 2026, C-810/24. QUALI IMPATTI SULLA GESTIONE DEGLI IMPIANTI SPORTIVI?

Alceste Santuari

Professore associato di Diritto dell'economia nell'Università di Bologna

Luca Zambelli

Assegnista di ricerca di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università di Bologna

Abstract

La sentenza della Corte di giustizia UE 5 febbraio 2026, C-810/24, segna un punto di svolta nella disciplina del project financing, dichiarando l'incompatibilità del diritto di prelazione del promotore con i principi di parità di trattamento, trasparenza e concorrenza effettiva propri del diritto unionale. La Corte qualifica la prelazione come privilegio informativo e competitivo che altera la simultaneità delle offerte e svuota di significato la gara, imponendo al legislatore italiano un intervento di riforma volto a sostituire l'incentivo "forte" del subentro automatico con strumenti meno distorsivi (rimborsi, premialità, modelli procedurali alternativi) idonei a salvaguardare l'attrattività del partenariato pubblico-privato nel rispetto delle regole del mercato interno.

Parole chiave: Diritto di prelazione, Project financing, Concorrenza, Partenariato

1. Introduzione

In un contesto così frammentario come quello dell'impiantistica sportiva, vengono ad assumere particolare rilievo gli istituti di partenariato pubblico privato quali forme di collaborazione che hanno l'obiettivo di individuare formule e attività di finanziamento, costruzione e gestione di infrastrutture sportive che possano avviarsi in maniera condivisa, nonché sostenibile e proficua, tanto per l'ente pubblico quanto per il privato aggiudicatario del servizio.¹

¹ Per una completa ed esaustiva analisi sulla figura si v. S. Valaguzza, E. Parisi, *Ricerca sull'identità giuridica del partenariato pubblico-privato*, in *Munus*, 2020, 1, pp. 1-27. I dati forniti dall'Osservatorio Nazionale del *Project Financing* nell'ultimo rapporto disponibile "Il mercato del PPP in Italia" (anno 2018) consentono di sostenere che il partenariato pubblico privato è una figura sempre più utilizzata in Italia. Nel periodo che va

Si evidenzia come però, già dalla fase di progettazione e costruzione, gli impianti sportivi sono connotati da specificità che li caratterizzano rispetto alla realizzazione di altre opere pubbliche, derivanti dalla diversità degli enti sportivi che ne usufruiscono, afferenti a diverse federazioni e quindi a diverse discipline, comportando quindi diverse esigenze di riqualificazione, nonché conseguenti all'eterogeneità del bacino di utenti in termini di fascia di età ed esigenze.²

È dunque in questo contesto che, a differenza di quanto accade per gli altri istituti relativi all'affidamento degli impianti sportivi, prima dell'emanazione del nuovo Codice dei contratti, in chiave di semplificazione il legislatore aveva previsto una normativa *ad hoc* per il *project financing* - contenuta nei commi 304 e 305 della legge 27 dicembre 2013, n. 147 - di cui è però avvenuta di recente l'abrogazione ad opera del d.lgs. 38/2021 con efficacia a partire dal 1° gennaio 2023³, anche se alcune previsioni sono state reinserite nel decreto in materia di riordino e riforma delle norme di sicurezza per la costruzione e l'esercizio degli impianti sportivi e della normativa in materia di ammodernamento o costruzione di impianti sportivi.⁴

Proprio la progressiva sovrapposizione tra disciplina speciale degli impianti sportivi e regole generali del partenariato pubblico-privato rende oggi necessario soffermarsi sul ruolo che, in questo quadro, ha avuto il diritto di prelazione. Questo istituto ha infatti rappresentato uno dei principali fattori di attrazione degli investimenti verso il *project financing*, offrendo al promotore un vero e proprio canale preferenziale nell'aggiudicazione.

Tale assetto è però oggi profondamente messo in discussione dalla sentenza della Corte di giustizia UE del 5 febbraio 2026, causa C-810/24, che ha dichiarato il diritto di prelazione incompatibile con i principi di parità di trattamento e di concorrenza effettiva, imponendo un ripensamento complessivo dell'istituto e rendendo probabile un intervento correttivo del legislatore italiano.⁵

Allo scopo di comprendere la portata applicativa della decisione dei giudici del Lussemburgo (par. 4), di seguito si intende – ancorché in forma sintetica – richiamare i tratti essenziali dell'istituto giuridico della finanza di progetto (par. 2), nell'ambito specifico della quale si colloca il diritto di prelazione, così come disciplinato dal d. lgs. n. 36/2023 (par. 3).

dal 2002 al 2017 sono oltre 35.000 i procedimenti per un importo di oltre 95 miliardi di euro. L'incidenza del partenariato sulle opere pubbliche rappresenta nel 2018 quote del 9,2% per numero e del 20,7% per importo, con una particolare diffusione tra gli enti locali, considerando che i procedimenti attivati nel periodo sono stati 28.671, rappresentando l'81% delle gare bandite.

² P. Raimondo, *Elementi di diritto privato dello sport 2, Costruzione e ristrutturazione degli impianti sportivi*, Bologna, Giraldi Editore, 2015, pp. 248-249.

³ Il decreto doveva inizialmente entrare in vigore il 3 aprile 2021 ma la sua efficacia è stata posticipata al 1° gennaio 2022, in virtù dell'art. 30, co. 9 e 11 del d.l. 22 marzo 2021, n. 41, per poi essere differita al 31 dicembre 2023, in sede di conversione del decreto, con la l. 21 maggio 2021, n. 69. La l. 23 luglio 2021 di conv. d.l. 25 maggio 2021, n. 73 ha poi modificato l'art. 12-*bis* del d.lgs. 38/2021 e l'art. 43-*bis*, anticipando l'efficacia al 1° gennaio 2023.

⁴ Per una recente ed approfondita ricostruzione della materia in ambito sportivo si v. G. Santi, *La finanza di progetto per la realizzazione ed ammodernamento di impianti sportivi fra codice dei contratti pubblici e normativa speciale*, in *Dir. dello sport*, 2025, 1, pp. 21-51.

⁵ Corte giustizia UE, 5 febbraio 2026, causa C-810/24, *Urban Vision SpA c. Comune di Milano e Digital Vox Srl*.

2. La finanza di progetto: i tratti distintivi dell'istituto giuridico

La finanza di progetto (o anche project financing) contempla che un soggetto privato (promotore) assuma l'iniziativa per la realizzazione di un'opera, che il soggetto pubblico competente valuti l'interesse della proposta,⁶ la validità del progetto e i profili finanziari e che, in caso positivo, si realizzi l'opera.⁷ L'intera architettura giuridico-organizzativa del project financing poggia sulla valutazione di convenienza e fattibilità,⁸ sulla capacità dell'opera e dell'attività da realizzarsi di autofinanziarsi attraverso la gestione delle stesse, permettendo di restituire ai promotori quanto essi hanno speso e di riconoscere ai medesimi un adeguato

⁶ Cfr. art. 195, d.lgs. n. 36/2023. Il comma 8 di questo articolo stabilisce che “se il promotore 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”. In argomento, si v. Consiglio di Stato, sez. V, 19 giugno 2019, n. 4186; Consiglio di Stato, sez. V, 10 febbraio 2020, n. 1005. L'assegnazione di un diritto di prelazione al soggetto proponente non ha mancato di suscitare perplessità, in specie in ordine al fatto che essa scoraggerebbe la partecipazione alla fase della gara di altri operatori economici, consapevoli delle poche chances di effettivo successo, in particolar modo laddove si considerino i costi da sostenere al fine di presentare un'offerta. E nemmeno la previsione di cui all'art. 193, comma 8 del d. lgs. n. 36/2023 sulla previsione di un rimborso, nei limiti del 2,5% del valore totale dell'investimento, delle spese sostenute dall'aggiudicatario originario, sembra in grado di superare quella perplessità. Sul punto, si v. Cons. St., sez. V, sentenza 13 febbraio 2024, n. 1443. È opportuno comunque evidenziare che anche dopo che la proposta sia stata dichiarata di pubblico interesse, il promotore non acquisisce alcun diritto pieno all'indizione della procedura. Cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 23 giugno 2020, n. 4015. L'ente pubblico può comunque, revocare la dichiarazione di pubblico interesse (cfr. Tar Veneto, sez. I, sentenza 16 febbraio 2018, n. 184, commentata da C. Marziale, *Spunti in tema di revoca della dichiarazione di pubblico interesse nella procedura di project financing*, in www.giustamm.it, 2018, 7) e può, anche a seguito della dichiarazione di pubblico interesse di un progetto, decidere di non dare corso alla procedura a causa dell'esito non favorevole delle verifiche effettuate sui requisiti specifici del progetto medesimo. Sul punto, si v. Cons. St., sez. II, 4 settembre 2019, n. 6087, in cui i giudici di Palazzo Spada hanno escluso l'insorgere di una responsabilità precontrattuale in capo alla pubblica amministrazione. Sul punto, si v. anche Cons. st., sez. III, 19 settembre 2022, n. 8072, in cui i giudici hanno richiamato l'art. 21-quinquies della legge n. 241 del 1990 per legittimare il potere della pubblica di amministrazione di revocare, per sopravvenuti motivi di pubblico interesse ovvero nel caso di mutamento della situazione di fatto o di nuova valutazione dell'interesse pubblico originario, un proprio precedente provvedimento amministrativo quando ciò avvenga prima del consolidarsi delle posizioni delle parti coinvolte. Infine, merita richiamare anche Cons. St. 27 ottobre 2023, n. 9298, con la quale i giudici amministrativi hanno identificato nella procedura di project financing una fase preliminare della individuazione del promotore e una fase successiva selettiva finalizzata all'affidamento della concessione. La prima fase è caratterizzata da una amplissima discrezionalità amministrativa, nell'ambito della quale è possibile constatare un'erronea valutazione ab origine sulla sussistenza dell'interesse pubblico.

⁷ Sul punto, si v. N. Lugaresi, *Concessione di lavori pubblici e finanza di progetto*, in F. Mastragostino (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo. Dinamiche e modelli di partenariato in base alle recenti riforme*, Torino, 2011, pp. 579-580. In argomento, si v., tra gli altri, A. Mazzieri, *I profili civilistici del project financing*, in G. Napolitano, A. Mazzieri, D. Napolitano (a cura di), *Il project financing*, Napoli, 2006; C. Pezzi, *I profili civilistici del project financing*, in *Riv. trim. appalti*, 2002, pp. 39 ss.; G.F. Cartei, M. Ricchi (a cura di), *Finanza di progetto PPP e Concessioni 2024. Interpretazioni generative e sviluppo integrato*, Napoli, 2024; V. Farina, *Grandi infrastrutture, il contraente generale ed il project financing*, in www.giustamm.it; M. Cerritelli, *Il project financing*, in G. Benacchio, M. Cozzio (a cura di), *Appalti pubblici e concorrenza. La difficile ricerca di un equilibrio*, Dipartimento di Scienze Giuridiche, Università degli Studi di Trento, 2008, pp. 113 ss.; F. Muzzati, *Il Project Financing: una peculiare forma di collaborazione pubblico-privato*, in www.amministrazioneincammino.it, 8 marzo 2022.

⁸ Sul punto, da ultimo, ANAC, parere della funzione consultiva del 28 febbraio 2024, n. 9, nel quale si può leggere che “la previa valutazione preliminare di convenienza e fattibilità del progetto da finanziare con risorse private [...] costituisce adempimento necessario e non derogabile” (p. 3). Per un commento al parere in oggetto, si v. G. Lezzi, *La natura (asseritamente) progettuale della prima fase procedurale di valutazione del project financing secondo l'ANAC: i motivi di una tesi che non convince*, in www.dirittodeiserviziipubblici.it, 3 aprile 2024.

guadagno rispetto a quanto investito.⁹ Da ciò consegue che il project financing non si caratterizza tanto né nel coinvolgimento dei soggetti privati nella realizzazione di opere pubbliche ovvero nella loro gestione, né tantomeno nel loro finanziamento, quanto nella fase di iniziativa e di definizione di scelte, anche di natura strategica, che competerebbero, altrimenti, alla sola pubblica amministrazione¹⁰ e che, invece, attraverso la finanza di progetto, diventano “patrimonio comune” delle parti coinvolte.¹¹

In questo senso, il nuovo Codice dei contratti pubblici, in coerenza con quanto già disciplinato nell’abrogato d. lgs. n. 50/2016, collocando la finanza di progetto in un contesto di innovazione,¹² ribadisce la necessità che la proposta elaborata dal soggetto proponente debba contenere un progetto di fattibilità, una bozza di convenzione,¹³ il piano economico-finanziario asseverato, nonché la specificazione delle caratteristiche del servizio e della relativa gestione.¹⁴ Il Codice novellato sembra voler incentivare il ricorso alla finanza di progetto, atteso che gli investitori istituzionali possono soddisfare la richiesta dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale avvalendosi, finanche in forma integrale, delle capacità di altri soggetti.¹⁵ A chi scrive, questa specifica disposizione, nell’ambito dei servizi e delle prestazioni sanitarie, appare foriera di potenziali rischi, attesa la rilevanza del diritto

⁹ Sull’uso improprio dell’istituto della finanza di progetto, in specie quale modalità per eludere la traslazione del rischio imprenditoriale in capo al soggetto privato investitore, si v. ANAC, Comunicato del Presidente, 14 settembre 2016. In quell’occasione, l’allora Presidente di ANAC, Raffaele Cantone, ribadì la necessità che le stazioni appaltanti definiscano con la massima attenzione i contenuti degli atti di gara e quelli contrattuali, affinché “si versi in una effettiva operazione di partenariato (Project Financing), prevedendo che il canone di “disponibilità” sia retributivo della effettiva funzionalità del servizio e non dovuto in caso di totale disservizio ovvero sottoposto a penali automatiche che implicino un rischio operativo “rilevante e/o significativo” a carico del soggetto terzo.” Sul punto, si v. ANAC, deliberazione 31 maggio 2017, n. 566; Tar Lazio, sez. II, sentenza 28 marzo 2018, n. 3475; T.R.G.A. di Bolzano, sentenza 5 febbraio 2019, n. 23, con la quale i giudici amministrativi hanno ribadito che il project financing è inammissibile nei casi di affidamento di servizi pubblici di trasporto in quanto la contribuzione pubblica (prevalente) non permette l’assunzione del rischio dell’operatore privato.

¹⁰ Così, Lugaresi, op. cit., p. 582. In argomento, anche F. Amatucci, *Il project financing come strumento di partnership tra enti pubblici ed imprese private*, in R. Della Longa, E. Pintus (a cura di), *I lavori pubblici e la riforma*, Milano, 2000, pp. 81 ss.

¹¹ Forse anche per questa sua dimensione “condivisa”, i giudici amministrativi hanno ritenuto che l’assenza di fideiussione prevista dall’articolo 93 del decreto legislativo 50/2016 abrogato a garanzia della partecipazione alle procedure pubbliche non potesse essere invocata dalle pubbliche amministrazioni quale presupposto per bocciare il project financing proposto dall’impresa. Cfr. Tar Sicilia, Sez. III, sentenza 13 gennaio 2017, n. 110. I giudici amministrativi, in altra occasione (cfr. Tar Veneto, sezione I, sentenza 8 novembre 2017, n. 1045), hanno, tuttavia, ribadito che il promotore privato, nello schema giuridico del project financing, perde la fideiussione qualora non rispetti le condizioni di gara. La cauzione provvisoria da parte della stazione appaltante non può essere comunque escussa, se la perdita dei requisiti di capacità economico-finanziaria non sono imputabili all’impresa aggiudicataria. Così, Consiglio di Stato, sez. V, n. 589 del 21 gennaio 2019, che ha censurato la decisione del giudice di prime cure (Tar Veneto, sez. I, n. 1045/2017), che aveva dato ragione alla stazione appaltante (comune).

¹² Si v., in questo senso, la disposizione contenuta nell’art. 193, comma 9, che prevede che, in relazione alla specifica tipologia di lavoro o servizio, l’amministrazione concedente debba tenere in considerazione, tra i criteri di aggiudicazione, la quota di investimenti destinata al progetto in termini di ricerca, sviluppo e innovazione tecnologica.

¹³ Sul punto, si v., da ultimo, Cons. St., sez. III, 11 dicembre 2023, n. 10679.

¹⁴ Così prevede l’art. 193, comma 1.

¹⁵ Art. 193, comma 1, che prevede altresì che i medesimi investitori istituzionali possono impegnarsi a subappaltare, anche in questo caso finanche in forma integrale, le prestazioni oggetto del contratto di concessione ad imprese in possesso dei requisiti richiesti dal bando, chiarendo che il nome del subappaltatore deve essere comunicato, con il suo consenso, all’ente concedente entro la scadenza del termine per la presentazione dell’offerta.

fondamentale alla salute, che anche le sperimentazioni gestionali sono chiamate ad assicurare e promuovere. Si ritiene, infatti, che la facoltà riconosciuta in capo agli investitori istituzionali dal comma 2 dell'art. 193 possa contribuire a sbilanciare i diritti oggetto di tutela a favore di considerazioni prevalentemente, se non addirittura, eminentemente di natura economico-finanziaria. Al fine di prevenire ed evitare questo potenziale rischio, per quanto attiene nello specifico le sperimentazioni gestionali che dovessero essere oggetto di project financing, si ritiene necessario prevedere il divieto di subappalto ovvero una limitazione del medesimo, nell'ottica di preservare la finalità pubblicistica che deve sempre permeare l'azione e gli interventi versati nelle sperimentazioni gestionali, nonché la programmazione sanitaria (regionale).¹⁶

3. Il diritto di prelazione nel Codice dei contratti pubblici

Nel diritto dei contratti pubblici, il diritto di prelazione viene tradizionalmente descritto come la facoltà riconosciuta al promotore di una proposta di *project financing* di allineare la propria offerta a quella del miglior offerente emerso all'esito della gara, subentrando così al posto dell'aggiudicatario originario.¹⁷ Esso costituisce una significativa deroga al principio di stretta corrispondenza tra aggiudicazione e scelta finale del contraente, poiché consente di "ribaltare" la graduatoria attraverso un meccanismo di miglioramento postumo dell'offerta, per definizione sottratto al confronto competitivo simultaneo.

La collocazione dell'istituto è rinvenibile nell'art. 193 del d.lgs. 36/2023, che ha trasposto – con successive modifiche operate dal d.lgs. 31 dicembre 2024 n. 209 – la disciplina già contenuta nell'art. 183, comma 15, del previgente Codice del 2016.¹⁸

Per comprendere al meglio l'impatto dell'istituto della prelazione, è necessario ricordare come l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, con la fondamentale sentenza n. 1 del 28 gennaio 2012, aveva definitivamente chiarito la natura bifasica del procedimento di finanza di progetto ad iniziativa privata, distinguendo una prima fase di selezione del promotore da una seconda fase di gara vera e propria.¹⁹ Tale distinzione risulta cruciale per comprendere la posizione giuridica del promotore, il quale acquisisce un vantaggio competitivo certo e non meramente eventuale sin dalla conclusione della prima fase procedimentale.²⁰

Come efficacemente rilevato dalla giurisprudenza, il promotore gode di una posizione di assoluta preminenza derivante dalla conoscenza anticipata del progetto posto a base di gara (essendone l'ideatore), dalla possibilità di conseguire comunque l'aggiudicazione in assenza di

¹⁶ In questo senso, l'art. 193, comma 2. Preme, tuttavia, segnalare che nel project financing, come peraltro in tutti gli istituti che cristallizzano un rapporto di cooperazione pubblico-privata, il ruolo dell'ente pubblico rimane fondamentale e decisivo in ordine alla realizzazione dell'opera, benché al soggetto operatore economico sia richiesto di assumersi il rischio operativo dell'operazione, che comprende anche l'aspettativa di vedersi aggiudicata l'opera/il servizio. In questo senso, si v. Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza 4 febbraio 2019, n. 820, in cui i giudici di Palazzo Spada hanno statuito che l'ente locale mantiene intatta la propria autonomia organizzativa, decisionale e, pertanto, la propria discrezionalità amministrativa fino "all'ultimo miglio."

¹⁷ Cfr. TAR Friuli-Venezia Giulia, 12 febbraio 2019, n. 67; Cons. Stato, Sez. V, 10 febbraio 2020, n. 1005.

¹⁸ Sul punto cfr. P. Giammaria, *Art. 183 Finanza di progetto*, in R. Garofoli, G. Ferrari (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, Roma, 2017, p. 2623 ss.

¹⁹ Cons. Stato, Ad. plen., 28 gennaio 2012, n. 1. Per un commento cfr. G. Manfredi, *Le conseguenze processuali del ruolo del promotore del project financing*, in *Urbanistica e appalti*, 2012, fasc. 5, p. 540 ss.

²⁰ Cons. Stato, Sez. V, 23 marzo 2009, n. 1741.

altre proposte e, soprattutto, dal diritto potestativo di prelazione che gli consente di "recuperare" l'aggiudicazione anche se altri hanno presentato offerte migliori.²¹

L'argomento principale a favore del diritto di prelazione è tradizionalmente ricondotto alla necessità di incentivare l'iniziativa del promotore, cui è richiesto un apporto creativo e un investimento anticipato di risorse intellettuali e finanziarie nella predisposizione della proposta progettuale²². In questa prospettiva, la prelazione svolgerebbe una funzione compensativa e di stimolo, bilanciando il rischio che il promotore si veda "spogliato" della propria idea progettuale da operatori che intervengono nella fase di gara senza aver sostenuto i costi della fase di ideazione.

Una parte della dottrina amministrativistica aveva tuttavia evidenziato come tale funzione possa essere assolta con strumenti meno distorsivi della concorrenza, ad esempio mediante riconoscimento di rimborsi spese, punteggi premiali, o forme di tutela della proprietà intellettuale sul progetto.²³ In questa ottica critica, il diritto di prelazione finisce per introdurre un "vantaggio competitivo ex lege" difficilmente conciliabile con la struttura paritetica della gara e con la stessa nozione di offerta economicamente più vantaggiosa come criterio effettivo di selezione dell'operatore.

Un ulteriore profilo critico riguarda l'asimmetria informativa che si viene a creare a favore del promotore. Come rilevato da autorevole dottrina, il promotore conosce in anticipo il contenuto dell'offerta migliore e può adeguare la propria proposta "a valle" del confronto competitivo, godendo così di un'informazione preclusa agli altri concorrenti²⁴. Tale meccanismo contraddice il principio della simultaneità delle offerte e della "segretezza" delle proposte fino all'apertura delle buste, principi cardine delle procedure ad evidenza pubblica.

Già prima dell'intervento della Corte di giustizia, la giurisprudenza amministrativa italiana aveva sollevato dubbi in merito al diritto di prelazione, oscillando fra letture che ne sottolineavano il carattere eccezionale e interpretazioni tese a ridurre l'impatto distorsivo rispetto all'art. 3, par. 1, della direttiva 2014/23/UE sulle concessioni, che impone il rispetto della parità di trattamento e della concorrenza effettiva nelle procedure di affidamento.²⁵

Il Consiglio di Stato ha più volte affrontato la questione della natura giuridica del diritto di prelazione, chiarendo che si tratta di un diritto potestativo che fa nascere in capo all'amministrazione aggiudicatrice il mero obbligo di aggiudicare la gara al promotore, senza generare alcun subentro automatico in un diritto da disporre o già acquisito da un terzo.²⁶ In particolare, è stato precisato che "il meccanismo della prelazione 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

²¹ Cons. Stato, Ad. plen., 15 aprile 2010, n. 2155.

²² Cfr. F. Fracchia, *Finanza di progetto: i profili di diritto amministrativo*, in G. Ferrari, F. Fracchia (a cura di), *Project financing e opere pubbliche. Problemi e prospettive alla luce delle recenti riforme*, Milano, 2004, p. 57 ss.

²³ A. Fioritto (a cura di), *Nuove forme e nuove discipline del partenariato pubblico privato*, Torino, 2017.

²⁴ M. Ricchi, *La finanza di progetto nel codice dei contratti dopo il terzo correttivo*, in *Urb. app.*, 2008, 3 p. 1385 ss.

²⁵ Cfr. TAR Lazio, Sez. III, 9 settembre 2008, n. 8194; Cons. Stato, Sez. V, 28 maggio 2009, n. 3319.

²⁶ TAR Parma, 14 marzo 2019, n. 58

porre a base della successiva gara, e dall'altro, quello di garantire il rispetto dei principi della massima concorrenza e della parità di trattamento".²⁷

Per superare questa *impasse*, il d.lgs. n. 209/2024 aveva operato una sostanziale riscrittura dell'art. 193 del Codice, tentando di rispondere alle criticità emerse, ma lasciando dubbi sulla piena conformità della nuova disciplina ai principi europei. In particolare, resta aperta la questione del trattamento da riservare alle proposte dei privati su iniziativa diretta e delle garanzie procedurali da approntare per assicurare la massima trasparenza e concorrenza.

4. La decisione della Corte di giustizia dell'Unione europea

Con la sentenza del 5 febbraio 2026, causa C-810/24, la Corte di giustizia dell'Unione europea ha segnato una svolta epocale nella disciplina del partenariato pubblico-privato italiano, dichiarando l'incompatibilità del diritto di prelazione del promotore con i principi fondamentali del diritto dell'Unione Europea.

La pronuncia è resa su rinvio pregiudiziale del Consiglio di Stato che aveva richiesto l'interpretazione della compatibilità dell'istituto della prelazione con l'art. 3, par. 1, della direttiva 2014/23/UE sui principi di parità di trattamento, non discriminazione e trasparenza nelle concessioni e dell'art. 49 TFUE sulla libertà di stabilimento.²⁸

La Corte ha ritenuto che il diritto di prelazione violi in modo irrimediabile il principio di parità di trattamento, richiamando una consolidata giurisprudenza secondo cui la parità tra gli offerenti esige che questi ultimi si trovino su un piano di eguaglianza sia al momento della preparazione delle offerte, sia al momento della loro valutazione.²⁹ In linea di principio, ha ricordato la Corte, un'offerta non può essere modificata dopo il suo deposito, né su iniziativa dell'amministrazione né su iniziativa dell'offerente, pena la violazione dell'equilibrio competitivo e la distorsione della concorrenza.³⁰

Il diritto di prelazione sovverte tale logica: consentendo al promotore di "allinearsi" alle condizioni del miglior offerente dopo aver preso visione della graduatoria, si rimette in discussione l'esito della gara e si conferisce al promotore un "vantaggio reale" rispetto agli altri concorrenti. In sostanza, il promotore può ottimizzare *ex post* la propria offerta economica,

²⁷ Cons. Stato, Sez. V, 24 ottobre 2023, n. 9210. Inoltre, sul punto l'ANAC aveva già evidenziato l'esistenza di un'eccessiva preferenzialità nei confronti del soggetto promotore che oltre che alla predisposizione dei progetti ed al dialogo diretto con l'amministrazione, si trova in ultima analisi nella condizione di poter paragonare la migliore proposta presentata. Con questi meccanismi di fatto vengono dissuasi eventuali competitori a presentare le proprie offerte. Delibera 16 marzo 2021, n. 219. In questo senso si era posto in precedenza anche il TAR Lombardia, sez. IV, 7 gennaio 2021, n. 37 che aveva dichiarato non esercitabile il diritto di prelazione in caso l'offerta iniziale fosse stata ritenuta inammissibile. Sul versante dottrinale C. Malinconico, *Il project financing*, in M. A. Sandulli, R. De Nictolis, R. Garofoli (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, vol. IV, *Le tipologie contrattuali*, Milano, 2008, p. 2613 ss. Altri autori, pur riconoscendo le criticità concorrenziali, hanno tentato letture sistematiche che valorizzassero il margine di flessibilità lasciato alle amministrazioni dalla direttiva 2014/23/UE, ritenendo che, entro certi limiti e con adeguate cautele procedurali, il diritto di prelazione potesse essere compatibile con il quadro europeo F. Caringella, *Il nuovo volto della finanza di progetto*, in G. Cerrina Feroni (a cura di), *Il partenariato pubblico-privato. Modelli e strumenti*, Torino, 2011, p. 99 ss.

²⁸ Cons. Stato, Sez. V, ordinanza 25 novembre 2024, n. 9449.

²⁹ Sentenza C-810/24, punto 41, che richiama Corte giust., 23 dicembre 2009, *CoNISMa*, C-305/08; Corte giust., 26 settembre 2024, *Luxone e Sofein*, C-403/23 e C-404/23.

³⁰ Sentenza C-810/24, punto 41, con riferimento a Corte giust., 22 giugno 1993, *Commissione c. Danimarca*, C-243/89; Corte giust., 25 aprile 1996, *Commissione c. Belgio*, C-87/94; Corte giust., 13 giugno 2024, *BibMedia*, C-737/22.

beneficiando di un'informazione preclusa agli altri partecipanti (il contenuto dell'offerta vincente) e modificando il prezzo proposto al di fuori del confronto simultaneo e trasparente.

Secondo i giudici europei, tale asimmetria informativa, si traduce in un privilegio incompatibile con la logica della gara pubblica, che presuppone la cristallizzazione delle offerte al momento della scadenza del termine e la valutazione comparativa di proposte definitive e immodificabili.

La Corte ha inoltre escluso che il diritto di prelazione possa rientrare nella "flessibilità" organizzativa riconosciuta alle amministrazioni aggiudicatrici dalla direttiva 2014/23/UE. Il considerando 68 e l'art. 30 della direttiva prevedono invero un ampio margine di manovra nella definizione delle procedure, ma tale flessibilità trova un limite invalicabile nei principi di parità di trattamento e trasparenza, che costituiscono l'"essenza stessa" delle norme unionali in materia di concessioni.³¹

Analogamente, è stata esclusa l'applicabilità dell'art. 41, par. 3, della direttiva 2014/23/UE, che consente, in via del tutto eccezionale, di modificare i criteri di aggiudicazione in presenza di offerte innovative di "livello straordinario" non prevedibili ex ante. Secondo la Corte, il diritto di prelazione del promotore non si fonda sul carattere innovativo della proposta, ma opera automaticamente quale incentivo all'iniziativa privata, indipendentemente dalla straordinarietà della soluzione progettuale.

Oltre ai profili connessi alla direttiva 2014/23/UE, la Corte ha accertato la violazione dell'art. 49 TFUE. La prelazione costituisce infatti una restrizione alla libertà di stabilimento in quanto scoraggia la partecipazione di operatori economici di altri Stati membri, i quali si trovano in una posizione di svantaggio competitivo rispetto al promotore nazionale. Tale restrizione non può essere giustificata né da ragioni imperative di interesse generale, quali l'efficienza, la sussidiarietà orizzontale o l'incentivazione dell'iniziativa privata, né dalle deroghe espresse previste dall'art. 52 TFUE, tra cui ordine pubblico, sicurezza pubblica, sanità pubblica.

5. Brevi conclusioni

In conseguenza della pronuncia della Corte UE, il legislatore nazionale è chiamato a intervenire con urgenza per adeguare la disciplina interna ai principi europei come interpretati dalla Corte di giustizia.

Le soluzioni prospettabili sono molteplici. Una prima ipotesi è quella dell'abrogazione dell'istituto, eliminando ogni forma di vantaggio competitivo a favore del promotore.

³¹ Sul necessario rispetto dei principi eurounitari da parte delle stazioni appaltanti nell'applicazione dei principi su richiamati, si v. Corte di giustizia dell'Unione europea, Corte di Giustizia, sez. V, 22 dicembre 2022, C383/21 e C384/21, § 45, nella quale si legge che le Direttive del 2014 non hanno "privato gli stati membri della libertà di privilegiare una modalità di prestazione dei servizi, di esecuzione di lavori o di approvvigionamento di forniture a scapito delle altre[...] Fermo restando che il principio di auto-organizzazione deve comunque osservare il limite rappresentato dal rischio di un sostanziale aggiramento delle regole che assicurano la concorrenza a danno dei soggetti privati". Sul punto, in dottrina, si v. B. Mameli, *In house providing – Il principio di autorganizzazione tra eccezione residuale e opzione di base*, in *Giur.it.* 2020, 1731 ss., la quale, richiama il punto 37 dell'ordinanza della Corte di Giustizia, sez. IX, 6 febbraio 2020 in C-89/19- 90/19, C- 91/19-Rieco Spa, secondo cui "la libertà degli stati membri di scegliere il metodo di gestione che ritengono più appropriato per l'esecuzione dei lavori o la prestazione dei servizi non può essere illimitata. Essa deve al contrario essere esercitata nel rispetto delle regole fondamentali del trattato FUE".

Una seconda soluzione consiste nella sostituzione del diritto di prelazione con meccanismi di tutela economica meno distorsivi della concorrenza, quali il riconoscimento di rimborsi spese parametrati ai costi effettivamente sostenuti, l'attribuzione di punteggi premiali nella valutazione delle offerte, o l'erogazione di contributi economici a fondo perduto.

Una terza ipotesi, più complessa, prevede la riconfigurazione della posizione del promotore in termini di mera preferenza nella fase di dialogo competitivo, senza alcuna possibilità di adeguamento ex post dell'offerta economica. Tale soluzione richiede tuttavia un intervento organico sul modello stesso della finanza di progetto, ridefinendone la struttura procedimentale alla luce dei principi europei.

Vi è poi una quarta ipotesi, che accoglierebbe le istanze di autorevole dottrina, che già affermava come, il superamento del diritto di prelazione rappresenta un'occasione per ripensare gli strumenti di incentivazione dell'iniziativa privata nel partenariato pubblico-privato³². Quest'ultima posizione contribuisce a chiarire che la decisione della Corte qui in commento non certifica – come qualche commento “a caldo” ha inteso evidenziare - la “fine dei PPP”, bensì sollecita, da un lato, ad un ripensamento di uno specifico “modello” di PPP, segnatamente, il project financing e, dall'altro, a rafforzare le collaborazioni pubblico-private in un'ottica di autentica e genuina partnership tra le parti coinvolte, finalizzata a realizzare finalità di interesse generale.

³² A. Moliterni, *Le prospettive del partenariato pubblico privato nella stagione del PNRR*, in *Dir. amm.*, 2022, 2, p. 41 ss.; M. Clarich, *Considerazioni sui rapporti tra appalti pubblici e concorrenza nel diritto europeo e nazionale*, in *Dir. amm.*, 2016, p. 71 ss.