

1 LUGLIO 2026

Luci e ombre sul project financing dopo l'intervento della Corte di Giustizia UE sulla prelazione

di Christian D'Orazi

Dottore di ricerca in Diritto pubblico
Università degli Studi di Teramo

e Stefano Castellana Soldano

Dottore di ricerca in Diritto dell'Unione europea
Università degli Studi di Napoli Parthenope

Luci e ombre sul project financing dopo l'intervento della Corte di Giustizia UE sulla prelazione^{*}

di Christian D'Orazi

Dottore di ricerca in Diritto pubblico
Università degli Studi di Teramo

e Stefano Castellana Soldano

Dottore di ricerca in Diritto dell'Unione europea
Università degli Studi di Napoli Parthenope

Abstract [It]: Il contributo analizza gli effetti della sentenza della Corte di Giustizia UE del 5 febbraio 2026 (C-810/24) sulla disciplina del diritto di prelazione nel *project financing*, evidenziandone il contrasto con i principi di parità di trattamento e concorrenza. L'indagine ricostruisce il quadro normativo italiano, anche alla luce delle recenti modifiche del D.lgs. n. 36/2023, e valuta le ricadute sulle procedure in corso e sui contratti già stipulati. Particolare attenzione è dedicata ai margini di compatibilità eurounitaria della nuova disciplina e ai possibili sviluppi giurisprudenziali e legislativi. Il lavoro propone infine soluzioni *de iure condendo*, anche in chiave comparata, per conciliare incentivi all'iniziativa privata e tutela della concorrenza.

Title: Highs and lows in project financing following the EU Court of Justice's ruling on pre-emption rights

Abstract [En]: The paper examines the impact of the CJEU judgment (C-810/24) on the right of first refusal in project financing, highlighting its incompatibility with the principles of equal treatment and competition. It reconstructs the Italian legal framework, also considering recent amendments to Legislative Decree No. 36/2023, and assesses the consequences for ongoing procedures and existing contracts. Focus is placed on the potential compatibility of the revised regime and on future judicial and legislative developments. Finally, the study suggests *de iure condendo* solutions, drawing on comparative perspectives, to balance incentives for private initiative with the protection of competition.

Parole chiave: project financing, diritto di prelazione, Corte di Giustizia UE, contratti pubblici, partenariato pubblico-privato

Keywords: project financing, right of first refusal, Court of Justice of the EU, public contracts, public-private partnership

Sommario: 1. Premessa. 2. Si fa presto a dire “*project financing*”. Individuazione del contesto interpretativo. 3. I chiarimenti resi dalla Corte di Giustizia UE. 4. Gli effetti della sentenza sulle procedure di *project financing* regolate dal D.lgs. n. 50/2016 e dal D.lgs. n. 36/2023 nella versione precedente all'entrata in vigore del D.lgs. n. 209/2024. 5. Gli effetti della sentenza sulle procedure di *project financing* regolate dal D.lgs. n. 36/2023, come modificato dal D.lgs. n. 209/2024. 6. Gli effetti della sentenza sui contratti in corso di esecuzione, aggiudicati al promotore all'esito dell'esercizio del diritto di prelazione. 7. Come “salvare” il *project financing*? Una prospettiva *de iure condendo* in chiave comparata.

1. Premessa¹

Il 5 febbraio 2026 la Corte di Giustizia UE ha deciso la causa C-810/24 avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Consiglio di Stato con ordinanza n. 9449/2024 in ordine alla compatibilità con il diritto europeo della disciplina nazionale – si intende: quella applicabile nel giudizio

^{*} Articolo sottoposto a referaggio.

¹ L'impostazione del lavoro e le conclusioni sono frutto del lavoro di entrambi gli autori. C. D'Orazi ha redatto i paragrafi 1, 2, 3, 6 e 7 mentre S. Castellana Soldano ha redatto i paragrafi 4 e 5.

a quo, vale a dire l'art. 183, co. 15 D.lgs. n. 50/2016 – in materia di attribuzione del c.d. diritto di prelazione² nelle procedure di *project financing*³.

Il quesito pregiudiziale era posto nei seguenti termini: “*se i principi di libertà di stabilimento e libera prestazione di servizi di cui agli artt. 49 e 56 Tfeue, nonché la 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 in cui la Corte lo ritenga applicabile, osti alla disciplina nazionale della prelazione, contenuta nell'art. 183 comma 15 d.lgs. n. 50/2016*”.

La Corte di Giustizia UE ha concluso nel senso che “*l'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2014/23, 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*”.

In sintesi, secondo la Corte di Giustizia UE, l'ordinamento eurounitario non tollera una lesione dei principi concorrenziali di portata analoga a quella prodotta dall'esercizio del diritto di prelazione per come disciplinato dall'art. 183, co. 15 D.lgs. n. 50/2016. E ciò, forse, con buona pace dell'intento di “demitizzare” la “*concorrenza come fine da perseguire ad ogni costo*”, espresso a chiare lettere in sede di redazione del D.lgs. n. 36/2023⁴.

Che si tratti di un ritorno alla teleologia della concorrenza o di una battuta d'arresto – se si vuole, una fisiologica resistenza delle istituzioni europee – nel processo di destrutturazione del neoliberalismo europeo⁵, potrà dirlo solo l'esame delle reazioni legislative e giurisprudenziali alla pronuncia in commento.

² In dottrina, si sofferma specificamente sull'istituto della prelazione nelle procedure di finanza di progetto M. RICCHI, *Il diritto di prelazione nel codice dei contratti: finanza di progetto, efficienza, law & economics*, in *Riv. it. dir. pubbl. comp.*, 2011, 1, pp. 139-153; C. GUCCIONE, *La finanza di progetto*, in M. CLARICH (a cura di), *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, Torino, 2025, pp. 1712 ss.

³ Si segnala, per completezza, che il Consiglio di Stato ha definito il giudizio a quo con sentenza n. 3805/2026 del 14 maggio 2026.

⁴ Cfr. p. 13 della Relazione del Consiglio di Stato di accompagnamento allo “*Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante “Delega al Governo in materia di contratti pubblici”*”. A seguito dell'entrata in vigore del D.lgs. n. 36/2023, numerosi commentatori hanno proposto letture del principio di concorrenza in chiave subordinata o, comunque, funzionale alla realizzazione del principio di risultato: in tal senso, *ex multis*, G. TROPEA, *L'evoluzione della disciplina e i principi del codice*, in ID, *Lineamenti di diritto dei contratti pubblici*, Napoli, 2024; P. MIELE, *Principio del risultato, principio della fiducia e legittimità nel codice dei contratti pubblici*, in *Riv. Corte conti*, 2024, 6; *contra* R. VILLATA, L. BERTONAZZI, *Principio del risultato*, in R. VILLATA, M. RAMAJOLI (a cura di), *Commentario al Codice dei contratti pubblici. D.lgs. 31 marzo 2023, n. 36*, Pisa, 2024, p. 8; M. D'ARIENZO, *Demitizzazione della concorrenza e principio del risultato nella contrattualistica pubblica*, in *PA Persona e Amministrazione*, 2024, 14, 1, pp. 380-415.

⁵ Dà atto del processo in esame G. TROPEA, *Un nuovo super-principio?*, in *Dir. proc. amm.*, 2025, 2, 464 ss.

È chiaro, tuttavia, che la sentenza della Corte di Giustizia UE nella causa C-810/24 segna uno spartiacque fondamentale nella storia⁶ e nell'evoluzione di un istituto – quello del *project financing* – che ha dato buona mostra di sé nelle operazioni relative alla realizzazione di grandi opere⁷.

La portata del recente arresto della Corte di Giustizia UE, per la verità, va analizzata senza indulgere a eccessivi sensazionalismi, nella consapevolezza del fatto che esso si iscrive in un quadro normativo mutevole – e peraltro già mutato (due volte) rispetto a quello rilevante nel giudizio *a quo* – probabilmente bisognoso di un nuovo intervento legislativo e, comunque, esposto alle soluzioni (necessariamente) creative che dovranno essere *medio tempore* elaborate dalla giurisprudenza⁸ e dalla prassi amministrativa.

Il chiarimento interpretativo che il giudice europeo restituisce al Consiglio di Stato (e a tutti gli operatori del diritto nazionale, incluse le amministrazioni pubbliche), nella sua apparente – e per diversi aspetti inconsueta – nettezza, più domande di quante ne contribuisca a risolvere.

I primi commentatori della sentenza della Corte di Giustizia UE si sono divisi fra chi ha predicato la “morte” del *project financing* e chi ha ritenuto “che, al contrario, esso possa trovare ancor più linfa negli anni a seguire, nel corso dei quali il reperimento delle risorse economiche necessarie agli investimenti ad opera dei privati e la messa a disposizione delle competenze derivanti dal mercato sin dalla fase embrionale delle iniziative sarà l'unica chiave per assicurare un effettivo sviluppo infrastrutturale al nostro Paese”⁹.

Il presente scritto non si propone l'obiettivo di preconizzare le sorti dell'istituto e della sua diffusione nella prassi commerciale e amministrativa – chi scrive non dispone di una simile capacità divinatoria – quanto piuttosto quello di analizzare lo stato dell'arte alla luce della posizione espressa dalla Corte di Giustizia UE: ciò che viene chiarito dalla sentenza del 5 febbraio 2026 e ciò che invece è rimasto in un cono d'ombra, alla mercé di un creazionismo interpretativo, non certo tranquillizzante per gli operatori economici.

⁶ Il *project financing*, quale operazione di finanziamento caratterizzata dalla partecipazione dei finanziatori al rischio di impresa e dalla circostanza per cui il rientro del finanziamento dipende esclusivamente o prevalentemente dai flussi di cassa generati dalla gestione delle opere realizzate o dei servizi forniti, affonda le proprie radici storiche nel settore del commercio marittimo romano (c.d. *fenus nauticum*), per poi evolversi nella *common law* medievale, fino a giungere alle esperienze moderne rappresentate dalla realizzazione delle reti ferroviarie europee, argentine e indiane, nonché il Canale di Suez e la linea Transiberiana. Per una ricostruzione storica dell'istituto, cfr. G. BRIGANTI, *Il partenariato pubblico-privato e la finanza di progetto. Innovazione e regolazione dei contratti pubblici*, Milano, 2025, p. 49 ss.; E.C. BULJEVICH, Y.S. PARK, *Project Financing and the International Financial Markets*, Boston, 2011; V. MANTOVANI, *Il Project Financing. Inquadramento giuridico e logiche manutentive*, Giappichelli, Torino, 2018.

⁷ Sulla distinzione fra *project financing* e *project finance* cfr. V. MONTANI, *Il project financing. Inquadramento giuridico e logiche manutentive*, Torino, 2018, p. 7, secondo cui la locuzione *project finance* individua la tecnica di finanziamento nel suo insieme, mentre il *project financing* è riferito agli aspetti procedurali del finanziamento e della realizzazione del progetto.

⁸ Fra le prime pronunce giurisdizionali successive alla sentenza *Urban Vision*, entrambe nel senso di imporre la disapplicazione della prelazione, Corte conti, Sez. reg. contr. Emilia-Romagna, del. 26 febbraio 2026, n. 15; TAR Campania, Sez. II, 3 marzo 2026, n. 1508. La stessa soluzione, nel giudizio *a quo*, è stata adottata da Cons. Stato, Sez. V, 14 maggio 2026, n. 3805.

⁹ G. LEZZI, *CGUE del 5 febbraio 2026 e project finance: siamo davvero sicuri sia il “de profundis” dell'istituto?*, in *moltocomuni.it*, 9 febbraio 2026.

2. Si fa presto a dire “*project financing*”. Individuazione del contesto interpretativo

La soluzione data dalla Corte di Giustizia UE al quesito pregiudiziale proposto dal Consiglio di Stato non può essere compresa se prima non si inquadrano i termini del problema e, quindi, non si definisce il *project financing* e, soprattutto, la disciplina dell’istituto in Italia.

Determinante, a tal proposito, è la prospettiva da cui si osserva la realtà¹⁰.

Infatti, dal punto di vista economico-aziendale, il *project financing* è “un’operazione di finanziamento di una particolare unità economica, nella quale un finanziatore fa affidamento, sin dallo stadio iniziale, sul flusso di cassa e sugli utili dell’unità economica in oggetto come la sorgente di fondi che consentirà il rimborso del prestito e le attività dell’unità economica come garanzia collaterale del prestito”¹¹. In altre parole, si tratterebbe di una “raccolta di fondi per finanziare un progetto separabile economicamente nel quale i fornitori di fondi “guardano” primariamente ai flussi finanziari del progetto come risorsa atta a ripagare i debiti e fornire un rendimento all’equity investito nel progetto”¹².

In definitiva, per le scienze economiche, il *project financing* si connoterebbe per tre elementi tipici: (i) l’investimento in una immobilizzazione, (ii) la costituzione di un soggetto giuridico, diverso dal finanziatore, che incorpora il progetto e (iii) il fatto che il *cash flow* dell’iniziativa si pone quale unico mezzo per la restituzione del finanziamento a titolo di capitale di credito (c.d. *non recourse debt*)¹³.

Se dal punto di vista della dottrina economica l’istituto può essere analizzato in chiave unitaria – essendo evidentemente irrilevante, ai fini propri di quella disciplina, l’ordinamento giuridico di riferimento e la natura delle parti coinvolte nell’operazione – il discorso assume tutta un’altra consistenza quando lo si approccia dalla prospettiva del diritto positivo e, in particolare, del diritto dei contratti pubblici¹⁴.

Infatti, anche solo limitando lo sguardo all’esperienza europea, emerge un quadro di generale rarefazione della disciplina di riferimento, testimoniata dalla totale assenza, nell’ambito delle Direttive europee in materia di contratti pubblici¹⁵, di riferimenti (anche indiretti) sia alla generale categoria dei contratti di

¹⁰ Cfr. A. COLETTA, *Project financing nell’esperienza italiana*, in *Appalti, urbanistica edilizia*, 1999, p. 262, secondo cui l’istituto “gode e soffre di una varietà di definizioni”.

¹¹ P.K. NEVITT, *Project financing*, Bari, 1988, p. 13.

¹² J.D. FINNERTY, *Project financing. Asset-based Financial Engineering*, New Jersey, 1996, p. 2.

¹³ B. ESTY, *Project Finance Glossary*, in *Harv. Busin. Rev.*, 2002.

¹⁴ Sul tema dell’interdisciplinarietà dell’istituto, v. G.F. CARTEI, M. RICCHI (a cura di), *Finanza di progetto. Temi e prospettive, approfondimenti sistematici e interdisciplinari*, Napoli, 2010; G. NAPOLITANO, A. MAZZIERI, D. NAPOLITANO (a cura di), *Il project financing: profili civilistici, trust e patrimonio destinato, procedure e tecniche operative, aspetti economico-finanziari, altri strumenti di partenariato pubblico-privato*, Napoli, 2006; G. MORBIDELLI (a cura di), *Finanza di progetto*, Torino, 2004.

¹⁵ Il riferimento è alla Direttiva UE 2014/23, alla Direttiva UE 2014/24 e alla Direttiva UE 2014/25.

partenariato pubblico-privato¹⁶ (PPP), sia alla finanza di progetto, generalmente inclusa – per gli ordinamenti che lo contemplano – nella sistematica dei contratti di concessione¹⁷.

Per quanto riguarda l'esperienza italiana¹⁸, l'istituto della finanza di progetto è stato introdotto dall'art. 11 della legge n. 415/1998 (c.d. Merloni *ter*) per consentire, come risultava dalla relativa rubrica, la “realizzazione di opere pubbliche senza oneri finanziari per la pubblica amministrazione”¹⁹.

Il *project financing*, nel corso degli anni, è stato oggetto di molteplici interventi legislativi²⁰, che ne hanno ampliato significativamente l'ambito di applicazione con l'obiettivo di favorirne la diffusione al fine di beneficiare dei numerosi vantaggi derivanti dalla sinergia fra gli investitori privati e la pubblica amministrazione²¹.

¹⁶ Il legislatore italiano definisce invece il PPP come “un'operazione economica in cui ricorrono congiuntamente le seguenti caratteristiche: a) tra un ente concedente e uno o più operatori economici privati è instaurato un rapporto contrattuale di lungo periodo per raggiungere un risultato di interesse pubblico; b) la copertura dei fabbisogni finanziari connessi alla realizzazione del progetto proviene in misura significativa da risorse reperite dalla parte privata, anche in ragione del rischio operativo assunto dalla medesima; c) alla parte privata spetta il compito di realizzare e gestire il progetto, mentre alla parte pubblica quello di definire gli obiettivi e di verificarne l'attuazione; d) il rischio operativo connesso alla realizzazione dei lavori o alla gestione dei servizi è allocato in capo al soggetto privato”. L. ZANGHI BUFFI, *Il Partenariato Pubblico-Privato: le concessioni e la finanza di progetto*, in *Giorn. dir. amm.*, 2023, 1, p. 364 osserva che con tale definizione il legislatore ha abbandonato il tradizionale lessico pubblicistico per approdare ad un approccio definitorio più generale e descrittivo del fenomeno economico. A. GIOVANNINI, *Il partenariato pubblico-privato nel nuovo codice dei contratti pubblici. Prime impressioni*, in *Società Italiana Avvocati Amministrativisti*, 2023, sottolinea che la definizione di PPP contenuta nell'art. 174 D.lgs. n. 36/2023 non ha alcun contenuto giuridico.

¹⁷ Cfr. p. 230 della Relazione del Consiglio di Stato di accompagnamento allo “Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante “Delega al Governo in materia di contratti pubblici”: “Per quanto riguarda lo strumento della finanza di progetto, la relativa disciplina è stata innanzitutto più correttamente collocata in seno alla Parte II del Libro IV, dedicata ai contratti di concessioni (trattandosi di una particolare modalità di finanziamento delle concessioni)”.

¹⁸ La *European Court of Auditors*, nella sua *Relazione speciale: Partenariato pubblico-privato nell'UE: carenze diffuse e benefici limitati* del 2018 ha riscontrato che in Italia l'istituto del PPP ha avuto una diffusione meno importante rispetto ad altri Stati membri, a causa, soprattutto, della difficoltà degli operatori economici nell'accesso al credito per avviare l'operazione, la scarsa preparazione tecnico-giuridica dei funzionari pubblici competenti nell'affidamento e nel controllo sull'esecuzione del contratto, nonché per la tendenza ad utilizzare l'istituto prevalentemente in relazione a progetti di modeste dimensioni. A tali elementi, R. CHIODI, F. DECAROLIS, F. PATERNOLO, *Considerazioni economiche sul partenariato pubblico privato*, in M. CLARICH (a cura di), *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, Torino, 2025, pp. 129 aggiungono, condivisibilmente, anche l'incertezza regolatoria che ha interessato l'istituto.

¹⁹ Nella dottrina immediatamente successiva al citato intervento normativo, cfr. S. GATTI, *Il manuale del project finance*, Roma, 1999; ma v. anche A. DI FONZO, *La finanza di Progetto in Italia: origini, sviluppo e prospettive*, Roma, 2015.

²⁰ A commento dei quali, anche in chiave ricognitiva della letteratura precedente, v. da ultimo C. GUCCIONE, *La finanza di progetto*, cit., pp. 1681 ss.

²¹ L'analisi costi-benefici delle operazioni di PPP è, per la verità, molto complessa e conduce a risultati differenti a seconda dei contesti economici e normativi di riferimento: E. ENGEL, R. FISHER, A. GALETOVIC, *The Economics of Public-Private Partnerships: A Basic Guide*, Cambridge, 2014. La letteratura economica ha osservato come, ad esempio, nel Regno Unito l'applicazione della finanza di progetto a iniziativa privata sembra condurre, rispetto all'appalto tradizionale, ad un risparmio di spesa e ad un aumento dell'efficienza (cfr. ARTHUR ANDERSEN, ENTERPRISE LSE, *Value for Money Drivers in the Private Finance Initiative*, Londra, 2000; v. anche il rapporto del NATIONAL AUDIT OFFICE *Private Finance Projects. A Paper for the Lords Economic Affairs Committee*, 2009), mentre in Francia si è registrato un aumento del costo delle prestazioni acquistate dalla parte pubblica nel settore idrico (E. CHONG, F. HUET, S. SAUSSIER, *Public-private partnerships and prices: Evidence from water distribution in France*, in *Rev. ind. org.*, 2006, 29); come pure nel resto dell'Europa centrale e dell'est la diffusione dell'istituto ha comportato minori benefici a causa degli elevati costi di transazione e della scarsa capacità di stimare ex ante la redditività del progetto (A. BRENCH, T. BECKERS, M. HEINRICH, C. VON HIRSCHHAUSEN, *Public-private partnerships in new EU member countries of Central and Eastern Europe*, in *Eur. Inv. Bank*, 2005, 10). Si è inoltre dimostrato che i vantaggi del ricorso al PPP sono maggiori all'aumentare del valore delle infrastrutture da realizzare, con conseguente maggiore convenienza per la parte pubblica nell'affidare al

Tali benefici²² – come evidenziato dalla *European Court of Auditors* nella Relazione speciale del 2018 sul PPP – includono: (a) tempi più brevi per la realizzazione di un programma pianificato di investimento di capitali, in quanto i PPP possono recare un importante finanziamento supplementare a integrazione delle dotazioni di bilancio tradizionali; (b) possibilità di incrementi di efficienza nell’attuazione dei progetti, grazie al completamento più rapido dei singoli progetti; (c) possibilità di condividere i rischi con il partner privato e di ottimizzare i costi lungo tutto l’arco di vita dei progetti; (d) possibilità di migliorare il livello della manutenzione e dei servizi rispetto ai progetti tradizionali, grazie all’approccio basato sull’intero ciclo di vita; (e) possibilità di integrare nel modo più efficace competenze pubbliche e private per effettuare valutazioni di progetto approfondite e ottimizzare la portata del progetto.

Sin dalla sua introduzione, l’istituto del *project financing* persegue lo scopo di apprestare ulteriori strumenti al PPP per la realizzazione delle grandi infrastrutture del Paese e di dare nuovo impulso al settore delle opere pubbliche attraverso il ricorso a capitali privati, con impegno limitato (o nullo) di risorse finanziarie pubbliche²³. Come rilevato dalla giurisprudenza “*l’istituto de quo, infatti, può costituire un importante strumento a disposizione degli enti locali, al fine di permettere la realizzazione di opere pubbliche, giovandosi dell’ausilio finanziario, ma anche tecnologico ed organizzativo dei privati*”²⁴.

Nello stesso senso, il Consiglio di Stato ha chiarito che “*la finanza di progetto [...] consente alle pubbliche amministrazioni di realizzare opere e servizi tramite l’utilizzo di risorse alternative rispetto a quelle pubbliche, facendo affidamento sulla capacità del soggetto privato di effettuare investimenti e di gestire l’opera e il servizio. Rappresenta, quindi, un modello di realizzazione dei lavori o dei servizi innovativo, mediante la cooperazione e il confronto tra il soggetto pubblico, interessato all’avverarsi dell’opera e del servizio ai fini del perseguimento dell’interesse pubblico (sulla cui realizzazione deve sempre vigilare) e l’imprenditore privato che, invece, è interessato ai ritorni economici connessi alla realizzazione e alla conseguente gestione dell’opera o del servizio secondo criteri di massima efficienza economica, mediante un modello operativo (molto più efficiente) basato sulla capacità dell’attività volta al perseguimento dell’interesse pubblico di generare flusso di*

privato sia la realizzazione che la gestione dell’opera: cfr. E. IOSSA, D. MARTIMORT, *The simple microeconomics of public-private partnership*, in *Journ. pub. econ. th.*, 2015, 17, pp. 4-48. Altro fattore determinante nella stima sull’utilità dell’istituto è la circostanza per cui la parte pubblica sia in grado di conoscere *ex ante* (e quindi di verificare *ex post*) la qualità dei servizi affidati al privato, dal che deriva anche un risparmio sui costi di *agency*: E. IOSSA, F. ANTELLINI RUSSO, *Potenzialità e criticità del Partenariato Pubblico Privato in Italia*, in *Riv. pol. econ.*, 2008, 98.

²² Ancora con riferimento all’analisi economica del diritto, la dottrina (cfr. E. ENGEL, R. FISHER, A. GALETOVIC, *Basic public finance of public-private partnership*, in *Journ. eur. econ. ass.*, 2013, 11) ha posto in luce come i presunti vantaggi conseguiti attraverso un’operazione di PPP potrebbero rivelarsi inesistenti e, anzi, le caratteristiche di tali operazioni economiche potrebbero generare più svantaggi che vantaggi sia in termini di costi sociali, che in termini di concorrenza.

²³ Rimarcano, fra gli altri, il legame genetico fra il PPP e la necessità di assicurare una maggiore leva finanziaria per lo sviluppo di progetti infrastrutturali pubblici A. BOTTO, S. CASTROVINCI ZENNA, *Il partenariato pubblico-privato*, in R. CHIEPPA, M. SANTISE, H. SIMONETTI, R. TUCCILLO (a cura di), *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, Milano, 2024.

²⁴ Corte conti, Sez. contr. Emilia-Romagna, 19 gennaio 2012, n. 5/2012/PAR.

*cassa (cash flow) in un lasso di tempo di lunga durata, in modo che sia possibile assicurare il rimborso del debito e la remunerazione del rischio che l'operatore economico assume circa la redditività del progetto*²⁵.

Pertanto, l'istituto del *project financing* – in particolare, se ad iniziativa privata²⁶ – si è sempre connotato per il ruolo propulsivo che assume il privato promotore nell'ambito dell'operazione: un ruolo che non è limitato all'apporto di capitale ma che si estende alla creazione, ideazione e progettazione di una proposta, mediante la redazione del progetto di fattibilità tecnico-economica.

Venendo a quanto più specificamente rileva per l'inquadramento del quesito pregiudiziale su cui si è da ultimo espressa la Corte di Giustizia UE, occorre esaminare succintamente il contenuto delle norme in materia di attribuzione del diritto di prelazione nelle procedure di *project financing*²⁷, vale a dire l'art. 183, comma 15 D.lgs. n. 50/2016, poi sostituito dall'art. 193, comma 8 D.lgs. n. 36/2023, da ultimo profondamente modificato dal D.lgs. n. 209/2024.

Lo schema procedimentale previsto dall'art. 183 D.lgs. n. 50/2016 e dall'art. 193 D.lgs. n. 36/2023 (nel testo previgente al D.lgs. n. 209/2024) prevedeva essenzialmente le seguenti fasi: (a) presentazione di una proposta di *project financing* da parte di uno o più operatori economici e valutazione del pubblico interesse della stessa, (b) approvazione della proposta e inserimento negli atti amministrativi di programmazione, (c) indizione di una gara sul progetto approvato, nell'ambito della quale al proponente è riconosciuto il diritto di prelazione.

A seguito dell'entrata in vigore del D.lgs. n. 209/2024, alla presentazione di una proposta di *project financing* consegue una valutazione da parte dell'Amministrazione circa la sussistenza dell'interesse pubblico e della relativa coerenza con la programmazione. Nel caso in cui tale verifica dia esito positivo, l'Amministrazione deve notificare il mercato dell'avvenuta presentazione della proposta concedendo un termine per la presentazione di eventuali proposte concorrenti. Ove vengano presentate altre proposte, l'Amministrazione deve effettuare una procedura comparativa, sulla base di criteri predeterminati, per

²⁵ Cons. Stato, Sez. III, 10 dicembre 2021, n. 8244.

²⁶ V. VECCHI, *Perché il Paese ha bisogno della proposta ad iniziativa privata*, in SDA Bocconi, 2025, p. 5 rileva che il *project financing* a iniziativa privata copre il 41% dei volumi economici e il 17% del numero delle gare; inoltre, l'A. osserva che l'iniziativa privata è principalmente diffusa nei progetti complessi come l'efficientamento energetico e l'illuminazione pubblica. Sul piano quantitativo, il *project financing* a iniziativa privata registra una netta prevalenza rispetto all'analogo procedimento a iniziativa pubblica (abrogato dal D.lgs. n. 36/2023), che, come rileva il Consiglio di Stato nella Relazione illustrativa al nuovo Codice dei contratti pubblici, era sostanzialmente un duplicato di una gara per l'affidamento di una concessione.

²⁷ Si specifica che il diritto di prelazione nell'ambito delle procedure di *project financing* è stato introdotto per la prima volta nell'ordinamento italiano dall'art. 7, co. 1, lett. bb), della L. n. 166 /2002 (che apportava modifiche alla L. n. 109/1994). L'istituto è stato in seguito modificato in due occasioni, prima con la L. n. 62/2005 e poi con il D.lgs. n. 163/2006. Successivamente detto istituto è stato abolito dall'art. 1, co. 1, lett. r), D.lgs. n. 113/2007, sulla spinta della Commissione europea che nel frattempo aveva avviato una procedura di infrazione nei confronti dell'Italia. In seguito al rigetto della procedura d'infrazione per motivi meramente processuali (CGUE, 21 febbraio 2008, C- 412/04), il diritto di prelazione è stato reintrodotta dal D.lgs. n. 152/2008, poi confluito nell'art.183 del D.lgs. n. 50/2016. Dopo l'abrogazione del D.lgs. n. 50/2016, il diritto di prelazione è stato nuovamente previsto anche dal D.lgs. n. 36/2023, recante il vigente codice dei contratti pubblici (art. 193, co. 4) e, da ultimo, modificato dal D.lgs. n. 209/2024).

individuare quale sia la migliore. Una volta individuata la proposta migliore, questa viene messa alla base di una gara ad evidenza pubblica nell'ambito della quale il promotore vanta il diritto di prelazione.

Tanto chiarito, occorre evidenziare che la Corte di Giustizia UE, con la sentenza del 5 febbraio 2026, si è espressa sulla compatibilità con il diritto eurounitario della disciplina di cui all'art. 183 D.lgs. n. 50/2016.

E ciò senza neppure citare la disciplina sopravvenuta, in quanto irrilevante per il giudizio *a quo*²⁸.

Il problema interpretativo cui la Corte di Giustizia UE ha tentato di fornire risposta va quindi inserito nel corretto contesto fattuale e giuridico: in una tale prospettiva, la sentenza del giudice europeo non può affatto considerarsi una “bocciatura” del *project financing*²⁹ – se per tale si intende l'operazione economica realizzata – né una definitiva esclusione dell'istituto della prelazione nelle relative procedure ad evidenza pubblica.

La soluzione ermeneutica proposta dalla Corte di Giustizia UE produce (almeno) i seguenti tre effetti.

Uno, più immediato, è relativo alla controversia *a quo*, che il Consiglio di Stato si è trovato costretto a decidere disapplicando la disciplina sull'attribuzione del diritto di prelazione nell'ambito di procedimenti di *project financing* di cui all'art. 183 D.lgs. n. 50/2016, altrimenti esponendosi il giudice del rinvio alle gravi conseguenze che discendono dalla violazione dell'obbligo di conformarsi all'interpretazione della Corte di Giustizia UE³⁰.

Un altro riguarda i giudici interni diversi dal giudice *a quo*, che devono attenersi all'interpretazione della Corte, salva la possibilità di sollevare in altro giudizio una nuova questione pregiudiziale, ancorché identica a quella già decisa, allo scopo di modificare l'indirizzo della Corte³¹.

Un ultimo effetto riguarda gli organi dello Stato appartenenti al potere esecutivo e legislativo i quali hanno, rispettivamente, l'obbligo di disapplicare e di rimuovere dai propri ordinamenti le norme nazionali dichiarate incompatibili con il diritto dell'Unione; obbligo quest'ultimo già adempiuto dal legislatore italiano, sul piano formale, con l'abrogazione dell'art. 183 D.lgs. n. 50/2016 e, sul piano sostanziale, con la “riscrittura” dell'art. 193 D.lgs. n. 36/2023 per quanto attiene specificamente alle modalità di attribuzione del diritto di prelazione, privilegiando una dimensione concorrenziale precedentemente negletta.

²⁸ Su cui v. M. RICCHI, *Sistema e semantica del PPP, la Finanza di progetto e le concessioni nel nuovo Codice (D.Lgs. 36/2023)*, in G.F. CARTEI, M. RICCHI (a cura di), *Finanza di progetto PPP e concessioni. Interpretazioni generative e sviluppo integrato*, Napoli, 2024, pp. 21-61.

²⁹ Come pure hanno titolato, a caldo, alcuni articoli divulgativi: cfr. *Project financing: la Corte UE boccia la prelazione del promotore*, in *dirittobancario.it*.

³⁰ Sulle quali v. R. MASTROIANNI (a cura di), *Il diritto processuale dell'Unione europea*, Torino, 2025, p. 306-307.

³¹ Eventualità, questa, assai rara ma comunque verificatasi nella giurisprudenza europea: v., da ultimo, CGUE, 21 dicembre 2023, C-66/22, *Infraestructuras de Portugal*, punti 48 ss.

3. I chiarimenti resi dalla Corte di Giustizia UE

Così chiarito il contesto di fatto e di diritto nel quale si inserisce la sentenza del 6 febbraio 2026 della Corte di Giustizia UE, è possibile analizzare l'interpretazione delle norme europee che fungevano da parametro del quesito sollevato dal Consiglio di Stato.

Un primo nodo interpretativo che la Corte ha immediatamente sciolto è quello relativo all'inapplicabilità della Direttiva CE 2006/123 (c.d. Direttiva *Bolkenstein*) ai contratti di concessione rientranti nel campo di applicazione della Direttiva UE 2014/23.

Ciò non sorprende in quanto – come del resto già chiarito dalla CGUE nel caso *Promoimpresa*³² – le due normative (disciplina in materia di libera prestazione di servizi e appalti pubblici) sono tra loro alternative (laddove trovi applicazione la disciplina in materia di libera prestazione di servizi non trova applicazione quella in materia di contratti pubblici³³).

La Corte inoltre rileva che alla fattispecie controversa non è applicabile l'art. 56 TFUE, relativa alla libera prestazione dei servizi, trovando viceversa applicazione la libertà di stabilimento di cui all'art. 49 TFUE. Il ragionamento della Corte si concentra quindi sulla valutazione di compatibilità del diritto di prelazione nelle procedure di finanza di progetto con i principi di trasparenza e di parità di trattamento, quest'ultimo espressamente sancito dall'art. 3, par. 1 della Direttiva UE 2014/23.

Il principio di trasparenza, a giudizio della Corte, non è lesa dalla disciplina nazionale, nella misura in cui essa prestabiliva in maniera puntuale e sufficientemente chiara le modalità di attribuzione del diritto di prelazione nell'ambito delle procedure di *project financing*, onerando peraltro l'Amministrazione di ribadire nel bando “*che il promotore può esercitare il diritto di prelazione*” (art. 183, comma 15 D.lgs. n. 50/2016)³⁴.

Diversa è invece la posizione assunta dalla Corte di Giustizia UE con riferimento al principio della parità di trattamento, ritenuto lesa dall'attribuzione del diritto di prelazione in quanto il suo esercizio autorizzerebbe il proponente (ed esso solo) a modificare il prezzo offerto in gara falsando così la concorrenza effettiva con gli altri concorrenti.

La conclusione cui giunge la Corte è particolarmente radicale: sarebbe in sé la previsione (e l'esercizio) del diritto di prelazione a rendere la procedura di affidamento iniqua e anticoncorrenziale, oltre che dissuasiva rispetto alla partecipazione di operatori economici stabiliti in altri Stati membri, senza che rilevi la sussistenza o meno di “*una trattativa tra il promotore e l'amministrazione aggiudicatrice*”.

³² CGUE, 14 luglio 2016, cause riunite C-458 e C-67/15, *Promoimpresa*.

³³ Si veda, in merito, considerando n. 57 della Direttiva (UE) 2006/123, “*Le disposizioni della presente direttiva relative ai regimi di autorizzazione dovrebbero riguardare i casi in cui l'accesso ad un'attività di servizio o il suo esercizio da parte di operatori richiede la decisione di un'autorità competente. Ciò non riguarda né le decisioni delle autorità competenti relative all'istituzione di un ente pubblico o privato per la prestazione di un servizio particolare, né la conclusione di contratti da parte delle autorità competenti per la prestazione di un servizio particolare, che è disciplinata dalle norme sugli appalti pubblici, poiché la presente direttiva non si occupa di tali norme*”.

³⁴ Come si dirà meglio in seguito, sul punto la Commissione europea ha espresso un avviso parzialmente diverso nell'ambito della procedura di infrazione INFR(2018)2273.

Né potrebbe invocarsi, quale elemento giustificativo dell'attribuzione del diritto di prelazione, il fatto che lo stesso attuerebbe il principio di sussidiarietà orizzontale di cui all'art. 118 Cost., promuovendo l'efficienza amministrativa e il concorso dei privati in termini di risorse economiche e di progettualità. Ciò in quanto una simile giustificazione non potrebbe “rientrare tra i motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza e di sanità pubblica che, ai sensi dell'articolo 52, paragrafo 1, TFUE, sono gli unici idonei a giustificare una restrizione alla libertà di stabilimento”.

4. Gli effetti della sentenza sulle procedure di *project financing* regolate dal D.lgs. n. 50/2016 e dal D.lgs. n. 36/2023 nella versione precedente all'entrata in vigore del D.lgs. n. 209/2024

Una prima questione che merita di essere affrontata al fine di comprendere a pieno le conseguenze della pronuncia della Corte di Giustizia, è quella relativa al destino delle procedure di *project financing* avviate sulla base della disciplina sulla quale si è espresso il giudice europeo (art. 183, comma 15 del D.lgs. n. 50/2016) o della disciplina speculare dell'art. 193 del D.lgs. n. 36/2023 (nella versione antecedente alle modifiche introdotte con il D.lgs. n. 209/2024)³⁵.

Si tratta, nella sostanza, di comprendere in che modo dovranno comportarsi i funzionari della stazione appaltanti rispetto alla richiesta dei promotori di inserire nel bando di gara il diritto di prelazione ovvero, laddove la procedura si sia già svolta, di poterlo esercitare.

A tal proposito, deve premettersi che è ormai pacifico in giurisprudenza (tanto quella nazionale³⁶ che quella europea³⁷) che l'obbligo di disapplicazione delle norme di diritto interno con quelle di diritto dell'Unione europea grava non solo sulle autorità giurisdizionali degli Stati membri ma anche sui funzionari dei pubblici uffici³⁸.

³⁵ In generale, su portata pronunce pregiudiziali della Corte di Giustizia dell'Unione europea, si vedano F. CROCI *Considerazioni in tema di “attuazione” (?)*, efficacia ed effettività delle sentenze pregiudiziali interpretative della corte di giustizia dell'unione europea in *Rivista del Contenzioso europeo*, 2/2024, pp. 130 e ss.; A. BIONDI, *L'efficacia delle sentenze della Corte di giustizia: “autorità” versus “immutabilità*, in *Unione europea e diritti*, 2025; A. TRABUCCHI, *L'effet “erga omnes” des décisions préjudicielles rendues par la Cour de justice des Communautés européennes*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 1974, p. 56 ss.; n. 56, 1974; G. MARTINICO, *Retracing Old (Scholarly) Paths. The Erga Omnes Effects of the Interpretative Preliminary Rulings*, in *European Journal of Legal Studies*, vol. 15, n. 3 (CJEU Special), 2023, p. 37 ss.; A. CORRERA, *Natura ed effetti delle sentenze pregiudiziali della Corte di giustizia*, Napoli, 2023, p. 129 ss.

³⁶ Corte cost., sent. n. 389/1989: “Ribaditi questi principi, si deve concludere, con riferimento al caso di specie, che tutti i soggetti competenti nel nostro ordinamento a dare esecuzione alle leggi (e agli atti aventi forza o valore di legge) - tanto se dotati di poteri di dichiarazione del diritto, come gli organi giurisdizionali, quanto se privi di tali poteri, come gli organi amministrativi - sono giuridicamente tenuti a disapplicare le norme interne incompatibili con le norme stabilite dagli artt. 52 e 59 del Trattato CEE nell'interpretazione datane dalla Corte di giustizia europea. Ciò significa, in pratica, che quei soggetti devono riconoscere come diritto legittimo e vincolante la norma comunitaria che, nell'accesso alla proprietà o alla locazione dell'abitazione e al relativo credito, impone la parità di trattamento tra i lavoratori autonomi cittadini di altri Stati membri e quelli nazionali, mentre sono tenuti a disapplicare le norme di legge, statali o regionali, che riservano quei diritti e quei vantaggi ai soli cittadini italiani”.

³⁷ CGUE, 22 giugno 1989, C-103/88, *Fratelli Costanzo*.

³⁸ Sul dovere di disapplicazione da parte dei funzionari pubblici delle norme in contrasto con il diritto dell'Unione europea si veda M. BUCCARELLA, *Gli effetti del diritto dell'Unione europea sull'azione amministrativa in Italia: opportunità e limiti del potere di “disapplicazione” della P.A.*, in *Quaderni AISDUE* n. 22/2023; A. VANNUCCI, *Disapplicazione e diritto comunitario*.

Paradigmatiche, in questo senso, le pronunce dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato che hanno ribadito l'obbligo, per i funzionari comunali, di disapplicare le norme nazionali che dispongono la proroga delle concessioni demaniali marittime nonostante la Corte di Giustizia ne abbia a più riprese sancito l'incompatibilità con l'art. 12 della Direttiva 2006/123 (c.d. Direttiva Bolkenstein)³⁹.

In questo contesto, l'obbligo di disapplicare – nella formazione della documentazione di gara – le norme sulla prelazione, si pone quale logico corollario del principio del primato del diritto dell'Unione su quello nazionale e naturale conseguenza dell'efficacia diretta delle norme di diritto dell'Unione europea⁴⁰. Tant'è vero che il Consiglio di Stato nel giudizio *a quo*, in ossequio alla pronuncia pregiudiziale della Corte di Giustizia UE, ha disapplicato l'art. 183, co. 15 D.lgs. n. 50/2016.

Tale affermazione, però, non basta ad esaurire l'ambito di indagine.

Invero, la disciplina sulla finanza di progetto prevede una catena procedimentale a tal punto articolata da rendere necessarie alcune precisazioni sulle modalità con le quali le norme sulla prelazione dovranno essere disapplicate (e quali saranno le conseguenze della mancata disapplicazione), in relazione a ciascuna delle molteplici situazioni in cui potrebbero trovarsi, nei mesi a venire, le stazioni appaltanti.

In primo luogo, occorre prendere in esame il caso di una procedura di finanza di progetto avviata nella vigenza dell'art. 183, comma 15 del D.lgs. n. 50/2016 o dell'art. 193 del D.lgs. n. 36/2023, nella versione *ante* D.lgs. n. 209/2024, ma per le quali non vi è ancora stata una dichiarazione di pubblico interesse.

Ciò potrebbe accadere in quanto, l'art. 70 del D.lgs. n. 209/2024 ha previsto (introducendo l'art. 225 bis del D.lgs. n. 36/2023) che le relative disposizioni in materia di finanza di progetto non si applichino ai procedimenti in corso, ovvero alle *“procedure per le quali è stata presentata da un soggetto promotore una proposta di fattibilità per la realizzazione di interventi mediante finanza di progetto ovvero l'ente concedente ha pubblicato avvisi di sollecitazione ai privati a farsi promotori di iniziative volte alla realizzazione di progetti inclusi negli strumenti di programmazione del partenariato pubblico-privato”*.

È ben possibile, dunque, che vi siano procedure *“avviate”* prima dell'entrata in vigore del correttivo (pertanto, rette dalla disciplina previgente) per le quali non sia ancora stata adottata una dichiarazione di pubblico interesse della proposta e, conseguentemente, non sia ancora stata formalmente indetta la procedura competitiva.

In un simile contesto, le Stazioni Appaltanti potranno certamente dare corso alla procedura, avendo tuttavia cura di espungere, dalla documentazione di gara, le norme in materia di prelazione.

La flessibilità come unica via per garantire coerenza all'ordinamento in una prospettiva sempre più integrata, in *federalismi.it*, n. 17, 2011, pp. 1-31.

³⁹ Cons. Stato, Ad. Plen., 9 novembre 2018, nn. 17 e 18.

⁴⁰ Tra i tanti contributi in materia si veda, D. GALLO, *Effetto diretto del diritto dell'unione europea e disapplicazione, oggi*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2019,

Deve notarsi, a tal proposito, che i giudici del Lussemburgo non hanno sottoposto a critica la procedura di finanza di progetto prevista dal legislatore italiano, nella sua interezza. Al contrario, la Corte di Giustizia si è espressa unicamente sulla compatibilità con il diritto dell'Unione europea delle previsioni che attribuivano al soggetto promotore la possibilità di modificare *ex post* la propria offerta (né, del resto, il quesito pregiudiziale si spingeva oltre).

Ciò vuole dire che – pur senza diritto di prelazione – le procedure di gara potranno comunque essere indette, mantenendo tutte le altre caratteristiche tipiche del procedimento in questione, sia per quanto attiene alla progettazione da mettere alla base del confronto competitivo sia per quanto riguarda le previsioni in materia di rimborso dei costi di progettazione al soggetto promotore.

Come noto, infatti, l'art. 193 del D.lgs. n. 36/2023 (specularmente all'art. 183 del D.lgs. n. 50/2016) continua a prevedere che, nel caso in cui il promotore non risulti aggiudicatario e non eserciti il diritto di prelazione, lo stesso ha diritto ad ottenere, a carico dell'operatore che stipula il contratto, un rimborso di valore non superiore al 2,5 % del valore dell'investimento a compensazione degli oneri sostenuti per la realizzazione della proposta a base di gara⁴¹.

Tale previsione, che non pare essere stata travolta dalla pronuncia della CGUE, potrà continuare ad essere applicata e, anzi, rappresenterà un elemento fondamentale nell'invogliare i promotori a coltivare le proposte già presentate anche senza l'aspettativa di poter beneficiare del diritto di prelazione⁴².

Va detto, per completezza, che la Commissione europea, con la lettera di messa in mora trasmessa al governo italiano l'8 ottobre 2025⁴³ (di cui si parlerà meglio *infra*), ha sottoposto a critica la procedura di cui all'art. 193 del D.lgs. n. 36/2023 in modo più radicale di quanto non abbia fatto la Corte di Giustizia. Tra i profili controversi, a dire della Commissione, vi è anche la possibilità per il promotore di ottenere il rimborso delle spese sostenute per la progettazione senza che siano previsti meccanismi idonei a prevenire una sovrastima di tali costi⁴⁴.

⁴¹ Si veda, sul punto, C. GUCCIONE, *La finanza di progetto*, in M. CLARICH (a cura di), *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, Torino, 2025, pp. 1712 ss.

⁴² Questa ricostruzione è stata recentemente condivisa anche dall'Associazione nazionale Comuni italiani (ANCI) nella propria *Nota sulle recenti novità in tema di partenariato pubblico privato e diritto di prelazione*, disponibile sul sito dell'ANCI, "Un aspetto che non risulta compromesso dalla pronuncia della Corte è il diritto del promotore al rimborso delle spese di progettazione, quantificato nel 2,5% del valore dell'investimento, qualora l'appalto venga aggiudicato a un soggetto terzo. Poiché i giudici non si sono espressi in merito, tale meccanismo di compensazione economica resta attualmente in vigore, pur non potendosi escludere futuri interventi in materia da parte del legislatore o della giurisprudenza".

⁴³ Si veda Comunicazione della Commissione europea, 8 ottobre 2025 C(2025)6082 final.

⁴⁴ *Ibid.*, par. 49 e 50 "49 Il promotore/proponente si troverebbe così a 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. L'entità di tale somma dipenderebbe così interamente dalla quantificazione fatta inizialmente dal promotore/proponente che, seppur nei limiti sopra richiamati, sarebbe libero di sovrastimarla, imponendo ai concorrenti una più alta barriera di accesso, assicurando così alla sua proposta un vantaggio competitivo e disincentivando ulteriormente la partecipazione alla gara di altri operatori. Tale previsione costituisce una 15 ulteriore barriera all'ingresso di altri operatori

Si tratta, tuttavia, di una procedura di infrazione che si trova ancora nella propria fase genetica e che certamente non produce i medesimi effetti di una pronuncia giurisdizionale della CGUE. Vi è da dubitare, pertanto, che le stazioni appaltanti, su tale base, disapplicheranno anche le norme in materia di rimborsi al promotore.

Di più complessa analisi, invece, risulta essere il caso di una procedura di finanza di progetto avviata sulla base della disciplina anteriore alle modifiche del D.lgs. n. 209/2024, per la quale sia già stato dichiarato il pubblico interesse e sia già indetta la procedura di gara, con espressa attribuzione del diritto di prelazione in favore del proponente.

Non vi è dubbio che, laddove siano ancora pendenti i termini per l'impugnazione del provvedimento che riconosce il diritto di prelazione, chi ne abbia interesse potrà chiedere che la previsione attributiva del diritto di prelazione venga annullata in sede giurisdizionale.

Meno scontata è l'ipotesi in cui la procedura sia stata indetta e nessuno abbia fatto ricorso agli organi di giustizia per rimuovere il diritto di prelazione.

A questo punto occorre domandarsi, in primo luogo, se la previsione del disciplinare di gara che cristallizza il diritto di prelazione potrà (o dovrà) essere disapplicata dalla stazione appaltante allorché i soggetti promotori chiederanno di avvalersene (senza che nessuno l'abbia censurata in sede giurisdizionale).

Sotto un diverso punto di vista, bisogna domandarsi se l'aggiudicatario che dovesse subire gli effetti dell'esercizio del diritto di prelazione, potrà contestarlo, anche ove non abbia mosso contestazioni nelle fasi precedenti della procedura.

Quanto alla prima delle questioni esposte, il punto di diritto da risolvere è se la contrarietà di specifiche clausole degli atti di gara al diritto dell'Unione comporti il dovere dell'amministrazione di disapplicarle, ovvero configuri unicamente un vizio di legittimità degli stessi, da far valere dagli interessati nei termini previsti dalle norme processuali a pena di decadenza⁴⁵.

alla procedura di aggiudicazione della concessione, in violazione dei principi fondamentali di trasparenza, parità di trattamento e non discriminazione come sanciti nelle direttive appalti. 50. La Commissione ritiene pertanto che, nella misura in cui l'articolo 193, comma 12, prevede il diritto per il promotore/proponente non aggiudicatario al pagamento, a carico dell'effettivo aggiudicatario, delle spese per la predisposizione della proposta senza alcun meccanismo imparziale per la quantificazione effettiva di tali spese, tale disposizione violi gli articoli 3 e 30 della direttiva 2014/23/UE".

⁴⁵ Su questo argomento si vedano i commenti di M. BUCCARELLA, op. cit.; N. PIGNATELLI, *Illegittimità "comunitaria" dell'atto amministrativo*, in *Giur. cost.*, 2008, p. 3635 ss.; L. PASSARINI, *Gli effetti dell'incompatibilità con il diritto dell'Unione sui provvedimenti amministrativi*, in *Il diritto amministrativo*, 2022; G. GRECO, *Inoppugnabilità e disapplicazione dell'atto amministrativo nel quadro comunitario e nazionale (note a difesa della c.d. pregiudizialità amministrativa)*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 2006, p. 513 ss.; G. GRECO, *Illegittimità comunitaria e pari dignità degli ordinamenti*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2008, p. 505 ss.; R. MUSONE, *Il regime di invalidità dell'atto amministrativo anticomunitario*, Napoli, 2007; N. PIGNATELLI, *Illegittimità "comunitaria" dell'atto amministrativo*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2008, p. 3635 ss.

Sul punto, la giurisprudenza amministrativa sembrerebbe propendere per la seconda delle soluzioni proposte. Nel dettaglio, è stato osservato che *“va impugnato, e non può essere soltanto “disapplicato”, il bando di una procedura ad evidenza pubblica contenente una clausola escludente che, applicando una norma di legge nazionale ritenuta dalla Corte di Giustizia in contrasto col diritto dell’Unione, ne impone l’osservanza nella singola gara”*⁴⁶.

Secondo il Consiglio di Stato, infatti, il disciplinare di una gara ad evidenza pubblica *“non ha valenza regolamentare ma integra l’ipotesi di atto generale, e da tale qualificazione va fatta discendere la conseguenza che, a prescindere dal tipo di illegittimità (nazionale o comunitaria), il bando non può essere mai disapplicato, sussistendo nei suoi confronti esclusivamente l’onere di immediata impugnazione quando esso arrechi un’immediata lesione, per i contenuti concernenti i requisiti di partecipazione, tali da precludere « ex ante » la proposizione, con esito favorevole, della domanda di ammissione, quali quelli che, come nella specie, ammettono od escludono determinate categorie di soggetti (ovvero l’annullamento del bando stesso da parte della p.a. che lo ha emanato)”*⁴⁷.

Anche la Corte di Giustizia dell’Unione riconosce che, in linea di principio, può capitare che la legge di gara, pur contrastante con il diritto dell’Unione europea, diventi inoppugnabile in ragione delle norme nazionali in materia di decadenza, con l’unico limite che deve essere sempre consentito il ricorso giurisdizionale – anche oltre i termini decadenziali - allorché *“un’autorità aggiudicatrice con il suo comportamento ha reso impossibile o eccessivamente difficile l’esercizio dei diritti conferiti dall’ordinamento giuridico comunitario a un cittadino dell’Unione leso da una decisione di tale autorità”*⁴⁸.

A fronte di quanto sopra, dunque, diviene determinante rispondere al secondo dei quesiti posti e, dunque, comprendere in quale momento sorga l’interesse all’impugnazione delle dei provvedimenti attributivi del diritto di prelazione (ovvero la dichiarazione di pubblico interesse e la relativa clausola del disciplinare di gara)⁴⁹.

Sul punto, l’Adunanza Plenaria ha affermato il principio secondo il quale il soggetto che abbia partecipato alla prima fase della procedura di finanza di progetto, è tenuto ad impugnare tempestivamente il

⁴⁶ *Ex multis*, si veda, Cons. Stato, Sez. V, 10 gennaio 2024 n. 321. Nello stesso senso, peraltro, depone anche la pronuncia del Consiglio di Stato con la quale è stato definito il giudizio da cui era originato il rinvio pregiudiziale in commento (Cons. Stato, Sez. V, 14 maggio 2026, n. 3805).

⁴⁷ Cons. Stato, Sez. IV, 15 febbraio 2022 n. 1107

⁴⁸ Si veda la CGUE, 27 febbraio 2003, C-327/00, *Santex*, “La direttiva del Consiglio 21 dicembre 1989, 89/665/CEE, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all’applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, come modificata dalla direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, deve essere interpretata nel senso che essa — una volta accertato che un’autorità aggiudicatrice con il suo comportamento ha reso impossibile o eccessivamente difficile l’esercizio dei diritti conferiti dall’ordinamento giuridico comunitario a un cittadino dell’Unione leso da una decisione di tale autorità — impone ai giudici nazionali competenti l’obbligo di dichiarare ricevibili i motivi di diritto basati sull’incompatibilità del bando di gara con il diritto comunitario, de dotti a sostegno di un’impugnazione proposta contro la detta decisione, ricorrendo, se del caso, alla possibilità prevista dal diritto nazionale di disapplicare le norme nazionali di decadenza in forza delle quali, decorso il termine per impugnare il bando di gara, non è più possibile invocare una tale incompatibilità”.

⁴⁹ In generale, sulla nozione di “interesse ad agire” nel processo amministrativo, tra i tanti contributi si segnala L.R. PERFETTI, *Diritto di azione ed interesse ad agire nel processo amministrativo*, Padova, 2004.

provvedimento di dichiarazione di pubblico interesse, spiegando lo stesso una portata immediatamente lesiva della relativa sfera di interessi⁵⁰.

Non vi è un'opinione concorde, invece, su quando sorga l'interesse ad agire per i soggetti che non abbiano partecipato alla fase di selezione del promotore e abbiano concorso unicamente nella procedura per l'affidamento della concessione.

L'orientamento tradizionale deponeva nel senso della non immediata impugnabilità della dichiarazione di pubblico di interesse da parte dei soggetti che non abbiano concorso a tale fase.⁵¹ Ultimamente, tuttavia, è emerso un orientamento di diverso tenore che pone sullo stesso piano i soggetti che non abbiano concorso alla prima fase (ma che abbiano partecipato alla procedura per l'affidamento del contratto di concessione) e coloro che hanno presentato nella prima fase proposte concorrenti a quella del promotore. Ci si riferisce, in particolare, alla posizione recentemente assunta dal Consiglio di Stato secondo il quale il provvedimento che dichiara il pubblico interesse di una proposta di finanza di progetto *“nel caso in cui la valutazione sia stata comparativa tra più proposte (secondo un modulo non previsto nel testo dell'art. 193 in commento, ma la cui adozione è nella discrezionalità dell'amministrazione) - è da ritenersi lesivo delle posizioni degli operatori economici partecipanti a tale (eventuale) preventiva selezione del promotore. Tuttavia, sia in tale eventualità, che nell'eventualità che la proposta contenente il progetto di fattibilità selezionata sia unica, come da modello legale, il provvedimento che approva tale progetto, da porre a base di gara, è lesivo anche delle posizioni di coloro che [...] criticano in radice la scelta dell'ente concedente di affidare la concessione di un determinato servizio mediante la procedura di finanza di progetto”*, pur non avendo partecipato alla fase preliminare di scelta del proponente⁵².

Tale ricostruzione, in uno con quanto detto in merito alla necessità di contestare con rituale impugnazione l'eventuale contrasto degli atti di gara con il diritto dell'Unione (senza poter ricorrere all'istituto della disapplicazione), sembrerebbe consentire alle stazioni appaltanti di far salve le procedure di gara nelle quali sia stato previsto il diritto di prelazione e nessun operatore di mercato lo abbia contestato in sede giurisdizionale entro i termini di decadenza.

Deve precisarsi, tuttavia, che si tratta di un orientamento non ancora consolidato e non esente da critiche; non può escludersi pertanto (ed anzi si ritiene verosimile) che in futuro vi saranno ripensamenti.

⁵⁰ Cons. Stato, Ad. Plen., 28 gennaio 2012, n. 1, *“nel procedimento di project financing, articolato in più fasi, la prima delle quali si conclude con la scelta, da parte della stazione appaltante, del promotore, l'atto di scelta del promotore determina una immediata posizione di vantaggio per il soggetto prescelto e un definitivo arresto procedimentale per i concorrenti non prescelti; tale atto è pertanto lesivo e deve essere immediatamente impugnato dai concorrenti non prescelti, senza attendere l'esito degli ulteriori subprocedimenti di aggiudicazione della concessione”*.

⁵¹ Si veda, tra le altre, Cons. Stato, Sez. V, 19 giugno 2019 4186, *“L'onere di impugnazione, a pena di decadenza, dell'atto di scelta del promotore riguarda dunque i soggetti che abbiano presentato proposte concorrenti in relazione all'opera pubblica, partecipando alla prima fase di selezione, ma non può estendersi alla successiva gara ed in particolare ai soggetti, come l'appellante, che alla stessa hanno partecipato, ma non anche alla selezione del promotore. Per tali soggetti non esiste una preclusione processuale, che violerebbe anche il principio di effettività della tutela giurisdizionale, implicante quanto meno la conoscenza degli atti amministrativi di cui si allega l'illegittimità”*.

⁵² Cons. Stato, Sez. V, 14 novembre 2025 n. 8928.

Quanto detto sino ad ora, in ogni caso, non esclude che – anche ove gli effetti degli atti recanti il diritto di prelazione non possano più essere contestati per ragioni di decadenza processuale – le amministrazioni possano determinarsi a procedere alla rimozione del diritto di prelazione mediante l’istituto dell’autotutela di cui all’art. 21 *nonies* della L. n. 241/1990⁵³.

5. Gli effetti della sentenza sulle procedure di *project financing* regolate dal D.lgs. n. 36/2023, come modificato dal D.lgs. n. 209/2024

Chiarito quale potrebbe essere il destino delle procedure di finanza di progetto avviate sulla base della disciplina della finanza di progetto antecedente alle innovazioni apportate dal D.lgs. n. 209/2024, merita di essere approfondito quale possa essere l’impatto della pronuncia della CGUE sui procedimenti avviati dopo l’entrata in vigore della novella.

Deve ribadirsi, infatti, che la Corte di Giustizia si è espressa solo sulla compatibilità dell’istituto della prelazione per come previsto dall’art. 183 del D.lgs. n. 50/2016 (nella sostanza identico alla versione originaria dell’art. 193 del D.lgs. n. 36/2023) ma non anche sulla disciplina risultante dalle novità introdotte con il decreto correttivo.

Come si è detto, il D.lgs. n. 209/2024 ha modificato in modo particolarmente significativo la procedura, prevedendo – innanzitutto – che la selezione del progetto da porre a base di gara debba avvenire sulla base di un preliminare confronto competitivo tra gli operatori economici interessati.

Nel nuovo assetto, lo si deve precisare, non è preclusa l’iniziativa privata, ma è previsto l’obbligo per l’amministrazione di dare notizia al mercato del fatto che – anche su impulso di un privato – è stata avviata una procedura di finanza di progetto e che chiunque sia interessato possa, in condizioni di parità, competere con proposte concorrenti per ottenere la dichiarazione di pubblico interesse e, conseguentemente, il diritto di prelazione nella procedura di gara per l’affidamento del contratto di concessione.

⁵³ L’annullamento d’ufficio, in ogni caso, ai sensi dell’art. 21 *nonies* della L. n. 241/1990 dovrebbe comunque avvenire nei sei mesi successivi all’adozione del provvedimento di aggiudicazione. Per una ricostruzione completa dell’istituto dell’annullamento d’ufficio e dei suoi limiti si veda M. ALLENA, *L’annullamento d’ufficio. Dall’autotutela alla tutela*, Napoli, 2018; A. GANDINO, *L’autotutela amministrativa tra discrezionalità e doverosità*, Torino, 2025.

Le modifiche, secondo quanto riportato nella relazione illustrativa del D.lgs. n. 209/2024⁵⁴, sono state effettuate con l'obiettivo di superare i possibili punti di contrasto della disciplina con il diritto dell'Unione europea che erano emersi nell'ambito della procedura di infrazione INFR (2018)2273⁵⁵.

In sostanza, il legislatore italiano sembrerebbe aver riconosciuto la sussistenza di una possibile antinomia tra la formulazione originale dell'art. 193 del D.lgs. n. 36/2023 e le direttive europee in materia di appalti e concessioni, e l'ha rintracciata – seguendo l'impostazione della Commissione europea – nel fatto che non fossero previste adeguate garanzie di trasparenza e competitività nel segmento procedurale funzionale all'attribuzione del diritto di prelazione (e non, dunque, nel diritto di prelazione in quanto tale).

Quel che rende più complessa la presente analisi, tuttavia, è che le criticità rilevate dalla Corte di Giustizia nella sentenza in commento differiscono da quelle originariamente ipotizzate dalla Commissione.

La Corte di Giustizia, infatti, ha criticato il diritto di prelazione per l'effetto che produce, senza soffermarsi sulle modalità con le quali lo stesso viene attribuito. Per la Corte, nel dettaglio, quel che sembrerebbe confliggere con il diritto dell'Unione è il fatto che ad uno solo dei concorrenti è data la possibilità di modificare la propria offerta dopo aver conosciuto quella degli altri.

Ciò, a ben vedere, non cambia neppure nella disciplina modificata dal Decreto correttivo.

Proprio per tali ragioni, i giudici che per primi hanno avuto la possibilità di occuparsi della questione hanno avuto modo di affermare che la pronuncia della Corte di Giustizia è idonea a travolgere l'istituto della prelazione non solo nella sua forma primigenia ma anche in quella emendata dal decreto correttivo.

In particolare, secondo la ricostruzione proposta della Corte dei Conti *“pur riferendosi formalmente al D.Lgs. 50/2016, la Corte ha sottolineato con chiarezza che l'incompatibilità accerta discende dai principi fondamentali dell'ordinamento europeo delle concessioni, applicabili in maniera identica nel quadro del D.lgs. 36/2023, non essendo le modifiche introdotte dal correttivo del 2024 idonee a neutralizzare l'effetto distorsivo del meccanismo preferenziale”*⁵⁶.

Seguendo tale ricostruzione, la pronuncia della CGUE dovrebbe spiegare sui procedimenti avviati in seguito all'entrata in vigore del decreto correttivo effetti del tutto analoghi a quelli descritti al paragrafo che precede in relazione alle procedure avviate anteriormente.

⁵⁴ Si veda relazione illustrativa al *Decreto legislativo recante disposizioni integrative e correttive al codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36*, “*Si anticipa, inoltre, (ma sul punto si veda amplius infra, cfr. quanto illustrato in relazione all'articolo 193 e ss.), che anche alla luce dei rilievi sollevati dalla Commissione europea con la procedura d'infrazione INFR (2018)2273. “Non conformità del diritto italiano alle Direttive 2014/23/EU, 2014/24/EU and 2014/25/EU, e agli articoli 49 e 56, TFUE”, sono state introdotte specifiche disposizioni per assicurare la trasparenza e la pubblicità durante la procedura di selezione delle proposte relative al progetto di fattibilità”*.

⁵⁵ Nell'ambito di tale procedura di infrazione, infatti, la Commissione aveva censurato la disciplina della finanza di progetto proprio perché il diritto di prelazione veniva attribuito in assenza di trasparenza.

⁵⁶ Corte Conti, Sez. contr. Emilia-Romagna, del. 16 febbraio 2026, n. 15/2026/PAR.

Si segnala, a tal proposito, che nella prassi alcune stazioni appaltanti hanno già deciso di disapplicare l'art. 193 del D.lgs. n. 36/2023 anche se avviate a seguito dell'entrata in vigore del D.lgs. n. 209/2024⁵⁷.

Tale ricostruzione, tuttavia, non è pacifica.

È ben vero, infatti, che la Corte di Giustizia ha escluso in modo piuttosto assertivo la compatibilità dell'istituto della prelazione con il diritto dell'Unione, ma è anche vero che la Corte non ha avuto modo di prendere in considerazione le modifiche in senso pro – concorrenziali introdotte dal decreto correttivo. In merito, deve evidenziarsi che il parametro utilizzato dai giudici di Lussemburgo ai fini del decidere è stato proprio “*il principio di parità di trattamento degli offerenti*”, di cui all'art. 3, par. 1 della Direttiva (UE) 2014/23 (unitamente agli artt. 30 e 41).

In effetti, dal punto di vista della parità di trattamento non può essere trattata allo stesso modo la situazione in cui viene attribuito il diritto di prelazione in assenza di trasparenza (all'operatore economico che ha il solo merito di aver proposto la soluzione progettuale per primo) e quella in cui invece, in applicazione della disciplina prevista dal decreto correttivo, sia stata data la possibilità di ottenere quel beneficio a qualsiasi operatore di mercato interessato all'aggiudicazione dell'appalto, sulla base di criteri comparativi predeterminati *ex ante*.

Non può escludersi, pertanto, che la Corte di Giustizia, ove fosse chiamata ad esprimersi nuovamente sulla questione della prelazione (per come modificata dal correttivo), possa rimeditare le proprie conclusioni, in favore di una lettura “sostanzialista” dei principi posti alla base delle direttive in materia di contratti pubblici⁵⁸.

Appare verosimile, peraltro, che la questione venga nuovamente sottoposta alla sua attenzione nell'ambito dei contenziosi che potrebbero venire istaurati a seguito della scelta delle amministrazioni di disapplicare le previsioni in materia di prelazione anche in relazione alle procedure più recenti.

Sotto un diverso punto di vista, deve osservarsi che la Commissione europea, nell'ambito della procedura INFR(2018)2773 – che, pure, come si è visto, censurava la prelazione solo per quanto attiene alle modalità di selezione del soggetto promotore – non ha ritenuto del tutto soddisfattive le modifiche apportate dal legislatore con il decreto correttivo.

⁵⁷ Si veda, a titolo di esempio, la procedura indetta dall'ATER Umbria, per “*l'affidamento in concessione, mediante finanza di progetto ex art. 193 e ss del d.lgs n. 36/2023, degli interventi di efficientamento energetico degli edifici di proprietà ATER Umbria comprensivi di progettazione, realizzazione degli interventi di riqualificazione energetica ed edilizia nonché, conduzione, gestione e manutenzione con diritto di prelazione - lotto TR1B - CIG: B44E99E615*”. La documentazione di gara è disponibile online presso https://appalti.ater.umbria.it/PortaleAppalti/it/ppgare_detail.wp?actionPath=/ExtStr2/do/FrontEnd/Bandi/openProcedura.action¤tFrame=7&codice=G01693.

⁵⁸ Sull'opportunità di un approccio sostanzialistico nell'interpretazione del diritto dei contratti pubblici, sia consentito un rinvio a S. CASTELLANA SOLDANO, *Affidamenti in house e tutela sostanziale della concorrenza nel diritto europeo dei contratti pubblici*, in *Urb. App.*, 2021, 4.

Nella già citata lettera di messa in mora dello scorso 8 ottobre 2025, infatti, la Commissione ha avuto modo di evidenziare che, anche nel nuovo assetto, la fase di selezione del promotore non risulta sufficientemente proceduralizzata⁵⁹.

A giudizio della Commissione, invero, solo la pedissequa applicazione delle norme in materia di trasparenza delle direttive europee sin dalla prima fase delle procedure di finanza di progetto, potrebbe rendere l'istituto della prelazione compatibile con il diritto dell'Unione.

In altre parole, a giudizio della Commissione, sarebbe necessario pubblicare sin da subito un bando di gara con le medesime garanzie di trasparenza prevista, in via generale, per l'affidamento dei contratti di concessione (in particolare per quanto attiene alla relativa pubblicazione sulla gazzetta ufficiale dell'Unione europea).

Solo in tal modo, infatti, sarebbe garantita la piena parità di trattamento tra tutti gli operatori economici europei potenzialmente interessati all'aggiudicazione del contratto.

Indipendentemente dalle possibili interpretazioni della pronuncia della Corte di Giustizia, dunque, il legislatore italiano per poter superare la procedura di infrazione in corso dovrà necessariamente intervenire nuovamente sul testo dell'art. 193 del D.lgs. n. 36/2023⁶⁰.

Per quanto riguarda le soluzioni normative concretamente percorribili, si rimanda a quanto si dirà al par. 7 del presente contributo.

6. Gli effetti della sentenza sui contratti in corso di esecuzione, aggiudicati al promotore all'esito dell'esercizio del diritto di prelazione

Un ultimo piano di indagine riguarda la sorte dei contratti attualmente in corso di esecuzione, aggiudicati al promotore all'esito di una procedura di *project financing* a iniziativa del privato ove il medesimo promotore, non essendo risultato in origine aggiudicatario, ha esercitato il diritto di prelazione nelle forme e con gli effetti di cui all'art. 183, co. 15 D.lgs. n. 50/2016 o di cui all'art. 193 D.lgs. n. 36/2023.

Occorre, più nello specifico, interrogarsi sul se il contratto così concluso debba (o meno) ritenersi nullo⁶¹ oppure viziato da un'altra ipotesi di inefficacia e se questa possa essere in qualche modo fatta valere in sede giurisdizionale⁶².

⁵⁹ Comunicazione della Commissione europea, C(2025)6082 final cit., par. 41 e ss.

⁶⁰ Sulle possibili alternative normative che il legislatore potrà percorrere si rimanda, oltre a quanto si dirà *infra* al par. 7, anche a M. CLARICH, A. NARDI, *Bocciato il modello del project financing, diritto di prelazione per il promotore contrario alle regole UE*, in *Guida al diritto*, n. 6/2026 nonché F. DEGNI, *Finanza di progetto messa alla prova dalla giurisprudenza Ue*, in *Norme e tributi*, 20 marzo 2026.

⁶¹ Importante rilevare che, come sostiene B.G. MATTARELLA, *Potere e validità*, in *Enc. dir.*, Milano, 2023, V, p. 673, “la nullità degli atti delle pubbliche autorità non differisce, nei suoi caratteri essenziali, da quella degli atti dei privati”.

⁶² Secondo la dottrina civilistica (cfr. A. PLAIA, *Le patologie del contratto*, Torino, 2022, p. 2-3) le ipotesi di invalidità del contratto contemplano gli istituti della nullità, dell'annullabilità, della simulazione, della rescindibilità e di “*talune altre ipotesi di inefficacia*”. Fra gli sterminati contributi della dottrina civilistica sull'invalidità dei contratti v. almeno G.

È noto che, secondo l'impostazione tradizionale, la nullità è la sanzione che l'ordinamento ricollega alla presenza di deficit strutturali del vincolo contrattuale – manchevole di uno o più dei suoi requisiti essenziali – o comunque al contrasto con interessi generali (norme imperative, ordine pubblico e buon costume) che fungono da argine all'autonomia privata.

Si tratta di un vizio normalmente insanabile e rilevabile anche d'ufficio, per il quale la legge prevede un apposito rimedio impugnatorio del contratto – l'azione di nullità – a legittimazione assoluta e non soggetta a termini prescrizionali.

Nondimeno, la categoria appare oggi fortemente innovata ed estesa oltre i confini tradizionali, fino ad abbracciare fattispecie di nullità (testuale o virtuale) dipendenti dal contesto in cui il contratto è inserito oppure sugli effetti da quest'ultimo prodotti sulla realtà esterna.

L'esercizio dell'autonomia negoziale è quindi sempre più teleologicamente funzionalizzato – si direbbe, a pena di nullità – al perseguimento di interessi generali, fra cui spicca (sotto l'influsso del diritto europeo) quello alla tutela della concorrenza⁶³, come noto particolarmente avvertito anche nel diritto dei contratti pubblici.

Se così è, diventa essenziale affrontare il problema della nullità c.d. "virtuale" – e, più specificamente, quella comminata per violazione di norme imperative ex art. 1418 c.c. – da una prospettiva che contemperi tutti gli interessi (pubblici e privati) in gioco e ne risolva l'antinomia mediante soluzioni ispirate al principio di ragionevolezza.

L'interpretazione del concetto di "imperatività" della norma diventa quindi l'occasione per dirimere il conflitto fra i valori sottesi al mantenimento o alla rimozione del vincolo contrattuale.

Com'è stato efficacemente osservato in dottrina⁶⁴, l'imperatività della norma non dipende tanto dal fatto che la stessa protegga un interesse pubblico o generale, né dalla sua inderogabilità⁶⁵. Piuttosto, per dirla con la giurisprudenza, *"la "contrarietà" a norme imperative, considerata dall'art. 1418, primo comma, c.c., quale*

VULPIANI, *La nullità del contratto nel diritto civile italiano tra frammentazione, recupero e nuove tecnologie*, in *Act. Jur. Iberoam.*, 2022, 16, p. 412-451; S. PAGLIANTINI, *Sulle nullità. Itinerari di uno studio*, Napoli, 2020; P.M. PUTTI, *Le nullità contrattuali*, in N. LIPARI, P. RESCIGNO (a cura di), *Diritto Civile*, Milano, 2009, II; M. MANTOVANI, *Le nullità e il contratto nullo*, in V. ROPPO (a cura di), *Trattato dei contratti*, Milano, 2006, IV, p. 3 ss; G.B. FERRI, *Introduzione al sistema dell'invalidità nel contratto*, in M. BESSONE (a cura di), *Il contratto in generale*, Torino, 2002; A. DIMAJO, *La nullità*, *ivi*, VII, p. 129; N. SCALISI, *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, in S. MAZZAMUTO (a cura di), *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, Torino, 2002; R. SACCO, voce *Nullità e annullabilità*, in *Dig. disc. priv.*, Torino, 1995, XII, p. 307 ss.; G. VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano, 1993; C.M. MAZZONI, voce *Invalidità*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, XXVI, 1989; T. ASCARELLI, *Inesistenza e nullità*, in *Riv. dir. proc.*, 1956, I;

⁶³ L. NIVARRA, *Diritto privato e capitalismo*, Napoli, 2010, p. 44 si spinge ad affermare che l'ampliamento delle ipotesi di nullità si porrebbe in funzione costruttiva del mercato.

⁶⁴ A. PLAIA, *Le patologie del contratto*, cit., p. 7 ss. In argomento v. anche V. MOSCARDI, *La nullità del contratto per violazione di norme penali*, in *Cammino Diritto*, 2017, 12.

⁶⁵ Cfr. Cass, S.U., 15 marzo 2022, n. 8472: *"La complessità dell'indagine è accentuata dalla constatazione della inattendibilità della identificazione delle norme imperative con quelle inderogabili: se la norma imperativa è per sua natura inderogabile, non è necessariamente vero il contrario, potendosi riscontrare norme inderogabili (dai privati) che non costituiscono espressione di interessi pubblici fondamentali per l'ordinamento"*.

"causa di nullità" del contratto, postula, infatti, che essa attenga ad elementi "intrinseci" della fattispecie negoziale, che riguardino, cioè, la struttura o il contenuto del contratto (art. 1418, secondo comma, c.c.) I comportamenti tenuti dalle parti nel corso delle trattative o durante l'esecuzione del contratto rimangono estranei alla fattispecie negoziale e s'intende, allora, che la loro eventuale illegittimità, quale che sia la natura delle norme violate, non può dar luogo alla nullità del contratto (Cass. 9 gennaio 2004, n. 111; 25 settembre 2003, n. 14234); a meno che tale incidenza non sia espressamente prevista dal legislatore (ad es., art. 1469 ter, quarto comma, c.c. in relazione all'art. 1469, quinquies, primo comma, stesso codice)"⁶⁶.

Seguendo questa impostazione, occorre in primo luogo evidenziare che nessuna previsione normativa fa discendere espressamente, dalla violazione di norme procedimentali in materia di evidenza pubblica, la nullità di un contratto pubblico di lavori, servizi o forniture. Anzi, quando il legislatore ha inteso sanzionare con la nullità un contratto concluso dalla pubblica amministrazione in spregio alle regole di trasparenza, concorrenza e imparzialità, lo ha fatto espressamente⁶⁷.

La stessa giurisprudenza di legittimità formatasi in materia di nullità di contratti pubblici ha osservato che non tutte le norme in materia di evidenza pubblica assurgono al rango di "norme imperative" ai sensi e per gli effetti dell'art. 1418 c.c.. Più nello specifico, la nullità *in subiecta materia* va dichiarata quando *"l'evidenza pubblica sia specificamente prevista dalla legge nelle singole fattispecie (come, ad esempio, in quelle indicate nel d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, artt. 116 e 120, in tema di scelta del socio nelle società partecipate e, artt. 201 e 210, in tema di assunzione di mutui per il finanziamento di opere pubbliche; nel d.l. 25 settembre 2001, n. 351, conv. in legge 23 novembre 2001, n. 410, art. 3 bis, comma 4, in tema di concessioni e locazioni di immobili per scopi di riqualificazione e riconversione), tanto più in presenza di segnali normativi volti a rivitalizzare il metodo negoziale nella stipulazione dei contratti pubblici (cfr. d.l. 16 luglio 2020, n. 76, conv. con legge 11 settembre 2020, n. 120, art. 1, comma 2). [...]* Peraltro, la previsione dell'evidenza pubblica nella selezione del contraente con una pubblica amministrazione o un soggetto equiparato in tanto può integrare una norma imperativa la cui violazione sia causa di nullità del contratto stipulato in assenza, in quanto si tratti di una regola di «validità» dell'atto negoziale. E se ciò può dirsi con riferimento alle cosiddette procedure aperte o ristrette con previa pubblicazione di bando (cosiddetta procedura di evidenza pubblica in senso proprio), è arduo sostenerlo (oltre che nei casi in cui la scelta di seguire l'evidenza pubblica sia oggetto di un'autonoma decisione discrezionale dell'ente) rispetto a regole che, seppure talora definite di evidenza pubblica in termini «minimali», consistono in realtà in «regole di comportamento» dell'agire della pubblica amministrazione, la cui violazione non è causa di invalidità

⁶⁶ Cass., Sez. I, 29 settembre 2005, n. 19024.

⁶⁷ Cfr. art. 19, co. 4 D.lgs. n. 175/2016, che afferma la nullità dei contratti di lavoro stipulati in assenza di procedure evidenziali ispirate ai "principi, anche di derivazione europea, di trasparenza, pubblicità e imparzialità e dei principi di cui all'articolo 35, comma 3, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165" (art. 19, co. 2 D.lgs. n. 175/2016). Si veda anche l'art. 3, co. 8 della legge n. 136/2010 che sanziona con la "nullità assoluta" i contratti pubblici di lavori, servizi e forniture che non contengano un'apposita clausola con la quale gli appaltatori assumono gli obblighi di tracciabilità dei flussi finanziari. Sull'interpretazione di quest'ultima norma, e nel senso che non possa operare il meccanismo di eterointegrazione del contratto ai sensi dell'art. 1419 c.c., cfr. App. Brescia, Sez. I, 2 marzo 2026, n. 174.

del negozio (cfr., in altra materia ma di rilievo sistematico, Cass., sez. un., n. 26724 del 2007). Tali sono, in effetti, quelle poste a garanzia dei principi proconcorrenziali, desumibili dai trattati europei, di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento e proporzionalità dell'azione amministrativa (cfr., in relazione ai contratti «esclusi», artt. 27 del codice del 2006 e 4 del codice del 2016)»⁶⁸.

Del pari, la Corte di Cassazione ha riscontrato la sussistenza di ipotesi di nullità del contratto pubblico quando lo stesso sia stato il frutto di una condotta penalmente rilevante, sul presupposto per cui “*l'area delle norme inderogabili di cui all'art. 1418, comma 1, c.c., ricomprende, oltre le disposizioni relative al contenuto dell'atto, anche quelle che, in assoluto, oppure in presenza o in difetto di determinate condizioni oggettive e soggettive, direttamente o indirettamente, vietano la stipula stessa del contratto, ponendo la sua esistenza in contrasto con la norma imperativa, e non consentendo alcuna possibilità di esenzione dalla relativa osservanza; per cui correttamente è stata dichiarata, pure sotto tale specifico profilo, la nullità del contratto [...] per contrasto con norme imperative anche perché l'omesso svolgimento della gara di appalto (di cui si dirà specificamente avanti) ha integrato nel caso non solo un vizio concernente l'attività negoziale della stazione appaltante, ma anche e soprattutto gli estremi dei reati accertati dall'inchiesta penale (8066/2016;8462/2014;25222/2010;sez.un. 26724/2007)»⁶⁹.*

Sembra quindi potersi tracciare, per i fini del presente scritto, una linea di demarcazione fra quelle norme che rappresentano, in una prospettiva di interesse generale, l'asse portante della disciplina sull'evidenza pubblica e le altre previsioni normative che, pur esprimendo regole di condotta obbligatorie per la pubblica amministrazione e per gli operatori economici che partecipano alla procedura, non assurgono a tale rango, trattandosi di garanzie a tutela di interessi particolari e solo indirettamente di interessi pubblici. La violazione della prima categoria di norme, connotata da una gravità maggiore, comporterà la caducazione (vedremo in che forma) del contratto pubblico, mentre le violazioni “minori” (nel senso ora chiarito) potranno condurre a diverse conseguenze, tenuto conto delle esigenze di carattere generale che rendono opportuno, o in alcuni casi necessario, conservare l'efficacia del contratto.

In questa logica, il legislatore ha tracciato una disciplina puntuale delle conseguenze cui va incontro il contratto pubblico di lavori, servizi o forniture concluso in presenza di un provvedimento di aggiudicazione annullato dal giudice amministrativo (beninteso: nei casi in cui a quel giudice sia devoluta la giurisdizione sulla controversia).

Tale disciplina, contenuta negli artt. 121-123 c.p.a., si impernia sulla sanzione della “inefficacia del contratto”, ma solo “nei casi di gravi violazioni”, accanto alla quale si pongono le c.d. “sanzioni alternative” e le eventuali conseguenze risarcitorie derivanti dalla condotta illecita della pubblica amministrazione.

⁶⁸ Cass., Sez. I, 2 marzo 2021, n. 5664.

⁶⁹ Cass., Sez. I, 10 maggio 2017, n. 11446.

Il che rileva, in una prospettiva più schiettamente civilistica, nel restringere l'ambito di applicazione della nullità per violazione di norme imperative, posto che la stessa – per espressa previsione dell'art. 1418, co. 1 c.c. – si applica “*salvo che la legge disponga diversamente*”; ne consegue che la previsione di un rimedio (*rectius*: di una sanzione) diversa dalla nullità del contratto, esclude la possibilità di applicare il regime di cui all'art. 1418 c.c.⁷⁰.

Ciò posto, secondo la Corte di Giustizia UE, “*l'obbligo per l'amministrazione aggiudicatrice di rispettare il principio della parità di trattamento degli offerenti*” – che risulta violato dalle norme nazionali (art. 183, co. 15 D.lgs. n. 50/2016, ma anche art. 193 D.lgs. n. 36/2023 nella versione previgente al D.lgs. n. 209/2024) in materia di attribuzione del diritto di prelazione nelle procedure di finanza di progetto – “*rientra nell'essenza stessa delle norme dell'Unione relative alle procedure di aggiudicazione delle concessioni di lavori e di servizi*”.

Tale affermazione, per quanto suggestiva, non deve essere interpretata nel senso di introdurre un obbligo per le stazioni appaltanti (in effetti, non previsto) di caducare i contratti di concessione stipulati, nell'ambito di una procedura di *project financing*, con il promotore che abbia esercitato il diritto di prelazione.

Se è vero (com'è vero) che la violazione del diritto europeo si è consumata nel momento in cui la pubblica amministrazione ha aggiudicato la procedura al promotore prelazionario e che tale violazione, come visto, comporta l'annullabilità del provvedimento amministrativo, la sorte del contratto così stipulato deve essere vagliata alla luce delle conseguenze che il legislatore ha tipizzato in relazione alla violazione delle norme sull'affidamento di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture⁷¹.

Anzitutto, deve rilevarsi che, tanto ai sensi dell'art. 176 D.lgs. n. 50/2016 quanto ai sensi dell'art. 190 D.lgs. n. 36/2023 (pur se con alcune sfumature non di poco rilievo⁷²), una concessione può essere risolta

⁷⁰ La dottrina ha affrontato il rapporto fra l'istituto dell'inefficacia ex art. 121-123 c.p.a. e quello della nullità per contrarietà a norma imperativa ex art. 1418, co. 1 c.c.. Alcuni autori (M. LIPARI, *Il recepimento della “direttiva ricorsi”: il nuovo processo superaccelerato in materia di appalti e l'inefficacia “flessibile” del contratto*, in *Federalismi*, 8, 2010) ritengono che l'inefficacia del contratto ex art. 121 ss. c.p.a. sarebbe una declinazione della più generale categoria della nullità ex art. 1418, co. 1 c.c.. Secondo altri autori (A. AULETTA, *Le conseguenze dell'annullamento dell'aggiudicazione sul contratto medio tempore stipulato alla luce del d.lgs 53 del 2010*, in *Nel Diritto*, 2010), l'inefficacia del contratto dichiarata dal giudice amministrativo dovrebbe ricondursi al *genus* della risoluzione giudiziale.

⁷¹ In argomento, v. J. TROIANO, C. MILLI, E. MOSETTI, *Annnullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto*, 2021, in *giustizia-amministrativa.it*.

⁷² L'art. 176, co. 1 D.lgs. n. 50/2016 stabilisce che “*Fermo restando l'esercizio dei poteri di autotutela, la concessione può cessare, in particolare, quando: a) il concessionario avrebbe dovuto essere escluso ai sensi dell'articolo 80; b) la stazione appaltante ha violato con riferimento al procedimento di aggiudicazione, il diritto dell'Unione europea come accertato dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea ai sensi dell'articolo 258 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea; c) la concessione ha subito una modifica che avrebbe richiesto una nuova procedura di aggiudicazione ai sensi dell'articolo 175, comma 8*”. L'art. 190 D.lgs. n. 36/2023 stabilisce che “*L'ente concedente può dichiarare risolta la concessione in corso di rapporto della stessa se una o più delle seguenti condizioni si verificano: a) la concessione ha subito una modifica che avrebbe richiesto una nuova procedura di aggiudicazione della concessione; b) il concessionario si trovava, al momento dell'aggiudicazione della concessione, in una delle situazioni che comportano l'esclusione dalla procedura di aggiudicazione della concessione; c) la Corte di giustizia dell'Unione europea constata, in un procedimento ai sensi dell'articolo 258 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, che uno Stato membro ha violato uno degli obblighi su lui incombenti in virtù dei trattati europei per il fatto che un ente concedente*”.

per la violazione del diritto europeo solo nel caso in cui in tal senso si sia espressa la Corte di Giustizia UE nell'ambito di una procedura di infrazione avente ad oggetto proprio la procedura di affidamento esitata con la concessione di cui trattasi.

Non esiste quindi, al di fuori di tali ipotesi, una norma che imponga specificamente la risoluzione di un contratto pubblico a causa della violazione del diritto europeo perpetrata in fase di affidamento.

Sotto altro profilo, l'art. 121 c.p.a. stabilisce che il giudice amministrativo quando annulla l'aggiudicazione, e salve le eccezioni previste dall'art. 121, co. 6 c.p.a., dichiari l'inefficacia del contratto in caso di (i) mancata pubblicazione del bando, se la pubblicazione è obbligatoria (lett. a) e b)) nonché (ii) violazione del periodo di *stand still* sostanziale o processuale, sempre che tale violazione, aggiungendosi ai vizi propri dell'aggiudicazione, abbia influito sulle possibilità del ricorrente di ottenere l'affidamento (lett. c) e d)).

La norma consente al giudice amministrativo di modulare nel tempo gli effetti dell'inefficacia – *“in funzione delle deduzioni delle parti e della valutazione della gravità della condotta della stazione appaltante o dell'ente concedente e della situazione di fatto”* (art. 121, co. 2 c.p.a.) – o di esimersi dal pronunciarla *“qualora venga accertato che il rispetto di esigenze imperative connesse a un interesse generale imponga che i suoi effetti siano mantenuti”* (art. 121, co. 3 c.p.a.).

Al di fuori delle ipotesi tassative sopra indicate, ai sensi dell'art. 121, co. 5 c.p.a., il giudice amministrativo che annulli l'aggiudicazione è posto davanti alla scelta discrezionale fra, da un lato, *“dichiarare inefficace il contratto, fissandone la decorrenza, tenendo conto, in particolare, degli interessi delle parti, dell'effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati, dello stato di esecuzione del contratto e della possibilità di subentrare nel contratto, nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporti l'obbligo di rinnovare la gara e la domanda di subentrare sia stata proposta”* (art. 122 c.p.a.); oppure, dall'altro lato, irrogare una delle sanzioni alternative di cui all'art. 123 c.p.a., vale a dire una sanzione pecuniaria nei confronti della stazione appaltante di importo compreso fra lo 0,5% e il 5% del valore del contratto e/o la riduzione della durata residua del contratto in una forbice compresa fra il 10 e il 50%.

Ebbene, con riferimento alle procedure di finanza di progetto a iniziativa del privato, la giurisprudenza⁷³ ha osservato che l'illegittimo esercizio del diritto di prelazione non può essere assimilato *quoad effectum* al

appartenente allo Stato membro in questione ha aggiudicato la concessione in oggetto senza adempiere gli obblighi previsti dai trattati europei e dalla direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014”.

⁷³ TAR Lazio, Sez. I bis, 13 marzo 2023, n. 4338, in fattispecie in cui il ricorrente aveva sostenuto che, a seguito dell'illegittimo esercizio del diritto di prelazione da parte del promotore, la stazione appaltante avrebbe sostanzialmente concesso a quest'ultimo di modificare il contenuto dell'offerta dell'originaria aggiudicataria, procedendo sostanzialmente a una diretta negoziazione con il promotore. Il TAR in quella sede ha ritenuto che l'art. 121 c.p.a. non si applica *“alla diversa ipotesi in cui l'Amministrazione non si sia affatto determinata a fare ricorso a una “procedura negoziata senza bando” o a un “affidamento in economia”, ma abbia invece fatto precedere l'affidamento da una procedura di finanza di progetto, nell'ambito della quale è in discussione unicamente un eventuale errore nell'applicazione della relativa disciplina normativa e, nella specie, di quella concernente l'esercizio della prelazione da parte del promotore”.*

ricorso ad una “procedura negoziata senza bando” o a un “affidamento in economia” e quindi non può dar luogo alla declaratoria automatica di inefficacia del contratto ai sensi dell’art. 121 c.p.a..

Una tale interpretazione – ancorché riferita alla violazione delle modalità di esercizio della prelazione nelle procedure di *project financing*, e non alla violazione del diritto europeo derivante dall’esercizio in sé del diritto di prelazione – conforta la tesi per cui il contratto aggiudicato all’esito di una procedura di affidamento viziata sotto questo profilo non debba, per ciò solo, essere dichiarato inefficace ai sensi dell’art. 121 c.p.a..

Ovviamente, il giudice (amministrativo) potrebbe dichiararlo inefficace ai sensi dell’art. 122 c.p.a., oppure scegliere di irrogare sanzioni alternative ex art. 123 c.p.a., dovendosi tuttavia sottolineare come, in disparte dalla natura amministrativa o giurisdizionale delle citate sanzioni⁷⁴, la loro irrogazione è ritenuta manifestazione di una giurisdizione di tipo oggettivo⁷⁵ che prescinde dalla proposizione di domanda di parte, pur essendo la sanzione necessariamente occasionata dall’iniziativa giurisdizionale del ricorrente diretta ad altri fini⁷⁶.

Ove sia mancato l’impulso di parte – perché, ad esempio, non è stata proposta impugnazione avverso il provvedimento di aggiudicazione – oppure il giudice amministrativo, con sentenza passata in giudicato, non abbia ritenuto di dichiarare inefficace il contratto, quest’ultimo deve ritenersi ormai insuscettibile di essere invalidato a causa dei vizi che inficiavano la procedura di affidamento, anche per quanto attiene alla violazione del diritto europeo derivante dall’esercizio del diritto di prelazione da parte del promotore.

7. Come “salvare” il *project financing*? Una prospettiva *de iure condendo* in chiave comparata

Il binomio pubblico-privato è fondamentale per la competitività dell’economia nazionale. Gli investitori privati possono contribuire alla realizzazione di progetti cruciali per lo sviluppo infrastrutturale (e non solo) del Paese, con l’apporto dei capitali che spesso mancano alla pubblica amministrazione, ma anche di visioni e idee che diano impulso alla programmazione fino anche ad anticipare le esigenze e i bisogni dei partner pubblici⁷⁷.

⁷⁴ Profilo sul quale si registrano oscillazioni in dottrina. Quanto alla tesi della natura amministrativa delle sanzioni *de quibus*, cfr. A. TRAVI, *La tipologia delle azioni nel nuovo processo amministrativo*, in AA.VV., *La gestione del nuovo processo amministrativo: adeguamenti organizzativi e riforme strutturali*, Atti del LVI Convegno di Studi di Scienza dell’amministrazione, Varenna, 23-25 settembre 2010, Milano, 2011, p. 75. In senso contrario, v. S. RUSCICA, *Il nuovo contenzioso in materia di appalti pubblici*, in *Urb. app.*, 2010, p. 1285 secondo cui le citate sanzioni avrebbero natura processuale e discenderebbero dalla violazione di norme di diritto pubblico processuale a tutela del diritto di difesa dell’operatore economico ricorrente.

⁷⁵ F. GOISIS, *Il contenzioso appalti nella prospettiva dell’Unione Europea: verso una giurisdizione (primariamente) di diritto oggettivo?*, in *Dir. proc. amm.*, 2, 2022.

⁷⁶ In questo senso anche A. GRAZIANO, *Note minime in tema di inefficacia del contratto d’appalto nel Codice del processo amministrativo*, in *giustizia-amministrativa.it*.

⁷⁷ Come rileva, fra gli altri, S.M. SAMBRI, *Project financing. La finanza di progetto per la realizzazione delle opere pubbliche*, Padova, 2013, p. 21, vi sarebbe una consapevolezza diffusa e condivisa sia a livello politico, sia a livello imprenditoriale, del fatto che il binomio pubblico privato è fondamentale per dotare il Paese delle infrastrutture necessarie per fronteggiare le

Il legislatore ha il compito di disciplinare le modalità attraverso le quali il partenariato pubblico-privato possa realizzarsi nel rispetto dei principi e valori, di matrice europea e costituzionale, che regolano gli affidamenti della pubblica amministrazione, fra cui la tutela della concorrenza. Ma anche il principio del risultato, da ultimo iscritto a pieno titolo fra le stelle polari del firmamento dei principi fondamentali della contrattualistica⁷⁸.

In altre parole, si tratta di rendere più attrattivo lo strumento del partenariato pubblico-privato senza rinunciare alla legalità (sostanziale) dell'affidamento.

Le formule per raggiungere questo obiettivo possono variare, ma la base di partenza è comune e deve corrispondere alle esigenze tipiche dell'impresa: stabilità della disciplina, regole chiare e trasparenti, procedure flessibili e adattabili alle peculiarità del contesto operativo, nonché forme di incentivazione in favore del promotore che sceglie di collaborare con la pubblica amministrazione in una logica partenariale.

La sentenza del 5 febbraio 2026 della Corte di Giustizia UE fornisce delle coordinate interpretative importanti per individuare, nella prospettiva europea, il punto di massima curvatura delle dinamiche concorrenziali rispetto all'esigenza di incentivare l'iniziativa privata.

Nel tentativo di semplificare il ragionamento della Corte di Giustizia UE – invero, già piuttosto *tranchant* – potremmo dire che sono ammissibili (specie in caso di proposte dal contenuto particolarmente innovativo⁷⁹) incentivi *ante* gara consistenti in premi, compensazioni, rimborsi sulle spese sostenute dal promotore, mentre va esclusa l'attribuzione di vantaggi selettivi che neutralizzino o sovvertono l'esito competitivo.

In questa prospettiva, l'attribuzione del diritto di prelazione presenta in sé evidenti criticità, dal momento che, a seguire il ragionamento della Corte di Giustizia UE, la violazione del principio della parità di trattamento si realizza per il solo fatto che l'esercizio della prelazione autorizzerebbe una modifica del prezzo offerto in gara falsando così la concorrenza effettiva con gli altri concorrenti.

sfide del futuro, anche in un'ottica di competitività internazionale. Nello stesso senso, D. SICLARI, *Il ruolo del partenariato pubblico-privato alla luce del PNRR*, in *Dialoghi di diritto dell'economia*, Trento, 2022.

⁷⁸ In letteratura, sui principi del D.lgs. n. 36/2023, cfr. *ex multis* A. PAJNO, *La disciplina dei contratti pubblici dal vecchio al nuovo codice*, in M. CLARICH (a cura di), *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, Torino, 2025, pp. 78 ss.; G. NAPOLITANO, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: i principi generali*, in *Gior. dir. amm.*, 2023, 3; M. MACCHIA, *Il ruolo dei principi nel Codice dei contratti*, in ID (a cura di), *Costruire e acquistare. Lezioni sul nuovo Codice dei contratti pubblici*, Torino, 2024; R. CARANTA, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici - I principi nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, artt. 1-12, in *Giur. it.*, 2023, 8-9; B.G. MATTARELLA, S. CASTROVINCI ZENNA, Art. 1. Principio del risultato, in A. BOTTO, S. CASTROVINCI ZENNA (a cura di), *Commentario alla normativa sui contratti pubblici*, Torino, 2024;

⁷⁹ In generale, sulla visione del contratto pubblico come “generatore di innovazione”, cfr. J.B. AUBY, *Conclusioni*, in R. CAVALLO PERIN, M. LIPARI, G.M. RACCA (a cura di), *Contratti pubblici e innovazioni per l'attuazione della legge delega*, Napoli, 2022, pp. 133-139.

Il *focus* è posto sugli effetti della prelazione, non sulle modalità con cui essa viene attribuita. Il che potrebbe sollevare dubbi sulla compatibilità europea anche della disciplina di cui all'art. 193 D.lgs. n. 36/2023, per come modificato dal D.lgs. n. 209/2024, la quale oggi prevede, in sintesi, che il diritto di prelazione venga attribuito (non automaticamente al promotore ma) all'esito di una procedura comparativa fra il promotore e i diversi soggetti che hanno presentato proposte concorrenti.

Del resto, la nuova disciplina è già stata oggetto di rilievi critici da parte della Commissione UE che, con la lettera di messa in mora C(2025)6082 final, ha sollevato “*seri dubbi di compatibilità con il diritto dell’Unione*” sotto diversi profili, così riassumibili:

- (i) non sarebbe garantita una adeguata pubblicità e trasparenza nella fase di avvio della procedura, posto che non vi sarebbe alcun onere per l’Amministrazione di pubblicare un apposito avviso in Gazzetta Ufficiale dell’Unione Europea;
- (ii) l’Amministrazione, nella fase di valutazione delle proposte di *project financing*, godrebbe di una discrezionalità troppo ampia, senza alcun onere di comunicazione preliminare dei criteri di valutazione;
- (iii) la procedura sarebbe nel complesso solo apparentemente competitiva in quanto costituirebbe una posizione di sostanziale vantaggio in capo al proponente disincentivando il mercato dalla presentazione di offerte alternative;
- (iv) il meccanismo del rimborso delle spese sostenute dal promotore in caso di mancato esercizio del diritto di prelazione costituirebbe una ulteriore barriera al mercato, con conseguente ulteriore distorsione della concorrenza.

In un tale contesto, il legislatore – anche per evitare la prosecuzione della procedura di infrazione avviata dalla Commissione UE – è chiamato a ripensare la procedura di finanza di progetto, non per abrogarla ma per ridisegnarne i meccanismi incentivanti in modo da renderli più conformi agli standard europei di concorrenzialità, senza pregiudizio rispetto all’attrattività della procedura per gli operatori economici.

Le possibili declinazioni del processo di riforma – che, invero, sono davvero molteplici – possono ricondursi, a livello concettuale, a due macro-schemi: il primo, nel quale si iscrive anche l’attuale sistema italiano, prevede l’attribuzione al promotore di un diritto di prelazione (c.d. “*Swiss Challenge System*”); il secondo, invece, prevede l’attribuzione di un punteggio premiale (c.d. “*Bonus Points System*” o meccanismo alla “cilena”⁸⁰).

Invero, come evidenziato *supra*, il legislatore italiano, con il D.lgs. n. 209/2024, ha modificato la disciplina ritenuta dalla Corte di Giustizia UE in contrasto con il diritto europeo. Oggi, l’attribuzione del diritto di

⁸⁰ Come, peraltro, proposto anche nella Relazione del Consiglio di Stato di accompagnamento allo “*Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici in attuazione dell’articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante “Delega al Governo in materia di contratti pubblici”*”.

prelazione al promotore – che costituisce ancora il meccanismo incentivante del *project financing* – non avviene più in maniera automatica, bensì all’esito di una selezione comparativa preceduta da una sollecitazione, da parte dell’ente concedente al mercato, finalizzata alla presentazione di proposte concorrenti.

Il carattere comparativo e trasparente della procedura di attribuzione del diritto di prelazione – che potrebbe essere ulteriormente rafforzato con l’introduzione di un obbligo di pubblicazione sulla GUUE dell’avviso di sollecitazione al mercato – potrebbe ritenersi sufficiente a superare le critiche rivolte dalla Corte di Giustizia UE al regime normativo previgente.

Le ragioni di una riforma dei meccanismi incentivanti nella finanza di progetto potrebbero allora ricercarsi nei limiti propri dei sistemi basati sulla prelazione, che di fatto disincentivano la presentazione in fase di gara di offerte da parte di operatori economici diversi dal soggetto individuato come prelazionario⁸¹ oppure favoriscono il fenomeno del c.d. “*spiteful bidding*”, vale a dire la presentazione, da parte dei non prelazionari, di offerte con ribassi notevoli al solo fine di danneggiare il promotore⁸². In entrambi i casi con effetti dannosi per la l’ente concedente, il quale, nell’un caso, non godrà dei benefici tipicamente riconnessi alla concorrenza nella gara (come la presentazione di ribassi o il miglioramento della qualità dei servizi offerti), mentre nell’altro soffrirà delle problematiche tecniche che probabilmente sorgeranno in fase esecutiva a causa della scarsa serietà del ribasso offerto.

Gli ordinamenti che prevedono meccanismi premiali alternativi alla prelazione offrono soluzioni invero assai diverse fra loro.

Ad esempio, in Corea del Sud⁸³ si prevede che, nell’ambito della fase di gara, al promotore spetti un punteggio premiale di consistenza variabile, rispettivamente del 10% o del 5% del totale del punteggio attribuibile in sede di valutazione, a seconda del caso in cui la proposta iniziale venga o meno modificata: in tal modo, è maggiormente premiata la presentazione, sin da subito, di proposte qualitativamente elevate, non bisognose di modifiche per renderle conformi ai bisogni della parte pubblica.

Viceversa, in Spagna, l’art. 247, co. 5 della Ley n. 9/2017 utilizza una doppia leva incentivante costituita, da un lato, dall’attribuzione al promotore di 5 punti bonus in fase di gara e, dall’altro, dall’attribuzione al promotore non aggiudicatario del diritto, da parte del concessionario, al rimborso dei costi sostenuti per l’elaborazione della proposta maggiorati del 5%.

⁸¹ V. VECCHI, N. CUSUMANO, *Choosing the right PPP model*, in V. VECCHI, M. HELLOWELL (a cura di), *Public-private partnerships in health*, Londra, 2018.

⁸² J. LEVIN, A. SKRZYPACZ, *Properties of the combinatorial clock auction*, in *Amer. econ. rev.*, 2016, 106, 9.

⁸³ Il riferimento è all’Atto n. 14242 del 29 maggio 2016, rubricato “*Act on public-private partnership in infrastructure*” e al Decreto Presidenziale n. 22525 del 13 dicembre 2010, recante “*Enforcement Decree of the Act on public-private partnerships in infrastructure*”.

In Argentina⁸⁴, invece, il principale meccanismo incentivante è rappresentato dal riconoscimento del diritto di prelazione, che tuttavia non automatico bensì subordinato alla valutazione delle offerte in fase di gara: se il divario di punteggio fra il primo graduato e il promotore rimane contenuto entro il 5%, le offerte si considerano “equivalenti” e il promotore sarà preferito. Se invece il divario di punteggio fra il primo graduato e il promotore si attesta in una forbice fra il 5% e il 20%, entrambi gli operatori economici verranno invitati a migliorare le proprie offerte e, nell’ambito di tale fase, non è riconosciuto il diritto di prelazione in favore del promotore. Anche in questo caso al promotore è comunque riconosciuto il rimborso dei costi sostenuti per la presentazione della proposta.

Infine, in Grecia, dove l’introduzione della finanza di progetto a iniziativa privata è più recente⁸⁵, è stabilito che il promotore partecipi alla gara in posizione di assoluta parità con gli altri operatori economici, tuttavia se dopo la valutazione delle offerte economiche il promotore non risulta primo in graduatoria, l’amministrazione deve invitare il primo classificato, il promotore e gli eventuali concorrenti tra il primo e il promotore a presentare offerte economiche migliorative entro un termine ragionevole non superiore a 20 giorni.

Dopo le offerte migliorative, chi presenta l’offerta economicamente più vantaggiosa viene dichiarato aggiudicatario provvisorio, fermo comunque il rimborso al promotore dei costi sostenuti per la presentazione della proposta.

I modelli sopra sinteticamente descritti rappresentano solo alcune delle possibili declinazioni del sistema di incentivazione di proposte di finanza di progetto, nella consapevolezza che il punto di equilibrio fra le esigenze di efficienza dell’azione amministrativa, contenimento dei costi e spinta alla progettualità privata postula valutazioni di carattere tecnico, economico, giuridico e di contesto spesso impossibili da effettuare *ex ante* da parte del legislatore.

Sarebbe forse auspicabile che il legislatore riconoscesse all’ente concedente la facoltà di individuare discrezionalmente, fra più metodi tipizzati *ex lege*, quello che appare più adeguato a soddisfare nel caso concreto quelle esigenze di stimolo della progettualità privata, senza eccessiva e, in alcuni casi, sproporzionata compressione delle dinamiche concorrenziali, che pure concorrono (e non necessariamente ostacolano) il raggiungimento del “risultato” dell’affidamento e dell’esecuzione del contratto.

Una simile proposta, che esalta la discrezionalità amministrativa, richiede però un marcato superamento della frammentazione delle stazioni appaltanti (obiettivo cui tende il meccanismo di qualificazione imposto dal D.lgs. n. 36/2023), nonché soprattutto la necessità che gli enti concedenti, anche se di piccole

⁸⁴ Il riferimento è al Decreto n. 966/2005, recante “*Regimen nacional de iniciativa privada. Aprobacion del citado regimen y creacion de una comision de evaluacion y desarrollo*”.

⁸⁵ Essendo stata introdotta solo con la legge n. 4903/2022.



dimensioni, si dotino delle risorse e delle competenze tecnico-giuridiche necessarie per affrontare le complessità sottese alle operazioni di *project financing*.