

La finanza di progetto è una specie del genere delle concessioni ed il suo regime è disciplinato dall'art. 193 del d.lgs. n. 36/2023 (Codice dei contratti pubblici). Prima, dall'art. 183 del d.lgs. n. 50/2016.

Il tratto distintivo della finanza di progetto è senz'altro il diritto di prelazione: in gara il promotore o il proponente può vincere rispetto alla migliore offerta del concorrente, se si impegna formalmente ad eseguire il contratto di concessione alle medesime condizioni offerte dal concorrente.

In altri termini, chi ha formulato l'offerta migliore può essere superato dal promotore o dal proponente, ove quest'ultimo dichiara di accettare le stesse condizioni offerte dall'aggiudicatario (provvisorio, evidentemente). Certo, l'aggiudicatario, vinto dall'altrui esercizio del diritto di prelazione, può consolarsi con la corresponsione da parte del promotore o proponente dell'importo delle spese documentate ed effettivamente sostenute per la predisposizione dell'offerta, nei limiti del 2,5% del valore dell'importo investito.

Ma il diritto di prelazione nella procedura di finanza di progetto è compatibile con il diritto unionale?

La questione è da sempre al centro dell'attenzione degli interpreti e recentemente è tornata alla ribalta. Il Consiglio di Stato (sez. V, ordinanza 25 novembre 2024, n. 9449) aveva sollevato la questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione europea, dubitando che la prelazione fosse rispettosa del diritto dell'Unione: in particolare della direttiva concessioni (2014/23/UE), della direttiva servizi (2006/123/CE) e dei principi di libertà di stabilimento (art. 49) e di libera prestazione dei servizi (art. 56), scolpiti nel Trattato.

La Corte di Giustizia con la sentenza 5 febbraio 2026 (C-810/24, *Urban Vision S.p.A., c. Comune di Milano*) ha demolito la prelazione. Essa viola il principio di parità di trattamento, posto che il promotore o il proponente modifica la propria offerta iniziale, avvantaggiandosi rispetto al concorrente; così la prelazione costituisce una misura anticoncorrenziale, dal momento che le offerte non vengono valutate in condizioni di concorrenza effettiva. Neppure la flessibilità in capo alle amministrazioni aggiudicatrici nel definire le procedure di selezione del concessionario può pregiudicare il principio di parità di trattamento; così come all'amministrazione aggiudicatrice è consentito modificare solo in via eccezionale l'ordine dei criteri di aggiudicazione, ma la prelazione non è affatto eccezionale. Infine, la prelazione viola anche la libertà di stabilimento (art. 49 del Trattato), perché può dissuadere gli operatori economici degli Stati membri dal partecipare ad una procedura di finanza di progetto.

È vero che la sentenza della Corte di Giustizia si riferisce alla prelazione disciplinata dall'art. 183 del previgente d.lgs. n. 50/2016, ma è altrettanto vero che l'attuale versione normativa della prelazione (art. 193 del d.lgs. n. 36/2023) sembra violare allo stesso modo il diritto unionale. Ciò anche se il decreto correttivo (d.lgs. 209/2024) aveva introdotto una sorta di momento concorrenziale anticipato rispetto alla gara vera e propria. Una forma di comparazione sulla base di criteri non meglio definiti, con la conseguenza di un'ampia e forse eccessiva discrezionalità in capo al concedente.

Comunque sia, alla fine, sempre gara è, in esito alla quale l'esercizio del diritto di prelazione può far vincere non il miglior offerente, ma il promotore o il proponente, ove esso, modificando la propria offerta, si adegui a quella dell'aggiudicatario.

Non pare che il vigente art. 193 del Codice dei contratti possa resistere alle censure della Corte; non a caso esso è oggetto di una procedura di infrazione da parte della Commissione dell'Unione europea, avviata con nota 8 ottobre 2025. Per il vero, la Commissione non solo ritiene la prelazione incompatibile con i visti principi di parità di trattamento, di concorrenza effettiva, di non discriminazione, ma la censura a tutto tondo, anche con riferimento (i) alla fase dell'individuazione del progetto da mettere a gara, (ii) ai profili dell'inadeguatezza delle forme di pubblicazione e del livello di pubblicità e trasparenza, (iii) all'assenza di criteri oggettivi, che governino il procedimento di comparazione a valle della presentazione della proposta.

Insomma, tutto congiura contro la prelazione.

È difficile pensare che le amministrazioni aggiudicatrici, prima, ed il giudice amministrativo, poi, non tengano conto dei principi affermati dalla Corte di Giustizia anche in riferimento ai procedimenti in corso, governati dal vigente Codice dei contratti; sussistono pur sempre i principi di primazia del diritto unionale e dell'obbligo di disapplicare la norma nazionale in contrasto con esso.

La parola, ora, passa alle amministrazioni, che si troveranno a dover decidere se applicare ancora il diritto di prelazione o se disapplicarlo.

Alessandro Veronese