

11 febbraio 2026

Per la Corte di Giustizia UE la prelazione a favore del promotore nel *project financing* è incompatibile col diritto comunitario, ma l'iniziativa privata può essere ancora decisiva.

La Corte di Giustizia dell'Unione Europea ("CGUE"), nella sentenza del 5 febbraio 2026, causa C-810/24 (la "Sentenza"), ha ritenuto incompatibile con il diritto comunitario il diritto di prelazione - che consente al promotore di adeguare la propria iniziale offerta a quella del concorrente risultato aggiudicatario in fase di gara - in quanto costitutivo di una violazione del principio di parità di trattamento tra operatori concorrenti, nella parte in cui attribuisce al promotore il diritto di modificare la propria offerta oltre i termini di presentazione in gara delle offerte stesse.

Come noto, il diritto di prelazione è stato sino ad oggi dirimente nell'incentivare il *project financing* ad iniziativa privata per lo sviluppo di opere e infrastrutture pubbliche, motivo per cui sarà ora fondamentale valutare come evolverà l'istituto in parola anche attraverso i presumibili nuovi interventi del legislatore.

La Sentenza in commento, pur avendo ad oggetto una fattispecie rientrante nell'ambito applicativo della previgente disciplina del Codice dei Contratti Pubblici (D.Lgs. 50/2016), sembrerebbe nelle sue statuzioni essenziali estendibile anche alla disciplina attualmente vigente (D.Lgs. 36/2023), già interessata da un intervento correttivo (D.Lgs. 209/2024). Anche tale ultima disciplina, infatti, ha mantenuto fermo il diritto di prelazione in capo al promotore, intervenendo solo sulla fase prodromica alla vera e propria gara, ossia quella funzionale all'individuazione del soggetto promotore.

Si segnala, altresì, che la Commissione europea, nell'ambito della procedura di infrazione INFR(2018)2273 avviata nei confronti del Governo italiano, con lettera dell'8 ottobre 2025, ha esaminato la previsione sul diritto di prelazione in capo al promotore anche alla luce delle modifiche apportate dal decreto correttivo, arrivando comunque alla conclusione che lo stesso viola i principi di parità di trattamento e non discriminazione sanciti dagli articoli 3 e 30 della direttiva 2014/23/UE. Analoghe critiche sono state mosse all'ulteriore previsione che attribuiva il diritto per il promotore/proponente non aggiudicatario al pagamento, a carico dell'effettivo aggiudicatario, delle spese per la predisposizione della proposta senza alcun meccanismo imparziale di quantificazione di tali spese. Le pronunce della CGUE hanno applicabilità immediata negli ordinamenti interni, costituendo ulteriore fonte del diritto comunitario (tra le altre, Cass. Civ. n. 23922/2023 e n. 13425/2019). Pertanto, pur essendo ancora pendente la procedura di infrazione nei confronti dello Stato italiano in relazione all'istituto del *project financing* (e nelle more della definizione della medesima), non si può escludere che si assista, anche nelle procedure governate dal nuovo Codice dei Contratti Pubblici, all'immediata disapplicazione del diritto di prelazione nei confronti del promotore.

In ogni caso, la Sentenza si è concentrata soltanto sull'esercizio del diritto di prelazione, senza censurare l'impianto strutturale della procedura di *project financing* ad iniziativa privata e le relative ulteriori previsioni, anche a tutela dell'iniziativa privata, quali ad esempio il pagamento di un indennizzo nei confronti del promotore (non risultato aggiudicatario) da parte del soggetto aggiudicatario della gara, a ristoro dei costi sostenuti per la presentazione della proposta.

Anche in questo caso occorre segnalare che, invece, nella procedura di infrazione sopra menzionata la Commissione europea solleva criticità anche in relazione alla procedura di individuazione del progetto da porre a base di gara (c.d. fase preliminare) e, in generale, alla struttura propria della procedura di *project financing* così come delineata dal nostro Legislatore nonostante il tentativo di eliminare dette criticità mediante l'adozione del decreto correttivo.

Di conseguenza, è auspicabile che il Governo, coordinandosi con la Commissione europea, mantenga la centralità dell'istituto individuando nuovi meccanismi di incentivazione nei confronti del promotore (diversi dal diritto di prelazione e nel rispetto dei principi di parità di trattamento e di imparzialità), quali, ad esempio, oltre al predetto indennizzo, l'introduzione di specifici e proporzionali punteggi tecnici premiali in favore del promotore. Ciò, al fine di non perdere l'opportunità per le Amministrazioni di beneficiare delle conoscenze tecniche e delle risorse economiche dei privati, fondamentali per contribuire al migliore sviluppo infrastrutturale del Paese tramite le iniziative ad impulso privato, specie in vista della prossima cessazione dei contributi PNRR.

Il presente documento viene consegnato esclusivamente per fini divulgativi. Esso non costituisce riferimento alcuno per contratti e/o impegni di qualsiasi natura.

Per ogni ulteriore chiarimento o approfondimento Vi preghiamo di contattare:

Ottaviano Sanseverino
Partner
Responsabile Dipartimento Energia e Infrastrutture

Milano | +39 02 763741
osanseverino@gop.it

Giuseppe Velluto
Partner
Co-Responsabile Dipartimento Diritto Amministrativo

Milano | +39 02 763741
gvelluto@gop.it

Raffaele Tronci
Partner
Energia e Infrastrutture

Roma | +39 06 478751
rtronci@gop.it

Giacomo Zennaro
Counsel
Diritto Amministrativo
Energia e Infrastrutture

Milano | +39 02 763741
gzennaro@gop.it

INFORMATIVA EX ART. 13 del Reg. UE 2016/679 - Codice in materia di protezione dei dati personali

I dati personali oggetto di trattamento da parte dallo studio legale Gianni & Origoni (lo "Studio") sono quelli liberamente forniti nel corso di rapporti professionali o di incontri, eventi, workshop e simili, e vengono trattati anche per finalità informative e divulgative. La presente newsletter è inviata esclusivamente a soggetti che hanno manifestato il loro interesse a ricevere informazioni sulle attività dello Studio. Se Le fosse stata inviata per errore, ovvero avesse mutato opinione, può opporsi all'invio di ulteriori comunicazioni inviando una e-mail all'indirizzo: relazioniesterne@gop.it. Titolare del trattamento è lo studio Gianni & Origoni, con sede amministrativa in Roma, Via delle Quattro Fontane 20.