

APPROFONDIMENTI

La prelazione del promotore nel project financing dopo la Sentenza “Urban Vision”

Aprile 2026

Filippo Brunetti, Partner, Chiomenti
Marco Cerritelli, Partner, Chiomenti



Filippo Brunetti, Partner, Chiomenti

Marco Cerritelli, Partner, Chiomenti

➤ **Filippo Brunetti**

Filippo Brunetti è Responsabile del dipartimento Amministrativo, presta assistenza giudiziale e stragiudiziale a clienti italiani e stranieri in questioni afferenti alla contrattualistica pubblica in senso ampio (affidamento ed esecuzione di appalti e concessioni di lavori, servizi e forniture; project financing).

➤ **Marco Cerritelli**

Marco Cerritelli assiste regolarmente clienti italiani e stranieri in relazione allo sviluppo, realizzazione e finanziamento (anche secondo standard LMA e mediante emissione di titoli) di investimenti nel campo delle infrastrutture. Ha maturato una significativa esperienza nei principali settori regolamentati, con particolare focalizzazione nelle aree dei trasporti, della sanità e degli sport related asset. In tale contesto si è occupato di diversi market first e pathfinder.

Studio legale

Chiomenti

CHIOMENTI

Abstract

La sentenza della Corte di giustizia del 5 febbraio 2026 nella causa C-810/24 afferma, in termini netti, l'incompatibilità con il diritto dell'Unione del diritto di prelazione riconosciuto al promotore nelle procedure di finanza di progetto, poiché altera l'eguaglianza tra gli offerenti e incide dissuasivamente sulla libertà di stabilimento. La conseguenza operativa è la necessità, per giudici e amministrazioni, di disapplicare tale meccanismo, pur restando praticabili strumenti compensativi non distorsivi, come il rimborso dei costi documentati.

La sentenza in commento, discendente dall'ordinanza di rinvio del Consiglio di Stato del 25 novembre 2024 n. 9449¹ non appare isolata. Essa si innesta nella cornice originata dalla lettera di costituzione in mora dell'8 ottobre 2025 (INFR(2018)2273, C(2025)6082 final).

Di significativa importanza pratica sono gli effetti della decisione sui procedimenti pendenti avviati in vigore del d.lgs. 50/2016 e del d.lgs. 36/2023, come riformulato dal correttivo del dicembre 2024.

De jure condendo, per salvaguardare il forte impulso alla promozione privata del ciclo degli investimenti pubblici, venuto meno il diritto di prelazione, occorre siano predefiniti nelle procedure di gara forme di premialità per l'iniziativa privata coerenti con i criteri di aggiudicazione, anche alla luce delle prassi europee ed internazionali in materia di *unsolicited proposal*.

¹ Con l'ordinanza di rinvio il Consiglio di Stato ha sottoposto alla CGCE la seguente questione pregiudiziale: "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". Appare utile ricordare che con precedente ordinanza, Cons. Stato, Sez. V, 7 giugno 2023, n. 5615 il Consiglio di Stato formulò il seguente quesito alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, relativamente al diritto di prelazione previsto nell'istituto della finanza di progetto: "se l'art. 184, comma 15, del d.lgs. n. 50 del 2016 è contrario al diritto UE e in particolare ai principi di pubblicità, imparzialità e non discriminazione contenuti sia nel Trattato che nei principi UE, propri di tutte le procedure comparative, laddove interpretato così da consentire trattamenti discriminatori in una procedura di attribuzione del diritto di prelazione, senza predefinitone dei criteri e comunque senza comunicazione dei medesimi a tutti i concorrenti ma solo ad alcuni di essi, quanto meno al decorso dei tre mesi di urgenza previsti da tale articolo". La CGUE, nella causa C407/23, con ordinanza del 12 dicembre 2023 dichiarò manifestamente irricevibile la domanda di pronuncia pregiudiziale, ed il diritto di prelazione sopravvisse.

➤ **vedi l'articolo online**

Sommario: 1. La pronuncia della Corte di Giustizia e sua portata sistemica; 1.1 Perimetro della questione pregiudiziale e sintesi del principio di diritto affermato; 1.2 Il superamento della “first line of defense”: l’irrelevanza di trasparenza e ristori all’aggiudicatario pretermesso; 1.3 La libertà di stabilimento come oggetto di tutela; 1.4 Il rapporto con l’ordinanza di rinvio e con le prassi nazionali; 1.5 Nessi con la procedura di infrazione del 2025; 2. Il diritto di prelazione nel project financing italiano: genesi, metamorfosi e rilievi europei; 2.1 Le mutevoli sorti ed oscillazioni del diritto di prelazione nell’ordinamento italiano. Dalla Merloni alla codificazione; 2.2 Il d.lgs. 50/2016: l’art. 183, comma 15, e la centralità della prelazione; 2.3 Il nuovo codice 2023 ed il correttivo 2024: contendibilità “a monte” e sopravvivenza del diritto di prelazione; 2.4 Le procedure di infrazione: breve rassegna dal 1998 alla stagione 2019-2025; 2.5 Le posizioni del Consiglio di Stato ed AGCM; 3. Effetti temporali della sentenza: ex tunc, ex nunc ed impatto sui procedimenti pendenti; 3.1 Effetti dell’interpretazione pregiudiziale: retroattività e disapplicazione; 3.2 Procedimenti avviati nel vigore del d.lgs. 50/2016; 3.3 Procedimenti avviati sotto il d.lgs. 36/2023 “ante correttivo”: applicazione del principio e cautele; 3.4 Procedimenti sotto il d.lgs. 36/2023 “post correttivo”: contendibilità a monte e limiti della prelazione; 3.5 Indicazioni operative per amministrazioni ed operatori economici; 4. Primi orientamenti del giudice nazionale: le deliberazioni della Corte dei Conti; 4.1 Deliberazioni della corte dei conti 14/2026 e 15/2026; 5. Art. 193 d.lgs. 36/2023 e lettera di messa in mora 8 ottobre 2025: criticità e snodi applicativi; 5.1 La nuova architettura della finanza di progetto “duale”; 5.2 Le censure della Commissione: pubblicità UE, criteri anticipati, prelazione e rimborso; 5.3 Che cosa resta applicabile: rimborso, consultazioni, premialità tecnica; 6. De iure condendo: un modello italiano di unsolicited proposals senza prelazione; 6.1 Ispirazioni dall’esperienza internazionale: dalla consultazione al dialogo competitivo; 6.2 Rimborsi e “diritti di co-progettazione” sotto presidi pro-concorrenziali; 7. Conclusioni.

1. La pronuncia della Corte di Giustizia e sua portata sistemica

1.1 Perimetro della questione pregiudiziale e sintesi del principio di diritto affermato

Rimessa con ordinanza del 25 novembre 2024, n. 9449 da parte della Quinta Sezione del Consiglio di Stato², la questione affrontata dalla Corte di Giustizia della Comunità Europea (“CGCE”) muove dalla di-

² In merito alla quale cfr. Marcello CLARICH – Andrea NARDI, “Una decisione che può segnare la fine de modello del “project financing”, in *NT+ Enti Locali & Edilizia - Norme & Tributi Plus*, n. 5, 5 febbraio 2025; sempre in dottrina cfr. anche AMORELLI, *Contratti della pubblica amministrazione e finanza di progetto (“Project Financing”)*, in *Il Foro Italiano*, 2025, III, 1, nota a Cons. Stato, sez. V, ordinanza 25 novembre 2024, n. 9449).

sciplina di cui all’art. 183, comma 15, del d.lgs. 50/2016, che consentiva al promotore non aggiudicatario di allinearsi all’offerta del concorrente risultato primo classificato entro quindici giorni, subentrando a parità di condizioni, con obbligo di rimborso dei costi altrui entro il limite del 2,5% dell’investimento.

La CGCE³ inquadra la fattispecie nell’ambito della direttiva 2014/23/UE sulle concessioni e del TFUE, chiarendo che il riconoscimento del diritto prelazione – rimettendo in discussione la graduatoria formatasi in sede di gara – consente una modifica postuma dell’offerta a un solo operatore e, per ciò solo, viola il principio di parità di trattamento e le condizioni di “concorrenza effettiva”.

1.2 Il superamento della “first line of defense”: l’irrelevanza di trasparenza e ristori all’aggiudicatario pretermesso

La decisione in commento sottolinea che la trasparenza formale, derivante dall’obbligo ai sensi di legge di prevedere espressamente l’inclusione della prelazione nel bando, non neutralizza la disparità sostanziale generata dall’opzione di allineamento post-gara riservata al promotore.

Nella visione della CGCE, neppure la previsione di rimborso delle spese entro il 2,5% dell’investimento sarebbe sufficiente a sanare il *vulnus* all’assetto competitivo, trattandosi di misura ancillare che non incide sull’asimmetria nella fase decisiva di valutazione.

1.3 La libertà di stabilimento come oggetto di tutela

La Corte esplora gli effetti della disposizione normativa domestica. Nell’esprimere le proprie censure, riconduce l’effetto dissuasivo sugli operatori transfrontalieri alla sfera della **libertà di stabilimento**, escludendo che finalità di incentivazione, di sussidiarietà orizzontale o di miglioramento amministrativo possano rientrare tra i motivi tassativi idonei a giustificare restrizioni. La flessibilità procedurale ammessa dalla direttiva concessioni⁴ non consente infatti deroghe al nucleo dell’eguaglianza concor-

³ Cfr. *Corte giust. UE*, 5 febbraio 2026, C-810/24.

⁴ Cfr. *TFUE*, art. 49; *direttiva 2014/23/UE*, art. 30 e cons. 68.

renziale⁵.

1.4 Il rapporto con l'ordinanza di rinvio e con le prassi nazionali

La materia, come già si è detto, non è nuova ed è stata da tempo attenzionata⁶. Giova al riguardo rammentare che già in sede di definizione dei contenuti dello "schema" di Codice dei contratti pubblici, nella propria "Relazione"⁷ il Consiglio di Stato aveva prospettato, accanto ai profili critici, la possibilità

⁵ La sentenza in argomento ha suscitato, inevitabilmente, forte attenzione ed è stata oggetto di numerosi commenti. Tra questi si rinvia, senza pretesa di completezza ai contributi di Marcello CLARICH, *Il modello italiano giudicato anticoncorrenziale*, in *Il Sole24Ore*, 6 febbraio 2026; ripreso ed ampliato in Marcello CLARICH - Andrea NARDI, *Bocciato il modello del project financing, diritto di prelazione per il promotore contrario alle regole UE* in *NT+ Diritto - Norme & Tributi Plus*, n. 6, 11 febbraio 2026.

⁶ Molti gli Autori sensibili a questo delicato tema. Tra i diversi contributi cfr. Mario Tocci, *La finanza di progetto nelle concessioni autostradali (e non solo) in rapporto al diritto eurounitario*, in *dirittifondamentali.it*, 2/2020, pp.196-209.

⁷ Cfr. CONSIGLIO DI STATO, 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" - III- Relazione agli articoli e agli allegati, Roma 7 dicembre 2022, Pagg. 207 e ss. In particolare a pag. 206 di tale relazione (a commento dell'art. 175 dello Schema) si legge: "Nell'ultimo periodo del comma 1 è inserita altresì la regola secondo la quale nel programma triennale le pubbliche amministrazioni debbono indicare, per ciascun progetto, le eventuali ragioni che giustificano l'applicazione del criterio premiale in luogo della prelazione. Tale inserimento si è reso necessario al fine di non disincentivare la presentazione di proposte da parte delle imprese a causa dell'incertezza sulla disciplina della fase successiva alla presentazione della proposta medesima. In questo modo, si fissa la regola secondo la quale il criterio è la prelazione, mentre l'eventuale intenzione di discostarsi dalla regola generale deve essere giustificata già in sede di programmazione". La Relazione prosegue (pag. 208) rilevando: "Ulteriori disposizioni volte a rendere più attrattivo lo strumento del partenariato pubblico-privato sono contenute nel Titolo IV, all'art. 193, dedicato alla finanza di progetto, dove, come si vedrà meglio in seguito, è previsto che l'ente concedente disponga nel bando che il promotore possa esercitare il diritto di prelazione o, in alternativa, che allo stesso venga riconosciuto un punteggio premiale (c.d. sistema alla cilena, così come suggerito dagli economisti)". A pag. 104 (in commento all'art. 193) si legge: "per quanto concerne la configurazione giuridica del soggetto proponente, si è ripristinato il riferimento unico all'esercizio del diritto di prelazione per il promotore di forme di partenariato pubblico privato, elidendo la previsione secondo la quale, nel bando, l'ente concedente può alternativamente disporre il riconoscimento al promotore di un punteggio premiale (c.d. sistema alla cilena) al ricorrere dei presupposti di legge. Tale soluzione deve ritenersi preferibile al fine di evitare che, con il meccanismo del punteggio premiale, la proposta possa essere fatta propria da altri operatori. Il mantenimento di tale doppio binario rischierebbe altrimenti di generare effetti distorsivi sul mercato inibendo la partecipazione di molti operatori economici alle forme di partenariato pubblico privato. Per tali motivi, deve ritenersi preferibile il riferimento al solo esercizio del diritto di prelazione ad opera del promotore" A pag. 230 (a commento dell'art. 193, comma 4) si legge: "per quanto concerne la configurazione giuridica del soggetto proponente, si è ripristinato il riferimento unico all'esercizio del diritto di prelazione per il promotore di forme di partenariato pubblico privato, elidendo la pre-

astratta di strumenti meno invasivi (punteggi premiali, moduli flessibili quali dialogo competitivo e procedura competitiva con negoziazione) per incentivare l'iniziativa privata.

In particolare, bozza di articolato (cfr., art. 194, comma 4) e relativa relazione prevedevano che l'ente concedente potesse disporre che "in alternativa al diritto di prelazione" potesse essere riconosciuto al promotore un "un punteggio premiale"⁸. Precisava in tale sede il Consiglio di Stato che tale meccanismo alternativo sarebbe stato possibile "solo nei casi in cui tale criterio [fosse]] stato prefigurato in sede di programmazione, ai sensi dell'art. 175, comma 1, ultimo periodo" e che, per le proposte che riguardano progetti non oggetto di programmazione, il bando [avrebbe dovuto] viceversa prevedere il ricorso al criterio della prelazione.

Sul piano dell'analisi, è interessante rilevare come Palazzo Spada avesse (opportunamente) sottolineato come "la previsione circa l'obbligo di indicare, già in sede di programmazione, il tipo di criterio [di incentivazione] che [avrebbe dovuto essere] applicato per ogni progetto, [appare] **giustificata dalla necessità di non disincentivare la presentazione di proposte da parte delle imprese a causa dell'incertezza della disciplina applicabile alla fase successiva alla presentazione della proposta medesima**."

Dunque, al fine di non dimidiare la promozione privata di nuovi investimenti, presa d'atto della rilevanza da un lato dei meccanismi di incentivazione e dall'altro della certezza e stabilità della relativa disciplina.

La CGCE, pur non escludendo in assoluto forme di premialità, censura il meccanismo della prelazione in

visione secondo la quale, nel bando, l'ente concedente può alternativamente disporre il riconoscimento al promotore di un punteggio premiale (c.d. sistema alla cilena) al ricorrere dei presupposti di legge. Tale soluzione deve ritenersi preferibile al fine di evitare che, con il meccanismo del punteggio premiale, la proposta possa essere fatta propria da altri operatori. Il mantenimento di tale doppio binario rischierebbe altrimenti di generare effetti distorsivi sul mercato inibendo la partecipazione di molti operatori economici alle forme di partenariato pubblico privato. Per tali motivi, deve ritenersi preferibile il riferimento al solo esercizio del diritto di prelazione ad opera del promotore.

⁸ Come suggerito, in sede di consultazione, dagli economisti. Testualmente: "Secondo gli economisti, infatti, sul ruolo del promotore serve apertura a sistemi incentivanti diversi rispetto al solo diritto di prelazione, come i sistemi tipo "bonus point" in gara "alla cilena" (10% - 20% score). Tale sistema, diversamente dalla previsione del diritto di prelazione (che sotto il profilo strettamente civilistico è in realtà un diritto di opzione), ha come effetto quello di incentivare la concorrenza, poiché spinge le imprese a presentare offerte migliori al fine di vincere la gara superando il punteggio attribuito al promotore.

quanto tale, per la sua idoneità a sovvertire l'esito della gara.

1.5 Nessi con la procedura di infrazione del 2025

Come accennato, il *dictum* della sentenza in commento deve collocarsi nel contesto più ampio del dibattito sulla compatibilità del diritto di prelazione con i principi eurounitari. In proposito, rileva da ultimo la lettera di messa in mora della Commissione Europea dell'8 ottobre 2025⁹ con la quale si contesta, anche nel nuovo assetto post-correttivo, l'obbligo di inserire in bando la prelazione del promotore/proponente e, più a monte, la carenza di garanzie di pubblicità e di criteri *ex ante* nella selezione della proposta da porre a base di gara.

La sentenza "Urban Vision" conferma sul piano giurisdizionale i rilievi già mossi dalla Commissione Europea, rafforzando l'urgenza di un intervento legislativo di riordino dell'istituto.

2. Il diritto di prelazione nel project financing italiano: genesi, metamorfosi e rilievi europei

2.1 Le mutevoli sorti ed oscillazioni del diritto di prelazione nell'ordinamento italiano. Dalla Merloni alla codificazione

Sul piano dell'analisi diacronica, lo schema procedimentale della finanza di progetto matura e si manifesta nell'ordinamento in occasione della stagione della riforma¹⁰ della legge quadro sui lavori pubblici

⁹ Cfr. Commissione europea, lettera 8 ottobre 2025, INFR(2018)2273.

¹⁰ Si ricorda che nella sua impostazione originale, la Legge 109/1004 (c.d. "Legge Merloni") non contemplava una disciplina organica della finanza di progetto, introdotta in occasione della novella del 1998 per effetto della Legge 18 novembre 1998, n. 415 (c.d. Merloni-ter) mediante l'integrazione del corpo normativo previgente con le disposizioni dei (nuovi) articoli da 37-bis (promotore) a 37-nonies (Privilegio sui crediti). Per una prima "lettura" della dottrina alle nuove disposizioni in materia di promozione privata di opere pubbliche si rinvia, *ex multis*, a: Pietro DE FRANCISCIS, *La nuova disciplina degli appalti di opere pubbliche in L'Amministrazione italiana* 12/2000, pp. 1714-1722; Giuseppe FALCONE, *Il project financing pubblico nella Merloni-ter* in *Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, 4/1999, pp. 353-360; Pelino SANTORO, *Gli appalti pubblici dopo la legge 415/98*, in *Appalti urbanistica edilizia* 2/1999, pp. 75-82; Claudio DE MASI Anna MASSI, *Le innovazioni introdotte dalla Merloni-ter alla legge quadro in materia di lavori pubblici. Finanziamento privato delle opere pubbliche e progettazione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2/1999, pp. 136-142; Ugo RUFFOLO, *Autonomia privata e "privatizzazione" - estesa alle procedure - nella "Merloni-ter"*, in *Responsabilità comunicazione impresa* 1/1999, pp. 53-65; Aniello VIGONE, *Merloni-ter in pillole*, in *Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, 23-24/1998, pp. 2278-2286.

(L. 109/1994). In tale cornice, quanto all'istituto della prelazione, questo trova una prima emersione con i successivi interventi di affinamento (in particolare, quello cui L. 166/2002, c.d. Merloni-quater¹¹), fino alla sistemazione nel d.lgs. 163/2006, art. 153. Segue una fase di oscillazione: soppressione con il primo correttivo del 2007, quindi reintroduzione con il terzo correttivo del 2008, a fronte della chiusura per improcedibilità del ricorso per infrazione europeo del 2004, e successiva conferma nelle codificazioni del 2016 e del 2023¹².

2.2 Il d.lgs. 50/2016: l'art. 183, comma 15, e la centralità della prelazione

Il previgente codice del 2016 prevede la sequenza proposta-approvazione-gara, culminante nell'invito del promotore e nel suo diritto di allineamento a valle dell'aggiudicazione, con rimborsi incrociati entro il 2,5% dell'investimento. Proprio questa facoltà di adeguamento *ex post* al solo promotore è il fulcro censurato dalla Corte per contrasto con parità e concorrenza effettiva.

2.3 Il nuovo codice 2023 ed il correttivo 2024: contendibilità "a monte" e sopravvivenza del diritto di prelazione

L'art. 193 del d.lgs. 36/2023¹³, come integralmente riscritto dal d.lgs. 209/2024¹⁴, introducendo una fase

¹¹ Sul punto, in chiave dubitativa, si legga Antonio TULLIO, *La finanza di progetto: profili civilistici*, Milano, 2003, pp. 118 e 2ss, laddove l'Autore, rilevando come "dall'esame del quadro normativo [...] emerge, dunque, come [...] il legislatore nazionale ha inteso privilegiare il promotore [...] attribuendo al promotore, nella procedura negoziata disciplinata dall'articolo 37-quater, un diritto di prelazione sul quale è facile attendersi un sindacato di legittimità da parte dell'Unione Europea."

¹² Una più estesa ed articolata ricostruzione dell'evoluzione nel tempo dell'istituto e del suo "excursus diacronico" può leggersi nel contributo di Claudio CONTESSA, "La prelazione in favore del promotore nelle operazioni di PF: panoramica sull'istituto e profili di legittimità" in *Orizzonte PPP*, settembre-dicembre 2025, pp. 25 e ss.

¹³ Molti i contributi dedicati alla formulazione dell'istituto della prelazione come delineata dall'articolo 193 del d.lgs. 36, 2023. Tra questi si segnala Maria GIORDANO, *Partenariato pubblico privato, concessioni, finanza di progetto e altre figure contrattuali*, in *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, 3/2025, 2, pp. 227-264; Antonino ILACQUA, "Il project financing nel nuovo codice dei contratti pubblici tra principi immutabili e procedure semplificate", in *Il Nuovo Diritto delle Società*, 9/2024, pp. 1517-1545; Francesco FAUSTINELLA, *Partenariato pubblico-privato e nuovo codice dei contratti pubblici. Conferme, "rivoluzioni" e spigolature*, in *Rivista della Corte dei Conti*, 5/2024, pp. 77-89.

¹⁴ Per una disamina dell'impianto del correttivo e della sua incidenza sul disegno della procedura di finanza di progetto si rinvia a: Giulio NAPOLITANO, *Il correttivo al Codice dei contratti pubblici*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 2/2025, pp. 181-184 e Lavinia ZANGHI BUFFI, *La finanza di progetto*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 2/2025,

comparativa e pubblicitaria sin dalla selezione delle proposte, dichiara l'intento di rendere **contendibile** la posizione del soggetto promotore (e dunque dei diritti a questa associati), prevenendo una fase preliminare di natura sostanzialmente competitiva, estendendo di fatto analoghe *chances* a tutti i partecipanti alla sub-procedura di identificazione del progetto effettivamente intonato all'interesse ed ai profili di compatibilità dell'amministrazione.

Anche nel "correttivo"¹⁵, a valle di tale fase di preliminare contendibilità, l'assetto normativo mantiene tuttavia la previsione della prelazione e la sua ostensione nel bando, con facoltà di esercizio da parte del promotore non aggiudicatario entro quindici giorni. Tale permanenza è oggetto dei rilievi della Commissione formulati nell'ottobre 2025 con la richiamata lettera di messa in mora.

2.4 Le procedure di infrazione: breve rassegna dal 1998 alla stagione 2019-2025

La questione non riveste carattere di novità. Osservazioni da parte della Commissione Europea accompagnano l'istituto sin dai tempi della Merloni¹⁶, e deflagrano negli interventi più recenti.

¹⁵ , pp. 201-206. Sempre sulla revisione della disciplina, anche nella prospettiva di mutare la postura dell'istituto in senso maggiormente conforme alla disciplina euro unitaria si legga: Caterina VINTI. "La scelta del promotore nel nuovo codice dei contratti pubblici. Tra assenza di disciplina e principi eurounitari" in *amministrativamente*, Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo, Fascicolo n. 3/2025.

¹⁶ Sulle modifiche all'articolo 193 introdotte dal D.lgs. 209/2024 e sulle relative finalità volte ad imprimere maggiore contendibilità, cfr. Giampiero FORTUNATO, *La nuova finanza di progetto nel decreto correttivo. Più ombre o più luci?* In *Appalti e Contratti*, 11/2024, pp. 24-30, che evidenzia l'introduzione di elementi di maggiore concorrenzialità.

¹⁷ Com'è noto, l'articolo 7, comma 1, lettera b), della legge 1° agosto 2002, n. 166 (c.d. Merloni quater), apportò modifiche e integrazioni alla legge quadro sui lavori pubblici 11 febbraio 1994, n. 109. Con specifico riferimento alla finanza di progetto, venne inserito all'articolo 37-ter un ulteriore comma, in forza del quale, "nella procedura negoziata di cui all'articolo 37-quater il promotore potrà adeguare la propria proposta a quella giudicata dall'amministrazione più conveniente. In questo caso, il promotore risulterà aggiudicatario della concessione". La previsione, quindi, riconobbe in capo al promotore un vero e proprio diritto di prelazione: costui era legittimato ad allineare la propria offerta a quella ritenuta dall'Amministrazione economicamente più vantaggiosa e, per l'effetto, ad ottenere l'affidamento della concessione. Tale facoltà era esercitabile soltanto al termine della procedura negoziata, ossia dopo che la Commissione avesse individuato – in via provvisoria – un diverso concorrente come migliore offerente. Su tale assetto intervenne la Commissione europea, avviando una procedura di infrazione nei confronti dello Stato italiano. Secondo le censure mosse a livello unionale, il meccanismo di prelazione, così come configurato dalla legge n. 166/2002, risultava lesivo del principio di parità di trattamento. Da un lato, infatti, consentiva al promotore di conseguire l'aggiudicazione mediante il mero adeguamento all'offerta del primo graduato; dall'altro, la disciplina del project financing – pur imponendo la pubblicazione in G.U.C.E. di un avviso indicativo volto a segnalare la pos-

A tale riguardo si segnalano, in particolare, la lettera di costituzione in mora del 25 gennaio 2019, seguita da due lettere complementari (28 novembre 2019 e 6 aprile 2022), fino alla messa in mora dell'8 ottobre 2025 che, alla luce del nuovo assetto, stigmatizza l'istituto della prelazione, soffermandosi su alcune asserite carenze di pubblicità e trasparenza dei criteri nella fase di scelta della proposta¹⁷.

2.5 Le posizioni del Consiglio di Stato ed AGCM

Non sono mancate occasioni di approfondimento ed espressioni critiche anche da parte delle autorità nazionali. Sul punto giova ricordare l'arresto del **Consiglio di Stato, Sez. V, 24 ottobre 2023, n. 9210**¹⁸, con il quale, nel più ampio contesto di una vicenda contenziosa di notevole complessità, i giudici aveva-

sibilità di realizzare interventi tramite finanza di progetto – non prevedeva che tale avviso rendesse trasparenti i vantaggi riconosciuti al promotore nella successiva fase di procedura negoziata. In sintesi, il difetto di piena pubblicità dei benefici connessi alla posizione del promotore alterava la contendibilità effettiva dell'affidamento. In accoglimento di tali rilievi, il legislatore nazionale, con la legge 18 aprile 2005, n. 62 (Legge comunitaria 2004), introdusse all'articolo 37-bis della legge n. 109/1994 il comma 2-bis, imponendo alle amministrazioni aggiudicatrici di menzionare espressamente, nell'avviso indicativo, l'esistenza del diritto di prelazione in favore del promotore. L'obiettivo era (solo) quello di prevenire asimmetrie informative e garantire ai potenziali concorrenti un quadro chiaro delle regole del gioco sin dalla fase di pubblicità. La medesima disposizione ebbe inoltre a stabilire, in chiusura, che il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti definisse, con proprio decreto, l'esito delle procedure di affidamento di concessioni mediante project financing avviate nel periodo compreso tra l'inizio della procedura d'infrazione e il 31 gennaio 2005 qualora gli avvisi fossero privi dell'esplicita menzione del diritto di prelazione. In tal modo, il legislatore ha dettato una disciplina transitoria mirata a gestire, in chiave di certezza del diritto, le procedure pendenti coinvolte dal mutato quadro di trasparenza. Successivamente, l'art. 1, comma 1, lettere r) e s) del decreto legislativo n. 113/2007 ha poi modificato la disciplina del project financing contenuta nel decreto legislativo n. 163/2006 prevedendo, tra l'altro, la soppressione del c.d. "diritto di prelazione", prima riconosciuto in favore del promotore. Successivamente, significative modifiche della disciplina della finanza di progetto sono state introdotte ad opera del decreto legislativo 11 settembre 2008 n. 152 che ha riscritto l'art. 153 e abrogato gli artt. 154 e 155 del Dlgs 163/2006. Il Dlgs 152/2008 interviene ad esito delle osservazioni formulate dalla Commissione CE (cfr. lettera di messa in mora n. 2007/2329 e, successivamente, decisione 31 gennaio 2008), dalla Corte di Giustizia CE (CGCE, Sez. IV, 15 maggio 2008, Cause riunite C-147 e 148/06) – che sollecitavano il ripristino di un effettivo confronto concorrenziale tra gli operatori del settore – nonché dal Consiglio di Stato (Cons. Stato, parere n. 3262/2007, sul regolamento di attuazione ed esecuzione del Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture) e dalla Corte dei Conti (Corte dei Conti, parere n. 51/1 26 maggio 2008).

¹⁷ Lucido il commento di Giuliano TAGLIANETTI, "La finanza di progetto alla prova del diritto dell'Unione Europea: prime considerazioni sulla procedura di infrazione avviata nei confronti dell'Italia", in *Quaderni AISDUE - Rivista quadrimestrale*, Fascicolo n. 1/2026, pp. 1 e ss.

¹⁸ Per approfondimenti su rinvia alla nota di commento di Livia LORENZONI, *L'esercizio del diritto di prelazione da parte del promotore nella finanza di progetto*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2/2024, pp. 253-263.

no affrontato anche il tema della **"conformità"** dell'esercizio del diritto di prelazione da parte del promotore nell'ambito della finanza di progetto. La sentenza approfondisce il tema del meccanismo della prelazione ed in particolare il tentativo del legislatore italiano di trovare un delicato equilibrio tra due valori tra loro in contrasto. Da un lato, viene riconosciuta l'importanza di incentivare la massima partecipazione dei privati in fase di impulso, attraverso il riconoscimento di una posizione di vantaggio relativo al soggetto promotore. Dall'altro, la necessità di contemperare il primo con il rispetto dei principi della massima concorrenza e della parità di trattamento. Nella ricostruzione di tale sforzo di bilanciamento, la Corte suggeriva una lettura della disposizione normativa distinta da un'indebita posizione di vantaggio anticoncorrenziale ed assimilabile, per l'appunto, ad un vantaggio premiale conseguente all'esito della procedura competitiva. In tal senso, la sentenza si sofferma sulle modalità di esercizio della prelazione, precisando che il relativo diritto sia connesso alla dichiarazione del soggetto promotore di impegnarsi ad adempiere alle obbligazioni contrattuali alle "medesime condizioni" offerte dal concorrente aggiudicatario, invocando un principio di assoluta simmetria ed identità e non riconoscendo spazio interpretativo alla nozione di "equivalenza", diversamente plausibile in presenza di soluzioni tecniche (soprattutto nell'ambito di settori che, come la transizione digitale, appaiono caratterizzati da forte marcatura tecnologica) distintive ed identitarie dell'offerta¹⁹.

Infine, sempre il **Consiglio di Stato**, con l'**ordinanza di rinvio n.9449/2024**, pur valorizzando i principi di sussidiarietà e cooperazione, espone le proprie perplessità sull'istituto indicando il ricorso a possibili strumenti alternativi meno lesivi della prelazione. Nel merito, la Corte non esclude che si possano infatti *"ipotizzare sistemi che, pur premiando l'iniziativa, nondimeno producano effetti meno incisivi per la gara (senza quindi assicurare necessariamente allo stesso il risultato). A titolo esemplificativo si prefigura la possibilità di valorizzare l'iniziativa del promotore con l'attribuzione di un punteggio aggiuntivo o utilizzando moduli procedurali flessibili"*²⁰

¹⁹ La decisione offre, infine, lo spunto per ripercorrere lo sviluppo dell'istituto della prelazione nel project financing, le sue radici nel diritto civile e il suo ruolo nel quadro del partenariato pubblico-privato. Nella sentenza in commento, il Collegio aveva espresso osservazioni in merito alla legittimità della prelazione in difetto di una piena identità tra la proposta dell'aggiudicatario e la successiva offerta adesiva del promotore.

²⁰ Così, testualmente, Consiglio di Stato, Sezione V, Ordinanza 5 novembre 2024, n. 9449. Per un più ampio commento si rinvia a Carlo NOVIK, *Osservazioni a Consiglio di Stato, sez. V, ordinanza 25 novembre 2024 n. 9449* in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 1/2025, pp. 179-181.

Del pari l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nella **segnalazione AS2045 del 20 dicembre 2024**, evidenzia esigenze di maggiore trasparenza e contendibilità nelle fasi a monte²¹.

Forte il dibattito anche in dottrina, spesso divisa tra letture di sistema ed approcci di *law & economics*²². Sostanzialmente convergente, tuttavia, il giudizio sull'opportunità di identificare *ex ante* forme di incentivazione predeterminate e compatibile con il diritto europeo della concorrenza²³.

3. Effetti temporali della sentenza: *ex tunc*, *ex nunc* ed impatto sui procedimenti pendenti

3.1 Effetti dell'interpretazione pregiudiziale: retroattività e disapplicazione

Definito l'oggetto del giudizio ed il principio di diritto affermato, resta da accertare il tema - rilevantisimo sul piano pratico - dei relativi effetti²⁴.

²¹ In particolare, l'AUTORITÀ osserva che "il project financing a iniziativa privata si caratterizza per un peculiare vantaggio competitivo offerto al c.d. promotore, ossia al soggetto che presenta all'amministrazione aggiudicatrice una proposta relativa alla realizzazione in concessione di lavori o servizi, riconoscendogli un diritto di prelazione là dove non dovesse risultare aggiudicatario della gara avente a oggetto il progetto di fattibilità approvato. Se è vero che la prima fase della finanza di progetto a iniziativa privata, finalizzata all'individuazione del progetto da porre a base di gara maggiormente corrispondente all'interesse pubblico, risulta connotata da un elevato grado di discrezionalità amministrativa, risulta parimenti vero che una tale discrezionalità deve essere esercitata nel rispetto del principio di ragionevolezza, non potendo condurre in nessun caso a un azzeramento del confronto competitivo".

²² Al riguardo si segnala Giovanna MARCHIANÒ, *Sul grado di interazione tra sistema giuridico e sistema economico: il caso del promotore nella finanza di progetto*, in *Munus*, 2/2012, pp. 339-380.

²³ Per una disamina generale sul disegno dei meccanismi di incentivo nel contesto dei contratti di partenariato si rinvia alla lettura di Rosalba CORI, Cristina GIORGIANTONIO e Ilaria PARADISI, *Allocazione dei rischi e incentivi per il contraente privato: un'analisi delle convenzioni di project financing in Italia*, in *BANCA D'ITALIA, Questioni di Economia e Finanza (Occasional papers)*, Numero 82 - Dicembre 2010.

²⁴ Molti i contributi che si sono soffermati ad approfondire il piano degli effetti. Tra questi, si segnala: Claudio GUCCIONE, Maria FERRANTE ed Ivo ALLEGRO, *"PPP senza prelazione: ecco come salvare le gare in corso in base allo stadio della procedura"*, in *NT+ Enti Locali & Edilizia - Norme & Tributi Plus*, 19 febbraio 2026; Velia Maria LEONE, *"PPP, indennizzo al promotore battuto per superare lo stop Ue alla prelazione"*; *NT+ Enti Locali & Edilizia - Norme & Tributi Plus*, febbraio 2026. Ed ancora Massimo RICCHI, *Project financing, dopo il correttivo concorrenza tutelata anche con la prelazione*, in *NT+ Enti Locali & Edilizia - Norme & Tributi Plus*, 25 febbraio 2026; Massimo RICCHI e MICHELE COZZIO, *Prime note alla sentenza della corte di giustizia UE in tema di finanza di progetto e diritto di prelazione*, in *Appalti & Contratti*, 4 marzo 2026. Per una verticale su un settore industriale di particolare attualità, si rinvia ad Alceste SANTUARI e Luca ZAMBELLI, *"Project financing e diritto di prelazione: commento alla sentenza della corte di*

Sul piano giuridico, le decisioni pregiudiziali, per costante giurisprudenza, hanno natura interpretativa e quindi hanno efficacia *ex tunc*, restando salvi solo i rapporti esauriti e le situazioni consolidate in forza di giudicati o atti inoppugnabili. Ne discende l'obbligo, per giudici e amministrazioni, di disapplicare il diritto di prelazione, in quanto incompatibile con il diritto dell'Unione, laddove venga in rilievo in controversie e procedimenti non ancora definiti²⁵.

3.2 Procedimenti avviati nel vigore del d.lgs. 50/2016

Per le gare avviate (e non concluse) sulla base dell'art. 183, comma 15, l'esercizio della prelazione espone l'aggiudicazione a potenziali censure di annullabilità e inefficacia. Le amministrazioni dovrebbero pertanto rimuovere le clausole di prelazione previste nel bando, preservando la graduatoria dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Ad avviso di chi scrive, resta impregiudicato, se del caso, il rimborso dei costi documentati, inteso quale misura non distorsiva.

3.3 Procedimenti avviati sotto il d.lgs. 36/2023 "ante correttivo": applicazione del principio e cautele

Anche per le procedure avviate (e non concluse) prima del 31 dicembre 2024, pur in presenza di una fase preliminare meno strutturata, il diritto di prelazione dovrebbe essere disapplicato. Ove avvisi o bandi lo prevedano, appare ragionevole che le amministrazioni procedano ad un adeguamento della *lex specialis* per garantire che la determinazione dell'esito dipenda stabilmente dalla migliore offerta.

3.4 Procedimenti sotto il d.lgs. 36/2023 "post correttivo": contendibilità a monte e limiti della prelazione

Resterebbero da dirimere le vicende afferenti le procedure avviate (e non concluse) successivamente all'entrata in vigore del decreto "correttivo" del dicembre 2024. L'introduzione della fase comparativa con finalità di contendibilità a monte rischia di non essere percepita come sufficiente a neutralizzare l'oggetto delle censure espresse dalla Corte: la prelazione, *ex se*, consentendo un allineamento *ex post*

giustizia dell'unione europea, 5 febbraio 2026, c-810/24. Quali impatti sulla gestione degli impianti sportivi? in *Diritto dello Sport*,

²⁵ In merito ai principi generali sugli effetti delle decisioni interpretative, cfr. *Corte giust. UE, 5 febbraio 2026, C-810/24*.

a vantaggio del promotore, sovrverte la graduatoria e risulterebbe, conseguentemente, incompatibile con i principi europei (benché, come noto, post-correttivo la posizione di vantaggio sia contendibile ed oggetto di subprocedimento compartivo *ex ante*). Anche in questo perimetro, la clausola di prelazione dovrebbe essere prudentemente espunta o resa inoperante.

3.5 Indicazioni operative per amministrazioni ed operatori economici

Nelle fasi di valutazione delle proposte ancora pendenti, le amministrazioni dovrebbero pertanto informare promotori e proponenti della disapplicazione del diritto di prelazione e richiedere conferma d'interesse; ove sia in corso il termine per proposte concorrenti. L'avviso dovrebbe essere ripubblicato dando evidenza dell'eliminazione della prelazione, per non falsare le scelte di partecipazione.

Per le procedure che avessero già superato la fase di valutazione, gare, bandi e disciplinari andrebbero adeguati per assicurare immodificabilità delle offerte e stabilità della graduatoria.

4. Primi orientamenti del giudice nazionale: le deliberazioni della corte dei conti

Il quadro descritto ha natura dinamica e deve pertanto essere correttamente collocato anche alla luce dei primi orientamenti espressi da parte dei giudici nazionali.

4.1 Deliberazioni della corte dei conti 14/2026 e 15 /2026

Al riguardo, si segnalano le **deliberazioni 14/2026** e n. **15/2026**²⁶ della Sezione regionale di controllo per l'EmiliaRomagna della Corte dei Conti, con le quali la magistratura contabile ha inteso fornire un primo recepimento domestico degli effetti della sentenza "Urban Vision", precisandone l'incidenza pratica sulle procedure in corso.

I provvedimenti esaminati, emessi in forma di parere, si esprimono nel senso di confermare che il diritto di prelazione del promotore nelle operazioni di finanza di progetto non sia strutturalmente com-

²⁶ Per una breve disamina si rimanda alla nota di commento di Filippo BONGIOVANNI, "Project financing, Corte dei conti: stop alla prelazione anche sulle gare in corso", in *NT+ Enti Locali & Edilizia - Norme e Tributi Plus*, 27 febbraio 2026.

patibile con i principi eurounitari di concorrenza, parità di trattamento e trasparenza e che, per effetto del primato e dell'efficacia interpretativa delle decisioni pregiudiziali della Corte di giustizia, le amministrazioni aggiudicatrici hanno il dovere immediato di disapplicare la norma interna contrastante.

In tale prospettiva, secondo la Corte dei Conti, l'eventuale previsione della prelazione in bandi pubblicati dopo il 5 febbraio 2026 integrerebbe una reiterazione consapevole della violazione, non giustificabile con il mero richiamo alla disciplina nazionale previgente o al legittimo affidamento del promotore.

Le pronunce della Corte dei Conti oggetto di esame traggono origine da profili di analisi che non emergono direttamente dalla decisione "Urban Vision". Esse inquadrano la questione nella prospettiva della contabilità pubblica e della sana gestione finanziaria, evidenziando come il mantenimento della prelazione non costituirebbe una misura prudenziale di mitigazione del rischio, bensì un fattore che esporrebbe l'ente a passività potenziali più gravi e sistemiche, comprese possibili sanzioni eurounitarie, annullamenti giurisdizionali e contenziosi seriali.

Inoltre, tali provvedimenti valorizzano il principio del *tempus regit actum* e l'autonomia funzionale delle fasi della procedura di finanza di progetto, chiarendo che la dichiarazione di pubblico interesse e l'individuazione del promotore sono atti endoprocedimentali che non cristallizzano le regole di gara. Ne discende l'obbligo per l'amministrazione, al momento dell'indizione della gara, di conformarsi al diritto vigente, come interpretato dalla Corte di giustizia, anche quando la proposta sia stata presentata o valutata prima della sentenza.

In terzo luogo, le deliberazioni esaminate tendono a delimitare l'operatività del legittimo affidamento. Quest'ultimo non potrebbe fondarsi sulla conservazione di un meccanismo – quello del diritto di prelazione – che la giurisprudenza eurounitaria ha qualificato incompatibile *ab origine* con i principi del diritto unionale. L'affidamento potrebbe tuttavia conservare rilievo ai fini indennitari per spese documentate in caso di revoca o rideterminazione sopravvenuta dell'azione amministrativa.

Preme sottolineare, per correttezza di inquadramento, che le deliberazioni in questione collegano in via espressa le scelte amministrative al regime della responsabilità erariale. L'amministratore che mantenga la clausola di prelazione, nonostante il quadro eurounitario sopravvenuto e chiarito dalla

sentenza del 5 febbraio 2026, si esporrebbe a una possibile valutazione di colpa grave²⁷ per le conseguenze dannose cagionate all'ente. Per converso, la scelta di disapplicare la prelazione, adeguandosi ai principi dell'Unione, beneficia dell'effetto esimente delineato dalla nuova disciplina sulla funzione consultiva della magistratura contabile.

Rispetto al tema, distinto e autonomo, del rimborso al promotore delle spese di predisposizione della proposta entro il limite percentuale previsto dal Codice, le deliberazioni non introducono elementi di incompatibilità ulteriori rispetto alla sentenza "Urban Vision", che non ha investito tale istituto. Resta, pertanto, ferma – anche nella prospettiva della Corte dei Conti e della logica di corretta allocazione dei rischi e di salvaguardia dell'equilibrio economicofinanziario del procedimento – la praticabilità del rimborso delle spese al promotore quando non risulti aggiudicatario e non possa esercitare la prelazione, oggi inibita.

Nel complesso, dunque, le decisioni contabili esaminate confermano e, per taluni profili operativi e di responsabilità, rafforzano la portata applicativa della sentenza "Urban Vision", escludendo la possibilità di mantenere la prelazione anche nelle procedure avviate anteriormente, ove non si sia ancora pervenuti all'aggiudicazione.

5. Art. 193 d.lgs. 36/2023 e lettera di messa in mora 8 ottobre 2025: criticità e snodi applicativi

Per agevolare la lettura, appare utile sintetizzare brevemente l'attuale assetto normativo, oggetto di attenzione da parte della Commissione Europea con lettera di messa in mora dell'8 ottobre 2025.

²⁷ Sulla nozione di colpa grave cfr. art. 1 della l. n. 20/1994, come modificato dalla l. n. 1/2026, il quale prevede che: "(...) Costituisce colpa grave la violazione manifesta delle norme di diritto applicabili, il travisamento del fatto, l'affermazione di un fatto la cui esistenza è incontestabilmente esclusa dagli atti del procedimento o la negazione di un fatto la cui esistenza risulta incontestabilmente dagli atti del procedimento. Ai fini della determinazione dei casi in cui sussiste la violazione manifesta delle norme di diritto applicabili si tiene conto, in particolare, del grado di chiarezza e precisione delle norme violate nonché dell'inescusabilità e della gravità dell'inosservanza. Non costituisce colpa grave la violazione o l'omissione determinata dal riferimento a indirizzi giurisprudenziali prevalenti o a pareri delle autorità competenti. (...)".

5.1 La nuova architettura della finanza di progetto "duale"

Il correttivo 2024 ha disegnato una doppia via, a iniziativa privata e a iniziativa pubblica, con un nucleo comune: comparazione delle proposte, pubblicità nella sezione "Amministrazione trasparente", selezione motivata della proposta da porre a base di gara, e poi aggiudicazione secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Ad avviso del legislatore italiano del "correttivo", tale architettura sarebbe stata utile, almeno in parte, a dare adeguato conforto alle sollecitazioni volte a rendere contendibile la posizione del soggetto promotore.

5.2 Le censure della Commissione: pubblicità UE, criteri anticipati, prelazione e rimborso

La lettera di messa in mora del 2025 contesta quattro profili:

- (i) assenza di un obbligo chiaro di bando GUUE nella fase preliminare quando la procedura funge da canale di affidamento;
- (ii) mancata predeterminazione pubblica dei criteri nella selezione della proposta base;
- (iii) obbligo di prevedere la prelazione in bando, che svuota la concorrenza effettiva; e
- (iv) rimborso spese al promotore non aggiudicatario senza un meccanismo imparziale di quantificazione.

5.3 Che cosa resta applicabile: rimborso, consultazioni, premialità tecnica

In attesa di interventi normativi volti a riconfigurare l'istituto, gli strumenti compatibili sono quelli che non alterano la graduatoria né consentono modifiche postume dell'offerta: rimborsi *ex ante* e documentati dei costi di studio; consultazioni preliminari di mercato; eventuali premialità tecniche predefinite e proporzionate, integrate nei criteri di aggiudicazione.

La loro efficacia richiede presidi di trasparenza, quantificazione oggettiva e neutralità concorrenziale.

6. De iure condendo: un modello italiano di unsolicited proposals senza prelazione

6.1 Ispirazioni dall'esperienza internazionale: dalla consultazione al dialogo competitivo

Nelle settimane successive alla pubblicazione della sentenza il dibattito si è arricchito di numerosi spunti e proposte, spesso ispirate all'osservazione delle prassi amministrative e di mercato degli altri ordinamenti.

In tal senso, con necessità di effettuare una accurata ponderazione della efficacia in concreto delle misure a rappresentare un utile incentivo compatibile con i principi della concorrenza, si segnalano le ipotesi di ricorrere in modo diverso e più diffuso a strumenti quali:

- (i) Punteggi premiali
- (ii) consultazioni preliminari,
- (iii) dialogo competitivo
- (iv) procedura competitiva con negoziazione,
- (v) partenariato per l'innovazione

Tra la ipotesi che appaiono meritevoli di approfondimento al fine del ridisegno dei meccanismi di incentivo, ad avviso di chi scrive potrebbero apparire intonati alla prassi internazionale e proporzionati al bilanciamento degli interessi gli schemi basati sull'attribuzione di punteggi premiali e, con opportuni adeguamenti, il modulo del dialogo competitivo.

L'attribuzione di punteggi premiali (in prospettiva di diritto comparato)

Una prima potenziale alternativa alla prelazione sembra offerta dal meccanismo di incentivazione prevista dall'ordinamento spagnolo con Ley 9/2017.

Quest'ultima, pur abrogando²⁸ la previgente normativa volta a disciplinare i contratti di "collaborazione" tra pubblico e privato" originariamente dettata a mente del Decreto 3/2011, ha tuttavia mantenuto ferma la facoltà per l'operatore privato di presentare spontaneamente all'amministrazione uno studio di fattibilità di una eventuale concessione (c.d. *iniciativa privada*). Una volta ricevuto lo studio di fattibilità, l'amministrazione ha tre mesi dalla proposta per decidere se avviare la procedura o meno. In alternativa, si applica il silenzio-rigetto²⁹.

Se viceversa lo studio di fattibilità conduce all'avvio procedura, il soggetto promotore ha diritto a 5 punti percentuali aggiuntivi rispetto al punteggio ottenuto secondo i criteri di aggiudicazione fissati nei documenti di gara (i.e., rispetto al totale, non alle singole componenti tecniche o economiche).

Se invece non risulta aggiudicatario, il proponente ha diritto al rimborso delle spese sostenute per la redazione dello studio, aumentate del 5% a titolo di ristoro (poste a carico del concessionario). L'importo da rimborsare è determinato in base alle spese "effettivamente giustificate" dal promotore³⁰.

²⁸ Testualmente: "Por otra parte, **se suprime la figura del contrato de colaboración público privada, como consecuencia de la escasa utilidad de esta figura en la práctica**. La experiencia ha demostrado que el objeto de este contrato se puede realizar a través de otras modalidades contractuales, como es, fundamentalmente, el contrato de concesión".

²⁹ Legge infatti la Ley 9/2017: "**Articolo 28**: 28.3 De acuerdo con los principios de necesidad, idoneidad y eficiencia establecidos en este artículo, las entidades del sector público podrán, previo cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos, celebrar contratos derivados de proyectos promovidos por la iniciativa privada, en particular con respecto a los contratos de concesión de obras y concesión de servicios, incluidos en su modalidad de sociedad de economía mixta".

³⁰ Sempre a mente della Ley 9/2017: "Articoli 247 e 248 - e in particolare l'articolo 247.5: Se admitirá la iniciativa privada en la presentación de estudios de viabilidad de eventuales concesiones. Presentado el estudio será elevado al órgano competente para que en el plazo de tres meses comunique al particular la decisión de tramitar o no tramitar el mismo o fije un plazo mayor para su estudio que, en ningún caso, será superior a seis meses. El silencio de la Administración o de la entidad que corresponda equivaldrá a la no aceptación del estudio. En el supuesto de que el estudio de viabilidad culminara en el otorgamiento de la correspondiente concesión, salvo que dicho estudio hubiera resultado insuficiente de acuerdo con su propia finalidad, su autor tendrá derecho en la correspondiente licitación a 5 puntos porcentuales adicionales a los obtenidos por aplicación de los criterios de adjudicación establecidos en el correspondiente pliego de cláusulas administrativas particulares. Para el caso de que no haya resultado adjudicatario tendrá derecho al resarcimiento de los gastos efectuados para su elaboración, incrementados en un 5 por cien como compensación, gastos que podrán imponerse al concesionario como condición contractual en el correspondiente pliego de cláusulas administrativas particulares. El importe de los gastos será determinado en función de los que resulten justificados por quien haya presentado el estudio.

Dialogo competitivo

Altra possibile soluzione operativa finalizzata a consentire al promotore, pur in assenza del diritto di prelazione, di non disperdere il vantaggio competitivo derivante dalla presentazione della proposta potrebbe derivare da una modifica dell'articolo 193 del d.lgs. 36/2023, prevedendo di avviare sui contenuti principali della proposta del promotore una procedura di dialogo competitivo modellata in conformità alle previsioni dell'art. 74 del Dlgs 36/2023. Nel contesto di un modello procedurale di questo tipo, infatti, potrebbe trovarsi un punto di equilibrio tra l'imprescindibile esigenza di preservare l'idea progettuale del privato e quella di garantire un effettivo confronto concorrenziale.

Una giurisprudenza risalente si è pronunciata favorevolmente rispetto all'utilizzo del dialogo competitivo nell'ambito di una procedura di project financing³¹

Si ricorda che il "dialogo competitivo" è una procedura speciale dell'evidenza pubblica, espressamente definita dal d.lgs. 36/2023 come una procedura in cui la stazione appaltante avvia un dialogo con i candidati ammessi per elaborare una o più soluzioni idonee a soddisfare il proprio fabbisogno, sulla cui base i candidati selezionati sono poi invitati a presentare le offerte. La definizione positiva è oggi collocata nell'art. 3, comma 1, lett. i), allegato I.1. del d.lgs. 36/2023,

La disciplina di dettaglio è contenuta nell'art. 74 del d.lgs. 36/2023 e va letta in coordinamento con le regole comuni sulle procedure flessibili. In particolare: la scelta del dialogo competitivo ricade nel novero delle "procedure di scelta del contraente diverse da quelle ordinarie" e presuppone l'impossibilità, per l'amministrazione, di definire *ex ante* i mezzi tecnici o giuridici idonei a soddisfare il bisogno, ovvero di valutare adeguatamente ciò che il mercato può offrire; resta ferma, lungo tutto il confronto concorrenziale, l'osservanza degli obblighi di riservatezza e di parità di trattamento, incluse le cautele sulla confidenzialità delle soluzioni proposte da ciascun operatore. È inoltre ammessa, nel rispetto dei

³¹ Nell'ambito di una procedura di project financing per "appalti particolarmente complessi", è legittimo il sistema seguito dalla commissione raffrontabile al metodo del "dialogo competitivo", introdotto dall'art. 29 della direttiva appalti 2004/18/CE del 31 marzo 2004. La condivisione risponde alla duplice esigenza logica e razionale di salvaguardare i termini essenziali del progetto di costruzione e gestione - come definiti nella fase del promotore e migliorati in quella di licitazione privata per la selezione dei competitori - e di definire un terreno comune chiaro e certo sul quale misurare la negoziazione (T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 17.06.2004, n. 9751, non appellata).

criteri e dei requisiti minimi, la limitazione del numero di candidati/soluzioni, secondo quanto stabilito nei documenti di gara.

Operativamente, il procedimento si articola in una fase di preselezione dei candidati e di avvio del dialogo con gli ammessi, seguita dall'invito alla presentazione delle offerte finali basate sulle soluzioni emerse in sede di confronto. L'invito deve essere simultaneo e non discriminatorio e tale da garantire misurabilità e comparabilità delle offerte. L'aggiudicazione avviene secondo il criterio del miglior rapporto qualità/prezzo.

La funzione proinnovazione del dialogo competitivo emerge nei casi di appalti complessi, progetti infrastrutturali integrati o iniziative che richiedono soluzioni tecniche, finanziarie o giuridiche non standardizzabili, nonché quando occorrono attività di adattamento/progettazione (ad esempio, forniture tecnologiche sofisticate o servizi professionali ad elevato contenuto intellettuale). In tali contesti, il confronto strutturato con il mercato consente di individuare correttamente il fabbisogno e individuare la soluzione progettuale più idonea, anche per effetto di una gestione per fasi del dialogo con eventuale riduzione progressiva delle soluzioni/concorrenti secondo i criteri preannunciati. Rimane, inoltre, la possibilità di ricorrere al dialogo competitivo anche laddove, in precedenza, le procedure aperte o ristrette abbiano prodotto esclusivamente offerte inammissibili ai sensi dell'art. 70, comma 4.

In sintesi, rispetto al modello tradizionale a oggetto predeterminato, il dialogo competitivo valorizza l'autonomia negoziale pubblica entro confini rigorosi di concorrenza, trasparenza e parità, risultando particolarmente coerente con mercati caratterizzati da innovazione continua e da asimmetrie informative a favore degli operatori economici. La procedura copre "tutti gli aspetti dell'appalto" necessari a definire i mezzi più idonei a soddisfare le esigenze della stazione appaltante, fermo l'obbligo di fissare *ex ante* requisiti minimi e criteri di valutazione e di gestire il confronto nel rispetto della riservatezza delle soluzioni presentate.

Il modello del dialogo competitivo, opportunamente strutturato con riferimento alle procedure di project financing, avrebbe quale elemento positivo la possibilità di gestire il confronto competitivo su tavoli separati, mantenendo la riservatezza delle singole soluzioni, ma ha come elemento negativo un notevole grado di complessità che potrebbe scoraggiare le stazioni appaltanti qualificate che hanno

minore dimestichezza con lo strumento (che, in effetti, non risulta utilizzato frequentemente dalle stazioni appaltanti).

Ciascuna misura presenta degli elementi di interesse, che devono tuttavia essere opportunamente calibrati in funzione degli effetti (e non scoraggiare la promozione di proposte ad impulso privato).

6.2 Rimborsi e "diritti di co-progettazione" sotto presidi pro-concorrenziali

In tale senso, diritti a rimborsi proporzionati agli investimenti (anche di *know how*) effettuati, potrebbero agevolare il superamento delle ipotesi di arricchimento senza causa. Non trascurabile anche l'ipotesi, come detto, già segnalata in passato dal Consiglio di Stato³², di prevedere punteggi premiali come misura alternativa alla prelazione.

7. Conclusioni

La sentenza Urban Vision segna un punto di non ritorno: il diritto di prelazione del promotore, in quanto facoltà di allineamento postumo riservata a un solo operatore, non è compatibile con il diritto dell'Unione.

L'effetto interpretativo *ex tunc* impone la disapplicazione del meccanismo in tutte le procedure non esaurite, a prescindere dal codice *ratione temporis* applicabile.

Il correttivo 2024, pur avendo reso contendibile la selezione della proposta base, non risolve il *vulnus* dove mantenga l'opzione di prelazione in bando; la messa in mora dell'8 ottobre 2025 indica con chiarezza la traiettoria di conformazione. Resta aperto, e anzi necessario, lo spazio per un modello italiano di *unsolicited proposals* che incentivi l'iniziativa privata senza intaccare l'eguaglianza concorrenziale: rimborsi *ex ante* e verificati, consultazioni strutturate, uso calibrato di dialogo competitivo e negoziazione, ed eventuali premialità tecniche rigorosamente predeterminate e proporzionate.

³² Cfr. CONSIGLIO DI STATO, 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" – III- Relazione agli articoli e agli allegati, Roma 7 dicembre 2022, Pagg. 206 e ss., cit (cfr nota 6).

Nell'immediato, amministrazioni e operatori dovranno gestire la transizione adeguando bandi e avvisi, informando i partecipanti della disapplicazione della prelazione e preservando la stabilità della graduatoria fondata sull'offerta migliore. Sul piano legislativo, l'eliminazione della prelazione e l'innalzamento degli *standard* di pubblicità e criteri nella fase preliminare appaiono oggi il percorso più lineare per assicurare concorrenza effettiva, certezza giuridica e capacità di attrarre investimenti privati nel PPP italiano.

Bibliografia

AMORELLI, *Contratti della pubblica amministrazione e finanza di progetto ("Project Financing")*, in *Il Foro Italiano*, 2025, III, 1, nota a Cons. Stato, sez. V, ordinanza 25 novembre 2024, n. 9449)

Antonino ILACQUA, *"Il project financing" nel nuovo codice dei contratti pubblici tra principi immutabili e procedure semplificate*, in *Il Nuovo Diritto delle Società*, 9/2024, pp. 1517-1545

Antonio IULIANO, *Diritto di prelazione nella finanza di progetto e tutela della concorrenza: un dibattito mai sopito*, in *Laboratorio per l'Innovazione Pubblica*, 2023.

Adolfo Mario BALESTRIERI, *La sequenza di regimi della finanza di progetto: questioni vecchie e nuove sul diritto di prelazione*, in *Urbanistica e appalti* 5/2009, pp. 525-532

Alceste SANTUARI e Luca ZAMBELLI, *"Project financing e diritto di prelazione: commento alla sentenza della corte di giustizia dell'unione europea, 5 febbraio 2026, c-810/24. Quali impatti sulla gestione degli impianti sportivi?"* in *Diritto dello Sport*,

Aniello VIGONE, *Merloni-ter in pillole*, in *Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, 23-24/1998, pp. 2278-2286

Antonio TULLIO, *La finanza di progetto: profili civilistici*, Milano, 2003

Carlo NOVIK, *Osservazioni a Consiglio di Stato, sez. V, ordinanza 25 novembre 2024 n. 9449* in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 1/2025, pp. 179-181
Claudio GUCCIONE, Maria FERRANTE ed Ivo ALLEGRO, *"PPP senza prelazione: ecco come salvare le gare in corso in base allo stadio della procedura"*, in *NT+ Enti Locali & Edilizia - Norme & Tributi Plus*, 19 febbraio 2026

Caterina VINTI, *"La scelta del promotore nel nuovo codice dei contratti pubblici. Tra assenza di disciplina e principi eurounitari"* in *amministrativamente*, *Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo*, Fascicolo n. 3/2025

Claudio CONTESSA, *"La prelazione in favore del promotore nelle operazioni di PF: panoramica sull'istitu-*

to e profili di legittimità” in *Orizzonte PPP*, settembre-dicembre 2025, pp. 25 e ss

Claudio DE MASI - Anna MASSI, *Le innovazioni introdotte dalla Merloni-ter alla legge quadro in materia di lavori pubblici. Finanziamento privato delle opere pubbliche e progettazione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2/1999, pp. 136-142

Filippo BONGIOVANNI, *“Project financing, Corte dei conti: stop alla prelazione anche sulle gare in corso”*, in *NT+ Enti Locali & Edilizia - Norme e Tributi Plus*, 27 febbraio 2026

Francesco FAUSTINELLA, *Partenariato pubblico-privato e nuovo codice dei contratti pubblici. Conferme, “rivoluzioni” e spigolature*, in *Rivista della Corte dei Conti*, 5/2024, pp. 77-89.

Giampiero FORTUNATO, *La nuova finanza di progetto nel decreto correttivo. Più ombre o più luci?* In *Appalti e Contratti*, 11/2024, pp. 24-30

Gianfrancesco FIDONE - Biancamaria RAGANELLI, *Finanza di progetto e diritto comunitario: compatibilità con il principio di parità di trattamento della c.d. “prelazione” del promotore*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario* 3-4/2005, pp. 949-973

Gianfrancesco FIDONE, *Procedure per l'affidamento di concessioni di lavori pubblici con prelazione per il promotore. Casi e problematicità nella disciplina della finanza di progetto successiva al terzo correttivo*, in *Rassegna Avvocatura dello Stato* 3/2010, pp. 285-303

Gianfrancesco FIDONE, *Procedure per l'affidamento di concessioni di lavori pubblici con prelazione per il promotore: casi e problematicità nella disciplina della finanza di progetto successiva al terzo correttivo*, in *Appalti e Contratti* 5/2010, pp. 27-40

Giovanna MARCHIANÒ, *Sul grado di interazione tra sistema giuridico e sistema economico: il caso del promotore nella finanza di progetto*, in *Munus*, 2/2012, pp. 339-380.

Giuliano TAGLIANETTI, *“La finanza di progetto alla prova del diritto dell’Unione Europea: prime considerazioni sulla procedura di infrazione avviata nei confronti dell’Italia”*, in *Quaderni AISDUE - Rivista quadrimestrale*, Fascicolo n. 1/2026, pp. 1 e ss

Giulio NAPOLITANO, *Il correttivo al Codice dei contratti pubblici*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 2/2025, , pp. 181-184

Giuseppe FALCONE, *Il project financing pubblico nella Merloni-ter* in *Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, 4/1999, pp. 353-360

Lavinia ZANGHI BUFFI, *La finanza di progetto*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 2/2025, , pp. 201-206

Livia LORENZONI, *L’esercizio del diritto di prelazione da parte del promotore nella finanza di progetto*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2/2024, pp. 253-263

M. TRUDU, *L’eliminazione del diritto di prelazione per il promotore e la Gain redemption clause*, in *Azienditalia*, 23/2007, p. 1235.

Maria GIORDANO, *Partenariato pubblico privato, concessioni, finanza di progetto e altre figure contrattuali*, in *Rivista Giuridica dell’Edilizia*, 3/2025, 2, pp. 227-264

Mario TOCCI, *“La finanza di progetto nelle concessioni autostradali (e non solo) in rapporto al diritto eurounitario”*, in *dirittifondamentali.it*, 2/2020, pp.196-209

Massimo RICCHI e L. GEMINIANI, *PPP, Finanza di progetto e diritto di prelazione. Clausole negoziali a difesa dei rischi di limitazione della concorrenza*, in *Unità Tecnica Finanza Di Progetto*, 2007. disponibile su <https://www.programmazioneeconomica.gov.it/media/gv1npssg/7-utfp-la-nuova-finanza-di-progetto-nel-codice-dei-contratti.pdf>

Massimo RICCHI e MICHELE COZZIO, *Prime note alla sentenza della corte di giustizia UE in tema di finanza di progetto e diritto di prelazione*, in *Appalti & Contratti*, 4 marzo 2026.

Massimo RICCHI, *Il diritto di prelazione nel codice dei contratti: finanza di progetto, efficienza, law & economics*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 1/2011, pp. 139-153

Massimo RICCHI, *Il diritto di prelazione nel codice dei contratti: finanza di progetto, efficienza, law & economics*, in C. Franchini e F. Tedeschini (a cura di), *Una nuova pubblica amministrazione: aspetti proble-*

matici e prospettive di riforma dell'attività contrattuale, Torino, G. Giappichelli Editore, 2009, p. 258.

Massimo RICCHI, *Project financing, dopo il correttivo concorrenza tutelata anche con la prelazione*, in *NT+ Enti Locali & Edilizia - Norme & Tributi Plus*, 25 febbraio 2026

Pelino SANTORO, *Gli appalti pubblici dopo la legge 415/98*, in *Appalti urbanistica edilizia*, 2/1999, pp. 75-82

Pietro DE FRANCISCIS, *La nuova disciplina degli appalti di opere pubbliche in L'Amministrazione italiana* 12/2000, pp. 1714-1722

Rosalba CORI, Cristina GIORGIANTONIO e Ilaria PARADISI, *Allocazione dei rischi e incentivi per il contraente privato: un'analisi delle convenzioni di project financing in Italia*, in *Banca d'Italia, Questioni di Economia e Finanza (Occasional papers)*, Numero 82 - Dicembre 2010

Ugo RUFFOLO, *Autonomia privata e "privatizzazione" -estesa alle procedure- nella "Merloni-ter"*, in *Responsabilità comunicazione impresa*, 1/1999, pp. 53-65

Velia Maria LEONE, *"PPP, indennizzo al promotore battuto per superare lo stop Ue alla prelazione"*; *NT+ Enti Locali & Edilizia - Norme & Tributi Plus*, febbraio 2026

Marcello CLARICH - Andrea NARDI, *Una decisione che può segnare la fine de modello del "project financing"*, in *NT+ Enti Locali & Edilizia - Norme & Tributi Plus*, n. 5, 5 febbraio 2025



DB non solo
diritto
bancario

A NEW DIGITAL EXPERIENCE

 **dirittobancario.it**
