



Giustizia amministrativa
A cura del Segretariato Generale della Giustizia amministrativa

Consiglio di Stato
Tribunali Amministrativi Regionali

News n. 21 del 17 febbraio 2026
a cura dell'Ufficio del massimario

La Corte afferma che il diritto di prelazione nella finanza di progetto, previsto dal secondo codice dei contratti pubblici (art. 183, comma 15, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50), consentendo al promotore di modificare la propria offerta dopo la gara per allinearla a quella dell'aggiudicatario, viola il principio di parità di trattamento, produce effetti anticoncorrenziali e costituisce una restrizione alla libertà di stabilimento.

Corte di giustizia dell'Unione europea, sezione II, 5 febbraio 2026, C-810/24 – Urban Vision SpA

Contratti pubblici e obbligazioni della pubblica amministrazione – Finanza di progetto – Diritto di prelazione del promotore – Incompatibilità con il diritto europeo

L'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, in combinato disposto con l'articolo 49 TFUE, con gli articoli 30 e 41, nonché con il considerando 68 di tale direttiva, dev'essere interpretato nel senso che esso osta 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 così l'aggiudicazione di tale contratto, a condizione di rimborsare le spese che l'aggiudicatario iniziale ha sostenuto per preparare la sua offerta, senza che tale rimborso possa superare il 2,5% del valore stimato dell'investimento atteso dall'aggiudicatario a partire dal progetto di fattibilità posto a base di gara. (1)

(1) I. – La Corte di giustizia UE si è pronunciata sulla questione pregiudiziale sollevata dalla sezione V del Consiglio di Stato, con ordinanza 25 novembre 2024, n. 9449 (in *Foro it.*, 2025, III, 1, con nota di AMORELLI, nonché oggetto della News UM n. 124 del 30 dicembre 2024, alla quale si rinvia per approfondimenti sul contratto di sponsorizzazione e sulla finanza di progetto), circa la compatibilità con il diritto eurounitario della disciplina inerente all'istituto della finanza di progetto contenuta nel secondo codice dei contratti pubblici, nella parte in cui prevede il diritto di prelazione in favore del promotore (art. 183, comma 15, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50), che gli consente, nell'ipotesi in cui non abbia conseguito l'aggiudicazione, di adeguare la propria offerta a quella del primo graduato

inizialmente prescelto e ottenere così l'aggiudicazione. Va rammentato che il giudizio *a quo* traeva origine da un ricorso proposto da un'impresa partecipante a una gara indetta dal Comune di Milano per la realizzazione e la gestione di bagni pubblici automatizzati, la quale aveva impugnato gli atti della gara, contestando in particolare la clausola che riconosce al promotore il diritto di prelazione. Difatti, in gara il promotore aveva esercitato tale diritto e si era aggiudicato l'appalto adeguando la propria offerta a quella del concorrente risultato primo classificato. In primo grado, il T.a.r. per la Lombardia, sez. I, con sentenza n. 196 del 29 gennaio 2024, aveva rigettato il gravame e, in appello, il Consiglio di Stato rimetteva alla Corte di giustizia UE la questione con l'ordinanza sopra richiamata, disponendo nelle more la sospensione del giudizio.

II. – Questo il percorso motivazionale della pronuncia in rassegna:

- a) il contratto oggetto del procedimento è qualificabile come concessione di lavori ai sensi della direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, poiché il comune di Milano ha affidato al raggruppamento l'esecuzione di lavori in cambio del solo diritto di sfruttare economicamente gli impianti pubblicitari installati sui servizi igienici pubblici automatizzati;
- b) tale struttura contrattuale comporta, infatti, il trasferimento al concessionario del rischio finanziario legato allo sfruttamento degli impianti, elemento che rappresenta il criterio determinante per individuare una concessione quando il valore del contratto supera la soglia di applicazione della direttiva, come risulta dall'articolo 5 e dal considerando 18 della direttiva, oltre che dalla giurisprudenza della Corte di giustizia UE, sez. VIII, 10 novembre 2022, C-486/21;
- c) la questione pregiudiziale va esaminata alla luce della direttiva 2014/23/UE (sull'aggiudicazione dei contratti di concessione) e non della direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006 (relativa ai servizi nel mercato interno), poiché l'applicabilità della prima esclude l'operatività della seconda, come emerge dal testo delle direttive ed affermato dalla Corte di giustizia UE, sez. V, 14 luglio 2016, C-458/14 e C-67/15;
- d) benché il giudice del rinvio richiami sia l'articolo 49 TFUE (libertà di stabilimento) sia l'articolo 56 TFUE (libera prestazione dei servizi), va esclusa tale ultima previsione che si applica solo se non operano le disposizioni relative al diritto di stabilimento (art. 57, comma 1, TFUE); ciò in quanto la concessione oggetto del procedimento implica che l'operatore economico selezionato acceda stabilmente e in modo continuativo al territorio dello Stato membro per svolgere un'attività economica duratura, pertanto la fattispecie rientra nell'ambito della libertà di stabilimento disciplinata dall'articolo 49 TFUE;
- e) la finanza di progetto ex art. 183, comma 15, del d.lgs. n. 50 del 2016 si sviluppa in tre fasi: *i)* un operatore presenta una proposta di concessione con un progetto di fattibilità e un piano economico-finanziario; *ii)* in seguito, l'amministrazione valuta la fattibilità della proposta, può chiedere modifiche e, se la approva, la inserisce nella propria programmazione; *iii)* infine, il progetto approvato viene posto a base di gara, cui partecipa anche il promotore il quale gode di un diritto di prelazione, potendo adeguare la propria offerta a quella del miglior offerente entro 15 giorni, rimborsandogli le spese entro il limite del 2,5% dell'investimento;

- f) nel caso specifico risulta rispettato il principio di trasparenza, visto che il diritto di prelazione è previsto sia dal codice dei contratti pubblici, sia dalla decisione dell'amministrazione appaltante;
- g) quanto alla compatibilità del diritto di prelazione con il principio di parità di trattamento sancito dall'art. 3, par.1, della direttiva 2014/23/UE, occorre dare atto che, qualora si avvalga del diritto di prelazione, il promotore di fatto modifica il prezzo che aveva indicato nella propria offerta al fine di allinearsi alle condizioni offerte del primo graduato;
- h) il principio di parità di trattamento degli offerenti mira a garantire la massima apertura alla concorrenza nelle procedure di aggiudicazione e richiede che tutti gli operatori siano posti su un piano di uguaglianza sia nella fase di preparazione delle offerte sia nella loro valutazione; di conseguenza, le offerte non possono essere modificate dopo la presentazione, né su iniziativa dell'amministrazione né dell'offerente (Corte di giustizia UE, sez. IV, 13 giugno 2024, C-737/22);
- i) in linea generale il prezzo rappresenta il criterio di aggiudicazione determinante, quindi consentire a un solo operatore di apportarvi modifiche dopo aver presentato l'offerta viola la parità di trattamento e costituisce una distorsione della concorrenza sana ed effettiva;
- j) nel caso in esame, il diritto di prelazione permette al promotore di adeguare la propria offerta a quella dell'aggiudicatario iniziale, impedendo che i prezzi presentati entro la scadenza determinino in modo definitivo la graduatoria; ciò consente al promotore di ottimizzare l'offerta *a posteriori* con la conseguenza che anche l'offerta economicamente più vantaggiosa non garantisce l'aggiudicazione;
- k) la fattispecie in esame va distinta da quella esaminata dalla Corte di giustizia UE, sez. IV, 13 giugno 2024, C-737/22, secondo cui non costituisce trattativa la clausola di gara che redistribuisce i lotti tra gli offerenti per mantenere la concorrenza, prevedendo che il lotto maggiore vada al miglior offerente e quello minore al secondo classificato, purché quest'ultimo accetti di eseguirlo al prezzo del primo e, se il secondo rifiuta, l'offerta passa al terzo e così via;
- l) tale clausola è stata ammessa solo perché risultava strettamente connessa a due profili: la suddivisione in lotti dell'appalto, ciò che giustificava la differente attribuzione dei lotti, e l'obiettivo di mantenere la concorrenza nel settore economico interessato;
- m) viceversa, nel caso in esame, oltre a consentire al promotore di modificare l'offerta dopo il suo deposito – il che collide con il principio della parità di trattamento di cui all'art. 3 della direttiva 2014/23/UE – l'istituto in contestazione può produrre effetti anticoncorrenziali in violazione dell'art. 41, par. 1, della direttiva citata, secondo cui le offerte devono essere valutate «*in condizioni di concorrenza effettiva*»;
- n) vero che l'art. 30, par. 1, della direttiva 2014/23/UE riconosce all'amministrazione aggiudicatrice un'ampia flessibilità nell'organizzare la procedura di selezione del concessionario, poiché tale disciplina realizza solo un coordinamento minimo dei sistemi nazionali; tuttavia, questa flessibilità non è illimitata poiché va rispettata la direttiva stessa e vanno salvaguardati i principi di trasparenza e parità di trattamento (considerando 68), che impongono l'esistenza di garanzie minime

volte a evitare disparità di trattamento tra i concorrenti che, nella fattispecie, deriva dal diritto di prelazione;

- o) l'art. 41, par. 3, della direttiva 2014/23 permette, in via eccezionale, che l'amministrazione aggiudicatrice modifichi l'ordine dei criteri di aggiudicazione quando riceve una soluzione realmente innovativa e imprevedibile; tuttavia, questa eccezione riguarda solo offerte presentate nell'ambito di una gara e richiede che tutti gli operatori vengano informati della modifica, con la pubblicazione di un nuovo invito o bando, così da evitare discriminazioni, viceversa, nel caso di specie, tali condizioni non si sono verificate, per cui l'eccezione non è applicabile;
- p) il diritto di prelazione previsto nella finanza di progetto rappresenta una restrizione alla libertà di stabilimento (art. 49 TFUE), poiché può scoraggiare operatori di altri Stati membri dal partecipare alla procedura;
- q) dopo avere accertato l'esistenza della restrizione, occorre verificare se tale diritto di prelazione possa essere giustificato alla luce dell'articolo 49 TFUE;
- r) il giudice del rinvio sostiene che il diritto di prelazione valorizza l'iniziativa privata e realizza il principio di sussidiarietà orizzontale previsto dall'art. 118 Cost., favorendo forme di cooperazione pubblico-privato utili a migliorare efficienza, tempi e risorse dell'azione amministrativa, oltre a stimolare l'innovazione tramite il contributo delle imprese;
- s) tuttavia, un simile obiettivo non rientra tra le ragioni di ordine pubblico, di pubblica sicurezza o sanità pubblica previste dall'art. 52, par. 1, TFUE, che sono le uniche idonee a giustificare una restrizione alla libertà di stabilimento;
- t) in conclusione, la Corte ha risposto alle questioni sollevate nei termini indicati in rassegna.

III. – Per completezza, si osserva quanto segue:

- u) per approfondimenti sull'istituto della finanza di progetto si veda, in dottrina, AMORELLI (in *Foro it.*, 2025, III, 1, nota a Cons. Stato, sez. V, ordinanza 25 novembre 2024, n. 9449) che ha messo in rilievo come il *project financing*, introdotto con la legge 11 febbraio 1994, n. 109, incentiva i privati a proporre progetti di interesse pubblico riconoscendo al promotore il diritto di prelazione; l'autore ha poi evidenziato che i recenti interventi normativi dei decreti legislativi 31 marzo 2023, n. 36 e 31 dicembre 2024, n. 209 (c.d. "correttivo" al codice dei contratti pubblici) hanno riformulato la prima fase rendendola preliminare e comparativa, secondo i principi di concorrenza, trasparenza, imparzialità e proporzionalità;
- v) la giurisprudenza maggioritaria (Cons. Stato, sez. V, 27 agosto 2024, n. 7258; 5 giugno 2024, n. 5026; 2 maggio 2024, n. 3979; Ad. plen., 28 gennaio 2012, n. 1, in *Foro it.*, 2012, III, 207, con nota di TRAVI) ha affermato l'autonomia tra fase propositiva (in cui il promotore presenta il progetto e l'amministrazione ne valuta l'interesse pubblici) e fase di gara (nella quale, anche se non presenta l'offerta economicamente più vantaggiosa, il promotore può esercitare il diritto di prelazione), mentre un orientamento minoritario ne valorizza l'unitarietà (T.a.r. per il Lazio, sez. IV, 14 novembre 2023, n. 16995; Cons. Stato, sez. V, 2 ottobre 2018, n. 5642);

- w) vanno poi segnalate decisioni che hanno configurato in capo al promotore una legittima aspettativa alla prosecuzione del procedimento e una responsabilità precontrattuale per l'amministrazione che tenga a riguardo comportamenti non ispirati ai canoni di correttezza e buona fede (Cons. Stato, sez. V, 11 gennaio 2021, n. 368; 11 gennaio 2018, n. 111);
- x) sui profili generali della finanza di progetto si veda, inoltre, in dottrina: DEL BONO, VITALE, in F. Sciarretta (a cura di), *Il "nuovo" codice dei contratti pubblici: frammenti di disciplina tra approccio europeo e logiche nazionali*, Bologna, 2020, 235; VILLATA, RAMAJOLI (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici – d.lgs. 31 marzo 2023 n. 36*, 2024, 891; PARADISI, *La finanza di progetto nel nuovo codice dei contratti pubblici: continuità e innovazioni*, in *Appalti & Contratti*, 2023, 10, 41; ZANGHI BUFFI, *Il partenariato pubblico-privato: le concessioni e la finanza di progetto*, in *Giornale dir. amm.*, 2023, 369;
- y) sulla autonomia delle due fasi del *project financing* (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) e sulle conseguenze in ordine alla individuazione della disciplina applicabile *ratione temporis*, si veda: T.a.r. per la Sicilia, Catania, sez. I, 21 novembre 2024, n. 3864, secondo cui ciascuna fase è regolata dal proprio regime temporale (nel caso specifico, la prima fase soggiaceva al d.lgs. 50 del 2016 e la seconda al d.lgs. n. 36 del 2023 con la conseguenza che, applicando l'art. 183 del primo decreto, il T.a.r. ha escluso che il *project financing* potesse essere utilizzato in presenza di concessione di servizi "puri" in cui non sia contemplata la realizzazione di opere);
- z) nel nuovo codice degli appalti pubblici (d.lgs. n. 36 del 2023) il diritto di prelazione in favore del promotore non aggiudicatario è disciplinato dall'art. 193, comma 12, secondo cui: *i)* esso va esercitato entro 15 giorni dalla comunicazione di aggiudicazione, mediante dichiarazione di impegno ad adempiere alle obbligazioni contrattuali alle medesime condizioni offerte dall'aggiudicatario; *ii)* se il promotore esercita la prelazione, l'originario aggiudicatario ha diritto al rimborso, a carico del promotore, delle spese documentate ed effettivamente sostenute per la predisposizione dell'offerta; *iii)* ove non eserciti la prelazione, invece, il promotore non aggiudicatario ha diritto al pagamento, a carico dell'aggiudicatario, delle spese per la predisposizione della proposta, comprensive anche dei diritti sulle opere dell'ingegno; *iv)* rispetto ad entrambe le ipotesi, l'importo complessivo delle spese rimborsabili non può superare il 2,5% del valore dell'investimento, come desumibile dal progetto di fattibilità posto a base di gara.