

La fine del diritto di prelazione nella finanza di progetto: prime analisi e conseguenze pratiche

La prelazione del promotore nella finanza di progetto, per come configurata dal legislatore nazionale, è ormai al centro di una contestazione che non ha più un rilievo soltanto teorico. Il tema investe infatti direttamente la tenuta eurounitaria dell'art. 193 del D.Lgs. 36/2023 e, più in generale, l'equilibrio concorrenziale delle procedure di partenariato pubblico-privato ad iniziativa privata. Già la Commissione europea, con l'aggiornamento dell'infrazione INFR (2018)2273 dell'8 ottobre 2025, ha ricondotto tra le criticità del sistema italiano le nuove regole sul project financing, ritenendo che esse non fossero ancora conformi alle direttive europee in materia di appalti e concessioni.

Il nodo problematico è noto. Il modello italiano della finanza di progetto si sviluppa attraverso una fase di presentazione e selezione della proposta, una successiva gara costruita sul progetto ritenuto di pubblico interesse e, infine, la possibile attivazione del diritto di prelazione del promotore (vale a dire la possibilità di quest'ultimo di aggiudicarsi la procedura di gara anche laddove non sia risultato prima in graduatoria, rifondendo all'aggiudicatario i costi sostenuti per la presentazione del progetto). Proprio questa architettura, secondo la Commissione, produce un duplice effetto distorsivo: da una parte, la concorrenza sostanziale si forma in parte prima della gara, ma senza le garanzie tipiche della procedura competitiva; dall'altra parte, si riconosce al promotore un vantaggio competitivo in sede di affidamento, potendo lo stesso beneficiare di una posizione privilegiata anche nella fase finale di aggiudicazione.

Le censure della Commissione europea si sono concentrate su tre profili. Anzitutto, la selezione del progetto da porre a base di gara non sarebbe sorretta da criteri sufficientemente vincolanti e comparabili a quelli di una vera procedura concorrenziale. In secondo luogo, il promotore riceverebbe benefici suscettibili di alterare il confronto competitivo, in particolare attraverso il diritto di prelazione e il rimborso delle spese di progettazione. Infine, l'ampio margine di discrezionalità lasciato alla stazione appaltante nella fase preliminare rischierebbe di incidere indirettamente sull'esito della successiva gara, compromettendo trasparenza, parità di trattamento e apertura del mercato.

Su questo sfondo si colloca la sentenza della Corte di giustizia del 5 febbraio 2026, Urban Vision, causa C-810/24, che ha segnato un passaggio decisivo. La Corte ha esaminato la disciplina italiana della finanza di progetto ad iniziativa privata con riferimento al diritto di prelazione previsto dall'art. 183, comma 15, del d.lgs. 50/2016, meccanismo che trova oggi un corrispettivo sostanziale nell'art. 193, comma 12, del nuovo Codice. La vicenda prendeva le mosse da una procedura del Comune di Milano relativa alla progettazione, realizzazione e gestione di servizi igienici pubblici automatizzati, in cui il promotore, pur non avendo presentato l'offerta migliore, aveva potuto adeguarsi all'offerta del primo classificato e ottenere di conseguenza l'aggiudicazione, esercitando il tanto discusso diritto di prelazione.

La Corte ha ricostruito con chiarezza la logica della disciplina nazionale e ne ha tratto una conclusione netta: il diritto di prelazione altera la parità di trattamento fra operatori economici, perché consente al promotore di modificare la propria offerta dopo avere conosciuto quella del concorrente primo classificato all'esito della valutazione tecnico-economica della stazione appaltante. In tal modo il promotore non partecipa alla gara alle medesime condizioni degli altri offerenti, ma beneficia di un vantaggio informativo e competitivo incompatibile con il principio di eguaglianza che governa le procedure di affidamento delle concessioni. La

flessibilità riconosciuta alle amministrazioni nella direttiva 2014/23/UE non può infatti spingersi fino a consentire una simile deroga alle regole del confronto concorrenziale.

Non meno rilevante è l'ulteriore passaggio della decisione, allorché il giudice europeo collega la prelazione anche a una restrizione della libertà di stabilimento. Se un operatore sa in anticipo che, pur risultando primo in graduatoria, potrebbe essere superato dal promotore mediante un adeguamento postumo dell'offerta, l'incentivo a partecipare si riduce in modo evidente. Per la Corte, dunque, il problema non è soltanto formale, ma sostanziale: la migliore offerta non garantisce l'aggiudicazione e ciò finisce per deprimere la concorrenza effettiva, soprattutto in un mercato che dovrebbe restare aperto anche agli operatori di altri Stati membri.

Le ricadute applicative sono particolarmente significative. Per le procedure future, la linea interpretativa tracciata dalla Corte rende altamente rischiosa la riproposizione di clausole di prelazione modellate sul diritto interno. Se il meccanismo è incompatibile con i principi eurounitari, l'amministrazione non può farvi affidamento senza esporsi a un serio pericolo di illegittimità della procedura e la conseguenza non può essere che disapplicare il comma 12 dell'art. 193 del Codice e non prevedere più la possibilità per il promotore di ricorrere al diritto di prelazione.

Più articolata è la situazione delle procedure già avviate: se la gara non è ancora stata bandita, la stazione appaltante può ancora rimodulare il contenuto dei documenti di gara, non prevedendo alcun riferimento alla prelazione; se invece il bando è stato pubblicato ma la procedura non si è conclusa, l'eventuale applicazione del diritto di prelazione appare oggi fortemente vulnerabile, aprendo la strada a possibili contenziosi con esiti pressoché certi (il giudice nazionale deve infatti disapplicare una norma interna dichiarata contraria al diritto comunitario).

In questo quadro si inserisce una prima presa di posizione della giurisprudenza contabile. La Corte dei conti, Sezione regionale di controllo per l'Emilia-Romagna, con deliberazione n. 15/2026/PAR, resa in relazione a una richiesta del Comune di Riccione, ha recepito in modo esplicito il principio affermato dalla Corte di giustizia. Il passaggio più rilevante è quello in cui si afferma che, pur essendo la sentenza riferita formalmente al previgente art. 183 del D.Lgs. 50/2016, l'incompatibilità investe i principi europei delle concessioni e si riverbera anche sull'attuale art. 193 del D.Lgs. 36/2023. Ne deriva, secondo la Corte dei conti, l'obbligo per le amministrazioni di disapplicare la norma interna incompatibile.

Il dato sistematico che emerge è quindi difficilmente eludibile. La prelazione del promotore, per come oggi strutturata, non appare più una leva fisiologica di incentivo all'iniziativa privata, ma un istituto entrato in frizione diretta con i principi europei di trasparenza, parità di trattamento e concorrenza effettiva. La questione non può più essere confinata al solo piano dell'interpretazione giurisprudenziale, perché investe la stessa sostenibilità normativa dell'attuale disciplina della finanza di progetto.

Per le stazioni appaltanti e per gli operatori economici il messaggio è chiaro. Nelle nuove operazioni di partenariato pubblico-privato occorre ormai impostare la procedura prescindendo dal diritto di prelazione, mentre nelle procedure in corso sarà necessario verificare con particolare attenzione lo stato del procedimento e la concreta possibilità di disapplicare clausole incompatibili con il diritto dell'Unione.

In assenza di un intervento normativo correttivo (peraltro assolutamente auspicato ed auspicabile), il rischio è quello di una stagione di forte incertezza applicativa, nella quale il *project financing* continui formalmente a esistere, ma debba essere ripensato in uno dei suoi meccanismi storicamente più caratterizzanti.