Finanza di progetto: l’illegittimità della prelazione non impone di ripetere la gara

di Dario Immordino

Data di pubblicazione: 26-11-2026

La stazione appaltante può disapplicare il diritto di prelazione del promotore e conservare la graduatoria già formata. La rinnovazione della gara non è necessaria quando il vizio riguarda soltanto il vantaggio riconosciuto al promotore e non ha compromesso la valutazione delle offerte.

Guida alla lettura

L’**illegittimità del diritto di prelazione del promotore non obbliga a ripetere la gara**: **la stazione appaltante può eliminarlo e aggiudicare la concessione al primo classificato, purché la prelazione non abbia alterato il confronto tra le offerte**.

Lo ha chiarito il TAR Lombardia, Milano, con la sentenza n. 4939/2026, precisando che **l’incompatibilità della prelazione con il diritto europeo** (dichiarata dalla **Corte di giustizia il 5 febbraio 2026, causa C-810/24**) **non compromette necessariamente la validità della graduatoria già formata, poiché il vantaggio riconosciuto al promotore interviene soltanto dopo la valutazione delle offerte**.

Nelle **gare di finanza di progetto disciplinate dall’art. 193 del d.lgs. n. 36/2023**, **prima delle modifiche introdotte dal correttivo del 2024, il promotore poteva esercitare il diritto di prelazione: se un altro concorrente vinceva la gara il promotore poteva comunque ottenere la concessione accettando le condizioni dell’offerta vincitrice**. Questa possibilità era stata introdotta per **incentivare i privati a presentare progetti di interesse pubblico, riconoscendo al promotore un vantaggio nell’aggiudicazione della concessione**.

La **Corte di giustizia, con la sentenza del 5 febbraio 2026, causa C-810/24**, ha **dichiarato il diritto di prelazione contrario al diritto europeo perché viola la parità di trattamento tra i concorrenti**. Il promotore, infatti, poteva **conoscere l’offerta vincitrice e decidere successivamente se adeguarsi alle sue condizioni, mentre gli altri partecipanti erano tenuti a formulare la propria proposta senza conoscere quelle degli avversari**.

Il TAR Lombardia ha quindi **chiarito che l’eliminazione della prelazione non obbliga a ripetere la gara quando il vantaggio riconosciuto al promotore interviene soltanto dopo la valutazione delle offerte, senza compromettere la formazione della graduatoria**. Nel caso in oggetto la commissione aveva già valutato le offerte e individuato il vincitore, quindi la prelazione avrebbe consentito al promotore di ottenere la concessione al suo posto, senza modificare i punteggi assegnati.

Il TAR ha ritenuto legittima la scelta dell'amministrazione di eliminare questo vantaggio indebito e aggiudicare la concessione al primo classificato, senza mettere in discussione i punteggi assegnati né ripetere una valutazione regolarmente svolta.

Ciò perché **la prelazione non aveva alterato il confronto tra le offerte, ed il principio di conservazione degli atti amministrativi consente di mantenere le operazioni regolarmente svolte quando il vizio può essere eliminato senza compromettere la validità della selezione**.

Annullare la graduatoria avrebbe quindi significato ripetere una valutazione che non risultava viziata.

La gara avrebbe dovuto essere ripetuta se la prelazione avesse influenzato la partecipazione dei concorrenti, la formulazione delle offerte o l'assegnazione dei punteggi. In questi casi, eliminare il diritto di prelazione non sarebbe stato sufficiente, perché il suo effetto sulla concorrenza avrebbe compromesso la validità della graduatoria.

La soluzione adottata dalla sentenza in oggetto si discosta da quella prospettata incidentalmente dalla seconda sezione dello stesso TAR Lombardia nella sentenza 27 maggio 2026, n. 2645, secondo cui l'illegittimità della prelazione avrebbe potuto comportare la necessità di ripetere l'intera gara. La prima sezione ritiene invece che **l'illegittimità della prelazione non imponga di annullare anche le valutazioni regolarmente compiute quando il vantaggio riconosciuto al promotore può essere eliminato senza modificare la graduatoria**.

Ciò anche perché **ripetere la gara non garantirebbe necessariamente una concorrenza maggiore, anzi potrebbe addirittura alterare proprio il confronto competitivo che si intende tutelare**. Dopo l'apertura delle offerte i partecipanti conoscono le condizioni tecniche ed economiche proposte dagli avversari e potrebbero utilizzare queste informazioni per formulare proposte più competitive. Anche il promotore avrebbe così una nuova possibilità di aggiudicarsi la concessione dopo aver conosciuto l'offerta vincitrice, ottenendo un vantaggio simile a quello che la Corte di giustizia ha ritenuto illegittimo. Conservare la graduatoria evita invece di ripetere il confronto sulla base di informazioni che i concorrenti non possedevano quando hanno presentato le offerte.

Nel caso di specie il promotore chiedeva di ripetere la gara sostenendo di aver presentato la propria offerta contando sul diritto di prelazione, che gli avrebbe consentito, una volta formata la graduatoria, di ottenere la concessione anche senza risultare vincitore, accettando le condizioni dell'offerta prima classificata. Il TAR ha escluso che questa aspettativa giustificasse la ripetizione della gara, poiché la prelazione poteva essere esercitata soltanto dopo il confronto tra le offerte e non esonerava il promotore dal competere con gli altri concorrenti. Inoltre il promotore non aveva dimostrato che, se avesse saputo fin dall'inizio di non poter esercitare la prelazione, avrebbe presentato un'offerta diversa. Mancava quindi la dimostrazione di un concreto pregiudizio nella formulazione dell'offerta che potesse giustificare una nuova gara.

La **tutela dell'investimento sostenuto per predisporre il progetto non richiede, del resto, che il promotore possa ottenere la concessione al posto del concorrente che ha presentato l'offerta migliore, poiché i costi dell'attività progettuale possono essere compensati attraverso il rimborso delle spese**. **Il rimborso delle spese di progettazione permette quindi di incentivare l'iniziativa privata senza sacrificare la parità di trattamento tra i concorrenti**: l'investimento del promotore può essere tutelato senza riconoscergli il diritto di ottenere la concessione al posto di chi ha presentato l'offerta migliore.

La **conservazione della graduatoria è coerente anche con il principio del risultato previsto dall'art. 1 del d.lgs. n. 36/2023**, che **impone di affidare i contratti pubblici tempestivamente, nel rispetto della legalità e della concorrenza**. Quando le offerte sono state regolarmente valutate ripetere la gara comporterebbe **tempi e costi aggiuntivi senza migliorare la selezione, mentre la conservazione della graduatoria consente di aggiudicare la concessione sulla base di un confronto già validamente svolto**.

Il principio enunciato dalla sentenza in oggetto assume particolare rilievo per le gare ancora pendenti soggette alla normativa che riconosceva al promotore il diritto di prelazione. Quando la graduatoria è già stata formata, l'amministrazione può disapplicare la prelazione e aggiudicare la concessione al primo classificato, senza ripetere la gara, purché il vantaggio riconosciuto al promotore non abbia influenzato la partecipazione dei concorrenti, la formulazione delle offerte o l'attribuzione dei punteggi. La disapplicazione elimina così il vantaggio illegittimo senza compromettere le operazioni regolarmente svolte, evitando nuovi costi e ritardi e, soprattutto, il rischio di ripetere la competizione dopo che le offerte sono già state rese note.

Pubblicato il 02/11/2026

N. 04939/2026 REG.PROV.COLL.

N. 01766/2026 REG.RIC.

R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1766 del 2026, integrato da motivi aggiunti, proposto da C.E.I. S.p.A. - Calore Energia Impianti, in persona del legale rappresentante pro tempore, in relazione alla procedura CIG B85035F638, rappresentata e difesa dagli avvocati Paolo Sansone e Arianna Giovannelli, con domicilio digitale come da Reginde e domicili fisico eletto presso lo studio dell'avv. Paolo Sansone in Milano, via Alessandro Tadino n.2;

contro

Centrale Unica di Committenza (Cuc) del Comune di Garlasco, Comune di Garlasco, non costituiti in giudizio;

il Comune di Gaggiano, in persona del legale rappresentante pro tempore,

rappresentato e difeso dagli avvocati Michele Rizzo e Niccolo' Grassi, con

domicilio digitale come da Reginde e domicilio fisico eletto presso lo studio

dell’avv. Niccolo' Grassi in Milano, Piazzale Giulio Cesare 9;

nei confronti

A2A Illuminazione Pubblica S.R.L, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Alessandro Rosi e Andrea Gemmi, con domicilio digitale come da Reginde e domicilio fisico eletto presso lo Studio Legale Bonelli Erede in Milano, via Barozzi, 1;

per l'annullamento

Per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- della Deliberazione della Giunta Comunale del Comune di Gaggiano n. 72 del 01/04/2026, comunicata con PEC del 03/04/2026 avente oggetto: “procedura aperta di affidamento mediante partenariato pubblico-privato di una concessione avente ad oggetto la riqualificazione energetica e la

gestione degli impianti di pubblica illuminazione comunale – CIG B85035F638 – presa d'atto della sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea 5 febbraio 2026, causa c-810/24 – indirizzi agli uffici per la conformazione della procedura al diritto dell'Unione europea";

- della Determinazione del Comune di Gaggiano n. 229 del 03/04/2026 comunicata sempre con PEC del 03/04/2026 avente oggetto: "procedura aperta per l'affidamento mediante partenariato pubblico-privato, ai sensi dell'art. 193 del d.lgs. n. 36/2023, di una concessione avente ad oggetto la riqualificazione energetica e la gestione degli impianti di pubblica illuminazione comunale – CIG B85035F638 – presa d'atto della deliberazione della Giunta comunale n. 72 del 01/04/2026 e della sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea 5 febbraio 2026, causa c-810/24 – conformazione della procedura al diritto dell'Unione europea e conseguenti determinazioni in ordine alla disciplina della prelazione del promotore";

- di ogni altro atto successivo del detto procedimento volto a concludere il procedimento di gara, incluso in essi l'aggiudicazione.

Per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da C.e.i. S.p.a. – Calore

Energia Impianti il 11/9/2026:

- di tutti gli atti gravato con il ricorso introduttivo;

- del provvedimento di aggiudicazione definitiva, adottato con Determinazione del Comune di Gaggiano n. 433 del 09/07/2026 (Settore

territorio urbanistica edilizia e lavori pubblici determinazione n. 118) avente ad oggetto: procedura aperta per l'affidamento mediante partenariato pubblico-privato, ai sensi dell'art. 193 del d.lgs. n. 36/2023, avente ad oggetto la riqualificazione energetica e la gestione degli impianti di pubblica illuminazione comunale – cig b85035f638 – approvazione delle operazioni di gara e aggiudicazione in favore di a2a illuminazione pubblica s.r.l., comunicata alla ricorrente il 13 luglio 2026;

- del bando e del disciplinare di gara nel testo risultante dalle modiche introdotte con i provvedimenti impugnati con il ricorso introduttivo e nel testo originariamente pubblicato.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Gaggiano e di A2A Illuminazione Pubblica S.R.L;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'art. 60 c.p.a.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 ottobre 2026 il dott. Federico Giuseppe Russo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La vicenda oggetto del presente giudizio trae origine dal procedimento avviato dal Comune di Gaggiano con riguardo alla gestione del servizio di pubblica illuminazione comunale. Già in data 4 febbraio 2022, infatti, il Comune richiedeva a Enel Sole S.r.l. la trasmissione dell'elenco dei centri luminosi di proprietà della stessa presenti sul territorio comunale con lo

scopo di conoscere tale consistenza e dare così "*avvio alle procedure per*

l'affidamento del servizio di gestione". A detta richiesta Enel Sole dava

riscontro con comunicazione del 15 marzo 2022.

2. In tale contesto si inseriva la proposta di partenariato pubblico-privato presentata da Calore Energia Impianti S.p.A. (d'ora in avanti "CEI" o il promotore) in data 13 dicembre 2022 (la "proposta"), integrata da ultimo in data 27 marzo 2024, avente ad oggetto l'affidamento in concessione della progettazione esecutiva, della realizzazione e della gestione del servizio di illuminazione pubblica e riqualificazione energetica degli impianti siti nel Comune di Gaggiano.

La proposta prevedeva, in particolare, l'installazione di nuovi apparecchi illuminanti con tecnologia LED, la messa a norma dei quadri elettrici, la sostituzione e/o verniciatura dei sostegni ammalorati, la massimizzazione del risparmio energetico, l'installazione di due stazioni di ricarica per veicoli elettrici e il riscatto degli impianti di proprietà Enel Sole. Si consideri che nessun documento della proposta richiamava il riferimento alla volontà di CEI di esercitare la c.d. prelazione.

3. La proposta veniva dichiarata fattibile e di pubblico interesse con deliberazione della Giunta comunale n. 54 del 28 marzo 2024, con individuazione di CEI quale promotore e successivo avvio della procedura aperta.

Con il medesimo atto, inoltre, la Giunta dava atto che il promotore avrebbe goduto del diritto di prelazione previsto dalla disciplina in allora applicabile e demandava agli uffici competenti di dar corso alla procedura di finanza di progetto mediante procedura aperta con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

4. Parallelamente, il Comune definiva il quadro proprietario e gestionale degli impianti, approvando, con deliberazione consiliare n. 36 del 26 settembre 2024, la relazione *ex* art. 14 del D.lgs. n. 201/2022 e

manifestando la volontà di procedere al riscatto degli impianti di proprietà di

Enel Sole, con oneri a carico del futuro aggiudicatario. In attuazione di tale

indirizzo, il Comune adottava i successivi atti finalizzati alla consegna degli

impianti da parte di Enel Sole, poi formalizzata con verbale del 20 gennaio

2025, con trasferimento degli stessi al Comune.

5. Sicché con determinazione a contrarre n. 299 del 9 giugno 2025 il Comune approvava gli atti necessari all'avvio della procedura e demandava alla Centrale Unica di Committenza (CUC) di Garlasco lo svolgimento della gara.

6. In esecuzione della determinazione comunale, la CUC dava avvio alla procedura di gara mediante la pubblicazione, in data 22 settembre 2025, del relativo bando (il "Bando"). Unitamente al Bando veniva altresì pubblicato il relativo disciplinare di gara (il "Disciplinare") il quale precisava che, in applicazione dell'art. 225-bis, comma 4, del d.lgs. n. 36/2023, alla procedura continuava ad applicarsi l'art. 193 nella formulazione precedente al correttivo di cui al d.lgs. n. 209/2024, ivi incluso il diritto di prelazione. Il successivo articolo 29 del Disciplinare, poi, ribadiva l'istituto della prelazione con riferimento alla fase di valutazione delle offerte tecniche ed economiche.

7. Entro il termine di presentazione delle offerte risultavano pervenute due offerte, rispettivamente presentate da A2A Illuminazione Pubblica S.r.l. (d'ora in avanti "A2A") e da CEI che, a seguito della fase di valutazione delle offerte, risultavano così graduate:

1° "A2A" con punteggio totale di 94,333 (74,33 per offerta tecnica e 20 per offerta economica);

2° "CEI" con punteggio totale di 73,207 (71,196 per offerta tecnica e 2,011 per offerta economica).

8. Rilevato, dunque, che l'offerta economicamente più vantaggiosa era quella presentata da A2A, la Commissione formulava proposta di aggiudicazione in favore della stessa. Come espressamente precisato nel verbale di gara n. 7 del 6 febbraio 2026, la Commissione rimetteva quindi

gli atti "*alla stazione appaltante Comune di Gaggiano, per il tramite del RUP*

di gara, ai fini della conseguente aggiudicazione definitiva".

Coerentemente con quanto sopra, con determinazione n. 216 del 3 marzo 2026 la CUC prendeva atto dei verbali di gara e del verbale di proposta di aggiudicazione, rimettendo gli atti al Comune di Gaggiano per la successiva aggiudicazione definitiva.

9. Nelle more delle verifiche propedeutiche all'aggiudicazione interveniva la sentenza della CGUE C-810/24 del 5 febbraio 20206, che dichiarava l'incompatibilità con il diritto dell'Unione del meccanismo di prelazione del promotore previsto dall'art. 183 del D.lgs. n. 50/2016.

Il Comune riteneva dunque necessario svolgere i dovuti approfondimenti per conformarne la fase finale al diritto eurounitario.

Nel dettaglio, con la Deliberazione n. 72 del 1° aprile 2026, la Giunta comunale prendeva atto della sentenza e della necessità di "

assicurare la

conformazione dell'azione amministrativa al diritto dell'Unione", impartendo

agli uffici i conseguenti indirizzi. La deliberazione espressamente rilevava

come la pronuncia della CGUE assumesse rilievo anche per i procedimenti

pendenti, e imponeva di conformare la propria azione al diritto dell’Unione,

salvaguardando “*la legittimità dell’azione amministrativa*”, “*la continuità e*

l'effettività del servizio di pubblica illuminazione" e "*la celere conclusione*

della procedura con il rispetto del diritto europeo”.

10. In attuazione di tale indirizzo, con determinazione n. 229 del 3 aprile 2026 il Dirigente del Settore Urbanistica del Comune di Gaggiano ricostruiva le ragioni della non applicazione della prelazione, evidenziando come la sentenza della CGUE costituisse non “un mero precedente persuasivo”, ma integrasse con efficacia vincolante il significato della norma unionale e che, in forza del primato del diritto dell’Unione, anche la pubblica amministrazione era tenuta a non applicare la disciplina interna incompatibile e gli atti che ne costituissero diretta proiezione.

Contestualmente, il Comune intendeva evitare “la dispersione dell’attività istruttoria e valutativa già compiuta”.

Sicché si disponeva la disapplicazione del solo meccanismo della prelazione, lasciando dunque intatta la graduatoria e i relativi punteggi espressi dalla Commissione.

11. Da qui la proposizione del ricorso introduttivo in epigrafe, notificato in data 4 maggio 2026 e corredato di istanza cautelare, con il quale CEI ha chiesto l'annullamento delle sopracitate delibera di Giunta e determinazione dirigenziale, per i seguenti motivi di diritto:

I. Incompetenza del Comune di Gaggiano; violazione e falsa applicazione degli art. 174, comma 5, 63, comma 3, e 62, comma 18, del D.Lgs 36/2023;

violazione del principio del contrarius actus:

i provvedimenti impugnati sarebbero viziati per incompetenza e per

violazione del principio del *contrarius actus*, atteso che: la responsabilità

della gara sarebbe in capo alla CUC, sola e unica qualificata e competente

ai sensi delle norme in rubrica, la quale del resto è indicata come

committente negli atti di gara che ha provveduto a pubblicare. Essa sola

quindi, alla stregua delle norme e dei principi in rubrica, sarebbe stata

competente a decidere sulla modifica (fosse o meno frutto di

disapplicazione selettiva) delle regole di aggiudicazione e sul proseguire la

gara a valle della stessa o annullarla o altro. Di contro, non sarebbe

ravvisabile alcuna competenza del Comune di Gaggiano, atteso che lo

stesso non poteva avere competenze né sull’indizione, né sulla gestione,

né soprattutto sulla aggiudicazione della gara medesima.

II. Eccesso di potere e violazione e falsa applicazione di pacifici principi giurisprudenziali in punto di limiti, discendenti dall'art. 97 Cost., alla

disapplicazione del bando di gara:

Il contrasto fra il bando/

lex specialis di gara, oggetto dei provvedimenti

impugnati (e della norma interna) e la direttiva appalti integrerebbe un vizio

dl legittimità del bando medesimo. Ne conseguirebbe che il Comune non

avrebbe potuto dare legittimamente corso ad una mera disapplicazione

selettiva di una singola clausola del bando e del disciplinare, dovendosi

procedere in via di autotutela o proseguire con la procedura, al più

consentendone l’impugnazione dell’esito in sede giurisdizionale.

III. Eccesso di potere e violazione e falsa applicazione di pacifici principi giurisprudenziali in punto violazione dei limiti, discendenti dall’art. 97 Cost., alla disapplicazione parziale e selettiva del bando di gara. Violazione e falsa applicazione dei principi di par condicio, trasparenza, tutela dell’affidamento e della fiducia, di cui agli art. 2 e 3 del Codice dei contratti; eccesso di potere per ingiusto bilanciamento con il principio del risultato (valutato prevalente):

i provvedimenti impugnati sarebbero illegittimi perché

si limiterebbero a disporre - a offerte già presentate e valutate - la

(chirurgica) disapplicazione della sola clausola del disciplinare recante il

diritto di prelazione, senza, invece, procedere alla contestuale riapertura

integrale dei termini di presentazione delle offerte e/o senza disporre

l’integrale annullamento del bando.

Tale effetto combinato (disapplicazione “in parte qua” senza riapertura dei termini di presentazione delle offerte e/o annullamento integrale), in quanto intervenuto a offerte già presentate e valutate sarebbe illegittimo, perché non tiene conto:

a) della natura unitaria del bando di gara per l’affidamento di contratti di Partenariato pubblico privato e/o di concessione, di cui dell’art. 193 del D.lgs. n. 36/2023 nel testo in vigore ante correttivo;

b) che la disposizione del disciplinare che riconosce il diritto di prelazione a favore del promotore ha natura di clausola essenziale, nella procedura di

project financing, e ciò tanto più nel caso, che qui ricorre, di già avvenuta

presentazione (non solo della proposta, ma soprattutto anche) della offerta

da parte del promotore;

c) del concatenamento inscindibile, nella procedura di cui al citato art. 193, sia delle varie fasi della procedura di gara e (soprattutto) della interdipendenza biunivoca (per quanto riguarda il promotore) tra la subfase di determinazione/presentazione dell'offerta e quella di aggiudicazione/esercizio del diritto di prelazione;

d) della considerazione che il promotore avesse presentato un'offerta che avrebbe privilegiato gli aspetti di solidità e di sostenibilità del PEF e dell'offerta presentata. E ciò, sulla base dell'affidamento, ingenerato dalla stessa

lex specialis di gara (v. art. 29 del disciplinare) che attribuiva al

promotore la facoltà e il potere di adeguare la propria offerta a standard

maggiormente performanti e propri dell’offerta prima in graduatoria con

l’esercizio della prelazione.

12. Si costituivano in giudizio il Comune di Gaggiano e la controinteressata A2A, con atto di mera forma.

13. Per la trattazione della domanda di misure cautelari veniva fissata la camera di consiglio del 27 maggio 2026, nel corso della quale la ricorrente rinunciava alla domanda e chiedeva la sollecita definizione della controversia nel merito. Preso atto di tale rinuncia, l’udienza pubblica per la discussione del merito veniva fissata al 7 ottobre 2026.

14. Nelle more del giudizio, con determinazione n. 433 del 9 luglio 2026 il Comune di Gaggiano approvava le risultanze delle operazioni di gara e disponeva l’aggiudicazione della concessione in favore di A2A.

14.1. Avverso tale ultimo provvedimento CEI notificava in data 11 settembre 2026 motivi aggiunti, corredati di una nuova istanza cautelare.

Nello specifico, con il quarto motivo, rubricato “*Illegittimità per gli stessi vizi*

contestati nel ricorso introduttivo e in via derivata per illegittimità di atto

necessariamente presupposto; in via subordinata: illegittimità originaria del

bando di gara", CEI riproponeva le medesime doglianze già formulate con il

ricorso introduttivo, estendendole al sopravvenuto provvedimento di

aggiudicazione.

I motivi aggiunti, inoltre, aggiungevano un autonomo quinto motivo,

rubricato “*PRECISAZIONI AGGIUNTIVE SULLA ORIGINARIA*

ILLEGITTIMITÀ DEL BANDO DI GARA", con il quale contestava

l’illegittimità del bando e del disciplinare di gara per contrasto con 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, e con gli

articoli 30 e 41, nonché con il considerando 68 di tale direttiva.

15. Con memorie articolate, le resistenti eccepivano l'inammissibilità del ricorso introduttivo per carenza del requisito di lesività della Delibera di Giunta Municipale e della Determinazione dirigenziale nonché dei motivi aggiunti nella parte in cui erano volti a contestare i suddetti atti. Deducevano, inoltre, l'infondatezza delle singole censure contenute nel ricorso introduttivo e nei motivi aggiunti.

16. Con memoria del 25 settembre 2026 CEI rinunciava al primo motivo del ricorso introduttivo, così come reiterato nei motivi aggiunti. Indicava, inoltre, una specifica graduazione dei motivi esposti nelle impugnative.

Nello specifico, chiedeva in via principale la trattazione del motivo III del ricorso introduttivo e del motivo IV del ricorso per motivi aggiunti nella parte in cui lo stesso richiama il suddetto III motivo. Proponeva il V motivo dei motivi aggiunti in via soltanto subordinata, nonché, in via di ulteriore

subordine, il II motivo del ricorso introduttivo, anch'esso riprodotto nel IV motivo dei motivi aggiunti.

17. Alla camera di consiglio del 7 ottobre la ricorrente ha chiesto l'abbinamento della domanda cautelare al merito, nella stessa giornata, con rinuncia ai termini. All'udienza pubblica, tenuta nel medesimo giorno, all'esito della discussione tra le parti, l'impugnativa nel suo complesso è passata in decisione.

18. Preliminarmente, in adesione all'eccezione di inammissibilità sollevata dalle resistenti nelle memorie difensive, il ricorso introduttivo va dichiarato inammissibile per carenza originaria dell'interesse, avendo la parte ricorrente gravato meri atti privi di autonoma lesività.

18.1. Principiando con la Delibera n. 72 del 1° aprile 2026, la Giunta Comunale dichiara espressamente:

a) "*di prendere atto della sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione*

europea del 5 febbraio 2026, resa nella causa C-810/24, nonché della

necessità di conformare la procedura aperta di affidamento mediante

partenariato pubblico-privato relativa alla riqualificazione energetica e alla

gestione degli impianti di pubblica illuminazione comunale al diritto

dell'Unione europea, nei termini risultanti dalla predetta pronuncia";

b) "*di dare indirizzo al Responsabile del servizio competente, al RUP e agli*

ulteriori uffici interessati, ciascuno per quanto di rispettiva competenza,

affinché procedano all'adozione di tutti gli atti amministrativi, istruttori,

procedimentali e di coordinamento necessari alla conformazione della

procedura al diritto dell'Unione europea e ai principi affermati dalla

sentenza, con particolare riguardo alla disciplina della prelazione del

promotore prevista dagli atti di gara";

c) "di demandare ai medesimi uffici competenti:

- ogni conseguente comunicazione procedimentale agli operatori economici partecipanti, nei modi e nei tempi ritenuti necessari in relazione allo stato della procedura e al quadro normativo e giurisprudenziale di riferimento";

d) "di dare atto che il presente provvedimento ha natura di atto di indirizzo politico-amministrativo e non costituisce atto di gestione della procedura, né contiene determinazioni provvedimentali immediatamente incidenti sulle singole posizioni dei partecipanti, riservate agli organi e ai soggetti competenti ai sensi di legge".

Dal tenore del provvedimento, invero, si evince chiaramente la natura della Delibera quale atto di indirizzo, sicché la stessa non produce alcuna lesione attuale di posizioni giuridiche sostanziali.

La delibera, quindi, non è immediatamente lesiva della posizione giuridico-soggettiva della ricorrente e, pertanto, in tal senso non è suscettibile di impugnazione, con conseguente inammissibilità "in parte

qua" del ricorso introduttivo (cfr., *ex multis*, Cons. Stato, sez. V, sent. 19

luglio 2018, n. 4401; id. 28 novembre 2023, n. 10203).

18.2. Parimenti, non assume capacità lesiva nei confronti della ricorrente la Determinazione del Dirigente del Settore Urbanistica n. 229 del 3 aprile 2026, stante la sua natura di presa d'atto e di atto endoprocedimentale.

Questa, invero, afferma:

"2. di prendere atto della deliberazione della Giunta comunale n. 72 del 01/04/2026 nonché della sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea del 5 febbraio 2026, causa C-810/24, nei termini indicati in

3. di dare atto che, alla luce della sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea del 5 febbraio 2026, causa C-810/24, nonché dei principi di primato del diritto dell'Unione, di parità di trattamento, di concorrenza effettiva e di libertà di stabilimento richiamati in motivazione, la clausola della lex specialis e il corrispondente segmento del regime procedimentale che prevedono il diritto di prelazione del promotore risultano suscettibili di non applicazione, in quanto potenzialmente incompatibili con il

diritto dell'Unione europea, come interpretato dalla predetta pronuncia;

4. di dare atto che, per effetto del primato del diritto dell'Unione europea e dell'obbligo dell'Amministrazione di conformarsi all'interpretazione

vincolante resa dalla Corte di

Giustizia, il meccanismo della prelazione del promotore previsto dall'art. 193 del d.lgs. n. 36/2023 nella formulazione ratione temporis applicabile e richiamato dagli atti di gara non può trovare applicazione nell'ambito della

5. di dare atto, conseguentemente, che la clausola dell'art. 29 della lex specialis e il corrispondente segmento del regime procedimentale che prevedono la facoltà del promotore di adeguare la propria offerta a quella dell'aggiudicatario inizialmente prescelto e di conseguire così l'aggiudicazione devono intendersi disapplicati, in quanto incompatibili con il diritto dell'Unione europea come interpretato dalla sentenza C-810/24;

6. di avviare, conseguentemente, la fase procedimentale finalizzata all'adozione delle determinazioni conclusive in ordine alla conformazione della procedura di gara al diritto dell'Unione europea;

7. di disporre che il presente provvedimento sia comunicato, a cura del

• *a CEI S.p.A. – Calore Energia Impianti;*

• *ad A2A Illuminazione Pubblica S.r.l.;*

• *alla Centrale Unica di Committenza di Garlasco;*

8. di dare atto che la presente determinazione non costituisce ancora

provvedimento di aggiudicazione, ma atto di presa d'atto funzionale alla successiva definizione del procedimento di gara".

La Determinazione, come correttamente inteso dalle resistenti, si risolve dunque in una mera presa d'atto, prodromica all'adozione di successivi provvedimenti da parte del CUC e del RUP, e come tale priva di autonoma valenza provvedimentale.

In altri termini, essa si qualifica come un atto endoprocedimentale, incapace di determinare alcuna immediata lesione della sfera giuridica della ricorrente, con conseguente inammissibilità "in parte qua" del ricorso introduttivo.

19. Stante, quindi, la carenza di capacità lesiva di entrambi gli atti gravati, per le suddette ragioni il ricorso introduttivo è, quindi, inammissibile per carenza originaria dell'interesse.

19.1. Conseguentemente anche i motivi aggiunti vanno dichiarati inammissibili nella parte in cui la ricorrente ha censurato in via autonoma, e quindi non solamente quali atti presupposti, entrambi i suddetti atti comunali.

20. Tanto premesso, si può procedere alla disamina delle doglianze contenute nei motivi aggiunti, nella parte in cui sono volte a sindacare la legittimità dell'aggiudicazione in favore di A2A.

Seguendo, dunque, l'ordine impresso dalla ricorrente, deve essere

innanzitutto vagliato il quarto motivo dei motivi aggiunti nella parte in cui richiama il contenuto del III motivo del ricorso introduttivo.

21. Occorre, innanzitutto, procedere a una breve “excursus” sull’istituto del diritto di prelazione nel settore della contrattualistica pubblica.

21.1. L'introduzione del diritto di prelazione nella finanza di progetto è avvenuta ad opera dell'art. 7, comma 1, lett. bb), della L. 1° agosto 2002, n.

166 (“Legge Merloni *quater*”), che ha inserito nell'art. 37-*ter* della L. 11

febbraio 1994, n. 109 la possibilità per il promotore di adeguare la propria

proposta a quella giudicata dall'amministrazione più conveniente e divenire

così aggiudicatario della concessione. La previsione trovava la sua *ratio*

nell'esigenza di compensare il promotore dei maggiori oneri, di natura

economica e imprenditoriale, sopportati nella presentazione della proposta,

oltre che in quella di incentivare e attrarre capitali privati per la realizzazione

di opere pubbliche. Fin dalla sua prima previsione l'istituto è stato oggetto di

un intenso dibattito, a livello nazionale ed eurounitario, con particolare

riguardo alla sua compatibilità con i principi della concorrenza e di parità di

trattamento tra i partecipanti a una procedura ad evidenza pubblica. E,

difatti, prima ancora della introduzione del diritto di prelazione, la Corte di

giustizia aveva affermato che, in base al principio di parità di condizioni tra

tutti i concorrenti, all'amministrazione aggiudicatrice non era consentito

prendere in considerazione modificazioni apportate all'offerta iniziale da un

solo concorrente, che altrimenti sarebbe risultato avvantaggiato rispetto agli

altri (Corte di giustizia, 25 aprile 1996, C-87/1994).

21.2. L’istituto è sempre stato così problematico che il 15 ottobre 2003 la Commissione europea aveva trasmesso al Governo italiano un parere motivato, come preavviso dell'avvio di una fase contenziosa, ai sensi dell'art. 226, comma 2, del Trattato CE, auspicando l'introduzione di una nuova disciplina che tenesse conto di due aspetti necessari:

a) che fosse data preventiva conoscenza a tutti i potenziali interessati, fin dall'avvio della procedura e tramite adeguate forme di pubblicità, dei vantaggi legati alla qualifica di promotore;

b) che fossero predeterminati i criteri, di natura obiettiva e non discriminatoria, in base ai quali l'amministrazione avrebbe potuto scegliere la proposta da mettere successivamente a gara.

21.3. Un primo intervento “correttivo” del Legislatore, vista la procedura di

infrazione nel frattempo avviata dalla Commissione europea nell'aprile del 2004, era contenuto nella L. 18 aprile 2005, n. 62 (Legge comunitaria 2004), con cui era stato introdotto l'obbligo per le amministrazioni aggiudicatrici di indicare nell'avviso pubblico, diretto a sollecitare le proposte da parte di potenziali promotori, i criteri in base ai quali le stesse avrebbero proceduto alla valutazione comparativa delle proposte, oltre che l'espresso avviso che al promotore, ossia il soggetto che avesse presentato la proposta originaria dichiarata di pubblico interesse, sarebbe stato attribuito il diritto di prelazione, a parità di condizioni con l'offerta ritenuta migliore nell'ambito della successiva procedura negoziata per l'aggiudicazione della concessione.

Con il Codice dei contratti pubblici, di cui al d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, fu prevista un'anticipazione dell'obbligo di pubblicità al momento della pubblicazione della programmazione triennale, stabilendo all'art. 153, comma 3, l'osservanza dei principi di tutela della concorrenza e parità di trattamento anche nella fase della pubblicazione dello strumento programmatorio, in modo tale da consentire a tutti i potenziali interessati di essere posti in grado di conoscere, a partire da tale fase, la volontà dell'amministrazione di procedere alla realizzazione di alcune opere pubbliche o di pubblica utilità, tramite lo strumento della finanza di progetto, e la previsione di una valutazione comparativa delle proposte presentate dai soggetti privati. Con l'art. 1, comma 1, lett. r), d.lgs. 31 luglio 2007, n. 113 (c.d. "secondo correttivo" al Codice dei contratti pubblici), il legislatore dispose l'abolizione dell'istituto della prelazione in favore del promotore nella finanza di progetto.

21.4. A dimostrazione della criticità dell'istituto, il diritto di prelazione venne poi reintrodotto con il c.d. "terzo correttivo" al Codice dei contratti pubblici che era stato adottato, principalmente, per la necessità di adeguare l'Ordinamento ai rilievi formulati dalla Commissione europea nella nota di messa in mora C (2008)0108 del 30 gennaio 2008.

21.5. Il funzionamento del meccanismo della prelazione nell'art. 153 del d.lgs. 163/2006 (dopo il terzo correttivo) costituiva un'opzione procedimentale cui l'amministrazione poteva sempre fare ricorso anche nell'ambito delle procedure ad iniziativa mista pubblico-privata e in quella

ad iniziativa solo privata. Vi era l'obbligo a carico dell'amministrazione aggiudicatrice di indicare nel bando relativo alla prima fase di gara, da pubblicare con le modalità di cui all'art. 66 ovvero di cui all'art. 122, secondo l'importo dei lavori, che la procedura non comportava l'aggiudicazione al promotore prescelto, ma soltanto l'attribuzione a quest'ultimo del diritto di essere preferito al migliore offerente, individuato con successiva gara, sempre che il promotore intendesse adeguare la propria offerta a quella ritenuta più vantaggiosa. Una volta valutate le offerte, redatta la graduatoria e nominato il promotore, l'amministrazione avrebbe proceduto all'approvazione del progetto preliminare convocando una Conferenza di servizi istruttoria, come previsto anche nel caso di procedura a gara unica. Tuttavia, a differenza di quest'ultima, il promotore era obbligato a recepire le modifiche richieste dalla stazione appaltante, dal momento che, qualora all'esito della seconda gara non fossero presentate offerte o nessuna offerta fosse risultata più vantaggiosa, questi sarebbe stato vincolato alla stipulazione del contratto di concessione.

21.6. Il diritto di prelazione poteva essere esercitato qualora una delle offerte pervenute alla stazione appaltante fosse risultata più vantaggiosa di quella del promotore. Quest'ultimo, entro il termine di 45 giorni dalla comunicazione dell'amministrazione aggiudicatrice, avrebbe potuto decidere di adeguare la propria proposta a tale migliore offerta, aggiudicandosi così la concessione.

21.7. Il meccanismo della prelazione ha costituito il tentativo del legislatore di trovare un equilibrio fra due valori in contrasto: da un lato, quello di incentivare la massima partecipazione dei privati sin dalla prima fase di individuazione della proposta da porre a base della successiva gara per l'aggiudicazione della concessione, riconoscendo un vantaggio competitivo al promotore; dall'altro, quello di garantire il rispetto dei principi della massima concorrenza e della parità di trattamento.

21.8. Sennonché, la stessa legittimità della clausola di prelazione, prevista nella fattispecie di riferimento dall'art. 183, comma 15, del D. Lgs. n. 50/2016, è stata oggetto di un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea da parte del Consiglio di Stato con ordinanza n. 9449 del 25 novembre 2024, per valutarne la compatibilità con il diritto

euro-unitario.

21.9. Il Consiglio di Stato, con ordinanza n. 9449/2024, aveva sollevato questione pregiudiziale proprio dubitando della conformità della disciplina nazionale sulla prelazione di cui al citato art. 183, comma 15, D. Lgs. n. 50/2016 ai principi europei, ritenendola "*idonea a sovvertire l'esito*" della

gara e a mettere “*in discussione l’essenza*” della parità di trattamento.

21.10. A seguito di tale rinvio la Corte di Giustizia, con la sentenza del 5 febbraio 2026 nella causa C-810/24, ha statuito in termini inequivocabili l’incompatibilità di tale meccanismo con il diritto dell’Unione.

Nello specifico, la Corte ha affermato 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."

La pronuncia della Corte si fonda su plurime violazioni dei principi cardine delle procedure ad evidenza pubblica:

(i) violazione della parità di trattamento e della concorrenza effettiva: il diritto di prelazione vìola il principio della parità di trattamento (art. 3, par. 1, Direttiva 2014/23/UE) e lede la concorrenza sana ed effettiva (art. 41, par. 1, Direttiva 2014/23/UE). Esso consente al promotore di modificare la propria offerta dopo la scadenza del termine per la presentazione e, soprattutto, dopo aver conosciuto il contenuto dell'offerta migliore. Ciò gli conferisce un vantaggio competitivo indebito, altera la graduatoria e vanifica il confronto concorrenziale, disincentivando gli altri operatori dal presentare offerte realmente competitive;

(ii) restrizione alla libertà di stabilimento: il meccanismo di prelazione costituisce una restrizione ingiustificata alla libertà di stabilimento sancita

dall'art. 49 TFUE, in quanto è idoneo a dissuadere gli operatori economici stabiliti in altri Stati membri dal partecipare alla procedura di gara, essendo la loro possibilità di aggiudicazione subordinata alla mancata volontà del promotore di esercitare la prelazione;

(iii) mancanza di giustificazioni imperative: le finalità addotte per giustificare tale istituto, come l'incentivazione dell'iniziativa privata per la valorizzazione del patrimonio culturale, non costituiscono motivi imperativi di interesse generale ai sensi dell'art. 52 TFUE idonei a giustificare una simile restrizione alla concorrenza e alle libertà fondamentali. Inoltre, il meccanismo risulta sproporzionato, esistendo strumenti meno restrittivi della concorrenza per premiare l'iniziativa del promotore, quali il rimborso delle spese o l'attribuzione di un punteggio premiale.

22. Ciò posto, anche la fattispecie in esame risente degli effetti della sentenza della Corte di Giustizia.

La gara è stata, invero, disciplinata dall'art. 193 del nuovo Codice dei Contratti pubblici di cui al D.lgs. n. 36 del 2023 nella versione, però, antecedente al Correttivo di cui al D.lgs. n. 209 del 2024.

Detta versione, invero, è pienamente riproduttiva della precedente disciplina del "project financing" di cui all'art. 183 del D.lgs. n. 50/2016, nella versione consolidata dal D.L. 16 luglio 2020, n. 76, tanto nell'articolazione delle fasi della procedura, con l'individuazione del promotore su iniziativa privata, quanto nella previsione del diritto di prelazione o di un rimborso in favore del promotore all'esito della gara.

La continuità contenutistica, quindi l'identità, tra il precedente articolo 183 del D.lgs. n. 50/2026 e l'art. 193 del D.lgs. n. 36/2023, nella versione ante correttivo, conduce pertanto alla proiezione anche nel caso di specie degli effetti della sentenza della CGUE del 5 febbraio 2026 in merito all'incompatibilità dell'istituto del diritto di prelazione.

23. Tanto doverosamente premesso, la censura oggetto del IV motivo di ricorso, nella parte in cui richiama il III motivo del ricorso introduttivo, ruota intorno alla domanda secondo cui, dinanzi a una apposita domanda di

annullamento della gara introdotta dal promotore non aggiudicatario dinanzi al G.A., se per dare esecuzione alla sentenza della CGUE la Stazione Appaltante debba procedere alla rinnovazione integrale della gara, come prospettato dalla ricorrente ovvero se, invece, possa limitarsi

all’espunzione del diritto di prelazione dalla *lex specialis*, così preservando

la graduatoria di merito nelle more formatasi.

Il Collegio è consapevole che con la sentenza n. 2645 del 27 maggio 2026 la Sezione Seconda di questo Tribunale ha dato risposta a detto quesito prestando adesione alla tesi della rinnovazione integrale della gara, seppur

con un assunto avente valore di mero *obiter dictum*.

In detto contenzioso, in cui era stata scrutinata la domanda di annullamento proposta dal promotore, privato del diritto di prelazione dalla S.A. nel corso della procedura in attuazione della sentenza della CGUE nei confronti dell'aggiudicazione ottenuta da un concorrente classificatosi primo graduato, questo Tribunale ha rilevato che "*La natura strutturale del vizio*

riscontrato e la sua incompatibilità con i principi cardine del diritto europeo e

nazionale in materia di contratti pubblici rappresentano elementi sufficienti,

in astratto, ad imporre la rinnovazione integrale della procedura" (cfr.

T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. II, 27 maggio 2026, n. 2645).

24. Sennonché, questo Collegio ritiene di dover dare risposta al quesito prestando adesione alla diversa tesi, sposata anche dall'Amministrazione negli atti gravati, che propende per la sola disapplicazione del diritto di

prelazione della *lex specialis*, con la conseguente salvezza degli atti di gara

nelle more espletati, della graduatoria di merito e, infine,

dell’aggiudicazione in favore dell’operatore economico primo graduato, a

prescindere dalla qualificazione o meno di “precedente promotore”.

25. Militano per detta soluzione ragioni inerenti alla struttura e funzione stessa dell’istituto del “project financing”, così come delineato nell’art. 183 del D.lgs. n. 50 del 2016 e nel successivo art. 193 del D.lgs. n. 36 del 2023, nella formulazione “ante correttivo”.

25.1. In proposito, il Consiglio di Stato ha più volte sottolineato che la procedura di

project financing "individua due serie procedimentali, la prima

di selezione del progetto di pubblico interesse, l'altra di gara di evidenza

pubblica sulla base del progetto dichiarato di pubblica utilità (quest'ultima a

sua volta distinta in due subfasi, la prima di individuazione dell'offerta

economicamente più vantaggiosa, e l'altra conseguente all'eventuale

esercizio da parte del promotore del diritto di prelazione); si tratta di fasi

strutturalmente autonome, ma biunivocamente interdipendenti sotto il profilo

funzionale” (Cons. Stato, V, 19 giugno 2019, n. 4186; 10 febbraio 2020, n.

1005; 31 gennaio 2023, n. 1065; n. 9075 del 12 ottobre 2023; cfr. sul tema

già le considerazioni di Cons. Stato, Ad. plen., 28 gennaio 2012, n. 1).

25.2. La più recente giurisprudenza amministrativa ha nondimeno rafforzato il profilo dell'autonomia interna delle fasi costitutive del project financing, con l'obiettivo di valorizzare la finalità ultima dell'intera procedura, che

consiste "*nell'aggiudicazione della concessione in base al criterio dell'offerta*

economicamente più vantaggiosa (Cons. Stato, V, 14 aprile 2015, n. 1872;

VI, 5 marzo 2013, n. 1315)" (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 10 febbraio 2020, n.

1005, richiamata da Cons. Stato, Sez. V, 31 gennaio 2023, n. 1065).

E’ stato, infatti, evidenziato che quanto forma oggetto della prima fase della procedura, volta semplicemente a selezionare una proposta d’interesse

pubblico da porre a base della successiva gara, *“non determina effetti*

diretti sugli esiti della seconda, e in specie non può implicare alcuna

aprioristica e preventiva valutazione dell'offerta presentata dal promotore".

Difatti, "*il giudizio di inidoneità dell'offerta tecnica del*

concorrente/promotore derivante dal mancato raggiungimento del previsto

punteggio minimo, che rende insuscettibile di valutazione la correlata offerta

economica e impossibile la graduazione finale dell'offerta complessiva, che

viene conseguentemente esclusa, si riflette [persino] *sul diritto di*

prelazione, rendendo la stessa offerta complessiva tamquam non esset

anche ai fini della venuta a esistenza del diritto" (cfr. Cons. Stato, Sez. V, n.

9075 del 12 ottobre 2023, che richiama, ancora una volta, Cons. Stato, n.

1005 del 2020, cit.).

25.3. Ancora, l’autonomia delle fasi ha di recente inciso anche sul riconoscimento in capo al promotore del rimborso delle spese sostenute per la predisposizione della proposta.

Si osserva, sul punto, che a norma del comma 8 dell’art. 193 del D.lgs. n. 36/2023, che riproduce i commi 9 e 15 del vecchio art. 183 del D.lgs. n. 50/2016, “

Se il promotore 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. L'importo complessivo delle spese

rimborsabili non può superare il 2,5 per cento del valore dell'investimento,

come desumibile dal progetto di fattibilità posto a base di gara".

Riconducendo il rimborso al promotore in analisi nella famiglia degli istituti

volti a dare cittadinanza all' "*interesse contrattuale negativo*" nella

contrattualistica pubblica, il Consiglio di Stato ha enfatizzato che “*anche in*

tale ipotesi, invero, il riconoscimento di tutela, nei limiti dell'interesse

negativo, non opera in chiave automatica, ma solo in presenza di una

condotta del privato conforme ai precetti della normale diligenza, essendo

estranea all'ordinamento giuridico l'idea di riconoscere qualsivoglia utilità

economica ad un soggetto che agisca in violazione di specifiche regole

giuridiche, ovvero che tenga condotte contrastanti con quelle esigibili in

base ad una valutazione ex fide bona" (cfr. Con. Stato, Sez. V, 23 ottobre

2025, n. 8229).

In altri termini, seguendo la suddetta *ratio*, persino il diritto al rimborso delle

spese sostenute per la predisposizione della proposta può essere negato al

promotore qualora venga dimostrato dalla Stazione Appaltante che anche il

contenuto della proposta sia frutto di una condotta posta in violazione degli

obblighi di diligenza professionale e di buona fede richiesta ai concorrenti in

una procedura evidenziale.

25.4. Discende, in sostanza, dalla suddetta ricognizione giurisprudenziale un consistente affievolimento del legame di interdipendenza funzionale tra le due fasi costitutive del “project financing”, e un conseguente rafforzamento dell’autonomia interna delle fasi suddette.

Affievolimento ed autonomia che trovano giustificazione, lo si ribadisce, nella finalità dell’istituto, rivolto a procedere, comunque, all’aggiudicazione della concessione al miglior offerente all’esito della gara, senza che vengano riconosciuti al promotore ulteriori vantaggi competitivi che possano

frustrare la *par condicio* e la concorrenza tra gli offerenti.

26. Ecco che in siffatta tendenza, ad avviso del Collegio, risulta parimenti sussumibile la scelta, intrapresa dalla Stazione Appaltante nel caso di specie, della mera disapplicazione della clausola di prelazione dalla

lex

specialis una volta concluse le operazioni di gara, e della conseguente

salvezza della graduatoria di merito e dell’aggiudicazione della commessa

in favore di A2A.

26.1. Si ricorda che la prelazione, definita nell'art. 29 del Disciplinare, è destinata a operare soltanto nella fase finale della procedura, successivamente alla valutazione delle offerte e alla formazione della graduatoria.

Questa risulta funzionalmente distinta dai requisiti di partecipazione, dai criteri di valutazione e dall'attività comparativa svolta dalla Commissione. La sua mancata applicazione non ha, infatti, comportato una riscrittura delle regole di gara né ha inciso sul confronto competitivo già espletato, ma ha impedito che il promotore potesse sovvertire l'esito della competizione mediante l'esercizio di una prerogativa ormai incompatibile con il diritto eurounitario.

26.2. La disapplicazione della prelazione correttamente valorizza, quindi, l'autonomia della fase di gara rispetto a quell'individuazione del promotore

nel rispetto della finalità ultima dell'istituto del "project financing", dell'aggiudicazione della commessa al migliore offerente.

La disapplicazione della prelazione non ha, infatti, investito la formazione della graduatoria e la valutazione delle offerte da parte della Commissione

né, soprattutto, ha alterato la *par condicio* tra i concorrenti nella fase,

sicuramente delicata, della presentazione delle proprie offerte nella gara.

Difatti, anche sussistendo il diritto di prelazione, nella fase di gara il promotore non sarebbe stato comunque legittimato a soprassedere dal confronto competitivo con gli altri offerenti attraverso la presentazione di offerte del tutto inidonee. Parimenti, il promotore non avrebbe potuto aspettarsi il riconoscimento automatico del rimborso delle spese sostenute, stante la rilevanza dei doveri di buona fede e correttezza anche nella predisposizione del contenuto della proposta contrattuale e nella successiva offerta.

26.3. L’espunzione del diritto di prelazione, in definitiva, non ha compromesso la

par condicio, ma ha rimosso al promotore una seconda

possibilità competitiva, conoscendo l’offerta del concorrente risultato

migliore.

Di converso, disporre la rinnovazione della gara, dopo che le offerte sono state aperte, valutate e integralmente conosciute, significherebbe riconoscere al promotore nuovamente una seconda possibilità competitiva sostanzialmente analoga a quella che il diritto dell'Unione ha inteso eliminare.

27. Anche ulteriori profili di sistema rafforzano la legittimità della scelta della S.A. verso la disapplicazione della prelazione.

27.1. In primo luogo, tale scelta è in linea con il principio di conservazione degli atti, corollario del divieto di aggravamento del procedimento di cui all'art. 1, comma 2, della l. n. 241/1990, che impone di privilegiare, ove possibile, l'interpretazione che consenta di mantenere gli effetti dell'attività amministrativa già validamente svolta anziché determinarne inutilmente la caducazione.

Principio che, in particolare, trova analoga espressione nell'orientamento giurisprudenziale secondo cui la nullità della clausola di bando escludente non travolge l'intera procedura, ma comporta la sola espunzione della previsione illegittima, ove autonoma e separabile, secondo i principi di

nullità parziale e conservazione dell'atto (*vitiatur sed non vitiat*) di cui all'art.

1419 c.c. (cfr. Cons. Stato, Ad. Plen. n. 9/2014 e n. 22/2020).

27.2. In secondo luogo, la disapplicazione è coerente con i principi di buon andamento, economicità, continuità ed efficacia dell'azione amministrativa *ex* art. 97 Cost., che impongono di evitare la

regressione integrale di una procedura ormai compiutamente definita nei

suoi esiti valutativi in assenza di un vizio che investa il confronto

concorrenziale nel suo complesso.

27.3. Infine, i principi del risultato e di trasparenza e concorrenza convergono nel medesimo esito, in quanto la prosecuzione della procedura valorizza l'attività amministrativa già svolta, preserva una graduatoria e un'aggiudicazione formata sulla base di criteri oggettivi in un contesto di "par condicio" iniziale e rimuove il solo meccanismo che alterava il confronto competitivo.

Del resto, diversamente opinando, la soluzione prospettata dal ricorrente condurrebbe a un risultato paradossale, in quanto una riedizione integrale della gara consentirebbe, tanto al promotore quanto agli operatori economici partecipanti, di rimodulare le proprie strategie sulla base di informazioni ormai note, introducendo nuove alterazioni della concorrenza.

28. In definitiva, per le suddette complessive ragioni il quarto motivo del ricorso per motivi aggiunti, nella parte in cui riproduce il III motivo del ricorso

originario, è infondato.

29. Con il quinto mezzo del ricorso per motivi aggiunti la ricorrente contesta l'illegittimità del bando e del disciplinare di gara in quanto la previsione del diritto di prelazione avrebbe condizionato la propria strategia nella gara, anche ai fini della presentazione dell'offerta.

30. Sennonché detta doglianza è chiaramente infondata e va respinta.

31. Come si è detto poc'anzi, il riconoscimento del diritto di prelazione non abilita *in abstracto* il promotore nel portare avanti strategie di gara che

implicano la presentazione di offerte inidonee.

L’art. 193 citato, invero, restituisce un assetto della gara in cui trovano applicazione, almeno nella fase iniziale di presentazione dell’offerta, i

principi della *par condicio* e di concorrenza tra gli offerenti. La prelazione,

così come la richiesta di rimborso, si pone nella fase finale della procedura

evidenziale, senza che questa possa inficiare le modalità di valutazione

delle offerte da parte della Commissione.

Sotto un distinto e concorrente profilo, la ricorrente non ha nemmeno provato che l'aspettativa di esercitare la prelazione abbia concretamente determinato il contenuto della propria offerta. Non sono indicate le condizioni economiche o tecniche che sarebbero state diversamente formulate in assenza della prelazione, né viene gravata l'attribuzione dei punteggi attribuiti ad A2A.

32. Infine, le medesime ragioni di infondatezza illustrate

ut supra con

riferimento al III motivo del ricorso originario, richiamato nel IV motivo del

ricorso per motivi aggiunti, giustificano il rigetto del II motivo del ricorso

introduttivo, anch’esso richiamato nel IV motivi del ricorso per motivi

aggiunti.

Nel caso di specie, il Comune non ha esercitato alcuna scelta discrezionale

volta a modificare la *lex specialis*. L’Amministrazione si è conformata alla

pronuncia della CGUE, e non ha applicato il solo segmento della disciplina

di gara divenuto incompatibile con il diritto dell’Unione prima che

producesse effetti, optando per una soluzione più proporzionata,

conservativa e finalisticamente orientata.

Non emergono, quindi, presupposti applicativi della disciplina del bando anticomunitario, così come sostenuto dalla ricorrente nel motivo in analisi, in quanto vertenti sulla diversa questione dell'onere di tempestiva impugnazione delle clausole immediatamente lesive da parte dei concorrenti pretermessi con provvedimenti di esclusione e delle conseguenti preclusioni processuali maturate precedentemente alle domande di disapplicazione del diritto interno e della

lex specialis

applicativa.

33. Tirando le fila del discorso sin qui svolto, alla luce di quanto sopra esposto, il ricorso per motivi aggiunti è in parte inammissibile e per la restante parte infondato.

34. In conclusione, il ricorso introduttivo va dichiarato inammissibile per carenza originaria di interesse, mentre i motivi aggiuntivi sono in parte inammissibili e per la restante parte infondati e da respingere.

35. La novità e la complessità delle questioni giuridiche affrontate giustificano nondimeno la compensazione delle spese di lite tra le parti costituite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Prima),

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, dispone quanto segue:

- il ricorso introduttivo è inammissibile per carenza originaria di interesse;

- i motivi aggiuntivi sono in parte inammissibili e per la restante parte infondati.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 7 ottobre 2026 con l'intervento dei magistrati:

Marco Buricelli, Presidente

Marilena Di Paolo, Referendario

Federico Giuseppe Russo, Referendario, Estensore