amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo (Classe A)

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Rivista di Ateneo dell'Università degli Studi di Roma "Foro Italico"

Direzione scientifica
Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei, Julián Espartero Casado

Direttore Responsabile
Gaetano Caputi

Redazione
Carlo Rizzo

FASCICOLO N. 2/2026

Estratto

Iscritta nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009

ISSN 2036-7821

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Comitato scientifico
Annamaria Angiuli, Antonio Barone, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Francesco Cardarelli, Enrico Carloni, Maria Cristina Cavallaro, Guido Clemente di San Luca, Andry Matilla Correa, Chiara Cudia, Gianfranco D'Alessio, Mariaconcetta D'Arienzo, Ambrogio De Siano, Ruggiero Dipace, Valentina Maria Donini, Luigi Ferrara, Pierpaolo Forte, Gianluca Gardini, Biagio Giliberti, Emanuele Isidori, Bruno Mercurio, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Alberto Palomar Olmeda, Attilio Parisi, Luca Raffaello Perfetti, Fabio Pigozzi, Alessandra Pioggia, Helene Puliat, Francesco Rota, Josè Manuel Ruano de la Fuente, Leonardo J. Sańchez-Mesa Martĩnez, Ramón Terol Gómez, Antonio Felice Uricchio.

Comitato editoriale
Jesús Avezuela Cárcel, Giuseppe Bettoni, Sveva Bocchini, Salvatore Bonfiglio, Vinicio Brigante, Sonia Caldarelli, Giovanni Cocozza, Andrea Marco Colarusso, Sergio Contessa, Beatrice Coppa, Giuseppe Doria, Manuel Delgado Iribarren, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Jakub Handrlica, Margherita Interlandi, Laura Letizia, Giuseppina Lofaro, Federica Lombardi, Gaetano Natullo, Carmen Pérez González, Giovanni Pesce, Benedetta Piazza, Marcin Princ, Sara Pugliese, Bianca Nicla Romano, Antonio Saporito, Giuliano Taglianetti, Esper Tedeschi, Simona Terracciano, Stefania Terracciano, Salvatore Villani.

Coordinamento del Comitato editoriale
Valerio Sarcone.

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Finanza di progetto: quale futuro a seguito della sentenza *Urban Vision* della Corte di Giustizia?

di Luca Giovanni Maria Ancora

(Dottore in Giurisprudenza presso l'Università LUISS Guido Carli)

Sommario

I. Premessa. II. Sulla sentenza della Corte di Giustizia. III. Sugli effetti della sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea per i giudizi nazionali. IV. (segue) Sugli effetti della sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea per l'amministrazione. V. Sulla procedura d'infrazione. VI. Conclusioni.

Abstract

This article analyses the impact of the CJEU judgment in Case C-810/24 (Urban Vision), which held that the promoter's right of pre-emption is incompatible with the EU legal system, on the Italian project financing framework; in particular the paper examines the consequences of the ruling for national courts, public administrations and ongoing procedures, as well as its relationship with the infringement procedure against Italy, assessing the future of project financing under EU law.

* *Il presente lavoro è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della double blinde peer review*

I. Premessa.

La finanza di progetto è una forma di Partenariato Pubblico Privato (cd. "PPP"), generalmente definita come un'operazione economico-finanziaria attraverso la quale un ente pubblico realizza un progetto d'investimento, avente ad oggetto l'affidamento in concessione di lavori o servizi, con oneri finanziari di progettazione e realizzazione posti parzialmente o totalmente a carico di una società privata, la quale trova il suo ristoro economico e finanziario nei ricavi e nei flussi di cassa generati dall'attività di gestione dell'opera o del servizio oggetto di concessione[1].

Istituto rimasto per lungo tempo sconosciuto all'ordinamento italiano, pur se in altri ordinamenti, specialmente di *civil law*, la finanza di progetto è utilizzata sin da tempi remoti come strumento per finanziare opere pubbliche di grandi dimensioni[2].

Proprio per tale sua natura, in Italia l'interesse per l'istituto in questione è sorto verso la fine del secolo scorso, a seguito della contrazione delle risorse pubbliche disponibili per il finanziamento di lavori, forniture e servizi e delle liberalizzazioni degli anni Novanta: infatti, in Italia, le prime operazioni in finanza di progetto si ebbero proprio a seguito della liberalizzazione del mercato della produzione

[1] Per approfondire l'istituto della finanza di progetto, anche in chiave storico-evolutiva, si rinvia ai numerosi studi in materia, tra cui: A. BOTTO, S. CASTROVINCI ZENNA, *Diritto e regolazione dei contratti pubblici*, Torino, 2020, p. 234 ss.; V. MONTANI, *Il project financing inquadramento giuridico e logiche manutentive*, Torino, 2018, p. 5 ss.; A. FIORITTO, *L'amministrazione negoziale: modelli di partenariato e problemi di applicazione*, in A. FIORITTO (a cura di), *Nuove forme e nuove discipline del partenariato pubblico privato*, Torino, 2017, p. 55 ss. Per alcuni contributi meno recenti, si veda anche F. FRACCHIA, F*inanza di progetto: i profili di diritto amministrativo*, in G.F. FERRARI, F. FRACCHIA (a cura di), *Project financing e opere pubbliche. Problemi e prospettive alla luce delle recenti riforme*, Milano, 2004, p. 57 ss.; G.F. CARTEI, *La finanza di progetto: modello e varianti*, in M.P. CHITI (a cura di), *Il partenariato pubblico-privato*, Napoli, 2009, p. 59 ss.; F. CARINGELLA, *Il nuovo volto della finanza di progetto*, in G. CERRINA FERONI (a cura di), *Il partenariato pubblico-privato. Modelli e strumenti*, Torino, 2011, p. 99 ss.; T.V. RUSSO, P. MARCHETTI, *Manuale di diritto e tecnica del project financing*, Napoli, 2010; C. MALINCONICO, *Il project financing*, in M.A. SANDULLI-R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici, IV, Le tipologie contrattuali*, Milano, 2008, p. 2610 ss.; G.F. CARTEI, *Finanza di progetto e modelli partenariali pubblico-privati*, in G.F. CARTEI (a cura di), *Responsabilità e concorrenza nel Codice dei contratti*, Napoli, 2008, p. 232 ss.; R. DIPACE, *La finanza di progetto*, in C. FRANCHINI (a cura di), *I contratti con la pubblica amministrazione*, Torino, 2007, p. 1029 ss.; G.F. CARTEI, M. RICCHI (a cura di), *Finanza di progetto. Temi e prospettive*, Napoli, 2010; P. CARRIÈRE, *Project financing. Profili di compatibilità con l'ordinamento giuridico italiano*, Padova, 1999, p. 33 ss. Sul tema si vedano anche i contributi di F. MERUSI, *La finanza di progetto: alcune riflessioni*, in *Studi e note di economia*, 1998, fasc. n. 1, 7 ss.; A. VIGNUDELLI, *La disciplina della finanza di progetto dopo la riforma del titolo V della Costituzione*, in *Diritto Amministrativo*, 2005, fasc. n. 3 pp. 487 ss.; A.M. BALESTRERI, *La sequenza di regimi della finanza di progetto: questioni vecchie e nuove sul diritto di prelazione*, in *Urbanistica e Appalti*, 2009, n. 5, p. 525 ss.; G. FIDONE, *Finanza di progetto; la valutazione della proposta e la scelta del promotore*, in *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, 2006, fasc. n. 2, p. 33 ss.; S. PRESILLA, *Il project financing. Profili di compatibilità generale con l'ordinamento giuridico italiano alla luce della sua tradizionale diffusione nei paesi di origine anglosassone*, in *Nuova Rassegna di legislazione dottrina e giurisprudenza*, 2004, vol. 78, p. 2108 ss; G. FIDONE, B. 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*, 2005, fasc. 3/4, p. 949 ss.

[2] Si ritiene, addirittura, che la prima forma applicativa di tale tecnica finanziaria risalga al 1299, allorché la Corona inglese negoziò una forma di prestito con i Frescobaldi per sviluppare una miniera d'argento nel Devon, in cambio del diritto a controllare le operazioni minerarie per la durata di un anno, sostenendone i relativi costi operativi.

ISSN 2036-7821

dell'energia elettrica, avvenuto all'inizio degli anni Novanta a mezzo delle Leggi nn. 9 e 10 del 1991[3].

In un contesto siffatto venne positivizzata la prima disciplina normativa della finanza di progetto, a mezzo della legge n. 415 del 18.11.1998 (cd. "Merloni *ter*"), di modifica della legge quadro sui lavori pubblici n. 109 del 1994, che però inizialmente non prevedeva la figura del diritto di prelazione.

Infatti, il diritto di prelazione venne introdotto a mezzo dell'art. 7, comma 1, lett. bb), della Legge 1° agosto 2002, n. 166 (anche detta "Legge Merloni *quater*"), il quale inserì nell'art. 37 *ter* cd. "Legge Merloni" la possibilità per il promotore di adeguare la propria proposta a quella giudicata dall'amministrazione più conveniente e divenire così aggiudicatario della concessione.

Da quel momento si susseguirono svariati interventi legislativi, tutti accomunati dall'intento di sistematizzare e semplificare la disciplina di cui si discute, al fine di incentivare maggiormente i privati ad investire capitali attraverso lo strumento della finanza di progetto e di rimediare alle tensioni sorte con il diritto europeo, a causa della potenziale incompatibilità dell'istituto con i principi della libera concorrenza e, più in generale, con i principi sottesi all'evidenza pubblica.[4].

Già con lettera di messa in mora del 19 dicembre 2002, infatti, la Commissione europea contestò alle autorità italiane una serie di inadempimenti della c.d. "Legge Merloni", nonché delle successive leggi di modifica della stessa, rispetto al quadro normativo in materia di appalti, con particolare riferimento alle direttive 1993/37/CE e 1992/50/CE, in tema, rispettivamente, di appalti e di servizi.

Nella specie, le modifiche apportate alla L. n. 166/2002, a mezzo della Legge 18 aprile 2005, n. 62 (cd. "Legge comunitaria 2004)", la quale innovò il contenuto dell'avviso pubblico che le Amministrazioni committenti erano tenute a pubblicare per indicare quali opere potessero realizzarsi con capitali privati e la sussistenza di un diritto di prelazione in capo al promotore, non avevano soddisfatto pienamente le incompatibilità evidenziate dall'esecutivo europeo, che, pertanto, aveva deciso di avviare una procedura di infrazione.

Nel frattempo, nel 2006, il primo Codice dei Contratti Pubblici, di cui al D.lgs. n. 163 del 2006, riunì in un unico corpo le disposizioni sulla contrattazione pubblica e, negli articoli dal 153 al 160 riscrisse la disciplina nazionale della finanza di progetto,

[3] D'altronde, il mercato dell'energia elettrica ha dimostrato di essere da tempo terreno fertile per la finanza di progetto, specialmente negli Stati Uniti: in particolare, ivi i produttori, privati e indipendenti, dotati di competenze e capitali, operavano quali *sponsor*, unendosi tra loro per costituire società di progetto per la realizzazione di impianti di produzione di energia elettrica, investendo parte del loro capitale in dette società, mentre il rientro finanziario era garantito dai ricavi derivanti dai contratti di vendita dell'energia elettrica stipulati con le imprese del settore delle utilities. Per un approfondire il tema si v. V. MONTANI, *op. cit.*, p. 5 ss.

[4] Per una disamina dei principali interventi normativi susseguitosi dalla Legge 18.11.1998, n. 415, sino ad oggi, si rinvia, fra tutti, a A.L.G. TARANTINO, *La Finanza Di Progetto: Peculiarità Alla Luce Del Nuovo Codice Dei Contratti Pubblici*, in *P.A. Persona E Amministrazione*, vol. XVI, 2025, fasc. n. 1, p. 325-349.

ISSN 2036-7821

abrogando tutte le leggi precedenti senza, tuttavia, apportare modifiche sostanziali della disciplina, rimasta pressoché identica.

Per tali motivi, visto il mancato adeguamento dello Stato italiano alle indicazioni della Commissione europea, nell'aprile del 2004 l'Istituzione europea propose ricorso dinanzi alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea al fine di ottenere una pronuncia dichiarativa dell'inadempimento dell'Italia, per aver mantenuto in vigore alcune disposizioni in contrasto con il menzionato diritto eurounitario in materia di appalti pubblici.

Nelle more del giudizio, tuttavia, lo Stato italiano si adeguò alle contestazioni della Commissione, abrogando la prelazione del promotore a mezzo del D.lgs. n. 31 luglio 2007, n. 113 (cd. "Secondo correttivo al Codice dei contratti pubblici").

D'altra parte, la Corte, ugualmente chiamata a valutare la compatibilità tra il diritto di prelazione e le direttive europee, non decise la questione nel merito, dovendo dichiarare il ricorso proposto dalla Commissione Europea irricevibile per mancanza di specifica indicazione delle disposizioni comunitarie asseritamente violate.

Così, non censurato, il diritto di prelazione fu reintrodotto dal legislatore italiano con il D.lgs. n. 11 settembre 2008, n. 152 (cd. "Terzo decreto correttivo"), il quale riscrisse la disciplina in parola, particolarmente con riferimento alla procedura di affidamento del contratto di concessione di lavori ad iniziativa privata, anche attraverso la reintroduzione del diritto di prelazione a favore del promotore, con l'obiettivo di incentivare la presentazione di proposte da parte di soggetti privati.

A poco più di due anni dal cd. "Terzo Decreto Correttivo", l'art. 153 del Codice dei Contratti subì un'ulteriore modifica a mezzo del D.L. n. 13 maggio 2011, n. 70 (c.d. "Decreto Sviluppo"), convertito nella L. 12 luglio 2011, n. 106, cui avrebbero fatto seguito dopo pochi mesi il D.L. n. 6 dicembre 2011 n. 201, convertito con modificazioni dalla L. 22 dicembre 2011, n. 214, e, ancora, il D.L. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito con modificazioni dalla L. 24 marzo 2012, n. 27.

Nel contempo venne introdotto il pacchetto direttive 2014 in tema di *public procurement* e, per quel che qui maggiormente interessa, la direttiva 2014/23/UE (cd. "Direttiva concessioni"), la quale introdusse una disciplina armonizzata in tema di concessioni, tutt'ora in vigore.

Per inciso, occorre sin d'ora rilevare che l'istituto giuridico della finanza di progetto non è espressamente tipizzato a livello europeo; tuttavia, nella misura in cui operi quale procedura funzionale all'affidamento di contratti di concessione ai sensi dell'articolo 5, punto 2), della direttiva 2014/23/UE, rientranti nel relativo ambito di applicazione, così come definito all'articolo 1 della stessa, la sua disciplina deve conformarsi alle regole ivi stabilite.

Nuovamente prevista nei successivi Codici dei Contratti Pubblici del 2016 (D.lgs. n. 50/2016) e del 2023 (D.lgs. n. 36/2023), la finanza di progetto ha ricevuto un'ultima

modifica a mezzo del D.lgs. n. 209 del 2024 (cd. "Decreto correttivo") [5], ancora a seguito delle indicazioni pervenute dalla Commissione in seno nell'ambito della procedura d'infrazione INFR(2018)2273.

Così riassunta l'evoluzione normativa della finanza di progetto, occorre evidenziare che le ultime modifiche legislative non hanno superato le perplessità espresse in sede europea, in quanto l'istituto è stato recentemente oggetto di pronuncia della Corte di Giustizia dell'Unione Europea ed è tuttora oggetto di contestazione da parte della Commissione europea, nell'ambito della procedura d'infrazione INFR(2018)2273.

In particolare, venendo all'oggetto di approfondimento da parte delle due Istituzioni europee, da un lato, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, con la sentenza 5 febbraio 2026, causa C-810/24 (Urban Vision), emessa a seguito del rinvio pregiudiziale effettuato dalla Sezione Quinta del Consiglio di Stato[6], ha statuito che "*L'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, in combinato disposto con l'articolo 49 TFUE, con gli articoli 30 e 41, nonché con il considerando 68 di tale direttiva, dev'essere interpretato nel senso che: esso osta a che uno Stato membro riconosca al promotore di una procedura di finanza di progetto un diritto di prelazione che gli consente, nell'ipotesi in cui il contratto di cui trattasi non gli sia stato inizialmente aggiudicato, di adeguare la sua offerta a quella dell'aggiudicatario inizialmente prescelto e di ottenere così l'aggiudicazione di tale contratto, a condizione di rimborsare le spese che l'aggiudicatario iniziale ha sostenuto per preparare la sua offerta, senza che tale rimborso possa superare il 2,5% del valore stimato dell'investimento atteso dall'aggiudicatario a partire dal progetto di fattibilità posto a base di gara*"[7]; dall'altro, invece, la Commissione europea ha indirizzato al Governo italiano una lettera di messa in mora, nell'ambito della procedura d'infrazione INFR(2018)2273, contestando, sotto plurimi profili, la non compatibilità dell'istituto in parola, nella versione di cui all'art. 193 del decreto legislativo n. 36/2023, all'esito del correttivo al di cui al decreto legislativo n.

[5] Con il decreto correttivo di cui al D.lgs. n. 209/2024 (cd. "Decreto correttivo"), il legislatore nazionale ha introdotto, a far data dal 31 dicembre 2024, una serie di significative modifiche alla procedura regolata dall'art. 193 del D.lgs. n. 36/2023, il quale, nel suo testo iniziale, aveva riprodotto in modo pedissequo quanto già regolato dall'art.183 del D.lgs. n. 50/2016, oggi direttamente censurato. In estrema sintesi, l'essenza di tali modifiche può riassumersi nel senso dell'aggiunta, rispetto allo schema preesistente, di due fasi procedurali, una obbligatoria ed una opzionale, caratterizzate dalla previsione di forme di sollecitazione del mercato finalizzate ad ampliare l'ambito delle proposte da prendere in esame prima di conferire il diritto di prelazione, da far valere nella successiva fase di gara, a quella ritenuta preferibile: più nello specifico, la fase precedente alla gara, finalizzata alla raccolta delle proposte, è oggi assoggettata ad un obbligo di pubblicità sui rispettivi siti delle amministrazioni che le ricevono, ovvero di quelle che le hanno sollecitate. Tuttavia, la Commissione europea, nella procedura d'infrazione INFR(2018)2273, ritiene che le previsioni contenute nella novella normativa non siano sufficienti a superare le problematiche in materia di pubblicità. Per un approfondimento sulla disciplina della finanza di progetto a seguito del cd. "Decreto Correttivo" si v. G. FORTUNATO, *La nuova finanza di progetto nel decreto correttivo. Più ombre o più luci?*, in *Appalti e Contratti*, 2024, fasc. n. 11, p. 24-30.

[6] Consiglio di Stato, sez. V, ordinanza 25 novembre 2024, n. 9449, in www.giustizia-amministrativa.it.

[7] Così Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sentenza 5 febbraio 2026, causa C-810/24 (Urban Vision), punto 59, in eur-lex.europa.eu.

ISSN 2036-7821

209/2024, con le direttive europee nn. 23, 24 e 25 del 2014 relative, rispettivamente, all'aggiudicazione dei contratti di concessione, agli appalti pubblici e alle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali[8].

Si tratta, dunque, come meglio si specificherà in seguito, di contestazioni entrambe riferite all'istituto della finanza di progetto, seppure caratterizzate da un diverso ambito e grado di estensione.

In tale contesto, pur se la Corte di Giustizia ha statuito per l'incompatibilità del diritto di prelazione previsto dall'ordinamento italiano con l'impianto unionale, permangono ugualmente dei dubbi sia sulla possibilità di utilizzare l'istituto della finanza di progetto, sia sulla sorte della procedura d'infrazione avviata dalla Commissione europea.

L'intento del presente contributo, allora, è quello di investigare tali dubbi, attraverso l'analisi delle perplessità sollevate in ambito unionale, nel tentativo di evidenziare alcune chiavi di lettura che possano consentire l'applicazione dell'istituto in parola.

II. Sulla sentenza della Corte di Giustizia

Al fine di comprendere appieno le statuizioni della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, appare indispensabile muovere dalle perplessità interpretative sollevate dal Consiglio di Stato a mezzo del rinvio pregiudiziale di cui all'art. 267 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea[9].

In particolare, la Quinta Sezione del Consiglio di Stato, con ordinanza del 25 novembre 2024, ha sottoposto al vaglio del giudice europeo la compatibilità con

[8] Per un approfondimento sulle contestazioni mosse dalla Commissione europea cfr. G. 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*, fasc. n. 1/2026, pp. 1-27.

[9] Sul rinvio pregiudiziale, in generale, si veda P. BIAVATI, C. RASIA, *Diritto processuale dell'Unione europea*, Milano, 2025, p. 407 ss.; R. MASTROIANNI, F. FERRARO, *Il rinvio pregiudiziale*, in R. MASTROIANNI (a cura di), *Il diritto processuale dell'Unione europea*, Torino, 2025, p. 121 ss.; F. FERRARO, C. IANNONE (a cura di), *Il rinvio pregiudiziale*, Torino, 2024, p. 3 ss; C. SCHEPISI, *Il sistema di tutela giurisdizionale*, in L. DANIELE (a cura di), *Diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2024, p. 355 ss.; R. MASTROIANNI, G. STROZZI (a cura di), *Diritto dell'Unione Europea, Parte istituzionale*, Torino, 2023, pp. 417-456. Per alcuni contributi più risalenti si v. anche A. TIZZANO, S. FORTUNATO, *La tutela dei diritti,* in A. TIZZANO (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione europea,* Torino, 2006, p. 1271 ss; G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Milano, 2002, p. 302 ss.; A. ADINOLFI, *L'accertamento in via pregiudiziale della validità di atti comunitari*, Milano, 1997, p. 1 ss; G. RAITI, *La collaborazione giudiziaria nell'esperienza del rinvio pregiudiziale comunitario*, Milano, 2003, p. 5 ss.; M. BORRACCETTI, M. C. REALE (a cura di), *Da giudice a giudice: il dialogo tra giudice italiano e Corte di Giustizia delle Comunità europee*, Milano, 2008, p. 194 ss.; B. NASCIMBENE, *Il giudice nazionale ed il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia*, in *Rivista italiana di diritto Pubblico Comparato*, 2009, fasc. n. 6, p. 1667 ss.; M. CONDINANZI, R. MASTROIANNI, *Il contenzioso dell'Unione europea*, Torino, 2009, p. 186 ss.; N. PIGNATELLI, *L'obbligatorietà del rinvio pregiudiziale tra primato del diritto comunitario e autonomia processuale degli Stati*, in *il Foro Italiano,* 2012, fasc. n. 3, p. 367-372 ; D.U. GALLETTA, *Rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE ed obbligo di interpretazione conforme del diritto nazionale: una rilettura nell'ottica del rapporto di cooperazione (leale) fra giudici,* in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2012, fasc. n. 2, p. 431-444; D. P. DOMENICUCCI, *Circa il meccanismo del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *il Foro Italiano*, 2011, fasc. n. 10, p. 484-487.

ISSN 2036-7821

l'ordinamento unionale della previsione contenuta nell'art. 183, comma 15, del D.lgs. n. 56/2016.

Tale previsione, riprodotta, quasi pedissequamente, nell'art. 193, comma 12, del D.lgs. n. 36/2023, riconosce al promotore di una procedura di finanza di progetto un diritto di prelazione che gli consente, nell'ipotesi in cui risulti non aggiudicatario del contratto oggetto della procedura di gara, di adeguare la propria offerta a quella dell'aggiudicatario inizialmente prescelto, così da ottenere l'aggiudicazione di tale contratto, a condizione di rimborsare le spese da quest'ultimo sostenute per la presentazione dell'offerta, senza che tale rimborso possa superare il 2,5% del valore stimato atteso dall'investimento, di cui al progetto di fattibilità posto a base di gara.

Nello specifico, il Consiglio di Stato dubitava della compatibilità del diritto di prelazione con la Direttiva 2014/23/UE[10] poiché quest'ultima non richiama, né disciplina, la clausola di prelazione, conseguentemente chiedendosi se da ciò potesse desumersi che la direttiva citata ostasse all'inserimento della clausola menzionata nella legge di gara.

Al contempo, la Sezione rilevava come nell'ordinamento comunitario si rinvenivano alcuni elementi che avrebbero potuto giustificare l'ammissibilità dell'istituto, tra cui i profili di flessibilità, la rilevanza attribuita alla diffusione delle informazioni sul procedimento ai fini del rispetto delle garanzie minime di parità di trattamento, anche di quelle in grado di avvantaggiare determinati candidati, e la rilevanza attribuita alle soluzioni innovative.

Alla luce di tali elementi, il Consiglio di Stato riteneva non univoca, né pacifica, la conclusione circa l'incompatibilità della clausola di prelazione con la direttiva concessioni.

In secondo luogo, la Sezione rilevava che la disciplina sulla prelazione doveva essere verificata anche con riferimento ai principi della libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi di cui agli artt. 49 e 56 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea, nonché con riferimento al principio di proporzionalità.

Con specifico riguardo al diritto di prelazione, la Sezione rilevava come essa, promuovendo le proposte del privato nei confronti dell'attività pubblica, costituisse attuazione del principio di sussidiarietà orizzontale, risultando espressione di una modalità di cooperazione in grado di rendere più efficiente, in termini di tempo e di risorse, la realizzazione degli interessi pubblici, di promuovere un rinnovamento dell'amministrazione attraverso l'acquisizione di nuove conoscenze, proprie delle realtà private, nonché di costituire uno stimolo per l'impresa.

Nondimeno, la Sezione rilevava come tale strumento potesse rivelarsi inidoneo a conseguire lo scopo o, comunque, non risultare proporzionato rispetto a tali finalità.

In particolare, sul punto, il Consiglio di Stato rilevava, da un lato, l'esistenza di

[10] Direttiva (UE) 2014/23 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, *sull'aggiudicazione dei contratti di concessione*, pubblicata in GUUE, L 94/1, il 28 marzo 2014, in eur-lex.europa.eu.

un'ampia gamma di strumenti meno restrittivi elaborati dai legislatori nazionali dell'Unione al fine di raggiungere tali obiettivi e, dall'altro, che si potessero anche ipotizzare sistemi che, pur premiando l'iniziativa, fossero idonei a produrre effetti meno incisivi per la gara.

A mero titolo esemplificativo, il Consiglio di Stato ipotizzava di valorizzare l'iniziativa del promotore con l'attribuzione di un punteggio aggiuntivo, utilizzando moduli procedimentali flessibili: il partenariato per l'innovazione, il dialogo competitivo e la procedura competitiva con negoziazione risulterebbero utili proprio nei casi in cui le amministrazioni non sono in grado di predeterminare le modalità per soddisfare le loro esigenze o di valutare ciò che il mercato può offrire in termini di soluzioni tecniche, finanziarie o giuridiche.

Ciò premesso, giova rammentare che la finalità delle sentenze pregiudiziali interpretative è di accertare il significato da attribuire ad una norma europea sin dalla sua entrata in vigore e, rispetto al caso oggetto di rinvio, verificare se la stessa si ponga in contrasto con la normativa introdotta dallo Stato membro o con una sua specifica interpretazione.

L'istituto in questione, come noto, è fondamentale per assicurare l'omogeneità dell'applicazione del diritto europeo su tutto il territorio dell'Unione e per favorire il colloquio tra i giudici nazionali e quelli europei, al fine di meglio chiarire il significato di particolari disposizioni normative sin dalla loro entrata in vigore.

Da ciò deriva che tali sentenze producono, di norma, effetti retroattivi[11].

Tuttavia, in via eccezionale la Corte di Giustizia si è riservata il potere di limitare nel tempo la portata delle dette pronunce, attribuendo loro efficacia *ex nunc*.

Nello specifico, la Corte ha chiarito che la limitazione degli effetti di una pronuncia su una domanda pregiudiziale di interpretazione è da considerarsi assolutamente eccezionale ed è consentita *"soltanto in presenza di circostanze ben precise, quando vi [è] un rischio di gravi ripercussioni economiche dovute in particolare all'elevato numero di rapporti giuridici costituiti in buona fede sulla base della normativa ritenuta validamente vigente, e quando risultava che i singoli e le autorità nazionali erano stati indotti ad un comportamento non conforme alla normativa comunitaria in ragione di una obiettiva e rilevante incertezza relativa alla portata delle disposizioni comunitarie, incertezza cui avevano eventualmente contribuito gli stessi comportamenti tenuti da altri Stati membri o*

[11] In realtà trattasi di un potere che i Trattati istitutivi, nello specifico l'art. 264 T.F.U.E., riconoscono espressamente per la sola sentenza di annullamento deliberata all'esito di un ricorso ex art. 263 T.F.U.E.; tuttavia, la Corte di Giustizia, pur nel difetto di un esplicito avallo normativo, dispone degli effetti diacronici delle sue sentenze anche nei giudizi di rinvio pregiudiziale (di validità e di interpretazione) ex art. 267 T.F.U.E. Per un approfondimento sul tema si v. M. GIAVAZZI, *Una sedicente eresia: la modulazione temporale degli effetti delle sentenze interpretative del giudice della nomofilachia amministrativa negli ambiti di competenza esclusiva della Corte di giustizia*, in *CERIDAP*, 2022, fasc. n. 1, p. 33-62; D. ALIOTTA, *Sull'efficacia retroattiva delle sentenze interpretative della Corte di Giustizia alla luce del caso Lexitor*, in *Rivista della Regolazione dei mercati*, 2022, fasc. n. 1, p. 266-291.

dalla Commissione"[12].

Nel caso di cui si discute, tuttavia, tali presupposti non ricorrevano.

Infatti, la Corte di Giustizia non ha disposto la limitazione degli effetti della propria pronuncia per il solo futuro.

Del resto, se, da un lato, può ritenersi che, sulla base della normativa nazionale relativa alla finanza di progetto, siano stati costituiti in buona fede un elevato numero di rapporti giuridici, dall'altro, non può altresì sostenersi che nel caso di specie le autorità nazionali e i privati fossero stati indotti in errore dall'obiettiva e rilevante incertezza della portata delle disposizioni europee.

La Corte di Giustizia, infatti, ritiene determinante, ai fini della verifica del colposo ingeneramento del legittimo affidamento, la condotta delle Istituzioni europee e, in particolare, della Commissione europea[13].

Ebbene, come accennato *supra*, già da inizio decennio la Commissione aveva attenzionato l'istituto della finanza di progetto, da cui l'impossibilità di ritenere che si fosse ingenerato un legittimo affidamento circa la sua compatibilità con l'ordinamento unionale derivante dalla condotta delle Istituzioni europee.

Venendo alla decisione dei giudici europei sulla sopra citata questione pregiudiziale, la Corte di Giustizia, come detto, si è pronunciata con sentenza del 5 febbraio 2026, C-810/24, con la quale ha sancito il seguente principio di diritto: "*l'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2014/23, in combinato disposto con l'articolo 49 TFUE, con gli articoli 30 e 41, nonché con il considerando 68 di tale direttiva, dev'essere interpretato nel senso che esso osta a che uno Stato membro riconosca al promotore di una procedura di finanza di progetto un diritto di prelazione che gli consente, nell'ipotesi in cui il contratto di cui trattasi non gli sia stato inizialmente aggiudicato, di adeguare la sua offerta a quella dell'aggiudicatario inizialmente prescelto e di ottenere così l'aggiudicazione di tale contratto, a condizione di rimborsare le spese che l'aggiudicatario iniziale ha sostenuto per preparare la sua offerta, senza che tale rimborso possa superare il 2,5% del valore stimato dell'investimento atteso dall'aggiudicatario a partire dal progetto di fattibilità posto a base di gara*"[14].

Il Giudice europeo è addivenuto a tale conclusione evidenziando, innanzitutto, come la disposizione di cui all'art. 183, comma 15, del D.lgs. n. 50/2016, di cui non si rinvengono eguali nell'ordinamento unionale, leda il principio della parità di

[12] Così Corte di Giustizia, sentenza 11.08.1995, cause riunite da C-367/93 a C-377/93, *Roders*; nello stesso senso, più di recente, si v. anche Corte di giustizia, sentenza 18 gennaio 2007, causa C-313/05, *Brzeziński*, tutte in eur-lex.europa.eu.

[13] Al riguardo, cfr. la Corte di Giustizia, sentenza 5 marzo 1996, cause riunite 46/93 e 48/93, *Brasserie du pêcheur*, nella quale i giudici unionali hanno specificato che "*tra gli elementi che il giudice competente può eventualmente prendere in considerazione, vanno sottolineati il grado di chiarezza e di precisione della norma violata, l'ampiezza del potere discrezionale che tale norma riserva alle autorità nazionali o comunitarie, il carattere intenzionale o involontario della trasgressione commessa o del danno causato, la scusabilità o l'inescusabilità di un eventuale errore di diritto, la circostanza che i comportamenti adottati da un'istituzione comunitaria abbiano potuto concorrere all'omissione, all'adozione o al mantenimento in vigore di provvedimenti o di prassi nazionali contrari al diritto comunitario*".

[14] Così Corte di Giustizia, sentenza 5 febbraio 2026, C-810/24, *Urban Vision*, punto 59, in eur-lex.europa.eu.

ISSN 2036-7821

trattamento, così come formulato all'art. 3, paragrafo 1, della Direttiva 2014/23/UE.
Nella lettura della Corte di Giustizia, tale principio implica la necessità di garantire che gli operatori economici partecipanti a una procedura ad evidenza pubblica si trovino in un piano di parità sia nella fase di preparazione delle proprie offerte, sia nel momento in cui le stesse vengono valutate dalla Pubblica Amministrazione.
Ne consegue che, una volta depositata, l'offerta non possa essere modificata, né su iniziativa dell'offerente né su iniziativa della Stazione Appaltante.
Pertanto, a detta della Corte di Giustizia, l'esercizio del diritto di prelazione, in quanto implicante l'aggiudicazione a favore di un operatore economico che ha disposto, in una fase successiva a quella della valutazione, talune modifiche alla propria offerta, determina una patente violazione del principio della parità di trattamento degli offerenti.
Ciò emergerebbe dalla circostanza che, per i concorrenti diversi dal promotore, la presentazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa non costituisce garanzia di aggiudicazione della procedura di gara[15].
Giova soggiungere che la Corte di Giustizia ha ravvisato l'incompatibilità della disposizione di cui all'art. 183, comma 15, del D.lgs. n. 50/2016 con il principio della libertà di stabilimento sancito all'art. 49 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea.
Ciò in quanto, secondo il Giudice europeo, tale previsione risulterebbe idonea a dissuadere operatori provenienti da altri Stati membri dal partecipare a una procedura di finanza di progetto.
La Corte ha altresì ritenuto che l'illegittimità non sia esclusa dalla considerazione per

[15] Il Giudice europeo, inoltre, ha ritenuto opportuno discernere la fattispecie oggetto della summenzionata pronuncia da quella esaminata nella sentenza della Corte medesima del 13 giugno 2024, C-737-22. In tale ipotesi, la Corte di Giustizia si era pronunciata in merito alla compatibilità con l'ordinamento unionale di una clausola contenuta in un bando di gara che prevedeva l'aggiudicazione del lotto più consistente all'offerta migliore e l'aggiudicazione del lotto di valore inferiore all'offerta classificatasi seconda in graduatoria, a condizione che il secondo graduato accettasse di procedere all'esecuzione di tale lotto al prezzo proposto dal concorrente primo graduato. Tuttavia, in tale fattispecie il giudice europeo non ravvisava alcuna violazione del principio della parità di trattamento, in quanto tale clausola, oltre a non contenere alcun elemento di trattativa tra l'operatore economico e l'amministrazione, era strettamente connessa all'esigenza, da un lato, di procedere alla suddivisione in lotti dell'appalto, dall'altro, di mantenere una concorrenza effettiva nel settore economico interessato (cfr. punti 44 e 45 della sentenza Corte di Giustizia, 5 febbraio 2026, C-810/24, *Urban Vision*). Ciò non si verifica, invece, nella fattispecie quivi analizzata, posto che, secondo la Corte di Giustizia, il diritto di prelazione determinerebbe effetti anticoncorrenziali (cfr. punto 46 della sentenza Corte di Giustizia, 5 febbraio 2026, C-810/24, *Urban Vision*).
Inoltre tale fattispecie, a detta del Giudice unionale, non può nemmeno essere equiparata a quella disciplinata dal combinato disposto dell'art. 41, paragrafo 3, comma 2, e del considerando 73 della Direttiva 2014/23/UE, la quale prevede la possibilità per l'amministrazione, a fronte della presentazione di offerte contenenti "soluzioni innovative", che non avrebbero dalla stessa potuto essere individuate con l'utilizzo dell'ordinaria diligenza, di modificare l'ordine dei criteri di aggiudicazione per tenere conto di tale soluzione. Infatti, in tale ultima ipotesi, la stazione appaltante è tenuta a pubblicare un nuovo invito a presentare offerte o, a seconda dei casi, o un nuovo bando di concessione. Ne deriva, in tale ipotesi, l'assenza di qualsivoglia disparità di trattamento tra i concorrenti, atteso che viene concessa a tutti la possibilità di presentare nuove offerte.

cui il diritto di prelazione, valorizzando le iniziative del settore privato, attuerebbe il principio di sussidiarietà orizzontale enunciato all'art. 118 della Costituzione.
Tale principio, come rilevato dalla Corte di Giustizia, atteso che non rientra tra le ragioni di ordine pubblico, sicurezza pubblica e sanità – le uniche che consentono di operare una deroga al principio di cui all'art. 49 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea – non risulta idoneo a giustificare una restrizione della libertà di stabilimento.
In definitiva, si tratta di una pronuncia che ha dichiarato la totale incompatibilità del diritto di prelazione con la normativa europea.
Per tali motivi, pur riferendosi alla disciplina di cui all'art. 183 del D.lgs. n. 50/2016, non si può escludere che la sentenza possa esplicare effetti anche nei confronti della disciplina di cui all'art. 193 del d.lgs. n. 36/2023, anche a seguito dell'intervento correttivo di cui al D.lgs. n. 209/2024 (cd. "Decreto correttivo").
Infatti, la Corte di Giustizia ha formulato un principio di diritto assai ampio, dichiarando la incompatibilità del diritto unionale con una qualsiasi disciplina di uno Stato membro che riconosca al promotore di una finanza di progetto di esercitare il diritto di prelazione, così ottenendo l'aggiudicazione di un contratto che non gli sia stato inizialmente aggiudicato.
Ebbene, pur se l'evoluzione normativa della disciplina in parola abbia valorizzato taluni profili concorrenziali, soprattutto all'esito del D.lgs. n. 209/2024, la figura del diritto di prelazione è rimasta pressoché invariata.
Da ciò deriva che il principio di diritto formulato dalla Corte di Giustizia potrebbe essere applicato anche al diritto di prelazione disciplinato dalla normativa vigente, con le ulteriori conseguenze che ne derivano in ordine agli effetti del medesimo sui giudici e sulle amministrazioni nazionali.
Per inciso, anticipando quanto verrà trattato più compiutamente *infra*, per quanto concerne i rapporti tra la procedura d'infrazione ancora in corso e la recente decisione della Corte di Giustizia, si consideri che, nonostante la sentenza del giudice unionale possa esplicare effetti anche nei confronti della procedura di infrazione, quantomeno con riferimento alle contestazioni comuni, si deve comunque rilevare che i rilievi avanzati dalla Commissione sono ben più ampi e concernono la procedura della finanza di progetto nel suo complesso e non solo la figura del diritto di prelazione.
Pertanto, nonostante la Corte di Giustizia abbia risolto uno dei profili oggetto anche della procedura d'infrazione, è verosimile che per gli ulteriori profili attenzionati la procedura prosegua.
Inoltre, è ancor più verosimile che il Legislatore intervenga a tentare di risolvere unitamente ognuna delle censure mosse dalle Istituzioni europee, operazione peraltro non semplice se si considera che la procedura della finanza di progetto, nella sua interezza, è anche oggetto di procedura d'infrazione.

D'altra parte, pur se meno verosimile, non è da escludersi che il modello italiano venga proposto in sede unionale nell'ambito dell'aggiornamento della direttiva concessioni attualmente in corso, rendendolo di generale applicazione e così superando l'obiezione, formalizzata nella procedura di infrazione, secondo la quale l'istituto del diritto di prelazione non risulterebbe in nessuna delle modalità di scelta del contraente prevista nelle attuali disposizioni unionali.
Tuttavia, sinché il legislatore, italiano o unionale, non intervenga al fine di superare le incompatibilità ora esposte, la citata sentenza della Corte di Giustizia, 5 febbraio 2026, causa C-810/24, *Urban Vision*, esplica effetti diretti e vincolanti nell'ordinamento interno, con le conseguenze che ne derivano per il giudice e le amministrazioni nazionali.

III. Sugli effetti della sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea per i giudizi nazionali

Fatta questa necessaria premessa, si può ora passare ad illustrare gli effetti della sentenza della Corte di Giustizia per il giudice nazionale eventualmente chiamato a pronunciarsi sulla domanda di annullamento degli atti di una procedura di finanza di progetto.
A seguito della dichiarata incompatibilità dell'istituto del diritto di prelazione con l'ordinamento unionale, il giudice nazionale eventualmente adito al fine di ottenere l'annullamento degli atti di una procedura di finanza di progetto è obbligato ad attuare una serie di rimedi utili a garantire il primato del diritto dell'Unione europea e, quindi, la piena efficacia della norma sovranazionale violata.
Trattasi, in particolare, dei rimedi dell'interpretazione conforme, della disapplicazione e del rinvio incidentale alla Corte costituzionale[16].
In tal senso, l'interpretazione del diritto interno in maniera conforme alla normativa sovranazionale costituisce il primo rimedio che il giudice comune è chiamato ad applicare[17].
Ciò implica che il giudice è tenuto a scegliere, fra le possibili interpretazioni della norma nazionale, quella più conforme al diritto dell'Unione.
L'obbligo di interpretazione conforme, tuttavia, incontra dei limiti applicativi.

---

[16] Per un approfondimento sul tema dei rimedi utilizzabili dal giudice nazionale al fine di garantire la supremazia del diritto unionale sul diritto interno, anche in chiave storico-evolutiva, si v. R. MASTROIANNI, G. STROZZI (a cura di), *op. cit.*, p. 457-612; G. DELLA CANANEA, M. DUGATO, B. MARCHETTI, A. POLICE, M. RAMAJOLI (a cura di), *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2022, pp. 53-97; G. TESAURO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, in P. DE PASQUALE; F.FERRARO (a cura di), vol. I, IV ed., Napoli, 2023, p. 257 ss.; L. S. ROSSI, *"Un dialogo da giudice a giudice". Rinvio pregiudiziale e ruolo dei giudici nazionali nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *AISDUE*, 2022, fasc. n. 4, pp. 50-84.

[17] Sul rimedio dell'interpretazione conforme, ma anche sugli ulteriori rimedi citati, si v. A. CIRCOLO, *Il giudice nazionale e l'obbligo di interpretare il proprio diritto in maniera conforme al diritto dell'Unione*, in G. LATTANZI, M. MAUGERI, G. GRASSO, L. CALCAGNO, A. CIRIELLO (a cura di), *Il diritto europeo e il giudice nazionale. Vol. 1: Il diritto dell'Unione europea e il ruolo del giudice nazionale*, Milano, 2023, pp. 87-120.

In primo luogo, esso non può spingersi fino al punto di imporre al singolo un obbligo previsto da una direttiva non trasposta e non può determinare un'interpretazione che contrasti platealmente con la *littera legis* del diritto interno.
In tale prospettiva, nel caso in discussione, la Corte di Giustizia ha ravvisato un contrasto diretto e pieno tra l'ordinamento interno e quello unionale che non pare possa essere suscettibile di soluzione in via meramente ermeneutica, anche facendo ricorso alla c.d. "interpretazione conforme".
Nei casi, poi, in cui non sia possibile un'interpretazione conforme del diritto interno a quello unionale, il giudice nazionale è tenuto a ricorrere agli ulteriori strumenti a sua disposizione per assicurare la primazia del diritto dell'Unione.
In particolare, egli potrà disapplicare la norma interna in contrasto con quella europea[18].
Per inciso, senza volersi ripetere rispetto a quanto sarà trattato più compitamente *infra*, giova precisare che tale dovere è oggi imposto non solo al giudice, ma anche all'amministrazione.
Tuttavia, prima di procedere alla disapplicazione della norma interna in contrasto con il diritto UE, l'amministrazione o il giudice nazionale dovrebbero verificare che la norma europea sia dotata di efficacia ed applicabilità diretta negli ordinamenti nazionali.
Infatti, nella sentenza *Popławski II*[19], la Corte di Giustizia ha espressamente riconosciuto l'esistenza di un legame inscindibile tra il principio del primato e quello dell'efficacia diretta e, di conseguenza, tra gli effetti che si ricollegano alla loro applicazione.
Come è noto, con riferimento alle disposizioni dei Trattati o delle direttive, l'applicabilità diretta è generalmente esclusa, pur se con alcune eccezioni.
Per quanto riguarda il diritto primario, la Corte ha in passato riconosciuto che, affinché le disposizioni dei Trattati abbiano efficacia diretta, i relativi obblighi devono essere precisi, chiari e incondizionati, senza richiedere misure complementari di carattere nazionale o europeo[20].
Per quel che concerne le direttive, invece, la Corte ha stabilito che esse hanno efficacia diretta quando le relative disposizioni sono incondizionate e sufficientemente chiare e precise e qualora lo Stato membro non abbia recepito la

[18] Sul rimedio della disapplicazione della disposizione interna contraria a quella unionale si v. G. GRASSO, *La disapplicazione della norma interna contrastante con le sentenze della Corte di giustizia dell'Unione Europea*, in *Giustizia civile*, n. 2, 2017, pp. 525-544.

[19] Il riferimento è alla sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, 24 giugno 2019, causa C-573/17, *Popławski*, in eur-lex.europa.eu. Per un approfondimento si v. L. ROSSI, *Effetti diretti delle norme dell'Unione europea ed invocabilità di esclusione: i problemi aperti dalla seconda sentenza Popławski*, in *Giustizia insieme*, 2021, Vol. 2, pp. 1-17; ma anche A. CIRCOLO, *op. cit*, pp. 95-121.

[20] Sul tema cfr. Corte di Giustizia, sentenza 5 febbraio 1963, causa C -26/62, *Van Gend en Loos*, e giurisprudenza successiva, in eur-lex.europa.eu.

direttiva entro il termine fissato[21].

Tuttavia, anche in queste ipotesi, l'efficacia diretta di una direttiva è limitata ai soli rapporti cd. verticali, ossia a situazioni in cui la relativa disposizione sia invocata da un soggetto privato nei confronti di un soggetto pubblico, ovvero un soggetto privato investito di funzioni pubblicistiche.

D'altra parte, occorre anche tener conto che da tempo parte della dottrina ha ritenuto che gli effetti legati alla disapplicazione, definiti effetti di esclusione, siano da considerarsi distinti da quelli prodotti dalla norma dotata di effetto diretto, definiti, invece, effetti di sostituzione[22].

L'assimilazione tra le due tipologie di effetti, nella prassi applicativa, non pone problemi nella maggior parte dei casi.

Anzi, essa risulta necessaria per evitare che, alla disapplicazione della norma interna in contrasto e all'impossibilità di applicare la norma dell'Unione priva di effetti diretti, faccia seguito un vero e proprio *vulnus* normativo.

Si deve rilevare che nella fattispecie che qui interessa, come visto, l'incompatibilità della disciplina sulla clausola di prelazione è stata dichiarata con particolare riferimento ai principi di parità di trattamento di cui all'art. 3, paragrafo 1, della direttiva 2014/23/UE, in combinato disposto con gli artt. 30 e 41 e con il considerando 68 della direttiva medesima, nonché con il principio di libertà di stabilimento di cui all'art. 49 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea.

Trattasi di disposizioni non aventi efficacia diretta.

Infatti, procedendo con ordine, l'art. 3, paragrafo 1, della "direttiva concessioni" prevede, con una formulazione decisamente di principio, che "*Le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori trattano gli operatori economici su un piano di parità e in modo non discriminatorio e agiscono con trasparenza e proporzionalità*".

Non pare, poi, che neanche gli ulteriori parametri normativi individuati dalla Corte di Giustizia abbiano la capacità di sostituirsi alla normativa interna dichiarata incompatibile e, dunque, di colmare il *vulnus* che l'eventuale sua disapplicazione comporterebbe.

---

[21] Sul tema cfr. Corte di Giustizia, sentenza 1 dicembre 1974, causa C-41/74, *Yvonne Van Duyn contro Home Office*, e giurisprudenza successiva, in eur-lex.europa.eu.

[22] Molti Avvocati Generali e una parte consistente della dottrina hanno sostenuto la distinzione tra l'effetto di esclusione, prodotto dal primato del diritto europeo su quello interno, e l'effetto di sostituzione, generato dall'efficacia diretta degli atti di diritto europeo: in questo senso si v. le conclusioni dell'avv. gen. Léger, dell'11 gennaio 2000, causa C-287/98, Linster, ECLI:EU:C:2000:3, punto 57; dell'avv. gen. Ruiz- Jarabo Colomer, del 6 maggio 2004, causa C-397/01, Pfeiffer, ECLI:EU:C:2003:245; dell'avv. gen. Kokott, del 14 ottobre 2004, alla causa Berlusconi, cit., ECLI:EU:C:2004:624. Ma sul tema cfr. anche G. STROZZI, R. MASTROIANNI, *op. cit.*, 2023, pp. 306 ss.; T. K. LENAERTS, T. CORTHAUT, *Of birds and hedges: the role of primacy in invoking norms of EU law*, in *European Law Review*, 2006, fasc. n. 3, p. 287 ss.; T. TRIDIMAS, *Blackwhite and shades of grey. Horizontality of the directives revisited*, in *Yearbook of European law*, 2002, vol. 21, 327 ss.; P.V. FIGUEROA REGUEIRO, *Invocability of Substitution and Invocability of Exclusion: Bringing Legal Realism to the Case-law of 'Horizontal' Direct Effect of Directives*, in *Jean Monnet Working Paper*, 2002, fasc. n. 7.

Nello specifico, l'art. 30 della "direttiva concessioni" pone i principi generali per l'aggiudicazione delle concessioni[23], mentre il successivo art. 41 pone la disciplina sui criteri di aggiudicazione[24].

Per quel che qui maggiormente interessa, il paragrafo 3, secondo comma, della disposizione da ultimo citata, prevede l'amministrazione aggiudicatrice può, in via eccezionale, modificare l'ordine dei criteri di aggiudicazione per tenere conto del ricevimento di una soluzione innovativa con un livello straordinario di prestazioni funzionali e che non avrebbe potuto essere prevista nonostante la sua diligenza: in tali casi l'amministrazione aggiudicatrice è tenuta a informare tutti gli offerenti dell'avvenuta modifica dell'ordine di importanza di tali criteri e a pubblicare un nuovo invito a presentare offerte o, a seconda dei casi, un nuovo bando di concessione.

Pur se tale ultima previsione parrebbe poter avere efficacia diretta, l'ipotesi ivi prevista, come è stato rilevato dalla Corte di Giustizia nella sentenza in commento,

---

[23] L'art. 30 della "direttiva concessioni" così statuisce:

"1. *L'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore sono liberi di organizzare la procedura per la scelta del concessionario fatto salvo il rispetto della presente direttiva.*

2. *La concezione della procedura di aggiudicazione della concessione deve rispettare i principi enunciati nell'articolo 3. In particolare, nel corso della procedura di aggiudicazione della concessione, l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore non fornisce in maniera discriminatoria informazioni che possano avvantaggiare determinati candidati o offerenti rispetto ad altri.*

3. *Gli Stati membri adottano misure adeguate per garantire che gli operatori economici, nell'esecuzione di contratti di concessione, rispettino gli obblighi applicabili in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dal diritto dell'Unione, dal diritto nazionale, da contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro elencate nell'allegato X.*

4. *Alla Commissione è conferito il potere di adottare atti delegati conformemente all'articolo 48 per modificare l'elenco di cui all'allegato X, quando ciò si dimostra necessario per aggiungere nuovi accordi internazionali ratificati da tutti gli Stati membri o quando gli accordi internazionali vigenti cui si fa riferimento non sono più ratificati da tutti gli Stati membri o sono altrimenti modificati, ad esempio a livello di ambito di applicazione, contenuto o denominazione.*".

[24] L'art. 41 della "direttiva concessioni" così statuisce:

"*1. Le concessioni sono aggiudicate sulla base di criteri oggettivi che siano conformi ai principi di cui all'articolo 3 e assicurino una valutazione delle offerte in condizioni di concorrenza effettiva in modo da individuare un vantaggio economico complessivo per l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore.*

2. I criteri di aggiudicazione sono connessi all'oggetto della concessione e non attribuiscono una incondizionata libertà di scelta all'amministrazione aggiudicatrice o all'ente aggiudicatore. Essi possono includere, tra l'altro, criteri ambientali, sociali o relativi all'innovazione. Tali criteri sono accompagnati da requisiti che consentono di verificare efficacemente le informazioni fornite dagli offerenti. L'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore verifica la conformità effettiva delle offerte ai criteri di aggiudicazione.

3. L'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore elenca i criteri in ordine decrescente di importanza. In deroga al primo comma, se l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore riceve un'offerta che propone una soluzione innovativa con un livello straordinario di prestazioni funzionali che non avrebbe potuto essere prevista da un'amministrazione aggiudicatrice o un ente aggiudicatore diligente, l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore può, in via eccezionale, modificare l'ordine dei criteri di aggiudicazione per tenere conto di tale soluzione innovativa. In tal caso, l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore informa tutti gli offerenti in merito alla modifica dell'ordine di importanza ed emette un nuovo invito a presentare offerte tenuto conto dei termini minimi di cui all'articolo 39, paragrafo 4. Se i criteri di aggiudicazione sono stati pubblicati al momento della pubblicazione del bando di concessione, l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore pubblica un nuovo bando di concessione nel rispetto dei termini minimi di cui all'articolo 39, paragrafo 3. La modifica dell'ordine non deve dar luogo a discriminazioni."

ISSN 2036-7821

presuppone la ricezione "*non già di una proposta diretta ad attuare una procedura come la procedura di finanza di progetto, bensì, praticamente, di un'offerta rivolta all'amministrazione aggiudicatrice in risposta a una gara d'appalto*"[25].

Per tali motivi, la fattispecie di cui all'art. 41 della direttiva concessioni non è assimilabile a quella prevista dall'art. 193 del Codice dei contratti pubblici e, dunque, non potrebbe utilmente sostituirsi alla normativa interna sul diritto di prelazione dichiarata incompatibile.

In definitiva, nessuno dei parametri di riferimento identificati dalla Quinta Sezione del Consiglio di Stato e rimessi al vaglio della Corte di Giustizia, posseggono efficacia diretta e, per conseguenza, astrattamente nessuno di essi potrebbe colmare il *vulnus* normativo, derivante dalla sentenza della Corte di Giustizia che statuisce l'incompatibilità del diritto di prelazione di cui all'istituto della finanza di progetto con l'ordinamento unionale.

Ciò premesso in termini strettamente dogmatici, deve evidenziarsi che talvolta il solo effetto di esclusione – derivante dalla mera disapplicazione della disposizione interna, senza che a ciò segua la sua sostituzione con la disposizione europea dotata di effetti diretti – sarebbe in grado di offrire una tutela efficace ai singoli, anche qualora ciò comporti il generarsi di un *vulnus* normativo[26].

Tale prospettiva, del resto, è stata fatta propria anche dalla prima giurisprudenza amministrativa successiva alla sentenza della Corte di Giustizia, 5 febbraio 2026, C-810/24, *Urban Vision*[27].

In tale prospettiva, il giudice nazionale eventualmente adito al fine di ottenere l'annullamento degli atti di una procedura di finanza di progetto procede alla disapplicazione della normativa interna e, per l'effetto, non potrebbe che annullare gli atti di gara in diretta applicazione della sentenza della Corte di Giustizia, anche ove a ciò non segua la sostituzione di una disposizione unionale dotata di effetti diretti.

A questo punto, al fine di investigare gli effetti di una sentenza che si pronunci su una domanda di annullamento degli atti di una procedura di finanza di progetto, per violazione della normativa europea citata, così come recentemente interpretata dalla Corte di Giustizia, occorre distinguere due ipotesi[28].

---

[25] Così Corte di Giustizia, sentenza 5 febbraio 2026, C-810/24, *Urban Vision*, punto 55, in eur-lex.europa.eu.

[26] Sul tema cfr. G. DI FEDERICO, *Il recepimento delle direttive nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in G. DI FEDERICO, C. ODONE (a cura di), *Il recepimento delle direttive dell'Unione europea nella prospettiva delle regioni italiane. Modelli e soluzioni*, Napoli, 2010, p. 50.

[27] Il riferimento è alle sentenze T.A.R. Campania, Napoli, sez. II, 3 marzo 2026, n. 1508; Consiglio di Stato, Sez. V, 14 maggio 2026, n. 3805; T.A.R. per la Lombardia, Brescia, Sez. II, 18 maggio 2026, n. 669.

[28] Per approfondire il tema degli effetti di una sentenza della Corte di Giustizia resa a seguito di rinvio pregiudiziale di interpretazione sui provvedimenti interni cfr. M. BUCCARELLA, *I conflitti dell'azione amministrativa con il diritto dell'Unione europea. Quali rimedi per i provvedimenti amministrativi antieuropei?*, in *Eurojus*, 2024, fasc. n. 3, p. 40-60, nonché L. PASSARINI, *Gli effetti dell'incompatibilità con il diritto dell'Unione sui provvedimenti amministrativi*, in *Il Diritto Amministrativo*, 2022; V. A. CORRERA, *Natura ed effetti delle sentenze*

Infatti, occorre distinguere l'ipotesi che la disposizione interna incompatibile col diritto comunitario, sia interpretata quale norma di riconoscimento ovvero norma di disciplina delle modalità di esercizio del potere esercitato dall'amministrazione nel caso concreto.

Rimane evidente che nell'ipotesi in cui venga meno una norma attributiva del potere, l'esercizio dello stesso condurrà ad una ipotesi di nullità; nel diverso caso in cui rimanga ferma la competenza dell'amministrazione, l'eventuale disapplicazione condurrebbe ad una mera illegittimità dell'atto[29].

Dal punto di vista processuale, ciò comporta rilevanti differenze.

Infatti, se, da una parte, la domanda volta all'accertamento della nullità può essere proposta entro il termine di decadenza di centottanta giorni e può sempre essere opposta in giudizio dalla parte resistente o essere rilevata d'ufficio dal giudice, dall'altra la domanda volta all'annullamento dell'atto può essere proposta entro 60 giorni.

Da ciò deriva che se l'atto nullo è inefficace di diritto e viene dunque considerato *tamquam non esset*, l'atto annullabile è comunque idoneo a produrre i suoi effetti, i quali permangono nell'ordinamento giuridico, almeno fino a quando non ne venga dichiarata l'illegittimità in via giudiziale.

Nel caso che ci occupa, non pare la disciplina del diritto di prelazione di cui alla procedura della finanza di progetto attribuisca un potere all'amministrazione, ma piuttosto che ne disciplini le modalità di esercizio.

Infatti, ivi si regolamenta una modalità di scelta del contraente che prevede e delimita l'ipotesi in cui si possa riconoscere un vantaggio competitivo al concorrente più avveduto che abbia proposto una soluzione progettuale all'amministrazione che possa soddisfare un'esigenza della cittadinanza.

In ogni caso, si badi che in entrambi i casi permane il limite dei diritti quesiti.

Sul tema è stato sancito che il carattere definitivo di una decisione amministrativa, acquisito alla scadenza di termini ragionevoli di ricorso o in seguito all'esaurimento dei mezzi di tutela giurisdizionale, costituisce corollario del principio di certezza delle situazioni giuridiche

Da ciò deriva che il diritto comunitario non esige che un organo amministrativo sia obbligato a riesaminare una decisione amministrativa che ha acquisito tale carattere definitivo[30].

In altre parole, il principio della certezza nei rapporti giuridici non determina che

pregiudiziali della Corte di giustizia, Napoli, 2023, p. 11 ss.; A. MAFFEO, *Gli effetti della sentenza pregiudiziale*, in F. FERRARO, C. IANNONE (a cura di), *op. cit.*, p. 265 ss.

[29] In questo senso cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 12 marzo 2025, n. 2052; Consiglio di Stato, Sez. VI, 29 dicembre 2023, n. 11301; Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza 29 novembre 2023, n. 10303; Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza 07 agosto 2023, n. 7609, tutte in www.giustizia-amministrativa.it.

[30] In questo senso si v. Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza 20.11.2024, n. 9338, in www.giustizia-amministrativa.it.

ISSN 2036-7821

questi, una volta esauriti, debbano essere messi nuovamente e continuamente in discussione per effetto di una sentenza della Corte di Giustizia che sancisca l'incompatibilità di un determinato atto con la normativa europea.
Anche tali principi, come si avrà modo di esporre più compiutamente *infra*, sono stati recentemente ribaditi dalla prima giurisprudenza successiva alla sentenza della Corte di Giustizia in parola, chiamata ad applicare i principi di diritto ivi espressi.
In ultima istanza, seppure non sembri applicabile la fattispecie concreta, soprattutto a seguito delle prime pronunce giurisprudenziali sul tema, deve rilevarsi che, nell'ipotesi in cui il giudice ritenga di non poter disapplicare la normativa interna, egli potrà rivolgersi alla Corte costituzionale, domandando la verifica dell'illegittimità della norma nazionale con l'ordinamento unionale, per il tramite degli artt. 11 e 117 della Costituzione.
In tale evenienza, la Corte costituzionale, ove ritenga fondato il dubbio di compatibilità, potrà dichiarare l'incostituzionalità della disciplina del diritto di prelazione, con conseguente espunzione della stessa dall'ordinamento.
Una sentenza di dichiarazione dell'illegittimità costituzionale dell'art. 193 del Codice dei Contratti Pubblici esplicherebbe, sui provvedimenti amministrativi, i medesimi effetti esposti *supra* con riferimento alla disapplicazione in quanto, come per quest'ultima, anche l'eliminazione della norma comporterebbe l'illegittimità dell'atto su di essa fondato[31].
Tale problematica è stata affrontata dal Consiglio di Stato in una prospettiva sistematica[32], secondo la quale, richiamato l'indirizzo dell'Adunanza plenaria 8 aprile 1963, n. 8, "*il punto di equilibrio raggiunto tra l'interesse generale alla legalità costituzionale e la natura del giudizio amministrativo impugnatorio*", è sorretto dai seguenti passaggi logico giuridici:
a) "*dalla carenza in astratto del potere esercitato deriva, per pacifica giurisprudenza civile ed amministrativa, la nullità del provvedimento che ne costituisce estrinsecazione*";
b) "*le sentenze di incostituzionalità producono effetti retroattivi erga omnes, con il limite dei rapporti esauriti*";
c) "*il provvedimento emanato in applicazione di una norma dichiarata incostituzionale dà luogo ad una fattispecie di invalidità 'sopravvenuta' o 'derivata', che non attribuisce al giudice amministrativo la indiscriminata disponibilità del provvedimento*"; "*gli effetti della pronuncia di incostituzionalità sul giudizio amministrativo si diversificano a seconda che la norma scrutinata dal giudice delle leggi attribuisca all'amministrazione il potere ovvero ne regoli i modi di esercizio*", poiché "*nel primo caso il giudice può procedere all'annullamento*

[31] Per un approfondimento sul tema degli effetti della sentenza della Corte costituzionale sul provvedimento amministrativo cfr. L. PASSARINI, *Gli effetti del giudicato costituzionale sul provvedimento amministrativo*, in *Il Diritto Amministrativo*, 2022.
[32] Il riferimento è a Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza 30 novembre 2010 n. 8363, in www.giustizia-amministrativa.it.

ISSN 2036-7821

officioso del provvedimento sottoposto ritualmente al suo sindacato", mentre "*nel secondo caso, invece, potrà farlo solo se il ricorrente abbia articolato, nella sostanza, una censura avente ad oggetto il cattivo esercizio della funzione pubblica regolato dalla norma poi eliminata dalla Consulta (e pur se il ricorrente non abbia esplicitato una questione di legittimità costituzionale di una siffatta norma 'procedimentale')*".

In definitiva "*Si deve quindi ritenere che nel provvedimento con cui si sia fatta applicazione di una norma dichiarata incostituzionale sopravvenga un'invalidità in relazione alla quale:*

d) il giudice dispone l'annullamento dello stesso provvedimento, in quanto nullo per carenza di potere sopravvenuta, se detta norma è attributiva del potere amministrativo (cfr. Cons. Stato sez. VI, n. 5058/2009, cit.), a prescindere dagli specifici motivi del gravame;

e) mentre, da tali motivi il giudice non può prescindere, occorrendo che l'interessato abbia dedotto in merito all'illegittimità costituzionale della norma, pur senza prospettare una questione di legittimità costituzionale, qualora quest'ultima attenga alle modalità di esercizio del potere amministrativo."[33].

Da quanto ora esposto emerge che, a seguito della sentenza della Corte di Giustizia 5 febbraio 2026, causa C-810/24, *Urban Vision*, il giudice nazionale – eventualmente adito al fine di ottenere l'annullamento degli atti di una procedura di finanza di progetto nella quale sia stato previsto e/o esercitato il diritto di prelazione – dovrà applicare direttamente il diritto dell'Unione europea, disapplicando il diritto di prelazione in quanto contrastante con il diritto unionale e, per l'effetto, annulla gli atti di gara in diretta applicazione della sentenza della Corte di Giustizia.

IV. (segue) Sugli effetti della sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea per l'amministrazione

Come accennato *supra*, l'obbligo di attuare i rimedi utili a garantire il primato del diritto dell'Unione europea e, quindi, la piena efficacia della norma sovranazionale violata, specialmente attraverso l'applicazione del rimedio della disapplicazione, non spetta solo al giudice nazionale, ma anche all'amministrazione.

Infatti, come chiarito dalla Corte costituzionale sulla scorta di quanto precedentemente affermato dalla Corte di Giustizia, "*tutti i soggetti competenti nel nostro ordinamento a dare esecuzione alle leggi – tanto se dotati di poteri di dichiarazione del diritto, come gli organi giurisdizionali, quanto se privi di tali poteri, come gli organi amministrativi – sono giuridicamente tenuti a disapplicare le norme interne incompatibili*"[34].

Trattasi di un principio di recente ribadito dalla Corte di Giustizia in materia di concessioni demaniali marittime, la quale ha confermato che "*l'amministrazione, anche comunale, è tenuta, al pari del giudice nazionale, ad applicare le disposizioni incondizionate e sufficientemente precise di una direttiva e a disapplicare le norme del diritto nazionale non*

[33] Così Consiglio di Stato, Sez. I, sentenza 12 aprile 2024, n. 470, in www.giustizia-amministrativa.it.
[34] Così Corte costituzionale, sentenza 4 luglio 1989, n. 389, in www.cortecostituzionale.it.

conformi a tali disposizioni"[35].

Da ultimo, anche l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato ha avallato le conclusioni cui è pervenuta la Corte di Giustizia, affermando che "*o si ammette che la legge non è disapplicabile nemmeno dal giudice (ma in questo modo il contrasto con il principio di primazia del diritto dell'Unione diventa stridente) oppure si ammette che l'Amministrazione è "costretta" ad adottare un atto illegittimo, destinato poi ad essere annullato dal giudice, che può fare ciò che la P.A. non ha potuto fare, cioè non applicare la legge nazionale anticomunitaria. Ma immaginare un'Amministrazione "costretta" ad adottare atti comunitariamente illegittimi e a farlo in nome di una esigenza di certezza del diritto (legata all'asserita difficoltà di individuare le direttive self-executing) appare una contraddizione in termini*"[36].

Da ciò deriva che, se, da una parte, la scelta dell'annullabilità per i provvedimenti amministrativi in contrasto con il diritto eurounitario comporta un breve termine per far valere l'invalidità mediante ricorso di fronte al giudice amministrativo, pena l'inoppugnabilità del provvedimento, dall'altra parte, l'intervenuta inoppugnabilità non esclude che l'amministrazione possa rimettere in discussione il rapporto giuridico esercitando il potere di autotutela, quale l'annullamento d'ufficio ai sensi dell'art. 21-*nonies* legge 241/1990 o la revoca ai sensi dell'art. 21 *quinquies*[37].

Se tale potere era in passato considerato un obbligo per la pubblica amministrazione, che imponeva di procedere autonomamente alla rimozione dell'atto contrastante con le norme comunitarie, i più recenti arresti della Corte di Giustizia convergono sulla natura tendenzialmente discrezionale dell'annullamento dell'atto assunto in violazione del diritto dell'Unione europea.

Tuttavia, un'ipotesi in cui l'amministrazione rimane obbligata a rivalutare un

[35] Così Corte di Giustizia, sentenza 20 aprile 2023, causa C-348/22, *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (Commune de Ginosa)*, punto 77, che richiama anche la Corte di Giustizia, sentenza 14 luglio 2016, cause C-458/14 e C-67/15, *Promoimpresa e a.*, punto 43, e Corte di Giustizia, sentenza 10 ottobre 2017, causa C-413/15, *Farrell*, punto 33, tutte in eur-lex.europa.eu.

[36] Così Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, sentenze 9 novembre 2021, nn. 17 e 18, punto 34.3, in www.giustizia-amministrativa.it.

[37] Come noto, nell'ordinamento interno, l'autotutela decisoria si estrinseca negli istituti dell'annullamento d'ufficio *ex* art. 21-*nonies* e della revoca *ex* art. 21-*quinquies* della legge 7 agosto 1990, n. 241.

In particolare, ai fini dell'annullamento *ex officio* occorre che sia accertata l'illegittimità del provvedimento e che sussista un interesse concreto e attuale alla sua eliminazione, tale da non integrare un mero interesse a ripristinare la (presunta) legalità violata.

La revoca, differentemente dall'annullamento di ufficio, non presuppone vizi di legittimità, riguardando atti viziati "nel merito" giacché divenuti inopportuni per sopravvenuti motivi di pubblico interesse, per mutamento della situazione di fatto, nonché per una nuova valutazione dell'interesse pubblico originario. In ogni caso, le Amministrazioni, nell'esercizio del potere di autotutela decisoria, incontrano un duplice limite nella stabilità dell'assetto delineato nel provvedimento e nella protezione degli interessi privati potenzialmente lesionati dall'esercizio dell'autotutela.

Per approfondire il tema degli effetti, in particolare per l'amministrazione, di una sentenza della Corte di Giustizia resa a seguito di rinvio pregiudiziale di interpretazione sui provvedimenti interni cfr. M. BUCCARELLA, *op. cit.*, p. 40-60, e L. PASSARINI, *Gli effetti dell'incompatibilità con il diritto dell'Unione sui provvedimenti amministrativi*, in *Il Diritto Amministrativo*, 2022.

ISSN 2036-7821

proprio atto, anche se non necessariamente a doverlo annullare, è individuata nei riguardi della decisione amministrativa confermata da giudicato, in presenza di talune condizioni[38].

In particolare, per la giurisprudenza unionale, a tali fini è necessario che:

a) la decisione sia divenuta definitiva in seguito alla sentenza di un giudice nazionale di ultima istanza;
b) alla luce della successiva giurisprudenza della Corte di giustizia, tale sentenza risulti fondata su un'interpretazione errata del diritto europeo;
c) l'interessato, immediatamente dopo essere stato informato di tale nuova giurisprudenza, si sia rivolto all'organo amministrativo competente;
d) l'amministrazione disponga, secondo il diritto nazionale, del potere di tornare su tale decisione e che tenga comunque conto degli interessi dei terzi.

Inoltre, i giudici di Lussemburgo hanno poi avuto modo di precisare che, ai fini della sussistenza dell'obbligo di riesame di una precedente decisione amministrativa definitiva, non è necessaria la previa deduzione in giudizio di una questione di compatibilità con la normativa europea[39].

I giudici dell'Unione sembrano dunque propendere per una soluzione applicativa che, nel caso di provvedimenti antieuropei, finisce per comprimere l'ampio margine di discrezionalità tradizionalmente riconosciuto all'amministrazione nell'esercizio dell'autotutela.

Si tratta di una soluzione che discenderebbe direttamente dai principi unionali del primato dell'ordinamento sovraordinato e della leale collaborazione, in applicazione dei quali, nel caso di contrasto tra normativa interna e normativa direttamente applicabile dell'Unione, il Paese membro – e, quindi, anche le strutture pubbliche che ne sono diretta emanazione – è tenuto a riconoscere prevalenza alla seconda e, di conseguenza, a utilizzare i poteri di autotutela per garantirvi effettività[40].

Ad ogni modo, considerato che l'obbligo di attuare i rimedi utili a garantire la primazia vige anche nei confronti della Pubblica Amministrazione, ne discende che per le future procedure di gara le stazioni appaltanti saranno obbligate a rispettare le previsioni contenute nella Sentenza della Corte di Giustizia 5 febbraio 2026, causa C-810/24, *Urban Vision*.

Per l'effetto esse non potranno bandire procedure di gara, a seguito della valutazione

[38] In questo senso cfr. Corte di Giustizia CE, sentenza 13 gennaio 2004, C-453/00, *Kühne & Heitz*, in eur-lex.europa.eu. Ma nello stesso senso, a livello nazionale, cfr. Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, sentenze 9 novembre 2021, nn. 17 e 18, punto 40, in www.giustizia-amministrativa.it.

[39] In questo senso cfr. Corte di Giustizia, sentenza 12 febbraio 2008, causa C-2/06, *Willy Kempter*, in eur-lex.europa.eu. Per un commento a tale pronuncia, si veda F. CORTESE, *Il riesame di decisioni amministrative definitive tra obbligo di cooperazione e certezza del diritto*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2008, p. 1527 ss..

[40] Sul tema cfr. B. G. MATTARELLA, *Autotutela amministrativa e principio di legalità*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico*, 2007, fasc. n. 6, p. 1256-1257; D. U. GALETTA, *Autotutela decisoria e diritto comunitario*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2005, fasc. n. 1, p. 35 ss.

ISSN 2036-7821

positiva della proposta presentata dall'operatore economico, che riconoscano il diritto di prelazione a favore del promotore/proponente.
In altre parole, non potranno essere più attuate procedure di finanza di progetto che prevedano il diritto di prelazione.
In definitiva, da quanto illustrato emerge che l'amministrazione, da un lato, non può più bandire procedure di gara che prevedano il diritto di prelazione e, dall'altro, conserva, in ogni caso, la facoltà di procedere all'annullamento degli atti di gara già pubblicati entro i termini e nei limiti stabiliti dalla legge sul procedimento amministrativo, ma non è gravata da un obbligo giuridico di esercitare tale potere, se non al verificarsi delle condizioni poc'anzi illustrate.

V. Sulla procedura d'infrazione

Come si accennava *supra*, pur se la Corte di Giustizia è intervenuta a dichiarare l'incompatibilità del diritto di prelazione di cui alla disciplina della finanza di progetto con la normativa unionale, la procedura d'infrazione avviata nei confronti dell'Italia non perde di interesse rispetto al tema in esame[41].
Al riguardo, se è vero che le due procedure hanno ad oggetto il medesimo istituto della finanza di progetto, è anche vero che l'ampiezza delle relative censure è certamente differente.
Infatti, se la questione pregiudiziale interpretativa sollevata dal Consiglio di Stato ha avuto ad oggetto la sola figura del diritto di prelazione, la procedura d'infrazione ha ad oggetto l'istituto della finanza di progetto nel suo complesso, sotto plurimi profili.
Da ciò deriva che la sentenza della Corte di Giustizia, la quale ha dichiarato l'incompatibilità della figura del diritto di prelazione, non risolve tutte le contestazioni mosse da parte della Commissione europea.
Pertanto, pur se limitatamente a tale profilo potrebbe ritenersi risolta ogni questione di incompatibilità, per i restanti profili la procedura potrebbe dover proseguire.

---

[41] Il riferimento è alla procedura d'infrazione INFR(2018)2273. Per un approfondimento sull'istituto della procedura d'infrazione, con specifico riferimento alla funzione della fase precontenziosa e all'inquadramento giuridico della lettera di messa in mora, si v. C. BURELLI, *La discrezionalità della Commissione europea nelle procedure di infrazione*, Torino, 2024, p. 175 ss.; R. ADAM, A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Torino,2024, IV ed., p. 326-329; G. TESAURO, *Manuale di diritto dell' Unione europea*, a cura di P. DE PASQUALE; F.FERRARO, vol. I, IV ed., Napoli, 2023, p. 434 ss.; M. CONDINANZI, C. AMALFITANO, *La procedura di infrazione dieci anni dopo Lisbona*, in *Federalismi*, 2020, fasc. n. 19, p. 217-300; R. MASTROIANNI (a cura di), *Il diritto processuale dell'Unione europea*, Torino, 2025, p. 121 ss.. Per alcuni contribuiti più risalenti si v. anche C. PENNACCHIETTI, *Il precontenzioso*, in G. DI COSIMO (a cura di), *L'Italia inadempiente. La difficile attuazione del diritto europeo in materia ambientale*, Padova, 2012, p. 165 ss.; C. AMALFITANO, *La procedura di "condanna" degli Stati membri dell'Unione europea*, Milano, 2012, p. 13 ss.; G. GRECO, *Il modello comunitario della procedura di infrazione e il deficit di sindacato di legittimità dell'azione amministrativa in Italia*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2010, p. 705 ss.; F. GENCARELLI, *La Commissione "custode del Trattato": il controllo dell'applicazione del diritto comunitario negli Stati membri*, in *Diritto Comunitario e degli Scambi Internazionali*, 2004, fasc. n. 2, pp. 231 ss.; P. MORI, *Profili problematici dell'esecuzione delle sentenze della Corte di giustizia di condanna degli Stati membri ex art. 260 TFUE*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2015, fasc. n. 2, p. 427 ss.

ISSN 2036-7821

Fatta questa necessaria premessa, appare utile illustrare, seppur brevemente le contestazioni mosse dall'istituzione europea, al fine di poterne apprezzare le differenze rispetto a quelle sollevate dal Consiglio di Stato ed in parte condivise dalla Corte di Giustizia.

Con specifico riferimento alla procedura di infrazione, la Commissione ha evidenziato che la fase preliminare di selezione del progetto da porre a base di gara, se considerata autonomamente rispetto alle successive fasi procedimentali, possa essere qualificata come una procedura di affidamento avente ad oggetto la predisposizione di un progetto.

Tuttavia, si ammette che, se considerata nel suo complesso, la finanza di progetto possa essere considerata come una procedura articolata in più fasi finalizzata all'aggiudicazione contratti di concessione.

Per tali motivi, la Commissione rileva che in entrambe le ipotesi, la procedura della finanza di progetto presenta alcuni profili di criticità.

Infatti, da un lato, qualora la procedura di selezione del progetto da porre a base di gara si volesse considerare individualmente, come avulsa dalle dinamiche delle procedura di evidenza pubblica e assimilata a un processo di definizione dell'interesse pubblico in collaborazione con il soggetto privato, nell'ambito del quale l'amministrazione è chiamata ad esercitare un più ampio margine di discrezionalità, allora l'esito di tale fase preliminare non potrebbe consistere nell'attribuzione di un vantaggio competitivo determinante al promotore/proponente selezionato nell'ambito della successiva gara.

Dall'altro lato, ove invece si volesse valutare la procedura di affidamento nel suo complesso, come un procedimento volto all'aggiudicazione di una concessione, essa dovrebbe soggiacere interamente alle regole stabilite dalla direttiva 2014/23/UE e dovrebbe garantire dall'inizio alla fine il rispetto delle garanzie procedurali ivi stabilite.

Ancora, la Commissione rileva che la disposizione, nella sua *ratio*, è anche contraria al principio di proporzionalità, il quale impone, in materia di attuazione delle direttive, che le misure adottate dagli Stati membri o dalle amministrazioni aggiudicatrici non eccedano quanto strettamente necessario per il conseguimento degli obiettivi perseguiti.

In altri termini, una regolamentazione nazionale, nonostante i suoi effetti restrittivi sulla libertà di stabilimento e sulla libera prestazione dei servizi, può ritenersi giustificata se risponde a esigenze imperative di interesse generale, purché tali esigenze non siano già tutelate da altre norme, sia idonea a garantire la realizzazione dell'obiettivo perseguito e non ecceda quanto necessario a tal fine[42].

In definitiva, sebbene la Commissione riconosca che la direttiva 2014/23/UE consente

[42] Sul tema cfr. Corte di Giustizia, sentenza 22 novembre 2018, C-625/17, *Vorarlberger Landes- und Hypothekenbank*, e sentenza 15 settembre 2011, C-347/09, *Dickinger e Ömer*, entrambe in eur-lex.europa.eu.

l'inclusione tra i criteri di aggiudicazione di criteri ambientali, sociali o relativi all'innovazione[43], tuttavia ritiene, da un lato, che l'applicabilità della finanza di progetto non presuppone in alcun modo che la proposta avanzata da un promotore sia innovativa, e, dall'altro, che non si individua alcun nesso di causalità tra i vantaggi concessi al promotore/proponente e la promozione di soluzioni innovative, nonché gli obiettivi ambientali e sociali asseritamente perseguiti dalla misura.
Tanto più se si considera che l'ordinamento degli Stati membri e dell'Unione, comprende un'ampia gamma di strumenti notevolmente meno restrittivi per raggiungere i medesimi obiettivi.
Infatti, la Commissione, rileva che per promuovere gli investimenti privati e la partecipazione di tutti gli operatori economici interessati alle fasi preparatorie delle offerte, nonché per incoraggiare lo sviluppo di soluzioni innovative e il perseguimento di obiettivi ambientali e sociali, le amministrazioni aggiudicatrici possono ispirarsi alle procedure a tal fine delineate dalla direttiva 2014/24/UE, tra le quali i partenariati per l'innovazione (articolo 31), i dialoghi competitivi (articolo 30) e procedure competitive con negoziazione (articolo 29), utili proprio nei casi in cui non sono in grado di predeterminare come soddisfare le loro esigenze o di valutare ciò che il mercato può offrire in termini di soluzioni tecniche, finanziarie o giuridiche.
La Commissione Europea, poi, censura l'istituto della finanza di progetto, oltre che nella sua interezza e con riferimento al principio di proporzionalità, anche sotto ulteriori profili critici che si riferiscono alle due macrofasi della procedura, ossia la individuazione del progetto da porre a base di gara e la procedura di gara per l'aggiudicazione del contratto di concessione.
Relativamente alla prima fase, la Commissione ritiene la procedura di

[43] In particolare, il considerando 73 della direttiva 2014/23/UE prevede che "*Le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori dovrebbero valutare le offerte sulla base di uno o più criteri di aggiudicazione. Per garantire trasparenza e parità di trattamento, i criteri per l'aggiudicazione delle concessioni dovrebbero sempre rispettare alcune norme di carattere generale. Tali norme possono fare riferimento a fattori di carattere non puramente economico ma tali da influenzare il valore di un'offerta dal punto di vista dell'amministrazione aggiudicatrice o dell'ente aggiudicatore e da permettere di individuare un vantaggio economico globale per l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore. I criteri dovrebbero essere comunicati in anticipo a tutti i potenziali candidati od offerenti, dovrebbero riguardare l'oggetto del contratto e non dovrebbero lasciare all'amministrazione aggiudicatrice o all'ente aggiudicatore una libertà di scelta incondizionata. Essi dovrebbero inoltre permettere una concorrenza effettiva e andrebbero accompagnati da requisiti che consentano di verificare efficacemente le informazioni fornite dagli offerenti. Dovrebbe essere possibile includere nei criteri di aggiudicazione, tra l'altro, criteri ambientali, sociali o relativi all'innovazione. Le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori dovrebbero inoltre indicare i criteri di aggiudicazione in ordine decrescente di importanza in modo da garantire la parità di trattamento dei potenziali offerenti consentendo loro di conoscere tutti gli elementi di cui tener conto al momento della preparazione delle loro offerte.*
In casi eccezionali in cui l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore riceve un'offerta che propone una soluzione innovativa con un livello straordinario di prestazioni funzionali che non avrebbe potuto essere prevista da un'amministrazione aggiudicatrice o un ente aggiudicatore diligente, l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore dovrebbe poter modificare, in via eccezionale, l'ordine dei criteri di aggiudicazione per tener conto delle nuove possibilità offerte da detta soluzione innovativa, purché tale modifica garantisca la parità di trattamento di tutti gli offerenti attuali o potenziali emettendo un nuovo invito a presentare offerte o, se opportuno, pubblicando un nuovo bando di concessione".

individuazione del progetto da porre a base di gara violi la normativa europea nella misura in cui, da un lato, non presta le adeguate garanzie procedurali a presidio dei principi di trasparenza, parità di trattamento e non discriminazione, lasciando invece uno spazio troppo ampio alla discrezionalità dell'amministrazione aggiudicatrice, e, dall'altro, non impone la previa trasmissione di un bando conforme ai modelli stabiliti all'Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea[44].

In materia di pubblicità, inoltre, la Commissione rileva che la pubblicazione delle proposte o dell'invito a presentare progetti nella sezione "Amministrazione trasparente" del proprio sito istituzionale non costituisce un bando di concessione conforme all'art. 31 della direttiva 2014/23/UE, secondo cui *"le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori che intendono aggiudicare una concessione rendono nota tale intenzione per mezzo di un bando di concessione"*, e non garantisce un livello di pubblicità e trasparenza equivalente a quello richiesto ai sensi delle direttive sui contratti pubblici, che impongono invece la trasmissione dei bandi all'Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea per la loro pubblicazione nella relativa sezione della Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea.

Con riguardo, poi, alla successiva fase della procedura di gara per l'aggiudicazione del contratto di concessione, la Commissione ritiene che il d.lgs. n. 36/2023 violi i principi di parità di trattamento e non discriminazione nella misura in cui prevede, da una parte, l'obbligo per l'ente concedente di prevedere nel bando di gara un diritto di prelazione a favore del promotore/proponente e, dall'altra, il diritto per il medesimo, ove risultasse non aggiudicatario, al pagamento, a carico dell'effettivo aggiudicatario, delle spese per la predisposizione della proposta, senza che vi sia alcun meccanismo imparziale per la quantificazione effettiva delle stesse.

In definitiva, la Commissione contesta l'istituto della finanza sotto plurimi aspetti, nel suo complesso e con riferimento a singoli aspetti di entrambe le fasi della relativa procedura di aggiudicazione, in relazione a diverse disposizioni della direttiva sulle concessioni.

---

[44] Più nello specifico, la Commissione contesta che la procedura in parola non presta le garanzie procedurali minime richieste ai sensi dell'art. 37 della direttiva 2014/23/UE, il quale prevede esplicitamente che l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore indichino *"nel bando di concessione, nell'invito a presentare offerte o negli altri documenti di gara, una descrizione dei criteri di aggiudicazione e, se del caso, i requisiti minimi da soddisfare"*.

L'art. 193 del Codice dei Contratti, infatti, non impone un esplicito obbligo in capo all'amministrazione di inserire, in sede di pubblicazione delle proposte ricevute o dell'avviso, una descrizione dei criteri di aggiudicazione.

Ad avviso della Commissione, tale lacuna non sarebbe colmata neanche dall'obbligo di svolgere la valutazione delle proposte sulla base dei principi generali del Codice, in quanto i criteri di aggiudicazione dovrebbero essere comunicati agli offerenti in anticipo di modo da assicurare la rispondenza alle previsioni dell'articolo 41 della direttiva 2014/23/UE, il quale stabilisce che le concessioni siano aggiudicate sulla base di criteri oggettivi che siano conformi ai principi di parità di trattamento, non discriminazione e trasparenza e che assicurino una valutazione delle offerte in condizioni di concorrenza effettiva.

Ciò premesso, come è noto, la procedura d'infrazione presenta l'obiettivo di garantire l'effettività dell'attuazione e l'uniformità dell'interpretazione del diritto dell'Unione.

Infatti, a mezzo della procedura d'infrazione, la Commissione europea, istituzione onerata di tutelare gli interessi dell'Unione europea tramite l'attuazione dei trattati, avvia un confronto con il governo di uno Stato membro, nella specie il Ministro degli Affari esteri e della Cooperazione Internazionale, per lamentare la violazione di una norma dell'ordinamento sovranazionale, la quale può consistere nella mancata attuazione di una norma europea oppure in una disposizione o in una pratica amministrativa nazionali che risultano con essa incompatibili.

Tale procedura è divisa in due fasi.

La fase pre-contenziosa, la prima, è caratterizzata dalla lettera di messa in mora, nella quale è mossa una prima contestazione degli addebiti e alla quale lo Stato può rispondere facendo valere gli argomenti di fatto e di diritto posti a fondamento delle decisioni contestate, e dal parere motivato, nel quale sono indicate le infrazioni che si ritengono commesse, gli elementi di fatto e di diritto che ne sono alla base, nonché il termine entro il quale lo Stato deve porre fine alla sua infrazione.

La *ratio* di tali passaggi è ravvisabile nell'esigenza di garantire al massimo il contraddittorio, al fine di trovare una soluzione stragiudiziale.

A questa segue la fase contenziosa, solamente eventuale, attraverso la quale la Commissione può adire la Corte di Giustizia affinché quest'ultima verifichi che lo Stato membro non si sia adeguato al parere motivato o non lo abbia fatto nel termine indicato dalla Commissione.

Per quel che maggiormente interessa, nella fase contenziosa, la Corte di giustizia, qualora constati l'esistenza di un'infrazione, emana una sentenza di mero accertamento della violazione in cui lo obbliga a dare esecuzione alla sentenza mettendo fine all'illecito, pur non potendo indicare le misure necessarie per far cessare l'inadempimento.

Trattasi, dunque, di una procedura connotata da una certa discrezionalità politica, in cui le Istituzioni nazionali e sovranazionali interagiscono al fine di porre rimedio a una violazione del diritto europeo.

La funzione propria di una sentenza di tale natura è infatti quella di consentire alla Commissione di avviare una seconda procedura d'infrazione, consequenziale alla prima, avente ad oggetto la violazione dell'obbligo di eseguire la sentenza di accertamento dell'inadempimento dello Stato membro.

Tale seconda procedura si caratterizza per una maggiore incisività, poiché, ove lo Stato membro non si sia conformato alla sentenza d'inadempimento emessa ai sensi dell'art. 258 del TFUE e non fornisca idonee giustificazioni in risposta alla successiva lettera messa in mora, la Commissione può deferirlo al giudizio della Corte di Giustizia e chiedere l'irrogazione di una sanzione senza necessità di dover avviare

una nuova fase precontenziosa.
Nella maggiore parte dei casi, tuttavia, lo Stato membro provvede ad adeguarsi a quanto rilevato dalla Commissione europea già nella fase precontenziosa della prima procedura d'infrazione e, dunque, prima che la Corte di Giustizia giunga a emanare una sentenza con la quale accerti l'inadempimento dello Stato membro.
Tuttavia, nell'ipotesi in cui lo Stato membro non si adegui alle prescrizioni contenute nel parere motivato o non lo faccia in tempo utile, un'eventuale sentenza di accertamento dell'infrazione potrebbe, in astratto, esperire effetti anche nei confronti dei giudici o dell'amministrazione nazionale[45].
Infatti, pur trattandosi di una mera sentenza dichiarativa che, come tale, non impone alcun obbligo diretto nei confronti dei soggetti nazionali diversi dal legislatore, non può escludersi la produzione di effetti indiretti, in parte sovrapponibili a quelli propri delle sentenze pregiudiziali di interpretazione.
Ciò avverrebbe, in particolare, nella ipotesi in cui il giudice europeo non si limiti ad accertare l'inadempimento dello Stato membro ma si spinga a condividere la sussistenza dell'antinomia tra normativa interna e la normativa europea.
In tal caso, la sentenza esplicherebbe effetti paragonabili ad una sentenza pregiudiziale d'interpretazione.
Ciò in quanto, come accennato *supra* e come specificato dalla Suprema Corte di Cassazione, "*le sentenze della Corte di Giustizia posseggono il valore di ulteriore fonte del diritto comunitario, non nel senso che esse creino ex novo norme comunitarie, bensì in quanto ne indicano il significato ed i limiti di applicazione, con efficacia erga omnes nell'ambito della Comunità*"[46].
La Corte prosegue affermando che "*Tale efficacia va riconosciuta a tutte le sentenze della Corte di Giustizia, sia pregiudiziali ai sensi dell'art. 177 del Trattato* [n.d.r.: il riferimento è al Trattato CEE, ora art. 267 T.F.U.E.] *(Corte Cost. n. 113/85), sia che siano emesse in sede contenziosa ai sensi dell'art. 169 dello stesso Trattato* [n.d.r.: ora art. 258 T.F.U.E.] *(Corte Cost. n. 389/89, come la precedente richiamata da Corte Cost. n. 168/91)*".
Da ciò discende che ove la Corte di Giustizia in sede di accertamento dell'inadempimento dello Stato membro si spinga ad interpretare il diritto unionale, giungendo a delinearne "*il significato ed i limiti di applicazione*", una simile interpretazione potrà assumere eventualmente valore vincolante anche nei confronti dei giudizi nazionali.
Si consideri che ciò accade soventemente poiché, al fine di verificare la capacità delle misure introdotte dallo Stato membro a superare le criticità sollevate dalla Commissione nella prima fase precontenziosa, il giudice dovrà verificarne la compatibilità con l'ordinamento europeo.
Ove, poi, ritenga che il diritto interno e quello europeo siano incompatibili, emetterà

[45] Sul tema si v. G. GRASSO, *op. cit.*, pp. 525-544.
[46] Così Cassazione civile, Sez. III, sentenza 2 marzo 2005, n. 4466, in www.italgiure.giustizia.it.

ISSN 2036-7821

una sentenza di inadempimento nei confronti dello Stato membro per non aver esso rimediato alle criticità mosse dalla Commissione.
In definitiva, alla luce delle considerazioni sopra svolte, si può concludere che, ove la Corte di Giustizia, adita mediante ricorso per inadempimento, si spinga ad interpretare il diritto europeo in senso difforme a quello statale, allora una tale pronuncia sarà idonea a spiegare effetti nell'ordinamento interno e, dunque, tale interpretazione sarà vincolante anche per il giudice nazionale; nella residuale ipotesi in cui, invece, tale interpretazione non avvenga, ma il giudice europeo si limiti ad accertare l'inadempimento, allora, mancando un'interpretazione contraria del diritto europeo a quello statale, il giudice nazionale non subirà alcun effetto.

VI. Conclusioni

In conclusione, da quanto illustrato emerge come persistano numerosi dubbi circa la sopravvivenza dell'istituto della finanza di progetto a seguito della pronuncia della Corte di Giustizia dell'Unione Europea illustrata.
Le amministrazioni e i giudici nazionali sono ora chiamati a valutare gli effetti della pronuncia della Corte di Giustizia sui procedimenti o sui giudizi in corso.
Si è detto che per il giudice nazionale eventualmente adito al fine di ottenere l'annullamento degli atti di una procedura di finanza di progetto, la sentenza della Corte di Giustizia potrebbe determinare tanto un obbligo di interpretazione conforme, quanto di disapplicazione, ovvero anche di rinvio alla Corte costituzionale.
In ognuna di tali ipotesi, gli effetti sui procedimenti amministrativi e sui giudizi in corso variano in dipendenza dello stato del procedimento e della pendenza dei termini di impugnativa.
Andando oltre il dato meramente dogmatico, si è ritenuto di poter concludere che la via più verosimilmente percorribile sia quella della disapplicazione della normativa nazionale contrastante con quella europea, in forza dell'obbligo di applicazione diretta del diritto dell'Unione europea.
Sul punto, i giudici nazionali e l'amministrazione dovranno adeguarsi alla sentenza della Corte di Giustizia e disapplicare la norma interna sul diritto di prelazione nell'ambito delle procedure di finanza di progetto, non potendo, per l'effetto, più riconoscere il diritto di prelazione a favore dei promotori di iniziative di finanza di progetto, non solo con riferimento alle procedure da avviare, bensì anche a quelle già avviate, ai sensi del Codice dei Contratti Pubblici attualmente vigente.
D'altro lato, si sono anche analizzati gli effetti della sentenza della Corte di Giustizia con riferimento al potere di autotutela dell'amministrazione.
Sotto tale profilo, si è visto che l'amministrazione conserva, in ogni caso, la facoltà di procedere all'annullamento degli atti di gara entro i termini e nei limiti stabiliti dalla legge sul procedimento amministrativo, ma non è gravata da un obbligo giuridico di

ISSN 2036-7821

esercitare tale potere.

Le tesi ora esposte sono state peraltro avvalorate dal Consiglio di Stato[47], pronunciatosi nel giudizio di rimessione a seguito della sentenza della Corte di Giustizia.

In quella sede, i giudici del rinvio hanno riconosciuto che il giudice nazionale è tenuto a non riconoscere "*al promotore di una procedura di finanza di progetto un diritto di prelazione che gli consente, nell'ipotesi in cui il contratto di cui trattasi non gli sia stato inizialmente aggiudicato, di adeguare la sua offerta a quella dell'aggiudicatario inizialmente prescelto e di ottenere così l'aggiudicazione di tale contratto*" e, quindi, a non applicare la disciplina interna della finanza di progetto nella parte in cui prevede il diritto di prelazione, perlomeno nella cornice del D.lgs. n. 50/2016.

Inoltre, la decisione introduce una precisazione di grande rilievo per gli operatori: il contrasto con il diritto europeo costituisce un vizio di annullabilità, non di nullità: da ciò discende che per ottenere l'annullamento della determina di aggiudicazione, l'operatore economico interessato deve impugnarla nel termine di 30 giorni, non potendo essere dichiarato dal giudice d'ufficio[48].

Ulteriormente, la giurisprudenza, non solo amministrativa, ha offerto interessanti spunti interpretativi nell'applicazione del principio di diritto formulato dalla Corte di Giustizia.

Nello specifico, la Corte dei Conti[49], interrogata dai Comuni di Cattolica e Riccione sulla disciplina applicabile nell'ambito di una procedura di finanza di progetto a seguito delle criticità emerse in ambito europeo, ha avuto modo di chiarire che "*in considerazione dell'autonomia strutturale delle diverse fasi e subfasi di cui si compone la procedura di project financing, come regolata dall'art. 193 del Codice dei contratti pubblici, il principio del "tempus regit actum" deve essere valutato in relazione agli specifici atti adottati in ciascuna di dette fasi, così che l'affidamento del promotore, per quanto meritevole di considerazione, non assume carattere assoluto e deve essere bilanciato con il rispetto del quadro sovraordinato*"; con la conseguenza che, anche laddove sia stato riconosciuto il citato diritto di prelazione in favore del promotore all'atto della dichiarazione di pubblico interesse di una data iniziativa, la successiva procedura di gara dovrà essere indetta disapplicando il medesimo diritto in precedenza riconosciuto.

---

[47] Consiglio di Stato, Sez. V, 14 maggio 2026, n. 3805, in www.giustiziaamministrativa.it.

[48] Nel caso di specie, la questione si è posta in quanto il ricorrente aveva impugnato solamente la determina che ha disposto l'aggiudicazione a seguito dell'esercizio del diritto di prelazione e non anche la precedente determina che ha aggiudicato la gara al miglior offerente: pertanto, gli ulteriori atti di gara, non impugnati, sono divenuti incontrovertibili e, per conseguenza, il giudice non ha potuto vagliare eventuali ulteriori profili di illegittimità della procedura di gara, in applicazione del principio della domanda e di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato.

[49] Il riferimento è a Corte dei Conti, Sezione di controllo dell'Emilia-Romagna, delibere 26 febbraio 2026, nn. 14 e 15, in www.cortedeiconti.it.

ISSN 2036-7821

Nello stesso senso si è espresso il T.A.R. Napoli[50], il quale, vagliando la legittimità di una procedura di affidamento in finanza di progetto che ancora contemplava il diritto di prelazione, pur se esso non era oggetto di specifica contestazione, ai fini conformativi della successiva riedizione della procedura ha affermato che le statuizioni della Corte di Giustizia dovranno essere tenute in conto, non potendosi applicare la normativa interna in senso difforme a quanto statuito dalla Corte di Giustizia.

Da ultimo, l'obbligo di disapplicazione della clausola di prelazione nella procedura di finanza di progetto è stato ribadito non solo nei confronti del giudice nazionale, ma anche nei confronti dell'amministrazione e, soprattutto, non solo con riferimento al previgente D.lgs. n. 50/2016, oggetto del giudicato della Corte di Giustizia, ma anche all'attuale D.lgs. n. 36/2023[51].

In quel caso, il giudice di prime cure ha confermato la legittimità dell'operato del R.U.P., il quale ha proceduto alla disapplicazione della clausola di prelazione prevista dal vigente art. 193, comma 12, del D.lgs. 36/2023 e dal relativo disciplinare di gara.

Tale sentenza è, inoltre, rilevante per due ulteriori passaggi: in primo luogo riconosce che la disapplicazione della clausola di prelazione non costituisce un atto di autotutela e non integra una revoca, bensì "*costituisce unicamente un doveroso atto di conformazione al diritto eurounitario*" e, in secondo luogo, evidenza che l'autovincolo della stazione appaltante non può impedire la rimozione di clausole incompatibili con il diritto europeo, capaci di produrre effetti pregiudizievoli nei confronti degli altri concorrenti.

In definitiva, i giudici interni, allineandosi a quanto disposto dalla sentenza della Corte di Giustizia, hanno decretato l'eclissi della clausola di prelazione e, forse, anche del relativo istituto della finanza di progetto.

Infatti, dall'obbligo di disapplicazione della clausola di prelazione discenderebbe l'impossibilità, per il promotore/proponente, di applicare l'istituto della finanza di progetto, in maniera tale da conseguirne un qualche effetto utile.

Una delle principali criticità che potrebbero discendere dal mancato riconoscimento del diritto di prelazione è il venir meno dello stimolo per l'operatore privato di intraprendere un rischio imprenditoriale, sviluppando un progetto da proporre alla pubblica amministrazione, se poi non può godere di alcun tipo di vantaggio concorrenziale o economico ove il medesimo progetto venga posto a base di gara.

Tuttavia, in tale ipotesi, potrebbe permanere uno spiraglio applicativo per l'istituto della finanza di progetto.

---

[50] In questo senso T.A.R. per la Campania, Napoli, sez. II, 3 marzo 2026, n. 1508, in www.giustiziaamministrativa.it.

[51] Il riferimento è al T.A.R. per la Lombardia, Brescia, Sez. II, 18 maggio 2026, n. 669, in giustiziaamministrativa.it.

ISSN 2036-7821

Ciò in quanto l'incompatibilità espressa dalla Corte di Giustizia è espressamente riferita al solo istituto della prelazione, non anche al possibile riconoscimento di un rimborso al soggetto promotore/proponente il cui progetto risulti messo a gara e aggiudicato a un'offerente terzo.

In particolare, l'art. 193, comma 12, secondo periodo, del d.lgs. n. 36/2023 riconosce al promotore/proponente il diritto al pagamento, da parte dell'aggiudicatario, dell'importo delle spese per la predisposizione della proposta ove risultino avverate due condizioni cumulative: che non sia risultato aggiudicatario e che non eserciti il diritto di prelazione[52].

Allora, considerato che a seguito della sentenza della Corte di Giustizia, il diritto di prelazione non può più essere esercitato e, dunque, il promotore/proponente non lo eserciterà, la prima delle due condizioni esposte non può certamente integrarsi.

Di conseguenza, affinché il promotore/proponente che non risulti aggiudicatario possa avere diritto al pagamento di quanto inizialmente investito per la predisposizione della proposta, sarebbe necessario che si avveri la sola seconda condizione, vale a dire la mancata aggiudicazione del contratto.

In tale prospettiva, se è vero che devono ritenersi inapplicabili le disposizioni relative alla disciplina della finanza di progetto che prevedono l'esercizio del diritto di prelazione o che a ciò vi ricollegano degli effetti giuridici, è altrettanto vero che le differenti disposizioni che prevedono una facoltà dal mancato esercizio del diritto medesimo potrebbero non ritenersi inapplicabili.

In altre parole, la norma certamente condiziona il riconoscimento di tale rimborso al non esercizio del diritto di prelazione, ma il venir meno del diritto medesimo potrebbe anche non comportare automaticamente il venir meno del diritto al rimborso.

D'altra parte, tale specifico indennizzo ha una funzione di mero rimborso delle spese effettivamente sostenute per la predisposizione della proposta dichiarata di pubblico interesse.

Parrebbe muoversi in tale direzione anche la stessa Commissione europea, la quale, nella lettera di messa in mora, non ha esteso la incompatibilità del diritto di prelazione anche al diritto il rimborso alle spese sostenute per la predisposizione della proposta, ma ne ha solamente contestato le modalità di quantificazione, in quanto rimesse integralmente al promotore/proponente non aggiudicatario, seppur nel limite del 2,5% del valore dell'investimento.

Allora, la permanente validità della procedura di selezione del proponente nell'ambito della finanza di progetto ad iniziativa privata – in assenza, allo stato, di determinazioni di senso contrario aventi carattere prescrittivo – e la possibilità che il

[52] La disposizione in parola prevede espressamente che "*Se il promotore ovvero il proponente non risulta aggiudicatario e non esercita la prelazione ha diritto al pagamento, a carico dell'aggiudicatario, dell'importo delle spese per la predisposizione della proposta, comprensive anche dei diritti sulle opere dell'ingegno*".

proponente, in caso di mancata aggiudicazione, possa ancora avere diritto al rimborso delle spese sostenute per la presentazione della proposta dichiarata di pubblico interesse e poi messa in gara, rappresentano argomenti da cui potrebbe discendere la possibilità di salvare l'applicazione dell'istituto della finanza di progetto nell'ordinamento italiano, pur se monco della figura del diritto di prelazione, perlomeno sino alla conclusione della procedura d'infrazione che dovesse eventualmente obbligare lo Stato italiano a rivedere tutta la procedura così come disciplinata.

D'altra parte, bisognerebbe anche valutare se l'operatore economico riterrebbe ancora attraente una procedura siffatta, considerato che lo stesso dovrebbe accollarsi il rischio della redazione di un progetto d'investimento da proporre all'ente concedente, senza la possibilità di ricevere alcun vantaggio competitivo in sede di gara, ma solo, eventualmente, di ricevere il rimborso delle spese ottenute per la redazione del medesimo, sempre che il giudice amministrativo ritenga che tale previsione sia ancora applicabile.

In ipotesi alternativa, l'arresto dettato dalla Corte di Giustizia potrebbe anche costituire l'occasione per assecondare il monito mosso da entrambi i giudici amministrativo ed europeo e stimolare l'utilizzo degli ulteriori strumenti, già previsti sia nell'ordinamento europeo che in quello interno, eppure ancora poco utilizzati, quali il partenariato per l'innovazione, il dialogo competitivo e la procedura competitiva con negoziazione, pensati proprio per promuovere gli investimenti privati e la partecipazione di tutti gli operatori economici interessati alle fasi preparatorie delle offerte, nonché per incoraggiare lo sviluppo di soluzioni innovative e il perseguimento di obiettivi ambientali e sociali, nei casi in cui le amministrazioni non sono in grado di predeterminare le modalità per soddisfare le loro esigenze o di valutare ciò che il mercato può offrire in termini di soluzioni tecniche, finanziarie o giuridiche[53].

[53] Per una disamina generale sulle procedure di scelta del contraente, tra cui quelle indicate, si v. A. BOTTO, S. CASTROVINCI ZENNA, *op. cit.*, p. 109 ss.; R. ESPOSITO, *Le procedure di scelta del contraente nei settori ordinari*, in M. CORRADINO, S. STICCHI DAMIANI, *I nuovi appalti pubblici, commento al Codice dei Contratti pubblici (d.lgs. n. 36/2023) con i nuovi orientamenti giurisprudenziali*, Milano, 2024, p. 413 ss.; R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Manuale di Diritto Amministrativo, Parte Generale e Speciale*, Molfetta, VII Ed., 2023, p. 1413 ss.; A, GIUSTI, *Le procedure di scelta del contraente*, in G. TROPEA (a cura di), *Lineamenti di Diritto dei Contratti Pubblici*, Napoli, 2024, p. 117 ss.; A. LA MARCA, *Le modalità di affidamento*, in L. CARBONE, F. CARINGELLA, G. ROVELLI (a cura di), *Manuale dei contratti pubblici*, Roma, 2024, p. 331 ss.; R. DIPACE, *Tipologie di procedimenti*, in S. FANTINI, H. SIMONETTI (a cura di), *Il nuovo corso dei contratti pubblici - Principi e regole in cerca di ordine*, Piacenza, 2023, p. 109 ss. Con particolare riferimento al dialogo competitivo, alla procedura competitiva con negoziazione e al partenariato per l'innovazione si v. M. CORRADINO, *Manuale di diritto amministrativo*, Bari, 2022, p. 556 ss.; A. TRAVI, *Esecuzione del contratto pubblico e debolezza del modello bifasico*, in M. CAFAGNO, C. LEONE, M. BARBERA, M. FAZIO (a cura di), *La nuova stagione dei contratti pubblici tra incertezze e responsabilità*, Sesto San Giovanni, 2019, p. 41 ss.; L. IANNOTTA, *Il Dialogo Competitivo*, in M. CORRADINO, S. STICCHI DAMIANI, *op. cit.*, p. 441-462; B. RAGANELLI, *Il dialogo competitivo dalla direttiva 2004/18/CE al codice dei contratti: verso una maggiore flessibilità dei rapporti tra pubblico e privato*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2009, fasc. n. 1, p. 127 ss. G.F. LICATA, *Partenariato per l'innovazione*, in M. CORRADINO, S. STICCHI DAMIANI, *op. cit.*, p. 463-477.