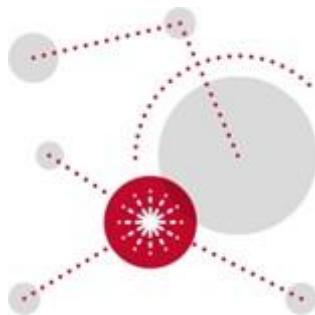


Project financing e diritto UE: cosa resta della prelazione

**Focus Team Infrastrutture,
Energia e Transizione Ecologica**



Focus Team Leader

Catia Tomasetti
catia.tomasetti@belex.com
tel. +39 06 845511



Catia Tomasetti
catia.tomasetti@belex.com
Tel. +39 06 845511

Giovanna Zagaria
giovanna.zagaria@belex.com
Tel. +39 06 845511

Francesco Marone
francesco.marone@belex.com
Tel. +39 02 771131

Aleksandar Mitrovic
aleksandar.mitrovic@belex.com
Tel. +39 02 771131

Alessia Ballatore
alessia.ballatore@belex.com
Tel. +39 02 771131

Con sentenza del 5 febbraio 2026, la Corte di Giustizia dell’Unione Europea ha dichiarato la contrarietà al diritto dell’Unione del diritto di prelazione in favore del soggetto promotore, previsto dal (previgente) codice dei contratti pubblici nelle procedure di *project financing*, per violazione dei principi di parità di trattamento e di concorrenza sanciti dalla direttiva 2014/23/UE (sulle concessioni), nonché della libertà di stabilimento di cui all’articolo 49 TFUE¹.

2. Il quadro normativo

La sentenza della CGUE si pronuncia sulla questione pregiudiziale sollevata dal Consiglio di Stato² in relazione al diritto di prelazione nelle procedure di finanza di progetto.

Com’è noto, tale istituto consente al soggetto promotore che, all’esito della procedura di gara, non risulti aggiudicatario del contratto, di adeguare la propria offerta a quella presentata dal concorrente primo in graduatoria, ottenendo così l’aggiudicazione. A fronte dell’esercizio del diritto di prelazione, l’aggiudicatario originario ha, poi, diritto al rimborso delle spese sostenute per la predisposizione dell’offerta, entro il limite massimo del 2,5% del valore stimato dell’investimento.

Il diritto di prelazione, previsto dall’articolo 183, comma 15, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (codice dei contratti pubblici previgente, oggetto del giudizio della Corte di Giustizia), è stato successivamente riprodotto all’articolo 193, comma 8, del decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36, ed è stato confermato dal c.d. “*decreto correttivo*”, che oggi colloca la disciplina della prelazione al comma 12 del medesimo articolo³.

¹ Cfr. Corte di Giustizia dell’Unione Europea, sez. II, sentenza 5 febbraio 2026, causa C-810/24.

² Cfr. Consiglio di Stato, sez. V, ordinanza 25 novembre 2024, n. 94494.

³ Così l’art. 193, comma 12, decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36 nella versione oggi vigente: «*Se il promotore ovvero il proponente non risulta aggiudicatario, può esercitare, entro quindici giorni dalla comunicazione dell’aggiudicazione, il diritto di prelazione e divenire aggiudicatario se dichiara di impegnarsi ad adempiere alle obbligazioni contrattuali alle medesime condizioni offerte dall’aggiudicatario. Se il promotore ovvero il proponente non risulta aggiudicatario e non esercita la prelazione ha diritto*

3. La questione pregiudiziale sollevata dal Consiglio di Stato

Il rinvio pregiudiziale trae origine dal dubbio circa la compatibilità del diritto di prelazione previsto dall'ordinamento italiano con il diritto dell'Unione, in assenza di una specifica disciplina nella direttiva 2014/23/UE sulle concessioni.

In particolare, i giudici di Palazzo Spada hanno osservato che la disciplina italiana della prelazione di cui all'articolo 183, comma 15, del d.lgs. 50/2016, se da un lato premia – e quindi incentiva – l'iniziativa del privato che si assume l'onere di formulare una proposta senza poter conoscere in anticipo i rischi e l'esito della procedura, dall'altro lato garantisce comunque l'aggiudicazione al promotore anche quando l'offerta economicamente più vantaggiosa sia stata presentata da altro concorrente. Ne deriva che l'istituto non premia necessariamente il soggetto che ha presentato l'offerta preferibile per l'amministrazione, giacché, altrimenti, non si renderebbe necessario esercitare la prelazione.

L'ordinanza di rinvio evidenzia, tuttavia, anche argomenti a sostegno della legittimità dell'istituto. Tra questi, il considerando n. 68 della direttiva 2014/23/UE, nella parte in cui ammette una certa «*flessibilità nel definire e organizzare la procedura di selezione del concessionario*», nonché l'articolo 41, paragrafo 3, che consente all'amministrazione aggiudicatrice, in presenza di una «*soluzione innovativa*», di modificare in via eccezionale l'ordine dei criteri di aggiudicazione, purché ciò non determini discriminazioni. Viene inoltre richiamata l'attitudine della prelazione a favorire l'efficacia dell'azione amministrativa, riducendo tempi e risorse per la realizzazione di opere pubbliche e valorizzando l'iniziativa privata, anche in attuazione del principio di sussidiarietà di cui all'articolo 118 della Costituzione.

Ciò nondimeno, rammentando che l'obiettivo primario del diritto dell'Unione in materia di contratti pubblici è la massima apertura alla concorrenza e fermi i rilievi che precedono, il Consiglio di Stato ha rilevato una possibile sproporzione dell'istituto. In particolare, ha osservato come possano essere ipotizzati strumenti alternativi idonei a incentivare l'iniziativa del promotore con un impatto meno invasivo sull'equilibrio concorrenziale, quali l'attribuzione di un punteggio premiale o l'utilizzo di moduli procedurali flessibili (ad esempio, il dialogo competitivo).

al pagamento, a carico dell'aggiudicatario, dell'importo delle spese per la predisposizione della proposta, comprensive anche dei diritti sulle opere dell'ingegno. L'importo complessivo delle spese rimborsabili non può superare il 2,5 per cento del valore dell'investimento, come desumibile dal progetto di fattibilità posto a base di gara. Se il promotore ovvero il proponente esercita la prelazione, l'originario aggiudicatario ha diritto al pagamento, a carico del promotore ovvero del proponente, dell'importo delle spese documentate ed effettivamente sostenute per la predisposizione dell'offerta nei limiti di cui al terzo periodo».

Alla luce di tali considerazioni, il Consiglio di Stato ha sottoposto alla Corte di Giustizia la seguente questione pregiudiziale: «*se i principi di libertà di stabilimento e libera prestazione di servizi di cui agli artt. 49 e 56 TFUE, nonché la direttiva n. 2014/23/UE, interpretati alla luce dei principi di proporzionalità, buona amministrazione ed efficienza, 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».*

4. La decisione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea

Come anticipato, la Corte di Giustizia ha concluso nel senso dell'incompatibilità del diritto di prelazione nelle procedure di *project financing* con il diritto dell'Unione, sotto diversi profili.

In primo luogo, la Corte ha ritenuto che il diritto di prelazione, nella formulazione prevista dal codice previgente, leda il principio di parità di trattamento⁴, in quanto consente al promotore di modificare la propria offerta successivamente al suo deposito, al fine di allinearla alle condizioni proposte dall'aggiudicatario inizialmente individuato.

Per tale via, l'istituto è altresì idoneo a produrre effetti anticoncorrenziali, in violazione dell'articolo 41, paragrafo 1, della direttiva 2014/23/UE, che impone la valutazione delle offerte «*in condizioni di concorrenza effettiva*».

In secondo luogo, proprio in ragione di tali profili, la Corte ha ravvisato nel diritto di prelazione una restrizione non giustificata alla libertà di stabilimento, poiché esso è suscettibile di dissuadere operatori economici di altri Stati membri dal partecipare alle procedure di finanza di progetto⁵.

5. Sugli effetti della pronuncia della Corte di Giustizia

La sentenza della Corte di Giustizia impone di distinguere gli effetti della pronuncia in relazione alla disciplina applicabile *ratione temporis*.

È prevedibile un impatto particolarmente rilevante sulle procedure soggette al codice previgente (d.lgs. 50/2016) e a quelle disciplinate dal codice vigente (d.lgs. 36/2023) nella versione anteriore al c.d. “correttivo” – e dunque sulle procedure avviate prima del 31 dicembre 2024 – essendo difficilmente immaginabile l'esercizio del diritto di prelazione senza l'insorgere di un contenzioso.

⁴ Il principio della parità di trattamento è sancito dall'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva (UE) 2014/23.

⁵ Come noto, la libertà di stabilimento è sancita dall'articolo 49 TFUE e può essere giustificata esclusivamente da motivi di ordine pubblico, pubblica sicurezza e sanità pubblica ai sensi dell'articolo 52, paragrafo 1, TFUE.

Più articolata appare, invece, la valutazione con riferimento all'assetto normativo attualmente vigente. Come detto, l'articolo 193 del d.lgs. 36/2023 è stato modificato dal c.d. *“decreto correttivo”* anche al fine di rispondere ai rilievi sollevati dalla Commissione europea, introducendo una fase competitiva già al momento della presentazione delle proposte di *project financing*⁶.

La previsione di un confronto concorrenziale in una fase procedimentale antecedente alla nomina del promotore potrebbe, in ipotesi, far considerare legittima la previsione del diritto di prelazione. Tuttavia, tale modifica non sembra, di per sé, idonea a superare una delle criticità centrali individuate dalla Corte di Giustizia con riferimento al quadro normativo precedente, ossia il fatto che l'esercizio della prelazione consente di rimettere in discussione la graduatoria stabilita dall'amministrazione aggiudicatrice all'esito della procedura di gara, autorizzando di fatto il promotore a modificare la propria offerta al fine di allinearla a quella dell'aggiudicatario. Una simile facoltà si pone, infatti, in contrasto con il principio di immodificabilità dell'offerta, che la giurisprudenza UE qualifica da tempo come uno dei cardini delle procedure di evidenza pubblica, strettamente connesso ai principi di parità di trattamento e di trasparenza

La questione è aperta e non è escluso che vi sia un ulteriore intervento del legislatore, tenuto conto che anche con riferimento al *“decreto correttivo”* la Commissione ha avviato una procedura di infrazione. In particolare, si eccepisce che le modifiche apportate all'art. 193 del d.lgs. 36/2023, non sarebbero sufficienti a superare le criticità rilevate in precedenza, giacché la previsione del diritto di prelazione continuerebbe a porsi in contrasto con l'obbligo di valutare le offerte in condizioni di concorrenza effettiva, non discriminazione e parità di trattamento⁷. In tale prospettiva, secondo la Commissione, la gara per l'affidamento della concessione prevista dalla normativa italiana rischierebbe di ridursi a un adempimento meramente formale, il cui esito dipenderebbe essenzialmente dalla scelta unilaterale del promotore di esercitare la prelazione⁸.

⁶ La (non) conformità del quadro normativo italiano alle direttive del 2014 sui contratti pubblici è stata oggetto di una lettera di costituzione in mora del 25 gennaio 2019, di una lettera di costituzione in mora complementare del 28 novembre 2019 e di una seconda lettera di costituzione in mora complementare del 6 aprile 2022. A seguito dell'adozione del decreto legislativo 23 aprile 2023, n. 36, recante la nuova disciplina italiana dei contratti pubblici, i servizi della Commissione hanno sollevato alcuni rilievi, formalizzati nella lettera amministrativa del 12 novembre 2024. È, dunque, alla luce (anche) di tale contesto che il legislatore italiano ha adottato il decreto legislativo 31 dicembre 2024, n. 209, recante disposizioni integrative e correttive al codice (c.d. *“decreto correttivo”*).

⁷ Cfr. lettera della Commissione europea dell'8 ottobre 2025, procedura INFR(2018)2273 – C(2025)6082.

⁸ Testualmente: *«La stessa previsione nel bando di gara di un tale diritto di prelazione (articolo 193, comma 9) azzera o comunque ridimensiona significativamente l'interesse di altri operatori a preparare una offerta, spesso complessa e costosa, in una gara in cui si percepisce che le possibilità concrete di vittoria sono praticamente nulle. La gara si riduce così essenzialmente a un vuoto requisito burocratico con scarsissima valenza concorrenziale effettiva»*.

In una prospettiva *de jure condendo*, una possibile soluzione – volta a non eliminare integralmente un istituto che ha rappresentato un fattore centrale del successo del *project financing* negli ultimi anni – potrebbe consistere in una maggiore articolazione del procedimento, idonea a rafforzare le garanzie concorrenziali e ad assicurare l’effettività dei principi di parità di trattamento e non discriminazione nella fase competitiva antecedente alla dichiarazione di pubblica utilità, vale a dire quando l’amministrazione rende nota la proposta ricevuta e concede i termini per la presentazione, da parte di altri operatori economici, di proposte alternative relative al medesimo intervento (articolo 194, comma 4, d.lgs. 36/2023).

In tale prospettiva, si renderebbe forse necessario un ripensamento complessivo dell’architettura della procedura di affidamento, da ricostruire come un procedimento unitario culminante nell’aggiudicazione di una concessione, integralmente assoggettato alle regole stabilite dalla direttiva 2014/23/UE, tra cui la pubblicazione di un bando – e non di un mero “avviso pubblico”, come avviene nell’attuale assetto – recante criteri di aggiudicazione oggettivi e previamente determinati.

Né può escludersi che il legislatore possa tornare a valutare soluzioni alternative già considerate in sede di approvazione del “*correttivo*”, quali l’eliminazione del diritto di prelazione a favore dell’attribuzione di un punteggio premiale per il soggetto che per primo presenta la proposta.

Resta tuttavia da verificare se simili soluzioni possano, in concreto, rivelarsi sufficienti a superare le criticità oggetto della procedura di infrazione avviata dalla Commissione europea e se esse consentano realmente di tenere soddisfatte le condizioni di compatibilità con il diritto dell’Unione come delineate dalla Corte di Giustizia nella sentenza in commento, alla luce dell’esigenza – più volte ribadita – che le procedure pubbliche si svolgano in condizioni di concorrenza effettiva e di piena parità di trattamento.

Allo stato attuale, in attesa del “seguito” legislativo della sentenza del 5 febbraio scorso, non può escludersi che la Corte di Giustizia sia chiamata a pronunciarsi nuovamente sulla disciplina nazionale del *project financing*. Ciò potrebbe avvenire anche nelle more della definizione della procedura di infrazione avviata dalla Commissione, con la possibilità che la Corte estenda conclusioni non dissimili da quelle espresse nella pronuncia in commento, anche con riferimento a gare assoggettate, *ratione temporis*, al d.lgs. 36/2023.



Focus Team Infrastrutture, Energia e Transizione Ecologica

Il *Focus Team* è una costellazione di competenze in diversi campi di attività con un *focus* sulle infrastrutture, sull’energia e sulla transizione ecologica.

[Catia Tomasetti](#)
Bancario & Finanziario

[Giuseppe Manzo](#)
Societario

[Niccolò Baccetti](#)
Societario

[Francesca Marchetti](#)
Bancario & Finanziario

[Enrico Chieppa](#)
Litigation & Dispute Resolution

[Fulvio Marvulli](#)
Societario

[Paolo Daino](#)
Societario

[Massimo Merola](#)
Diritto dell’Unione europea e antitrust

[Francesca Di Carpegna Brivio](#)
Societario

[Francesca Peruzzi](#)
Societario

[Michele Dimonte](#)
Fiscale

[Augusto Praloran](#)
Societario

[Roberto Flammia](#)
Bancario & Finanziario

[Alessandro Rosi](#)
Amministrativo

[Giorgio Frasca](#)
Bancario & Finanziario

[Alberto Saravalle](#)
Societario

[Biagio Giliberti](#)
Amministrativo

[Emanuela Spinelli](#)
Diritto Penale

[Gabriele Malgeri](#)
Bancario & Finanziario

[Giovanna Zagaria](#)
Bancario & Finanziario

[Marco Giovanni Mancino](#)
Legal Risk, Compliance & Investigations

Practice di Amministrativo

[Raffaele Cassano](#)

[Alessandro Rosi](#)

[Biagio Giliberti](#)

[Francesco Marone](#)