



COMMISSIONE EUROPEA

Bruxelles, 8.10.2025

INFR(2018)2273

C(2025)6082 final

Signor Ministro,

1. Il presente procedimento di infrazione ha ad oggetto la non conformità del quadro giuridico italiano alle direttive del 2014 sui contratti pubblici, cioè la direttiva 2014/23/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione ⁽¹⁾, la direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici ⁽²⁾ e la direttiva 2014/25/UE sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali ⁽³⁾.
2. Le non conformità individuate sono state oggetto di una lettera di costituzione in mora datata 25 gennaio 2019 (rif. SG(2019)D/1357), di una lettera di costituzione in mora complementare datata 28 novembre 2019 (rif. SG(2019)D/17429 — C(2019)8246) e di una seconda lettera di costituzione in mora complementare datata 6 aprile 2022 (rif. C(2022)1617).
3. Le risposte delle autorità italiane alla seconda lettera di costituzione in mora complementare sono pervenute il 7 giugno 2022 ⁽⁴⁾, il 23 giugno 2022 ⁽⁵⁾, il 22 dicembre 2022 ⁽⁶⁾, e il 12 agosto 2023 ⁽⁷⁾. Il caso è stato discusso nelle riunioni tra le autorità italiane e i servizi della Commissione tenutesi il 27 giugno 2022, il 14 dicembre 2022 e il

⁽¹⁾ Direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione (GU L 94 del 28.3.2014, pag. 1).

⁽²⁾ Direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE (GU L 94 del 28.3.2014, pag. 65).

⁽³⁾ Direttiva 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali e che abroga la direttiva 2004/17/CE (GU L 94 del 28.3.2014, pag. 243).

⁽⁴⁾ Nota "2022_06_07_PI_2018-2273_Prot._969".

⁽⁵⁾ Nota "2022_06_23_PI_2018-2273_Prot._1068".

⁽⁶⁾ Nota "2022_12_22_PI_2018-2273_Prot._1914".

⁽⁷⁾ Nota "2023_08_11_PI_2018-2273_Prot._1292".

Antonio Tajani
Ministro degli Affari esteri e della Cooperazione Internazionale
P.le della Farnesina 1
00135 Roma

1° febbraio 2024. Nel contesto della riunione del 14 dicembre 2022 le autorità italiane hanno presentato informalmente ai servizi della Commissione il progetto del nuovo codice italiano dei contratti pubblici.

4. A seguito dell'adozione del decreto legislativo del 23 aprile 2023, n. 36, recante la nuova disciplina italiana dei contratti pubblici ("codice" o "decreto legislativo n. 36/2023"), i servizi della Commissione hanno intrapreso un'analisi del nuovo testo e hanno sollevato alcuni rilievi, esposti informalmente nel contesto delle riunioni con le autorità italiane tenutesi il 1° luglio 2024 e il 21 ottobre 2024, e infine nella lettera amministrativa del 12 novembre 2024 da parte dei servizi della direzione generale del Mercato interno, dell'industria, dell'imprenditoria e delle PMI ("DG GROW") (rif. Ares(2024)8031365).
5. Anche alla luce di tali rilievi, le autorità Italiane hanno adottato il decreto legislativo del 31 dicembre 2024, n. 209, recante disposizioni integrative e correttive al codice ("decreto correttivo"). A seguito di un'ulteriore analisi del codice quale modificato dal decreto correttivo ("decreto legislativo n. 36/2023 quale modificato dal decreto correttivo", o "codice aggiornato") riguardante le questioni precedentemente sollevate, la Commissione prende atto delle significative modifiche e riforme introdotte nell'ordinamento giuridico italiano che hanno avviato alle non conformità indicate nella lettera di costituzione in mora del 25 gennaio 2019, nella lettera di costituzione in mora complementare del 28 novembre 2019, nella seconda lettera di costituzione in mora complementare del 6 aprile 2022 e nella lettera amministrativa del 12 novembre 2024.
6. Tuttavia, come di seguito illustrato, la Commissione osserva che alcuni dei rilievi mossi non sono stati interamente risolti con l'adozione del decreto correttivo, e che alcune disposizioni del codice aggiornato continuano a non essere conformi al diritto dell'UE in materia di appalti pubblici.

1.1. Accesso agli atti e riservatezza

Diritto italiano

7. L'articolo 35 del decreto legislativo n. 36/2023 quale modificato dal decreto correttivo, rubricato "Accesso agli atti e riservatezza", prevede quanto segue:

"4. Fatta salva la disciplina prevista per i contratti secretati o la cui esecuzione richiede speciali misure di sicurezza, e salvo quanto disposto dal comma 5, il diritto di accesso e ogni forma di divulgazione:

- a. possono essere esclusi in relazione alle informazioni fornite nell'ambito dell'offerta o a giustificazione della medesima che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali, anche risultanti da scoperte, innovazioni, progetti tutelati da titoli di proprietà industriale, nonché di contenuto altamente tecnologico;*
- b. sono esclusi in relazione:*
 - 1) ai pareri legali acquisiti dai soggetti tenuti all'applicazione del codice, per la soluzione di liti, potenziali o in atto, relative ai contratti pubblici*
 - 2) alle relazioni riservate del direttore dei lavori, del direttore dell'esecuzione e dell'organo di collaudo sulle domande e sulle riserve del soggetto esecutore del contratto;*

- 3) *alle piattaforme digitali e alle infrastrutture informatiche utilizzate dalla stazione appaltante o dall'ente concedente, ove coperte da diritti di privativa intellettuale.*

5. *In relazione all'ipotesi di cui al comma 4, lettere a) e b), numero 3), è consentito l'accesso al concorrente, se indispensabile ai fini della difesa in giudizio dei propri interessi giuridici rappresentati in relazione alla procedura di gara".*

Diritto dell'UE

8. L'articolo 21, paragrafo 1, della direttiva 2014/24/UE, rubricato "Riservatezza", recita:

"Salvo che non sia altrimenti previsto nella presente direttiva o nella legislazione nazionale cui è soggetta l'amministrazione aggiudicatrice, in particolare la legislazione riguardante l'accesso alle informazioni, e fatti salvi gli obblighi in materia di pubblicità sugli appalti aggiudicati e gli obblighi di informazione dei candidati e degli offerenti, previsti agli articoli 50 e 55, l'amministrazione aggiudicatrice non rivela informazioni comunicate dagli operatori economici e da essi considerate riservate, compresi anche, ma non esclusivamente, segreti tecnici o commerciali, nonché gli aspetti riservati delle offerte".

9. L'articolo 50, paragrafo 4, della direttiva 2014/24/UE stabilisce che le *"informazioni relative all'aggiudicazione dell'appalto o alla conclusione dell'accordo quadro possono non essere pubblicate qualora la loro divulgazione ostacoli l'applicazione della legge, sia contraria all'interesse pubblico, pregiudichi i legittimi interessi commerciali di un particolare operatore economico, pubblico o privato oppure possa recare pregiudizio alla concorrenza leale tra operatori economici".*

10. L'articolo 55 della medesima direttiva prevede quanto segue:

"1. Le amministrazioni aggiudicatrici informano ciascun candidato e ciascun offerente, quanto prima possibile, delle decisioni adottate riguardo alla conclusione di un accordo quadro, all'aggiudicazione dell'appalto o all'ammissione ad un sistema dinamico di acquisizione, compresi i motivi dell'eventuale decisione di non concludere un accordo quadro o di non aggiudicare un appalto per il quale vi è stata indizione di gara, o di riavviare la procedura, o di non attuare un sistema dinamico di acquisizione.

2. Su richiesta del candidato od offerente interessato, l'amministrazione aggiudicatrice comunica quanto prima, e in ogni caso entro quindici giorni dalla ricezione di una richiesta scritta:

a) ad ogni candidato escluso, i motivi del rigetto della sua domanda di partecipazione,

b) ad ogni offerente escluso, i motivi del rigetto della sua offerta, inclusi, per i casi di cui all'articolo 42, paragrafi 5 e 6, i motivi della sua decisione di non equivalenza o della sua decisione secondo cui i lavori, le forniture o i servizi non sono conformi alle prestazioni o ai requisiti funzionali,

c) ad ogni offerente che abbia presentato un'offerta ammissibile, le caratteristiche e i vantaggi relativi dell'offerta selezionata e il nome dell'offerente cui è stato aggiudicato l'appalto o delle parti dell'accordo quadro,

d) ad ogni offerente che abbia presentato un'offerta ammissibile, lo svolgimento e l'andamento delle negoziazioni e del dialogo con gli offerenti.

3. *Le amministrazioni aggiudicatrici possono decidere di non divulgare talune informazioni relative all'aggiudicazione degli appalti, alla conclusione di accordi quadro o all'ammissione ad un sistema dinamico di acquisizione di cui ai paragrafi 1 e 2, qualora la loro diffusione ostacoli l'applicazione della legge o sia contraria all'interesse pubblico, pregiudichi i legittimi interessi commerciali di un particolare operatore economico, pubblico o privato, oppure possa recare pregiudizio alla concorrenza leale tra operatori economici".*

11. Occorre evidenziare, come richiamato dalla Corte nella sua ordinanza del 10 giugno 2025 nella causa C-686/24 ⁽⁸⁾, che "[...] da un lato, ai sensi del considerando 6 della direttiva 2014/25, è opportuno che la nozione di appalto sia il più possibile simile a quella applicata in conformità alla direttiva 2014/24. Dall'altro lato, è giocoforza constatare che l'articolo 39, paragrafo 1, l'articolo 70, paragrafo 3, seconda frase, e l'articolo 75, paragrafi da 1 a 3, della direttiva 2014/25 sono formulati in termini quasi identici a quelli, rispettivamente, dell'articolo 21, paragrafo 1, dell'articolo 50, paragrafo 4, e dell'articolo 55 della direttiva 2014/24 [...]". Osservazioni analoghe possono essere svolte per quanto riguarda la formulazione pressoché coincidente degli articoli 28 e 40 della direttiva 2014/23/UE, con le citate previsioni delle altre due direttive sui contratti pubblici, rispettivamente in materia di riservatezza, avvisi di aggiudicazione e informazioni di candidati e offerenti. Ne consegue che il quadro giuridico delineato in materia di accesso agli atti e riservatezza dalle tre direttive sui contratti pubblici dovrebbe essere considerato essenzialmente uniforme. Pertanto, nell'analisi che segue i riferimenti normativi alla direttiva 2014/24/UE devono essere intesi come riferibili anche alle corrispondenti previsioni della direttiva 2014/25/UE e della direttiva 2014/23/UE.

Analisi

12. La normativa italiana in esame, pur prevedendo, all'articolo 35, comma 4, del decreto legislativo n. 36/2023 quale modificato dal decreto correttivo, la possibilità di escludere l'accesso ai documenti di un appalto pubblico contenenti segreti tecnici o commerciali, stabilisce tuttavia, al comma 5 di tale articolo, che un siffatto accesso sia concesso all'offerente se indispensabile ai fini della difesa in giudizio dei suoi interessi, cosicché tale disposizione stabilirebbe la prevalenza dell'accesso cosiddetto "difensivo" sulla tutela dei segreti commerciali.
13. Tale impostazione risulta in contrasto con l'articolo 21, paragrafo 1, della direttiva 2014/24/UE in combinato disposto con gli articoli 50 e 55 della medesima direttiva. Infatti, l'articolo 21 di tale direttiva, per quanto concerne la riservatezza, fa salva la disciplina in materia di avvisi disposta dall'articolo 50. Quest'ultimo prevede che talune informazioni relative, in particolare, all'aggiudicatario e all'offerta presentata da quest'ultimo possano non essere pubblicate qualora la loro divulgazione ostacoli l'applicazione della legge, sia contraria all'interesse pubblico, pregiudichi i legittimi interessi commerciali di un operatore economico oppure possa recare pregiudizio alla concorrenza leale. Analogamente, l'articolo 55 della stessa direttiva consente espressamente a ogni offerente che abbia presentato un'offerta ammissibile di richiedere all'amministrazione aggiudicatrice che gli siano comunicati i motivi del rigetto della sua

⁽⁸⁾ Ordinanza della CGUE del 10 giugno 2025, Nidec Asi S.p.A. e.a., C-686/24, ECLI:EU:C:2025.

offerta, le caratteristiche e i vantaggi relativi dell'offerta selezionata e il nome dell'aggiudicatario. Tuttavia, il paragrafo 3 di tale articolo prevede che l'amministrazione aggiudicatrice possa decidere di non divulgare talune di dette informazioni, qualora la loro diffusione ostacoli l'applicazione della legge o sia contraria all'interesse pubblico, pregiudichi i legittimi interessi commerciali di un operatore economico oppure possa recare pregiudizio alla concorrenza leale. È pacifico, dunque, che il principio della tutela delle informazioni riservate deve essere conciliato con le esigenze di effettività della tutela giurisdizionale. A tal fine, si deve effettuare un bilanciamento tra il divieto sancito all'articolo 21, paragrafo 1, della direttiva 2014/24, inteso ad assicurare che gli operatori economici possano comunicare senza timore alle amministrazioni aggiudicatrici informazioni riservate la cui divulgazione potrebbe recare loro danno economico, e il dovere di garantire il diritto ad una effettiva tutela giurisdizionale. Tuttavia, nella misura in cui la normativa italiana stabilisce in modo generalizzato che sia consentito l'accesso del concorrente che lo richieda alle informazioni riservate, incluse quelle relative a segreti tecnici e commerciali, se indispensabile ai fini della difesa in giudizio dei propri interessi giuridici, tale normativa priva l'amministrazione aggiudicatrice della possibilità, garantita dalla direttiva 2014/24/UE, di non divulgare informazioni nelle circostanze di cui agli articoli 50 e 55 della medesima e stabilisce che il diritto alla tutela giurisdizionale del richiedente prevalga sull'interesse alla riservatezza del concorrente.

14. Su tale questione, nell'ordinanza del 25 giugno 2025 nella causa C-686/24, la Corte ha ribadito quanto statuito nella sua sentenza del 17 novembre 2022, *Antea Polska e a.* (C-54/21) ⁽⁹⁾, chiarendo che la legislazione nazionale non può imporre una scelta generale circa la prevalenza dell'esigenza di effettività della tutela giurisdizionale sul diritto alla tutela delle informazioni riservate. Il bilanciamento tra le esigenze coinvolte deve essere operato caso per caso dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore sulla base delle circostanze concrete. In particolare, la Corte ha dichiarato che:

"[...] ogni disciplina in materia di riservatezza deve, come espressamente previsto dall'articolo 21, paragrafo 1, della direttiva 2014/24, fare salvo detto regime e dette disposizioni previsti agli articoli 50 e 55 di tale direttiva.

63. [...] l'articolo 21, paragrafo 1, della direttiva 2014/24, in combinato disposto con gli articoli 50 e 55 di tale direttiva, (...) osta a un (...) regime [che delimita la portata dell'obbligo di trattamento riservato] qualora quest'ultimo non comprenda un sistema di norme adeguato che consenta alle amministrazioni aggiudicatrici, nelle circostanze in cui trovino applicazione detti articoli 50 e 55, di rifiutare in via eccezionale la divulgazione di informazioni che (...) devono rimanere non accessibili in virtù di un interesse o di un obiettivo previsto da detti articoli 50 e 55".

La sentenza del 17 novembre 2022, *Antea Polska*, ha confermato e precisato quanto statuito nella sentenza della Corte di giustizia del 7 settembre 2021, *Klaipėdos* (C-927/19) ⁽¹⁰⁾, in cui aveva sancito che, nell'ambito di un ricorso relativo ad una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, il principio del contraddittorio non implica che le parti abbiano un diritto di accesso illimitato e assoluto al complesso delle informazioni relative alla procedura di aggiudicazione di cui trattasi che siano state presentate all'organo responsabile del ricorso, nei limiti in cui, in taluni casi, possa essere necessario

⁽⁹⁾ Sentenza della CGUE del 17 novembre 2022, *Antea Polska S.A.*, C-54/21, ECLI:EU:C:2022:888.

⁽¹⁰⁾ Sentenza della CGUE del 7 settembre 2021, *Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras UAB*, C-927/19, punti 129-132, ECLI:EU:C:2021:700.

non comunicare alcune informazioni alle parti per salvaguardare i diritti fondamentali di un terzo.

15. La Commissione ritiene pertanto che, nella misura in cui l'articolo 35, comma 5, del decreto legislativo n. 36/2023 quale modificato dal decreto correttivo prevede l'obbligo per l'amministrazione aggiudicatrice di concedere all'offerente che ne faccia richiesta l'accesso alle informazioni riservate, comprendenti segreti tecnici o commerciali, presentate da un altro offerente, se ciò è indispensabile per tutelare il diritto del primo a una tutela giurisdizionale effettiva, senza consentire a detta amministrazione aggiudicatrice di procedere a un bilanciamento tra tale diritto e gli interessi e gli obiettivi relativi alla tutela dei citati segreti tecnici e commerciali, la normativa italiana in materia di accesso agli atti e riservatezza negli appalti pubblici viola l'articolo 21, paragrafo 1, di tale direttiva, in combinato disposto con gli articoli 50 e 55 della stessa, nonché gli articoli corrispondenti delle altre direttive sui contratti pubblici e, più precisamente gli articoli 28 e 40 della direttiva 2014/23/UE e gli articoli 39, 70 e 75 della direttiva 2014/25/UE.

1.2. Procedura di affidamento in finanza di progetto

Diritto italiano

16. La finanza di progetto prevista nella legislazione italiana è un istituto giuridico destinato a consentire la realizzazione di lavori pubblici o servizi sulla base di proposte presentate da operatori economici (denominati "promotori", se hanno presentato le proposte di loro spontanea iniziativa, o "proponenti", se hanno presentato proposte a seguito di una pubblicazione da parte dell'ente concedente) e remunerate mediante l'attribuzione di una concessione a seguito di una procedura svolta in due fasi.
17. In particolare, l'articolo 193 del decreto legislativo n. 36/2023 quale modificato dal decreto correttivo disciplina nel dettaglio questa procedura di affidamento. Il comma 1 di tale articolo stabilisce che l'affidamento in concessione di lavori o servizi mediante finanza di progetto possa avvenire sia su iniziativa privata ("finanza di progetto su iniziativa privata"), anche per proposte non incluse nella programmazione del partenariato pubblico-privato dell'ente concedente, sia su sollecitazione dell'ente concedente ("finanza di progetto su iniziativa pubblica"), per proposte incluse nella menzionata programmazione.
18. Ai sensi dell'articolo 193, comma 2, del codice aggiornato, ai fini della presentazione di una proposta, un operatore economico può presentare all'ente concedente una preliminare manifestazione di interesse, corredata dalla richiesta di informazioni e dati necessari per predisporla. Qualora l'ente concedente comunichi all'operatore economico la sussistenza di un interesse pubblico all'elaborazione della proposta, i dati e le informazioni richiesti sono trasmessi all'operatore economico e adeguatamente comunicati tramite pubblicazione nella sezione "Amministrazione trasparente" del sito istituzionale dell'ente concedente.
19. Dopo la fase eventuale della manifestazione d'interesse, la procedura inizialmente si differenzia a seconda delle modalità di attivazione, e che si tratti cioè di finanza di progetto ad iniziativa pubblica (articolo 193, commi 16 e 17) o privata (articolo 193, commi 3 e 4). Invece, il regolamento delle fasi successive della procedura di affidamento, che includono la fase di selezione del progetto da porre a base di gara tra quelle ricevute, e la gara per l'aggiudicazione della concessione (articolo 193, commi da

5 a 15) non varia per le procedure a iniziativa privata e per le procedure a iniziativa pubblica.

20. Da una parte, in caso di finanza di progetto su iniziativa privata, gli operatori economici ("promotori") possono presentare agli enti concedenti proposte relative alla realizzazione in concessione di lavori o servizi, per la realizzazione di interventi anche non inclusi nella programmazione del partenariato pubblico-privato dell'ente concedente. In tali casi, non trova applicazione l'obbligo di preventiva pubblicazione di un avviso. Ai sensi dell'articolo 193, comma 4, le proposte presentate dal promotore su iniziativa privata devono essere semplicemente pubblicate nella sezione "Amministrazione trasparente" del sito istituzionale dell'ente concedente, che provvede altresì ad indicare un termine, non inferiore a sessanta giorni, per la presentazione di proposte alternative relative al medesimo intervento da parte di altri operatori economici ("proponenti").
21. D'altra parte, i commi 16 e 17 dell'articolo 193 del codice aggiornato disciplinano invece la procedura in caso di finanza di progetto su iniziativa pubblica e stabiliscono nello specifico che l'ente concedente possa, mediante avviso pubblico, sollecitare i privati a farsi promotori di iniziative volte a realizzare in concessione, mediante finanza di progetto, interventi inclusi negli strumenti di programmazione del partenariato pubblico-privato, tramite la presentazione di proposte entro un termine non inferiore a sessanta giorni. Gli operatori economici interessati a rispondere all'avviso possono richiedere all'ente concedente di fornire integrazioni documentali per una migliore formulazione delle proposte. Le eventuali integrazioni documentali predisposte dall'ente concedente sono trasmesse all'operatore economico e sono rese disponibili a tutti gli interessati tramite pubblicazione nella sezione "Amministrazione trasparente" del sito istituzionale dell'ente concedente.
22. Sia che si tratti di finanza di progetto a iniziativa pubblica che ad iniziativa privata, le proposte presentate devono includere il progetto di fattibilità redatto in coerenza con l'articolo 6-bis dell'allegato I.7 del codice aggiornato, nonché l'indicazione dei requisiti generali e speciali del promotore (articolo 193, comma 3).
23. L'articolo 193, comma 5, disciplina la procedura di selezione delle proposte che sono ritenute di interesse pubblico, disponendo un termine di quarantacinque giorni che decorre dalla scadenza di quello per la loro presentazione. La selezione deve essere preceduta da una valutazione sul rispetto delle linee generali indicate nella programmazione del partenariato pubblico-privato e deve avvenire "sulla base dei principi generali di cui al Libro I, Parte I, Titolo I" in materia di contratti pubblici. Si tratterebbe cioè del principio del risultato, del principio della fiducia, del principio dell'accesso al mercato, dei principi di buona fede e di tutela dell'affidamento, del principio di autonomia contrattuale, del principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale, dei principi di tassatività delle cause di esclusione e di massima partecipazione. L'ente concedente individua, "*in forma comparativa*", una o più proposte, ritenute di interesse pubblico. La selezione, coerentemente con il perseguimento, in ogni caso, del preminente interesse pubblico, è concretamente effettuata tenendo conto della corrispondenza dei progetti e del piano economico finanziario ai fabbisogni effettivi dell'ente concedente.
24. Ai sensi dell'articolo 193, comma 6, l'ente concedente comunica poi ai soggetti interessati la proposta o le proposte individuate in base al comma 5, ne dà notizia sul proprio sito istituzionale e invita, se necessario, il promotore e i proponenti ad apportare al progetto di fattibilità, al piano economico-finanziario e allo schema di convenzione le

modifiche necessarie per la loro approvazione. Se il promotore o i proponenti non apportano le modifiche e integrazioni richieste per recepire le indicazioni dell'ente concedente entro il termine dallo stesso indicato, le proposte sono respinte con provvedimento motivato. Entro sessanta giorni, differibili fino a novanta giorni per comprovate esigenze istruttorie, l'ente concedente conclude, con provvedimento motivato, la procedura di valutazione, che, in caso di pluralità di proposte ammesse, si svolge in "*forma comparativa*". Il provvedimento è pubblicato sul sito istituzionale dell'ente ed è comunicato ai soggetti interessati.

25. Il progetto di fattibilità selezionato è poi posto a base di gara nei tempi previsti dalla programmazione e così si apre la seconda fase della procedura, i.e. quella dell'aggiudicazione della concessione in senso stretto. Il criterio di aggiudicazione è l'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto tra qualità e prezzo. Nel bando l'ente concedente dispone che il promotore ovvero il proponente autore del progetto selezionato possa esercitare il diritto di prelazione (articolo 193, comma 9).
26. Ai sensi dell'articolo 193, comma 10, i concorrenti, compresi il promotore e i proponenti, in possesso dei requisiti previsti dal bando, presentano un'offerta contenente il piano economico-finanziario asseverato, la specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione e le varianti migliorative al progetto di fattibilità posto a base di gara, secondo gli indicatori previsti nel bando.
27. L'articolo 193, comma 12, prevede che se il promotore/proponente autore del progetto non risulta aggiudicatario, questo possa esercitare il diritto di prelazione previsto dal bando di gara ai sensi del comma 9, entro quindici giorni dalla comunicazione dell'aggiudicazione, e divenire aggiudicatario dichiarando di impegnarsi a adempiere alle obbligazioni contrattuali alle medesime condizioni offerte dall'aggiudicatario. Inoltre, se non risulta aggiudicatario e non esercita la prelazione, il promotore/proponente ha comunque 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. Se il promotore/proponente esercita la prelazione, l'originario aggiudicatario ha diritto al pagamento, a carico del primo, dell'importo delle spese documentate ed effettivamente sostenute per la predisposizione dell'offerta, sempre nei limiti del 2,5 per cento del valore dell'investimento.

Diritto dell'UE

28. L'istituto giuridico della finanza di progetto non è tipizzato in modo esplicito a livello europeo. Tuttavia, nella misura in cui tale istituto di giuridico funge da procedura per l'affidamento di contratti di concessione ai sensi dell'articolo 5, punto 2), della direttiva 2014/23/UE, che rientrano nel suo campo di applicazione, definito all'articolo 1 della stessa, la sua disciplina deve sottostare alle regole ivi stabilite.
29. La Commissione evidenzia che, sebbene ai sensi dell'articolo 30, paragrafo 1, della direttiva 2014/23/UE le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori, in linea di principio, sono liberi di organizzare la procedura per la scelta del concessionario, è fatto salvo il rispetto delle disposizioni della stessa. In particolare, l'articolo 30, paragrafo 2, della medesima direttiva stabilisce che la concezione della procedura di aggiudicazione della concessione deve rispettare i principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza e proporzionalità enunciati all'articolo 3.

30. L'articolo 31 della direttiva 2014/23/UE prevede che le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori che intendono aggiudicare una concessione rendano nota tale intenzione mediante un bando di concessione e che i bandi di concessione contengano le informazioni di cui all'allegato V e, se del caso, ogni altra informazione ritenuta utile dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore, secondo il formato dei modelli uniformi. Tutte le deroghe pertinenti all'obbligo di pubblicare un avviso sono contenute in tale disposizione.
31. L'articolo 37 della direttiva 2014/23/UE, rubricato "Garanzie procedurali", stabilisce le condizioni a cui le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori devono attenersi per l'affidamento delle concessioni che ricadono nel campo di applicazione della direttiva, incluso il dovere di fornire, nel bando di concessione, una descrizione della concessione e delle condizioni di partecipazione una descrizione dei criteri di aggiudicazione e, se del caso, i requisiti minimi da soddisfare.
32. Infine, ai sensi dell'articolo 41 della direttiva 2014/23/UE, relativo ai criteri di aggiudicazione, *"[l]e 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"* e *"[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"*.

Analisi

33. Per effettuare una valutazione più accurata della compatibilità dell'articolo 193 del codice italiano aggiornato con il diritto applicabile dell'Unione, è opportuno operare una distinzione tra la fase preliminare di selezione del progetto presentato dal promotore/proponente che verrà posto a base di gara e la fase di gara per l'aggiudicazione del contratto di concessione. In particolare, i profili critici individuati possono essere raggruppati attorno a quattro aspetti dell'istituto giuridico in questione, che riflettono le tre fasi principali della procedura, ossia la individuazione del progetto da porre a base di gara (Sezione a.), la procedura di gara (Sezione b.) e l'aggiudicazione del contratto di concessione (Sezione c.) ma anche la procedura nel suo complesso (Sezione d.). La sezione e. include una valutazione sulla compatibilità della misura nazionale con il principio di proporzionalità.
34. A completamento di questa premessa occorre evidenziare che, se considerata separatamente rispetto ai suoi stadi successivi, la fase preliminare di selezione del progetto da porre a base di gara (delineata all'articolo 193, commi 1, 2, 3, 4, 5, 6, 16 e 17), potrebbe costituire una procedura per l'affidamento di un appalto per la predisposizione di un progetto. Ne consegue, che per quanto concerne gli specifici addebiti relativi alla concezione di questa fase, potrebbero trovare applicazione le più stringenti e dettagliate disposizioni della direttiva 2014/24/UE in materia di aggiudicazione di contratti d'appalto. Tuttavia, se considerata nel suo complesso, la finanza di progetto appare come una procedura multifase intesa in definitiva ad aggiudicare contratti di concessione e in quanto tale la sua disciplina dovrebbe essere analizzata ai sensi della direttiva 2014/23/UE in materia di aggiudicazione di contratti di concessione, nella misura in cui tali contratti di concessione rientrino nel campo di applicazione della medesima direttiva. In ogni caso, le previsioni della direttiva 2014/23/UE in materia di principi generali applicabili (articoli 3 e 30) e quelle relative

agli obblighi di pubblicazione (articoli 31 e 33), alle garanzie procedurali (articolo 37), e ai criteri di aggiudicazione (articolo 41), che si ritengono violate con riferimento alla fase preliminare della procedura, sono essenzialmente equivalenti nella loro portata alle rispettive disposizioni in materia contenute della direttiva 2014/24/UE (rispettivamente gli articoli 18 e 56 in materia di principi generali, gli articoli 49 e 51 in materia di pubblicità dei bandi e l'articolo 67 in relazione ai i criteri di aggiudicazione). Analoghe considerazioni possono svolgersi nel caso in cui il progetto oggetto della selezione sia destinato all'esercizio di una delle attività di cui agli articoli da 8 a 14 della direttiva 2014/25/UE (i.e. gas ed energia termica, elettricità, acqua, servizi di trasporto, porti ed aeroporti, servizi postali, estrazione di petrolio e gas e prospezione o estrazione di carbone o di altri combustibili solidi) e ricada quindi nel campo di applicazione di tale direttiva. Pertanto, nell'analisi che segue, inerente alla fase preliminare della procedura (Sezione a.), i riferimenti normativi alla direttiva 2014/23/UE devono essere intesi come riferibili anche alle corrispondenti disposizioni della direttiva 2014/24/UE e 2014/25/UE a seconda che si voglia valutare l'istituto italiano nella sua interezza – e dunque intendere la selezione del progetto come il primo stadio di una di una procedura multifase per l'aggiudicazione di concessioni - o focalizzandosi sulla prima parte che lo compone presa individualmente – qualificandola come una procedura per l'affidamento di un appalto di servizi per la predisposizione di un progetto che verrà poi messo a gara nello stadio successivo per selezionare l'operatore economico che lo realizzerà in concessione.

a. Fase di individuazione del progetto da porre a base di gara

35. In primo luogo, per quanto riguarda la fase preliminare del procedimento, quella cioè di individuazione di un progetto che verrà posto a base di gara, si nota come, ai sensi dell'articolo 193 del decreto legislativo n. 36/2023 quale modificato dal decreto correttivo, gli operatori economici siano liberi di presentare una proposta di loro iniziativa o sulla base di un "avviso pubblico" da parte dell'ente concedente. Anche se di per sé l'origine privata del progetto non costituisce un elemento problematico, le modalità di incentivazione alla presentazione dei progetti, come declinate nell'articolo 193, e gli aspetti peculiari di tale procedura rispetto alle ordinarie procedure per l'aggiudicazione di appalti pubblici e concessioni pongono seri dubbi di compatibilità con il diritto dell'Unione.

i. Caratteristiche e contenuto della pubblicazione

36. In particolare, sia nel caso della finanza di progetto su iniziativa privata (articolo 193, commi 3 e 4, del decreto legislativo n. 36/2023 quale modificato dal decreto correttivo) che in quello basato su un avviso da parte dell'ente concedente (ai sensi dell'articolo 193, commi 16 e 17), la normativa italiana stabilisce solamente che "*l'ente concedente dà notizia [della ricezione della proposta o dell'invito a presentare progetti] nella sezione 'Amministrazione trasparente' del proprio sito istituzionale*" e che provvede ad indicare un termine per la presentazione di "*proposte relative al medesimo intervento*". Per quanto riguarda la valutazione delle proposte ricevute a seguito della pubblicazione, ai sensi dell'articolo 193, comma 5, l'ente concedente è tenuto ad individuarne una o più "*in forma comparativa*", sulla base dei principi generali del codice, e di "*criteri che tengano conto della fattibilità delle proposte e della corrispondenza dei progetti e dei relativi piani economici e finanziari ai [suoi] fabbisogni*".
37. L'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2014/23/UE stabilisce l'obbligo in capo alle amministrazioni aggiudicatrici e agli enti aggiudicatori di trattare gli operatori economici su un piano di parità e in modo non discriminatorio e di agire in maniera trasparente e

proporzionata. Il medesimo articolo prevede inoltre che la concezione della procedura di aggiudicazione della concessione non abbia l'intento di escludere quest'ultima dall'ambito di applicazione della stessa direttiva né di limitare artificialmente la concorrenza. L'articolo 37 della direttiva 2014/23/UE prevede inoltre esplicitamente che l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore forniscano "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". Tali criteri di aggiudicazione devono anche sottostare ai dettami dell'articolo 41, paragrafi 1 e 2, della direttiva 2014/23/UE che stabilisce che le concessioni siano aggiudicate sulla base di criteri oggettivi che siano conformi ai principi di cui all'articolo 3 della medesima 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, e che non attribuiscono a questi ultimi una libertà di scelta incondizionata. Inoltre, il considerando 73 della direttiva 2014/23/UE chiarisce ulteriormente che: "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" (sottolineatura aggiunta).

38. La norma italiana in esame non prevede un obbligo in capo alla amministrazione aggiudicatrice in sede di pubblicazione della proposta ricevuta o dell'avviso, e in vista della individuazione "*in forma comparativa*" (articolo 193, comma 5) delle proposte che verranno selezionate, di indicare in modo puntuale criteri di aggiudicazione oggettivi, conformi all'articolo 3 della direttiva 2014/23/UE e connessi all'oggetto della concessione, che non le attribuiscono una incondizionata libertà di scelta (di cui all'articolo 41, paragrafi 1 e 2 della direttiva 2014/23/UE). Nella misura in cui l'articolo 193 del decreto legislativo n. 36/2023 quale modificato dal decreto correttivo non impone in questa fase della procedura un chiaro obbligo in capo all'ente concedente di inserire, in sede di pubblicazione delle proposte ricevute o dell'avviso, una descrizione quanto meno dei criteri di aggiudicazione, tale disposizione non presta le garanzie procedurali minime esplicitamente richieste ai sensi dell'articolo 37 della direttiva 2014/23/UE. La mancanza di tale obbligo procedurale a monte vizia inevitabilmente anche la fase di valutazione delle proposte ricevute a valle, che non potrà svolgersi secondo modalità che assicurino la piena trasparenza e il rispetto dei principi di parità di trattamento e non discriminazione. L'indicazione inclusa nell'articolo 193, comma 5, secondo cui la valutazione delle proposte si svolge sulla base dei principi generali del codice, non sana tale vizio, in quanto i criteri di aggiudicazione devono essere comunicati agli offerenti in anticipo in modo da assicurarne la rispondenza alle previsioni dell'articolo 41 della direttiva 2014/23/UE. In altre parole, nessuna delle condizioni evidenziate nel paragrafo precedente – i.e. la comunicazione in anticipo di criteri di aggiudicazione che non lascino alle amministrazioni aggiudicatrici una libertà di scelta incondizionata e permettano una concorrenza effettiva – sembra essere soddisfatta nella fase di selezione del progetto che verrà posto a base di gara. In assenza di tali requisiti, da un lato, le amministrazioni aggiudicatrici risulterebbero svincolate dal rispetto di chiari limiti all'esercizio della propria discrezionalità nella selezione del progetto, previsti dal diritto secondario proprio al fine di assicurarne l'imparzialità, dall'altro gli operatori economici sarebbero sprovvisti delle indicazioni necessarie ad identificare gli aspetti di maggiore interesse per l'amministrazione aggiudicatrice che renderebbero la loro proposta più competitiva. Le garanzie procedurali sopra menzionate sono intese precisamente ad assicurare il rispetto dei principi di trasparenza, parità di trattamento e

non discriminazione di cui all'articolo 3 della direttiva, fornendo la base per lo scrutinio da parte di tutti i partecipanti ad una procedura di aggiudicazione sull'operato della amministrazione aggiudicatrice.

39. Tale interpretazione è confermata dalla consolidata giurisprudenza della Corte ⁽¹¹⁾, che ha stabilito che il principio di parità di trattamento accorda agli offerenti le stesse possibilità nella formulazione dei termini delle loro offerte, il che implica che tali offerte siano soggette alle medesime condizioni per tutti gli offerenti e che l'obbligo di trasparenza, che ne costituisce il corollario, abbia come scopo quello di eliminare i rischi di favoritismo e di arbitrio da parte dell'amministrazione aggiudicatrice. Tale obbligo implica che tutte le condizioni e le modalità della procedura di aggiudicazione siano formulate in maniera chiara, precisa e univoca nel bando di gara o nel capitolato d'oneri, così da permettere, da un lato, a tutti gli offerenti ragionevolmente informati e normalmente diligenti di comprenderne l'esatta portata e di interpretarle allo stesso modo e, dall'altro, all'amministrazione aggiudicatrice di essere in grado di verificare effettivamente se le offerte degli offerenti rispondano ai criteri che disciplinano l'appalto in questione. I principi di trasparenza e di parità di trattamento che disciplinano tutte le procedure di aggiudicazione di appalti pubblici richiedono che le condizioni sostanziali e procedurali relative alla partecipazione ad un appalto siano chiaramente definite in anticipo e rese pubbliche, in particolare gli obblighi a carico degli offerenti, affinché questi ultimi possano conoscere esattamente i vincoli procedurali ed essere assicurati del fatto che gli stessi requisiti valgono per tutti i concorrenti. La carenza di adeguata procedimentalizzazione di questa fase preliminare di selezione del promotore/proponente appare incompatibile con tali principi.
40. La Commissione ritiene pertanto che la procedura di individuazione del progetto che verrà posto a base di gara, così come delineata dall'articolo 193, commi 1, 2, 3, 4, 5, 6, 16 e 17 del codice italiano aggiornato, non presti le adeguate garanzie procedurali a presidio del rispetto dei principi di trasparenza, parità di trattamento e non-discriminazione, e lasci invece uno spazio troppo ampio alla discrezionalità dell'amministrazione aggiudicatrice, in contrasto con gli articoli 3, 30, 37 e 41 della direttiva 2014/23/UE nonché con gli articoli corrispondenti delle altre direttive sui contratti pubblici, vale a dire gli articoli 18, 56 e 67 della direttiva 2014/24/UE e gli articoli 36, 76, 82 della direttiva 2014/25/UE.

ii. Livello di pubblicità e trasparenza

41. In materia di pubblicità, come già illustrato sopra, l'articolo 193, commi 4 e 16, prevedono che l'ente concedente dia notizia della ricezione della proposta o dell'invito a presentare progetti nella sezione "Amministrazione trasparente" del proprio sito istituzionale e che provveda ad indicare un termine per la presentazione di proposte relative al medesimo intervento. Tuttavia, l'articolo 31 della direttiva 2014/23/UE stabilisce che "*le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori che intendono aggiudicare una concessione rendono nota tale intenzione per mezzo di un bando di concessione*", che viene così designato come lo strumento per l'indizione di una procedura di aggiudicazione di concessione. Il bando di concessione contiene le informazioni indicate nell'allegato V e, ove opportuno, ogni altra informazione ritenuta utile dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore, secondo il formato dei

⁽¹¹⁾ Si veda in tal senso la sentenza della CGUE del 26 settembre 2024, Luxone S.r.l., C-203/23, punti 58 e 59, e la giurisprudenza ivi citata.

modelli uniformi. Analogamente, a norma dell'articolo 49 della direttiva 2014/24/UE e dell'articolo 69 della direttiva 2014/25/UE, i bandi di gara sono utilizzati come mezzo di indizione di una gara per tutte le procedure di aggiudicazione di appalti pubblici che rientrano nel campo di applicazione di tali direttive e detti bandi devono contenere le informazioni indicate nei rispettivi allegati. La pubblicazione delle proposte ricevute ai sensi dell'articolo 193, comma 4, o di un avviso ai sensi dell'articolo 193, comma 16, non costituisce un bando di concessione conforme all'articolo 31 della direttiva 2014/23/UE (né un bando di gara ai sensi dell'articolo 49 della direttiva 2014/24/UE o dell'articolo 69 della direttiva 2014/25/UE). Infatti, le disposizioni nazionali di cui trattasi non prevedono l'inserimento nella pubblicazione della lista completa di informazioni da inserire negli avvisi di cui all'allegato V della direttiva 2014/23/UE, all'allegato V della direttiva 2014/24/UE e all'allegato XI della direttiva 2014/25/UE.

42. Inoltre, l'articolo 33, paragrafo 2, della direttiva 2014/23/UE stabilisce che i bandi e gli avvisi siano trasmessi per via elettronica all'Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea e pubblicati in conformità dell'allegato IX. Il considerando 50 di tale direttiva chiarisce ulteriormente che "*[a]l fine di garantire una pubblicità adeguata delle concessioni di lavori e di servizi di valore pari o superiore a una determinata soglia e aggiudicate da enti aggiudicatori e amministrazioni aggiudicatrici, la loro aggiudicazione dovrebbe essere preceduta dalla pubblicazione obbligatoria del relativo bando nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea*". Analogamente, l'articolo 51, paragrafo 2, della direttiva 2014/24/UE e l'articolo 71, paragrafo 2, della direttiva 2014/25/UE prevedono che i bandi e gli avvisi siano redatti e trasmessi per via elettronica all'Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea e pubblicati conformemente ai rispettivi allegati. La pubblicazione degli avvisi pubblici di cui all'articolo 193, comma 16, o delle proposte ricevute ai sensi dell'articolo 193, comma 4, nella sezione "Amministrazione trasparente" del sito istituzionale dell'ente concedente 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'UE.
43. La Commissione ritiene pertanto che, nella misura in cui non impone la previa trasmissione di un bando conforme ai modelli stabiliti all'Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea, la normativa italiana di cui all'articolo 193, commi 4 e 16, del decreto legislativo n. 36/2023 quale modificato dal decreto correttivo violi l'articolo 31 e l'articolo 33, paragrafo 2, della direttiva 2014/23/UE, gli articoli 49 e 51 della direttiva 2014/24/UE e gli articoli 69 e 71 della direttiva 2014/25/UE.

b. Previsione di un diritto di prelazione in capo al promotore/proponente

44. L'articolo 193, comma 9, del codice aggiornato prevede che nel bando l'ente concedente disponga che il promotore, ovvero il proponente, autore del progetto, possa esercitare il diritto di prelazione. In base all'articolo 193, comma 12, "*[s]e il promotore ovvero il proponente non risulta aggiudicatario, può esercitare, entro quindici giorni dalla comunicazione dell'aggiudicazione, il diritto di prelazione e divenire aggiudicatario se dichiara di impegnarsi ad adempiere alle obbligazioni contrattuali alle medesime condizioni offerte dall'aggiudicatario*". Il promotore/proponente può dunque estromettere il primo aggiudicatario ove semplicemente dichiara di impegnarsi a adempiere alle obbligazioni contrattuali alle medesime condizioni offerte da quest'ultimo e risulta assente qualsiasi discrezionalità dell'amministrazione in merito a tale estromissione. La previsione di tale diritto sortisce un significativo effetto disincentivante sulla

partecipazione alla gara di operatori economici diversi dal promotore/proponente selezionato. La stessa previsione nel bando di gara di un tale diritto di prelazione (articolo 193, comma 9) azzerava o comunque ridimensionava significativamente l'interesse di altri operatori a preparare una offerta, spesso complessa e costosa, in una gara in cui si percepisce che le possibilità concrete di vittoria sono praticamente nulle. La gara si riduce così essenzialmente a un vuoto requisito burocratico con scarsissima valenza concorrenziale effettiva.

45. Il promotore/proponente gode infatti di decisivi vantaggi competitivi rispetto agli altri partecipanti alla gara, derivanti direttamente dalla sua qualità di promotore/proponente, acquisita sulla base della fase preliminare della procedura di affidamento che, seppur caratterizzata da un qualche livello di proceduralizzazione, non è comunque sottoposta, come illustrato nella sezione precedente, ai medesimi standard di pubblicità e trasparenza e ai presidi di parità di trattamento e non discriminazione imposti dalle direttive.
46. Inoltre, sebbene l'articolo 193, comma 8, ultimo periodo, del decreto legislativo n. 36/2023 quale modificato dal decreto correttivo preveda che il criterio di aggiudicazione della concessione sia l'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto tra qualità e prezzo, la previsione del diritto di prelazione si pone in contrasto con l'obbligo di effettuare la valutazione delle offerte in condizioni di concorrenza effettiva, di non discriminazione e di parità di trattamento, ove la gara per l'affidamento della concessione indetta ai sensi della normativa italiana si ridurrebbe a un mero obbligo formale il cui esito dipenderebbe essenzialmente dalla scelta unilaterale del promotore/proponente di esercitare tale diritto.
47. Alla luce di quanto precede, la Commissione ritiene che, nella misura in cui l'articolo 193, commi 9 e 12, del codice aggiornato stabilisce l'obbligo per l'ente concedente di prevedere un diritto di prelazione a favore del promotore/proponente nel bando di gara, tale disposizione violi i principi di parità di trattamento e non discriminazione sanciti dagli articoli 3 e 30 della direttiva 2014/23/UE.

c. Diritto del promotore/proponente al pagamento delle spese per la predisposizione del progetto in caso di mancata aggiudicazione a carico dell'aggiudicatario

48. L'articolo 193, comma 12, del codice aggiornato prevede che nel caso di aggiudicazione a un operatore diverso dal promotore/proponente, a quest'ultimo spetterebbe il pagamento di un indennizzo, posto a carico dell'aggiudicatario, equivalente all'*"importo delle spese per la predisposizione della proposta, comprensive anche dei diritti sulle opere dell'ingegno"*.
49. Il promotore/proponente si troverebbe così a poter quantificare di fatto unilateralmente, seppur nei limiti ivi stabiliti del 2,5 % del valore totale dell'investimento, l'ammontare del valore di subentro per gli eventuali concorrenti, determinando in questo modo un'ulteriore barriera alla partecipazione alla gara di diversi offerenti. Detti potenziali offerenti diversi dal promotore/proponente si troverebbero a dover affrontare, in caso di aggiudicazione, un esborso liquido iniziale potenzialmente molto significativo, senza che sia predisposto alcun meccanismo imparziale per la quantificazione effettiva di tali spese. L'entità di tale somma dipenderebbe così interamente dalla quantificazione fatta inizialmente dal promotore/proponente che, seppur nei limiti sopra richiamati, sarebbe libero di sovrastimarla, imponendo ai concorrenti una più alta barriera di accesso, assicurando così alla sua proposta un vantaggio competitivo e disincentivando ulteriormente la partecipazione alla gara di altri operatori. Tale previsione costituisce una

ulteriore barriera all'ingresso di altri operatori alla procedura di aggiudicazione della concessione, in violazione dei principi fondamentali di trasparenza, parità di trattamento e non discriminazione come sanciti nelle direttive appalti.

50. La Commissione ritiene pertanto che, nella misura in cui l'articolo 193, comma 12, prevede 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 per la quantificazione effettiva di tali spese, tale disposizione viola gli articoli 3 e 30 della direttiva 2014/23/UE.

d. Valutazione della procedura nel suo complesso

51. Come illustrato nel dettaglio nelle precedenti sezioni a., b. e c., la procedura di finanza di progetto si compone di varie fasi distinte ma strettamente interconnesse. Da un lato, se, come suggerito in passato dalle Autorità italiane⁽¹²⁾, la procedura di selezione del progetto da porre a base di gara (di cui alla Sezione a.) si volesse considerare individualmente, come avulsa dalle dinamiche della procedura di evidenza pubblica e fosse assimilata a un processo di definizione dell'interesse pubblico in concerto con il privato in cui l'amministrazione dovrebbe essere libera di esercitare un più ampio margine di discrezionalità, allora l'esito di tale fase preliminare non potrebbe essere l'attribuzione di un vantaggio competitivo determinante al promotore/proponente selezionato, nell'ambito della successiva gara. D'altro canto, se invece si volesse valutare la procedura di affidamento nel suo complesso, come un procedimento culminante nell'aggiudicazione di una concessione, allora questo dovrebbe sottostare interamente alle regole stabilite dalla direttiva 2014/23/UE e dovrebbe garantire dall'inizio alla fine il rispetto delle garanzie procedurali ivi stabilite a tutela dei principi di trasparenza, parità di trattamento e non discriminazione. Questo implicherebbe la pubblicazione di un bando di concessione ai sensi dell'articolo 31, secondo le modalità stabilite dall'articolo 33, comprensivo delle garanzie procedurali di cui all'articolo 37, e di criteri di aggiudicazione in linea con l'articolo 41 della direttiva 2014/23/UE. Anche in quest'ultimo caso si osserva che la procedura delineata dall'articolo 193 del codice aggiornato non è conforme a tali previsioni della direttiva.
52. Se l'assegnazione di evidenti vantaggi competitivi al promotore/proponente potrebbe essere considerata come una forma di incentivazione e remunerazione dell'iniziativa privata per la predisposizione di un progetto di fattibilità (già peraltro remunerata dal pagamento integrale delle spese), è necessario evidenziare che la fase preliminare del procedimento è caratterizzata da amplissima discrezionalità amministrativa e manca dei necessari requisiti di trasparenza e delle essenziali garanzie procedurali a tutela dell'osservanza dei principi di parità di trattamento e non discriminazione. Ne risulta dunque che, seppur indirettamente, i significativi vantaggi competitivi attribuiti al promotore/proponente, potenzialmente decisivi nell'aggiudicazione del contratto di concessione, sarebbero assegnati nella fase a monte della procedura secondo modalità incompatibili con tali principi e con le specifiche regole procedurali imposte dalla direttiva 2014/23/UE (articoli 31, 33, 37 e 41 della stessa). Tale sistema determina una

⁽¹²⁾ Nota del 14 ottobre 2023, recante risposte ai quesiti della Commissione in materia di contratti pubblici – ALLEGATO 5: Chiarimenti sull'applicazione del diritto di prelazione nel project financing ex articolo 193 del Codice.

sostanziale e ingiustificata distorsione della concorrenza e costituisce un potente strumento elusivo della normativa UE.

53. Una lettura letterale della direttiva 2014/23/UE nel suo insieme alla luce della sua *ratio*, come delineata nello specifico dai considerando 4 e 8, chiarisce che l'obiettivo della stessa è quello di armonizzare le discrepanze tra gli Stati membri nell'applicazione dei principi in materia di contratti pubblici al fine di garantire l'apertura delle concessioni alla concorrenza. Tale obiettivo impedisce agli Stati membri di adottare norme di gara nazionali che presentino peculiarità procedurali come quelle previste dalla legislazione italiana in questione.
54. Pertanto, la procedura di finanza di progetto sopra descritta, nel suo insieme, nella misura in cui non offre le garanzie di cui all'articolo 37 della direttiva 2014/23/UE né impone l'obbligo di pubblicazione di un bando ai sensi degli articoli 31 e 33 né di indicare di criteri di aggiudicazione conformi all'articolo 41 della stessa, non può assicurare il rispetto dei principi di trasparenza, parità di trattamento e non discriminazione sanciti dagli articoli 3 e 30 della direttiva 2014/23/UE e non può dunque costituire un adeguato recepimento di tali articoli.

e. Principio di proporzionalità

55. Nella loro nota dell'8 novembre 2023 ⁽¹³⁾, le autorità italiane rilevano che la *ratio* dell'introduzione dell'istituto risiede nell'incentivazione dell'utilizzo di partenariati pubblico-privati ("P.P.P."). La finanza di progetto mirerebbe inoltre a promuovere gli investimenti dei privati e rappresenterebbe una forma di tutela per il privato impegnato a presentare documentazione molto complessa e specifica, con elevati oneri tecnici ed economici, per l'articolazione di una specifica operazione in P.P.P. che possa di conseguenza essere oggetto di dichiarazione di fattibilità da parte dell'amministrazione.
56. La Commissione riconosce la necessità delle pubbliche amministrazioni di promuovere un maggiore coinvolgimento degli operatori economici negli stadi preparatori della gara, specialmente laddove le amministrazioni pubbliche sarebbero sprovviste delle risorse e competenze tecniche necessarie per redigere efficacemente la documentazione di gara.
57. Tuttavia, anche se, *quod non*, si dovesse ritenere che la flessibilità concessa agli Stati membri nella definizione delle procedure di aggiudicazione dei contratti di concessione rientranti nell'ambito di applicazione della direttiva 2014/23/UE consentisse loro di istituire una procedura come quella prevista dalla normativa italiana in analisi, che conferisce al promotore/proponente, selezionato secondo modalità potenzialmente discriminatorie che non garantiscono un adeguato livello di pubblicità e il rispetto dei principi di trasparenza e parità di trattamento, un vantaggio concorrenziale considerevole e decisivo nella gara, al fine di promuovere gli investimenti privati e l'innovazione in opere pubbliche, tale procedura violerebbe comunque il principio di proporzionalità come delineato dalla giurisprudenza della Corte.
58. Il principio di proporzionalità di cui al considerando 4 della direttiva 2014/23/UE richiede che le norme stabilite dagli Stati membri o dalle amministrazioni aggiudicatrici per l'attuazione delle disposizioni di tale direttiva non vadano al di là di quanto necessario per il conseguimento degli obiettivi di tale direttiva. In particolare, un

⁽¹³⁾ Nota dell'8 novembre 2023 - *Disciplina P.P.P.*

regolamento nazionale, nonostante i suoi effetti restrittivi sulla libertà di stabilimento e sulla libera prestazione dei servizi, può essere giustificato se risponde a esigenze imperative di interesse generale, purché tale interesse non sia già tutelato da altre norme, sia idoneo a garantire la realizzazione dell'obiettivo perseguito e non vada al di là di quanto necessario per raggiungerlo ⁽¹⁴⁾.

59. In primo luogo, la procedura di finanza di progetto, con le sue specificità illustrate in precedenza (e.g. iniziativa privata, diritti di prelazione, indennità a favore del promotore/proponente in caso di aggiudicazione a un altro offerente) non sembra essere idonea a superare la prima parte di tale test di proporzionalità. Infatti è vero che il considerando 73 della direttiva 2014/23/UE stabilisce che i criteri di aggiudicazione dovrebbero essere conformi a "*norme di carattere generale*" che "*possono fare riferimento a fattori di carattere non puramente economico*" e che dovrebbe essere consentita l'inclusione tra i criteri di aggiudicazione di criteri ambientali, sociali o relativi all'innovazione. Tuttavia, 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. L'applicabilità delle norme di cui all'articolo 193 del codice italiano aggiornato non presuppone in alcun modo che la proposta avanzata da un promotore sia innovativa, né dal punto di vista della caratteristica intrinseca dell'oggetto della proposta né da quello della sua novità rispetto alla precedente attività svolta dall'amministrazione aggiudicatrice. La normativa non garantisce che il diritto di prelazione sia inserito e utilizzato esclusivamente per gli appalti che promuovono l'innovazione, ecc. ma, al contrario, l'inserimento di tale diritto a favore del promotore/proponente nel seguente bando di gara è obbligatorio per l'amministrazione aggiudicatrice ogni volta che un progetto di fattibilità è approvato nell'ambito di tale procedura.
60. In secondo luogo, anche supponendo che la misura sia ritenuta idonea a conseguire gli obiettivi di interesse pubblico potenzialmente legittimi da essa presumibilmente perseguiti, per quanto riguarda la necessità della misura, la Commissione rileva che esiste un'ampia gamma di strumenti esistenti e notevolmente meno restrittivi elaborati dai legislatori nazionali e dell'Unione per raggiungere tali obiettivi.
61. La direttiva 2014/23/UE non richiede il ricorso a procedure di aggiudicazione specifiche. Per promuovere gli investimenti privati e la partecipazione di *tutti gli operatori economici interessati* alle fasi preparatorie delle offerte e incoraggiare lo sviluppo di soluzioni innovative e il perseguimento di obiettivi ambientali e sociali, le amministrazioni aggiudicatrici possono tuttavia ispirarsi alle procedure a tal fine delineate negli articoli da 27 a 31 della direttiva 2014/24/UE, che prevede procedure di aggiudicazione specifiche. Possono ad esempio ricorrere a partenariati per l'innovazione (articolo 31), dialoghi competitivi (articolo 30) e procedure competitive con negoziazione (articolo 29) che sono 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.
62. Inoltre, la direttiva 2014/23/UE non impedisce in alcun modo alle amministrazioni aggiudicatrici che si trovassero nelle circostanze descritte ai paragrafi 55, 57 e 61 della presente lettera di avviare consultazioni preliminari di mercato ai sensi dell'articolo 41

⁽¹⁴⁾ Cfr., *inter alia*, la sentenza della CGUE del 22 novembre 2018 nella causa C-625/17 e la sentenza del 15 settembre 2011 nella causa C-347/09.

della direttiva 2014/24/UE per la preparazione dei documenti di gara. Tuttavia, tale articolo impone loro di adottare misure adeguate a garantire che la concorrenza non sia falsata dal previo coinvolgimento dell'operatore. L'ultima frase dell'articolo 41, secondo comma, di tale direttiva stabilisce che, in mancanza di altri mezzi per garantire il rispetto del principio della parità di trattamento, il candidato o l'offerente interessato può essere escluso dalla procedura. La Commissione osserva pertanto che il rimedio, seppur residuale, previsto dal legislatore europeo in tali circostanze è proprio l'esclusione dell'operatore in questione e non la concessione a quest'ultimo di un diritto di prelazione sull'aggiudicazione della concessione. Tutte le procedure e gli strumenti amministrativi menzionati nel presente paragrafo e in quello precedente costituiscono mezzi notevolmente meno restrittivi per soddisfare le esigenze imperative di interesse generale asseritamente perseguite dalla misura.

63. Fatte salve le argomentazioni di cui sopra, la procedura di finanza di progetto nel suo complesso, come delineata nel codice italiano aggiornato, sembra costituire un potente strumento di elusione dell'intero quadro normativo dell'UE in materia di aggiudicazione di contratti pubblici e la sua disciplina non fornisce adeguati strumenti per limitare i significativi rischi di abuso. Tale procedura di aggiudicazione priva completamente la legislazione dell'UE in materia di appalti pubblici nel settore delle concessioni del suo effetto utile.
64. Pertanto, nel delineare una procedura di aggiudicazione connotata da amplissima discrezionalità amministrativa, discriminatoria e non in linea con il diritto dell'UE applicabile in nome di un maggiore coinvolgimento di operatori e investimenti privati nella progettazione, nella gestione e nell'esecuzione di opere pubbliche, il legislatore italiano opera una chiara scelta normativa difforme da quella imposta dalla normativa europea. Il quadro normativo che ne risulta non è idoneo a perseguire tali obiettivi, eccede quanto strettamente necessario per il loro raggiungimento e viola il principio di proporzionalità sancito dalle direttive applicabili.
65. In conclusione, la Commissione ritiene che l'articolo 193 del decreto legislativo n. 36/2023 quale modificato dal decreto correttivo violi gli articoli 3, 30, 31, 33, 37 e 41 della direttiva 2014/23/UE, gli articoli 18, 49, 51, 56 e 67 della direttiva 2014/24/UE e gli articoli 36, 69, 71, 76 e 82 della direttiva 2014/25/UE.

Conclusioni

66. Considerato quanto precede, la Commissione europea ritiene che le seguenti disposizioni del quadro normativo italiano non siano conformi al diritto dell'UE.
 - L'articolo 35, comma 4, del decreto legislativo n. 36/2023 quale modificato dal decreto correttivo non è compatibile con:
 - l'articolo 28 della direttiva 2014/23/UE, in combinato disposto con l'articolo 40;
 - l'articolo 21 della direttiva 2014/24/UE, in combinato disposto con gli articoli 50 e 55;
 - l'articolo 39 della direttiva 2014/25/UE, in combinato disposto con gli articoli 70 e 75.
 - L'articolo 193 del decreto legislativo n. 36/2023 quale modificato dal decreto correttivo non è compatibile con:
 - gli articoli 3, 30, 31, 33, 37 e 41 della direttiva 2014/23/UE;

gli articoli 18, 49, 51, 56 e 67 della direttiva 2014/24/UE;
gli articoli 36, 69, 71, 76 e 82 della direttiva 2014/25/UE.

67. La Commissione invita il governo della Repubblica italiana, ai sensi dell'articolo 258 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, a trasmettere osservazioni in merito a quanto precede entro due mesi dal ricevimento della presente lettera.
68. Dopo che avrà preso conoscenza di tali osservazioni, oppure in caso di omesso inoltro delle stesse entro il termine fissato, la Commissione si riserva il diritto di emettere, se del caso, il parere motivato previsto dal medesimo articolo.

Voglia gradire, signor Ministro, i sensi della mia più alta considerazione.

Per la Commissione,
Stéphane SÉJOURNÉ
Vicepresidente esecutivo

