

Prelazione del promotore e diritto UE: cosa cambia dopo la sentenza Urban Vision

Impatto sul diritto di prelazione del promotore e Indicazioni operative per le procedure ex art. 193 D.Lgs. 36/2023

Perché questa sentenza è importante

La Corte di Giustizia dell'Unione Europea (CGUE), con sentenza del 5 febbraio 2026, causa C-810/24 ("Urban Vision"), ha affermato che il meccanismo di "prelazione" del promotore - *inteso come facoltà, dopo la gara, di adeguare la propria offerta alle condizioni della migliore offerta e conseguire l'aggiudicazione* - è ritenuto incompatibile con i principi dell'art. 3 della direttiva 2014/23/UE (parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza), letti nel quadro delle regole della direttiva volte ad assicurare una concorrenza effettiva, nonché con le libertà fondamentali del TFUE. Il testo integrale della sentenza è consultabile sul sito ufficiale della Corte (InfoCuria) al link: <https://shorturl.at/2yGnz>

Sul piano operativo, l'esposizione maggiore riguarda le procedure in cui la *lex specialis* già preveda tale facoltà: la prelazione diviene un elemento strutturalmente vulnerabile a ricorsi e a disapplicazione, con rischio di paralisi a valle (aggiudicazione/stipula). Nelle procedure ancora in fase pre-gara, l'approccio consigliato è riallineare tempestivamente gli atti escludendo la prelazione e, ove necessario, governare l'affidamento del proponente con strumenti compatibili (es. disciplina dell'uso degli elaborati e ristoro ragionevole e motivato dei costi effettivamente utilizzati), evitando surrogati di vantaggio competitivo.

Il quadro normativo: il principio del primato del diritto UE

La pronuncia interviene nel contesto delle procedure di finanza di progetto a iniziativa privata. La CGUE è chiamata a garantire l'interpretazione uniforme del diritto UE: in presenza di un contrasto con il diritto dell'Unione come interpretato dalla CGUE, l'Amministrazione e il giudice interno sono tenuti ad assicurare il primato del diritto UE, mediante interpretazione conforme ove possibile e, ove necessario, mediante disapplicazione della norma interna nella specifica fattispecie.

Ne deriva che l'attesa di un intervento normativo nazionale (pur auspicabile per chiarezza sistematica) non elimina, nelle more, il rischio contenzioso e il dovere dell'Amministrazione di adottare scelte coerenti con il diritto UE e con la tutela della concorrenza.

Che cosa ha stabilito la Corte

La Corte ha ritenuto incompatibile con la direttiva 2014/23/UE un assetto in cui, dopo la presentazione delle offerte e la formazione della graduatoria, il promotore possa

conseguire l'aggiudicazione dichiarando di impegnarsi ad eseguire alle medesime condizioni della migliore offerta. Il punto critico, ai fini UE, è l'alterazione ex post della competizione: la possibilità di "matching" attribuisce al promotore un vantaggio intrinseco che incide sulla parità di trattamento, sulla trasparenza e sulla contendibilità effettiva dell'affidamento.

Benché il ragionamento della Corte richiami anche l'effetto dissuasivo sul mercato (potenziale riduzione della partecipazione, inclusa quella transfrontaliera), la statuizione opera sul piano strutturale: il diritto dell'Unione osta a una normativa nazionale che preveda tale meccanismo di adeguamento post-gara, in quanto incompatibile con i principi regolatori delle procedure di concessione.

Quali conseguenze per le procedure ex art. 193 D.Lgs. 36/2023?

La sentenza della Corte di Giustizia interviene in relazione alla disciplina nazionale del project financing allora contenuta nell'art. 183 del D.Lgs. 50/2016. Tale circostanza impone, sul piano metodologico, di evitare automatismi: non può affermarsi, in via astratta, che ogni ipotesi di "prelazione" prevista dall'ordinamento risulti necessariamente incompatibile con il diritto dell'Unione.

Ciò nondimeno, la pronuncia non appare ancorata a peculiarità meramente formali della disposizione interna esaminata, bensì al meccanismo sostanziale del diritto di prelazione inteso come facoltà del promotore di adeguare ("matching") la propria offerta a quella del migliore concorrente e conseguire l'aggiudicazione. Ne discende che i principi affermati dalla Corte risultano altamente rilevanti anche per le procedure su iniziativa privata disciplinate dall'art. 193 del D.Lgs. 36/2023 (anche nella versione vigente a seguito del "Decreto correttivo"), nella misura in cui riproducano un assetto funzionalmente equivalente, idoneo a incidere sulla contendibilità della gara e sulla parità di trattamento.

In Italia, infatti, l'art. 193 del D.Lgs. 36/2023 disciplina la procedura di affidamento su iniziativa privata e contempla il diritto di prelazione del promotore. Alla luce della sentenza CGUE, l'applicazione del meccanismo di "matching" espone gli Enti a un rischio elevato di impugnazioni, non solo da parte dei concorrenti partecipanti (per violazione della parità di trattamento), ma anche da parte di operatori potenzialmente interessati che assumano di essere stati dissuasi dal partecipare, con conseguente vulnerabilità complessiva della procedura sotto il profilo della concorrenza effettiva.

Al contempo, la rimozione in itinere della prelazione può incidere sull'affidamento del proponente, che potrebbe aver calibrato l'investimento istruttorio anche sulla prospettiva di tale meccanismo.

La gestione delle procedure in corso deve dunque combinare, in modo coerente e motivato:

- › conformità al diritto UE e tutela della concorrenza;
- › proporzionalità e corretta amministrazione nella rimodulazione del procedimento;
- › riduzione del rischio di contenzioso e salvaguardia dell'interesse pubblico alla tempestiva realizzazione dell'intervento e/o del servizio.

Ne consegue l'opportunità di evitare clausole o prassi che attribuiscono al promotore una "seconda chance" a valle della gara, privilegiando soluzioni transitorie che preservino la contendibilità e governino l'affidamento con strumenti non distorsivi della competizione (es. disciplina dell'uso degli elaborati e ristori ragionevoli, documentati e strettamente correlati a utilità effettivamente conseguite dall'Ente).

Riallineare o sospendere? Le strategie possibili

La sospensione/attesa di un intervento normativo può essere valutata solo come misura eccezionale e temporalmente circoscritta, quando:

- › la procedura è in una finestra pre-competitiva (prima della pubblicazione del bando o con termini agevolmente prorogabili);
- › vi sono elementi concreti di imminenza e contenuto dell'intervento;
- › l'attesa non compromette servizi essenziali, scadenze o finanziamenti.

In ogni caso, l'eventuale sospensione deve essere formalizzata con atto motivato e temporalmente delimitato, per evitare che si traduca in inerzia procedimentale.

Nella maggior parte dei casi, la soluzione tecnicamente più solida è il riallineamento immediato degli atti, con eliminazione della prelazione dai documenti di gara e adozione di un atto motivato di presa d'atto della sentenza, che giustifichi la scelta in base al primato del diritto UE e alla prevenzione del contenzioso. Per le procedure già avviate, il riallineamento richiede di regola rettifiche formali e, se incidente sulle condizioni di partecipazione, proroghe/riaperture dei termini, nel rispetto di trasparenza e parità di trattamento.

Gestione dell'affidamento del proponente

Resta ferma l'esigenza che eventuali misure volte a rimodulare l'assetto della procedura, anche a tutela dell'affidamento del proponente, non determinino effetti equivalenti a quelli del meccanismo di prelazione, sotto il profilo della parità di trattamento e della contendibilità della gara, in modo da evitare l'insorgenza di profili di vulnerabilità analoghi a quelli evidenziati dalla pronuncia.

La tutela dell'affidamento può invece essere gestita con strumenti compatibili, da calibrare caso per caso e motivare puntualmente, quali:

- disciplina chiara dell'uso degli elaborati progettuali e dei dati forniti dal proponente (perimetro, condizioni, eventuali licenze/cessioni);
- eventuale ristoro ragionevole e documentato dei costi effettivamente sostenuti e utilmente impiegati dall'Ente ai fini della base di gara, nei limiti strettamente necessari, in un'ottica di proporzionalità e senza effetti tali da disincentivare la partecipazione di terzi;
- rimodulare i tempi del procedimento e assicurare comunicazioni trasparenti e tempestive al proponente e agli operatori economici, in modo che ogni modifica delle condizioni sia esplicita e conoscibile ex ante, evitando aggiustamenti impliciti o introdotti in fasi successive (a gara avviata o a valle della selezione).

Matrice operativa di gestione: azioni consigliate e rischio residuo

La tabella seguente sintetizza le azioni consigliate per i principali stati procedurali. Il "rischio residuo" è espresso come Basso/Medio/Alto in termini di probabilità e impatto di contenzioso o stallo procedurale.

Stato della procedura	Criticità giuridica prevalente	Azione consigliata	Rischio residuo	Note operative (motivazione/accorgimenti)
Avviso ex art. 193, comma 16, pubblicato; proposta non ancora ricevuta	Rischio di impostare regole incompatibili UE; aspettative del mercato	Integrare/aggiornare avviso chiarendo che la gara non prevederà prelazione; definire ex ante disciplina elaborati e (se del caso) ristoro costi	Basso	Il riallineamento tempestivo riduce il rischio di contenzioso; la comunicazione trasparente evita di ingenerare affidamenti.
Proposta ricevuta; istruttoria tecnica/amministrativa in corso	Affidamento del proponente + necessità di preservare concorrenza futura	Proseguire l'istruttoria sul merito; comunicare che la successiva procedura competitiva sarà senza prelazione; valutare strumenti compatibili (uso elaborati/ristoro) se la proposta diviene base di gara	Medio	Formalizzare in atto istruttorio la presa d'atto della sentenza e il nuovo assetto; evitare "promesse" implicite.
Promotore individuato; progetto/PEF approvati; bando non ancora pubblicato	Rischio di lex specialis viziata ab origine	Predisporre atti di gara eliminando la prelazione; aggiornare (se necessario) gli atti presupposti con atto integrativo che motivi il riallineamento UE	Medio-Basso	Soluzione più ordinata: correggere prima del bando; curare la coerenza tra determinazioni e documentazione di gara.
Gara pubblicata con clausola di prelazione; termini ancora aperti	Auto-vincolo della lex specialis + violazione par condicio se si mantiene il matching	Rettifica degli atti espungendo la prelazione + proroga/riapertura termini; pubblicità adeguata delle modifiche	Medio	La modifica incide sul rischio competitivo: proroga pressoché necessaria per tenuta in giudizio.
Gara pubblicata; offerte già presentate o in valutazione	Rischio elevato di impugnazioni e stallo a valle (aggiudicazione/s tipula)	Valutare: i) rettifica con riapertura termini (se tecnicamente possibile); oppure ii) annullamento in autotutela e ripubblicazione, qualora la clausola di prelazione incida in modo sostanziale sull'assetto competitivo della procedura.	Alto	Decisione da motivare con proporzionalità e tutela concorrenza; attenzione a eventuali affidamenti già ingenerati.
Aggiudicazione imminente; possibile esercizio prelazione	Evento censurato dalla CGUE	Adottare atto motivato di non applicazione del meccanismo di prelazione; procedere all'aggiudicazione in favore dell'operatore che ha presentato la migliore offerta secondo i criteri di gara.	Alto	Rischio di ricorso del promotore; tuttavia si evita vulnerabilità sistemica dell'aggiudicazione finale.

Prelazione già esercitata; contratto stipulato/esecuzione avviata	Rischio di contenzioso successivo (annullatorio/risarcitorio) e di instabilità del rapporto, con margini di intervento amministrativo più ristretti per effetto dell'affidamento e dell'esecuzione in corso.	Analisi immediata del fascicolo e della strategia difensiva; coinvolgimento legale; valutazione di misure conservative e correttive proporzionate (priorità alla continuità del servizio/opera), considerando l'autotutela caducatoria solo in presenza di un interesse pubblico attuale particolarmente qualificato e adeguatamente motivato.	Alto	Gestione caso per caso; documentare la comparazione degli interessi e l'impatto sull'affidamento; presidiare la fase esecutiva e la governance contrattuale per ridurre l'esposizione a richieste risarcitorie e a stalli, comunque valutando che eventuali iniziative demolitorie in autotutela richiedono presupposti rigorosi e motivazione rafforzata.
---	--	--	------	--

Nota finale. Va considerato, in chiave di prevenzione del contenzioso, che la ridotta partecipazione a procedure bandite con prelazione può essere valorizzata, in sede di impugnazione, quale elemento sintomatico di compressione della concorrenza. L'eventuale deduzione di "effetto dissuasivo" richiede comunque la prova di un interesse qualificato e della concreta possibilità di partecipazione; ciò nonostante, la gestione del rischio suggerisce di accompagnare eventuali modifiche delle regole di gara con strumenti trasparenti e idonei a preservare la contendibilità (rettifica e riapertura termini o, se del caso, ripubblicazione).

Raccomandazioni redazionali per gli Enti (checklist)

- A. Adottare un atto breve (determina/atto di indirizzo) di presa d'atto della sentenza CGUE e di riallineamento, per evitare scelte "implicite" o rinvii non motivati;
- B. Assicurare coerenza tra atti presupposti, disciplinare, schema di convenzione e PEF (evitare duplicazioni o richiami incompatibili);
- C. Se si interviene su atti di gara già pubblicati, valutare sempre l'impatto sulla partecipazione e predisporre proroghe/riaperture proporzionate;
- D. Gestire l'affidamento del proponente/promotore con strumenti non distorsivi della competizione (uso elaborati, ristori documentati e motivati), evitando soluzioni alternative che producano effetti sostanzialmente equivalenti sotto il profilo concorrenziale.

Prospettiva di intervento normativo e gestione transitoria

Considerata la portata generale della pronuncia, si evidenzia che potrebbero intervenire, nel breve periodo, misure interpretative o correttive a livello nazionale. Ciò nondimeno, in assenza di disposizioni vigenti che disciplinino la fase transitoria, l'Amministrazione deve adottare sin d'ora soluzioni procedurali coerenti con i principi del diritto UE, al fine di evitare che la procedura risulti vulnerabile sotto il profilo della concorrenza effettiva e della parità di trattamento.

Avv. Francesco Cevolani

Area Public Procurement – Poleis Soc. Coop.

Documento predisposto per finalità di indirizzo tecnico-giuridico e supporto operativo; non costituisce parere legale pro veritate.