Finanza di progetto: la Corte UE dichiara incompatibile con le norme dell'Unione il diritto di prelazione del promotore

18 Febbraio 2026

La Corte di Giustizia dell'Unione europea, con la sentenza del 5 febbraio 2026 (causa C-810/24), ha dichiarato incompatibile con il diritto UE il meccanismo che consente al promotore di subentrare all'aggiudicatario adeguando la propria offerta grazie all'esercizio del diritto di prelazione.

1. Il caso

Il contenzioso trae origine da una concessione bandita dal Comune di Milano per la realizzazione e gestione di servizi igienici pubblici automatizzati, finanziata mediante lo sfruttamento di impianti pubblicitari. Dopo l'aggiudicazione iniziale ad un diverso operatore economico, il raggruppamento promotore ha esercitato la prelazione prevista dall'art. 183, comma 15, del d.lgs. 50/2016, allineando la propria offerta a quella vincente e ottenendo il contratto.

A seguito dell'impugnazione proposta dall'originario aggiudicatario, la controversia è giunta dinanzi al Consiglio di Stato, che ha sollevato questione pregiudiziale chiedendo se tale disciplina fosse compatibile con i principi di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi di cui agli artt. 49 e 56 TFUE, con la direttiva 2014/23/UE in materia di concessioni, nonché con i principi di proporzionalità, buona amministrazione ed efficienza e con l'art. 12 della direttiva 2006/123/CE sui servizi.

2. Questioni **preliminari**

In via preliminare, la Corte ha qualificato il rapporto come concessione di lavori ai sensi dell'art. 5, punto 1) della direttiva 2014/23/UE. Tale qualificazione è stata ritenuta corretta poiché il corrispettivo dell'operatore consiste nel diritto di sfruttare economicamente gli impianti pubblicitari, con conseguente effettivo trasferimento del rischio operativo in capo al concessionario.

Muovendo da tale premessa, è stata esclusa l'applicabilità – prospettata dal giudice del rinvio – della direttiva 2006/123/CE, relativa ai servizi nel mercato interno, ritenendo la fattispecie integralmente riconducibile alla disciplina delle concessioni di cui alla direttiva 2014/23/UE, avente carattere assorbente.

I giudici di Lussemburgo hanno inoltre ricordato che la direttiva 2014/23 ha operato soltanto un coordinamento minimo delle procedure nazionali di aggiudicazione, fondato sui principi del TFUE. Ne deriva la necessità di verificare la compatibilità del diritto di prelazione anche con le libertà fondamentali.

In tale prospettiva, la Corte ha ritenuto che la lunga durata del rapporto concessorio e l'inserimento stabile e continuativo dell'operatore nel mercato nazionale configurino **un esercizio della libertà di**

stabilimento, e non una mera prestazione transfrontaliera di servizi. Pertanto, la disciplina deve essere valutata alla luce dell'art. 49 TFUE, restando irrilevante l'art. 56 TFUE.

3. Il diritto di prelazione e il principio di parità di trattamento

Nel merito, la Corte ha evidenziato come il diritto di prelazione comporti una rimessa in discussione della graduatoria stabilita dall'amministrazione aggiudicatrice, determinando un effettivo vantaggio per il promotore. Consentendogli di adeguare la propria offerta a quella dell'aggiudicatario, infatti, gli si permette*, de facto,* di modificare il prezzo originariamente indicato, in violazione delle regole che presidiano la fase di valutazione.

Tale meccanismo deve essere esaminato alla luce del principio di parità di trattamento, volto a garantire la massima apertura concorrenziale ed a porre tutti gli offerenti su un piano di effettiva uguaglianza. Corollario di tale principio è l'immodificabilità dell'offerta dopo il suo deposito.

In tale quadro, consentire, attraverso la prelazione, una modifica del prezzo da parte del solo promotore determinerebbe quindi un indebito vantaggio: l'operatore originariamente aggiudicatario, pur avendo presentato l'offerta economicamente più vantaggiosa, non si vedrebbe garantita l'aggiudicazione, con evidente alterazione del confronto concorrenziale.

La Corte non ha sottaciuto che, in suoi precedenti interventi, era stato ritenuto non implicante alcuna trattativa un meccanismo di scorrimento della graduatoria in appalti suddivisi in lotti. In quel caso, l'assegnazione del lotto secondario al secondo classificato – purché alle condizioni economiche del primo – era stata giudicata legittima in quanto funzionale a preservare la pluralità degli operatori e a mantenere un effettivo livello di concorrenza.

Nel caso di specie, invece, indipendentemente dalla valutazione circa l'esistenza o meno di una trattativa, il diritto di prelazione consente una modifica dell'offerta dopo il suo deposito, con effetti non pro-concorrenziali ma, al contrario, restrittivi della concorrenza. Ciò determina anche la violazione dell'art. 41 della direttiva 2014/23, che impone una valutazione delle offerte in condizioni di concorrenza effettiva.

È stato inoltre esaminato l'art. 30 della medesima direttiva, che riconosce alle amministrazioni ampia flessibilità organizzativa. Tuttavia, tale flessibilità deve sempre conformarsi ai principi di parità di trattamento e trasparenza di cui al precedente art. 3.

Parimenti, non può essere invocato l'art. 41, par. 3, che consente eccezionalmente di modificare l'ordine dei criteri di aggiudicazione in presenza di una soluzione innovativa: tale previsione presuppone una gara già avviata e impone nuove forme di pubblicità e garanzie procedurali, condizioni assenti nel caso concreto.

4. Il diritto di prelazione e la libertà di stabilimento

La Corte ha altresì ritenuto che il diritto di prelazione costituisca una restrizione alla libertà di stabilimento ex art. 49 TFUE, poiché può dissuadere operatori di altri Stati membri dal partecipare a procedure in cui il promotore gode di una "seconda chance".

Le giustificazioni indicate dal giudice a quo – legate alla valorizzazione dell'iniziativa privata e al principio di sussidiarietà orizzontale di cui all'art. 118 Cost. – non rientrano tra i motivi di ordine pubblico, sicurezza o sanità che, ai sensi dell'art. 52 TFUE, possono legittimare una siffatta restrizione.

5. Conclusioni

La pronuncia in esame censura l'istituto della prelazione, come prevista dall'articolo 183, comma 15, del previgente Codice dei contratti, di cui al D.lgs. n. 50/2016.

Al riguardo, va ricordato che analoghi rilievi sono stati sollevati, tra l'altro, dalla Commissione UE con riferimento alla finanza di progetto disciplinata dall'articolo 193 del nuovo Codice e ciò anche a seguito delle modifiche introdotte dal decreto correttivo n. 209/2024; in particolare, è stato evidenziato come il riconoscimento del diritto di prelazione in favore del promotore sia suscettibile di determinare, in concreto, una distorsione della concorrenza e di compromettere il principio di parità di trattamento tra gli operatori economici, incidendo sulla effettiva contendibilità della gara (su cui, vedi lettera dell'8 ottobre 2025).

Ciò posto, stante l'attuale situazione di incertezza giuridica, ANCE sta avviando tutte le più opportune valutazioni ed interlocuzioni per tornare ad avere un quadro giuridico più stabile e chiaro, in un'ottica di salvaguardia degli investimenti e di continuità delle iniziative, sia pure nel rispetto delle indicazioni europee.

Si allega il testo della Sentenza CGUE del 5 febbraio 2026 (causa C-810/24).

Allegati

CGUE_C810-24__05_Feb_2026
Apri

Per informazioni rivolgersi a:

Direzione Legislazione
Opere Pubbliche
Tel. 06 84567.224
E-Mail:
operepubbliche@ance.it