Raccolta della giurisprudenza

SENTENZA DELLA CORTE (Seconda Sezione)

5 febbraio 2026 *

«Rinvio pregiudiziale – Direttiva 2014/23/UE – Procedure di aggiudicazione dei contratti di concessione – Finanza di progetto ad iniziativa privata – Valutazione e approvazione di una proposta di finanza di progetto – Bando di gara pubblicato sulla base di tale proposta – Diritto di prelazione dell'operatore economico promotore interessato purché garantisca le condizioni della migliore offerta – Modifica apportata dopo la presentazione dell'offerta iniziale – Articolo 3 – Principi di parità di trattamento, non discriminazione e proporzionalità – Violazione»

Nella causa C-810/24,

avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'articolo 267 TFUE, dal Consiglio di Stato (Italia), con ordinanza del 25 novembre 2024, pervenuta in cancelleria il 26 novembre 2024, nel procedimento

XXX SpA

contro

Comune di Milano,

YYY Srl, già ZZZ Srl, nei confronti di:

KKK Srl,

LA CORTE (Seconda Sezione),

composta da K. Jürimäe, presidente de chambre, K. Lenaerts, presidente della Corte, facente funzione di giudice della Seconda Sezione, F. Schalin, M. Gavalec (relatore) e Z. Csehi, giudici,

avvocato generale: M. Campos Sánchez-Bordona

cancelliere: A. Calot Escobar

vista la fase scritta del procedimento,

* Lingua processuale: l'italiano.

considerate le osservazioni presentate:

– per la XXX SpA, da …, … e …, avvocati;

– per il Comune di Milano, da …, … e …, avvocati;

– per la YYY Srl, da …, … e …, avvocati;

– per il governo italiano, da …, in qualità di agente, assistito da … e …, avvocati dello Stato;

– per la Commissione europea, da …, … e …, in qualità di agenti,

vista la decisione, adottata dopo aver sentito l'avvocato generale, di giudicare la causa senza conclusioni,

ha pronunciato la seguente

Sentenza

1 La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione degli articoli 49 e 56 TFUE, della direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione (GU 2014, L 94, pag. 1), dell'articolo 12 della direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno (GU 2006, L 376, pag. 36), nonché dei principi di proporzionalità, buona amministrazione ed efficienza.

2 Tale domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia tra la XXX SpA, da un lato, e il Comune di Milano (Italia) e la YYY Srl, già ZZZ Srl, dall'altro, in merito all'aggiudicazione al raggruppamento costituito dalla YYY e dalla KKK Srl (in prosieguo: il «raggruppamento») di un contratto avente ad oggetto la progettazione, fornitura, posa in opera, gestione e manutenzione di servizi igienici pubblici automatizzati.

Contesto normativo

Diritto dell'Unione

Direttiva 2006/123

3 Il considerando 57 della direttiva 2006/123 recita:

«Le disposizioni della presente direttiva relative ai regimi di autorizzazione dovrebbero riguardare i casi in cui l'accesso ad un'attività di servizio o il suo esercizio da parte di operatori richieda la decisione di un'autorità competente. Ciò non riguarda né le decisioni delle autorità competenti relative all'istituzione di un ente pubblico o privato per la prestazione di un servizio particolare,

né la conclusione di contratti da parte delle autorità competenti per la prestazione di un servizio particolare, che è disciplinata dalle norme sugli appalti pubblici, poiché la presente direttiva non si occupa di tali norme».

4 Rubricato «Relazione con le altre disposizioni del diritto comunitario», l'articolo 3 di tale direttiva, al paragrafo 1, così dispone:

«Se disposizioni della presente direttiva confliggono con disposizioni di altri atti comunitari che disciplinano aspetti specifici dell'accesso ad un'attività di servizi o del suo esercizio in settori specifici o per professioni specifiche, le disposizioni di questi altri atti comunitari prevalgono e si applicano a tali settori o professioni specifiche. (…)».

5 Rubricato «Regimi di autorizzazione», l'articolo 9 di detta direttiva, al paragrafo 3, precisa quanto segue:

«Le disposizioni della presente sezione non si applicano agli aspetti dei regimi di autorizzazione che sono disciplinati direttamente o indirettamente da altri strumenti comunitari».

6 L'articolo 12 della medesima direttiva espone le modalità di «[s]elezione tra diversi candidati».

Direttiva 2014/23

7 I considerando 8, 14, 18, 68 e 73 della direttiva 2014/23 recitano:

«(8) Nel caso di concessioni pari o superiori a un determinato valore, è opportuno procedere a un coordinamento minimo delle procedure nazionali per l'aggiudicazione di tali contratti sulla base dei principi del TFUE, nell'ottica di garantire l'apertura delle concessioni alla concorrenza e un adeguato livello di certezza giuridica. Tali norme di coordinamento dovrebbero limitarsi a quanto è necessario per realizzare gli obiettivi succitati e garantire un certo livello di flessibilità. Gli Stati membri dovrebbero avere la facoltà di completare e sviluppare ulteriormente tali norme qualora lo ritenessero opportuno, in particolare per meglio garantire la conformità ai summenzionati principi.

(…)

(14) Inoltre, non dovrebbero configurarsi come concessioni determinati atti dello Stato membro, quali autorizzazioni o licenze, con cui lo Stato membro o una sua autorità pubblica stabiliscono le condizioni per l'esercizio di un'attività economica, inclusa la condizione di eseguire una determinata operazione, concesse di norma su richiesta dell'operatore economico e non su iniziativa dell'amministrazione aggiudicatrice o dell'ente aggiudicatore e nel cui quadro l'operatore economico rimane libero di recedere dalla fornitura dei lavori o servizi. Nel caso di tali atti dello Stato membro, si applicano le disposizioni specifiche della direttiva [2006/123]. A differenza di detti atti dello Stato membro, i contratti di concessione stabiliscono obblighi reciprocamente vincolanti in virtù dei quali l'esecuzione di tali lavori o servizi è soggetta a specifici requisiti definiti dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore e aventi forza esecutiva.

(…)

(18) (…) La caratteristica principale di una concessione, ossia il diritto di gestire un lavoro o un servizio, implica sempre il trasferimento al concessionario di un rischio operativo di natura economica che comporta la possibilità di non riuscire a recuperare gli investimenti effettuati e i costi sostenuti per realizzare i lavori o i servizi aggiudicati in condizioni operative normali, anche se una parte del rischio resta a carico dell'amministrazione aggiudicatrice o dell'ente aggiudicatore. (…)

(…)

(68) Di norma le concessioni sono accordi complessi di lunga durata con i quali il concessionario assume responsabilità e rischi tradizionalmente assunti dalle amministrazioni aggiudicatrici e dagli enti aggiudicatori e rientranti di norma nell'ambito di competenza di queste ultime. Per tale ragione, fatta salva l'osservanza della presente direttiva e dei principi di trasparenza e di parità di trattamento, dovrebbe essere lasciata alle amministrazioni aggiudicatrici e agli enti aggiudicatori un'ampia flessibilità nel definire e organizzare la procedura di selezione del concessionario. Tuttavia, al fine di garantire parità di trattamento e trasparenza durante l'intera procedura di aggiudicazione, è opportuno prevedere garanzie minime per quanto riguarda la procedura di aggiudicazione, ivi comprese informazioni sulla natura e l'ambito di applicazione della concessione, la limitazione del numero di candidati, la diffusione delle informazioni ai candidati e agli offerenti e la disponibilità di registrazioni appropriate. È altresì necessario disporre che vengano rispettate le condizioni iniziali previste dal bando di concessione, per evitare disparità di trattamento tra i potenziali candidati.

(…)

(73) Le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori dovrebbero valutare le offerte sulla base di uno o più criteri di aggiudicazione. (…) 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. Dovrebbe essere possibile includere nei criteri di aggiudicazione, tra l'altro, criteri ambientali, sociali o relativi all'innovazione. Le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori dovrebbero inoltre indicare i criteri di aggiudicazione in ordine decrescente di importanza in modo da garantire la parità di trattamento dei potenziali offerenti consentendo loro di conoscere tutti gli elementi di cui tener conto al momento della preparazione delle loro offerte.

In casi eccezionali in cui l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore riceve un'offerta che propone una soluzione innovativa con un livello straordinario di prestazioni funzionali che non avrebbe potuto essere prevista da un'amministrazione aggiudicatrice o un ente aggiudicatore diligente, l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore dovrebbe poter modificare, in via eccezionale, l'ordine dei criteri di aggiudicazione per tener conto delle nuove possibilità offerte da detta soluzione innovativa, purché tale modifica garantisca la parità di trattamento di tutti gli offerenti attuali o potenziali emettendo un nuovo invito a presentare offerte o, se opportuno, pubblicando un nuovo bando di concessione».

8 Rubricato «Principio della parità di trattamento, non discriminazione e trasparenza», l'articolo 3 della direttiva 2014/23, al paragrafo 1 dispone:

«Le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori trattano gli operatori economici su un piano di parità e in modo non discriminatorio e agiscono con trasparenza e proporzionalità.

La concezione della procedura di aggiudicazione della concessione, compresa la stima del valore, non è diretta a escludere quest'ultima dall'ambito di applicazione della presente direttiva né a favorire o svantaggiare indebitamente taluni operatori economici o taluni lavori, forniture o servizi».

9 Ai sensi dell'articolo 5, punto 1, di tale direttiva:

«Ai fini della presente direttiva si applicano le definizioni seguenti:

1) "concessioni": le concessioni di lavori o di servizi di cui alle lettere a) e b):
   a) "concessione di lavori": un contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto in virtù del quale una o più amministrazioni aggiudicatrici o uno o più enti aggiudicatori affidano l'esecuzione di lavori ad uno o più operatori economici, ove il corrispettivo consista unicamente nel diritto di gestire i lavori oggetto del contratto o in tale diritto accompagnato da un prezzo;
   b) "concessione di servizi" si intende un contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto in virtù del quale una o più amministrazioni aggiudicatrici o uno o più enti aggiudicatori affidano la fornitura e la gestione di servizi diversi dall'esecuzione di lavori di cui alla lettera a) ad uno o più operatori economici, ove il corrispettivo consista unicamente nel diritto di gestire i servizi oggetto del contratto o in tale diritto accompagnato da un prezzo.

   L'aggiudicazione di una concessione di lavori o di servizi comporta il trasferimento al concessionario di un rischio operativo legato alla gestione dei lavori o dei servizi, comprendente un rischio sul lato della domanda o sul lato dell'offerta, o entrambi. Si considera che il concessionario assuma il rischio operativo nel caso in cui, in condizioni operative normali, non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei lavori o dei servizi oggetto della concessione. La parte del rischio trasferita al concessionario comporta una reale esposizione alle fluttuazioni del mercato tale per cui ogni potenziale perdita stimata subita dal concessionario non sia puramente nominale o trascurabile».

10 Rubricato «Soglia e metodi di calcolo del valore stimato delle concessioni», l'articolo 8 di detta direttiva, al paragrafo 1 così dispone:

«La presente direttiva si applica alle concessioni il cui valore sia pari o superiore a 5 186 000 EUR».

11 Rubricato «Principi generali», l'articolo 30 della medesima direttiva, ai paragrafi 1 e 2 stabilisce:

«1. L'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore sono liberi di organizzare la procedura per la scelta del concessionario fatto salvo il rispetto della presente direttiva.

2. La concezione della procedura di aggiudicazione della concessione deve rispettare i principi enunciati nell'articolo 3. In particolare, nel corso della procedura di aggiudicazione della concessione, l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore non fornisce in maniera discriminatoria informazioni che possano avvantaggiare determinati candidati o offerenti rispetto ad altri».

12 Ai sensi dell'articolo 41 della direttiva 2014/23, rubricato «Criteri di aggiudicazione»:

«1. Le 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.

2. 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. Essi possono includere, tra l'altro, criteri ambientali, sociali o relativi all'innovazione.

Tali criteri sono accompagnati da requisiti che consentono di verificare efficacemente le informazioni fornite dagli offerenti.

L'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore verifica la conformità effettiva delle offerte ai criteri di aggiudicazione.

3. L'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore elenca i criteri in ordine decrescente di importanza.

In deroga al primo comma, se l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore riceve un'offerta che propone una soluzione innovativa con un livello straordinario di prestazioni funzionali che non avrebbe potuto essere prevista da un'amministrazione aggiudicatrice o un ente aggiudicatore diligente, l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore può, in via eccezionale, modificare l'ordine dei criteri di aggiudicazione per tenere conto di tale soluzione innovativa. In tal caso, l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore informa tutti gli offerenti in merito alla modifica dell'ordine di importanza ed emette un nuovo invito a presentare offerte tenuto conto dei termini minimi di cui all'articolo 39, paragrafo 4. Se i criteri di aggiudicazione sono stati pubblicati al momento della pubblicazione del bando di concessione, l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore pubblica un nuovo bando di concessione nel rispetto dei termini minimi di cui all'articolo 39, paragrafo 3.

La modifica dell'ordine non deve dar luogo a discriminazioni».

Diritto italiano

13 Il decreto legislativo del 18 aprile 2016, n. 50 – Codice dei contratti pubblici (GURI n. 91, del 19 aprile 2016, Supplemento ordinario n. 10) che ha, in particolare, l'obiettivo di recepire la direttiva 2014/23 nel diritto italiano, conteneva, nella versione applicabile al procedimento principale (in prosieguo: il «codice dei contratti pubblici»), l'articolo 183, intitolato «Finanza di progetto», i cui commi 4 e 15 prevedevano quanto segue:

«4. Le amministrazioni aggiudicatrici valutano le offerte presentate con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo.

(…)

15. Gli operatori economici possono presentare alle amministrazioni aggiudicatrici proposte relative alla realizzazione in concessione di lavori pubblici (…) La proposta contiene un progetto di fattibilità, una bozza di convenzione, il piano economico-finanziario asseverato da uno dei

soggetti di cui al comma 9, primo periodo, e la specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione. (…) Il piano economico-finanziario comprende l'importo delle spese sostenute per la predisposizione della proposta, comprensivo anche dei diritti sulle opere dell'ingegno di cui all'articolo 2578 del codice civile. (…)

L'amministrazione aggiudicatrice valuta, entro il termine perentorio di tre mesi, la fattibilità della proposta. A tal fine l'amministrazione aggiudicatrice può invitare il proponente ad apportare al progetto di fattibilità le modifiche necessarie per la sua approvazione. Se il proponente non apporta le modifiche richieste, la proposta non può essere valutata positivamente. Il progetto di fattibilità eventualmente modificato, [qualora non sia già presente] negli strumenti di programmazione approvati dall'amministrazione aggiudicatrice sulla base della normativa vigente [, è inserito in tali strumenti di programmazione] ed è posto in approvazione con le modalità previste per l'approvazione di progetti; il proponente è tenuto ad apportare le eventuali ulteriori modifiche chieste in sede di approvazione del progetto; in difetto, il progetto si intende non approvato. Il progetto di fattibilità approvato è posto a base di gara, alla quale è invitato il proponente Nel bando l'amministrazione aggiudicatrice può chiedere ai concorrenti, compreso il proponente, la presentazione di eventuali varianti al progetto. Nel bando è specificato che il promotore [di una procedura di finanza di progetto (in prosieguo: il "promotore")] può esercitare il diritto di prelazione. I concorrenti, compreso il promotore, devono essere in possesso dei requisiti di cui al comma 8, e presentare un'offerta contenente una bozza di convenzione, il piano economico-finanziario asseverato da uno dei soggetti di cui al comma 9, primo periodo, la specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione, nonché le eventuali varianti al progetto di fattibilità; si applicano i commi 4, 5, 6, 7 e 13. Se il promotore 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. 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 nei limiti indicati nel comma 9. Se il promotore esercita la prelazione, l'originario aggiudicatario ha diritto al pagamento, a carico del promotore, dell'importo delle spese per la predisposizione dell'offerta nei limiti di cui al comma 9».

14 Il comma 9 di tale articolo 183 prevedeva, in sostanza, che, ai fini della partecipazione alla gara, ogni candidato, – compreso il promotore – deve presentare un piano economico-finanziario che, «[o]ltre a prevedere il rimborso delle spese sostenute per la predisposizione del progetto di fattibilità posto a base di gara, comprende l'importo delle spese sostenute per la predisposizione delle offerte, comprensivo anche dei diritti sulle opere dell'ingegno di cui all'articolo 2578 del codice civile. L'importo complessivo delle spese di cui al periodo precedente non può superare il 2,5 per cento del valore dell'investimento, come desumibile dal progetto di fattibilità posto a base di gara».

Procedimento principale e questione pregiudiziale

15 Con decisione del 29 maggio 2020, il Comune di Milano ha individuato le linee di indirizzo per la realizzazione di «progetti e iniziative volte alla rigenerazione di spazi pubblici urbani mediante l'individuazione di sponsor tecnici». Tale decisione precisava che la procedura avrebbe avuto inizio con la pubblicazione di un avviso, eventualmente dopo la presentazione di una proposta da parte di un promotore, e che essa avrebbe continuato con la valutazione, da parte del Comune, della «coerenza con le finalità strategiche dell'Amministrazione» e del valore delle proposte. In

seguito sarebbe stata organizzata una gara sulla base di tale avviso che rende note le «caratteristiche e prestazioni della proposta ricevuta» e che prevede la possibilità del proponente di adeguarla alla migliore offerta.

16 Il raggruppamento è stato l'unico promotore a presentare una proposta al Comune di Milano nel mese di marzo 2021.

17 Il 20 luglio 2021 tale Comune ha pubblicato, sul suo sito Internet, l'avviso pubblico per sollecitare la «presentazione di proposte migliorative» della proposta ricevuta da parte del raggruppamento, la quale era descritta in dettaglio in tale avviso. Come annunciato nella decisione del 29 maggio 2020, detto avviso riconosceva all'autore della proposta, qualora non fosse stato prescelto come aggiudicatario, la facoltà di adeguare, entro un termine di quindici giorni, la sua proposta a quella individuata quale migliore e divenire effettivamente aggiudicatario, a condizione di dichiarare di impegnarsi ad adempiere alle obbligazioni contrattuali alle medesime condizioni offerte dall'aggiudicatario originario e a versare a quest'ultimo le spese da esso sostenute per la preparazione dell'offerta (in prosieguo: il «diritto di prelazione»).

18 In esito alla gara d'appalto, il Comune di Milano, con decisione del 30 marzo 2023, ha aggiudicato il contratto di cui trattasi nel procedimento principale alla XXX, che aveva presentato una proposta migliorativa.

19 Tuttavia, poiché il raggruppamento si è avvalso del diritto di prelazione e ha adeguato la sua offerta a quella della XXX, il Comune di Milano gli ha aggiudicato il contratto con decisione del 28 aprile 2023. Detto contratto riprende le caratteristiche della proposta presentata dalla XXX. Esso prevede quindi che il raggruppamento finanzi, fornisca e realizzi 110 servizi igienici pubblici automatizzati, la cui proprietà sarà trasferita al Comune in seguito al collaudo, e che li gestisca e provveda alla manutenzione per 24 anni, per un valore di EUR 29 100 000 a cui si aggiungono ulteriori cinque milioni di euro. Detto Comune deve garantire, per 18 anni, lo sfruttamento di 97 impianti pubblicitari, previa trasformazione degli stessi in digitali. Inoltre, secondo i calcoli dello stesso Comune, il valore del «ritorno di immagine mediante la possibilità di promozione commerciale» si colloca in una forbice compresa tra EUR 10 352 827 e EUR 15 517 412. Il piano di comunicazione prevede «la promozione diretta dello sponsor» e «la pubblicità in conto terzi che lo stesso, in qualità di collettore, veicolerà negli spazi messi a disposizione».

20 La XXX ha impugnato la decisione del 28 aprile 2023 dinanzi al Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia (Italia), che l'ha respinta con sentenza del 29 gennaio 2024.

21 La XXX ha interposto appello avverso tale sentenza dinanzi al Consiglio di Stato (Italia), giudice del rinvio. Tale giudice rileva che, nel contratto di cui trattasi nel procedimento principale, la controprestazione corrisponde al ritorno economico costituito dallo sfruttamento dei 97 impianti pubblicitari di cui l'aggiudicatario si assume l'*alea* connessa alla domanda.

22 Detto giudice ne deduce che tale contratto rientra nell'ambito di applicazione dell'articolo 183 del codice dei contratti pubblici, relativo alla procedura di finanza di progetto, e, di conseguenza, nella nozione di «concessione», ai sensi dell'articolo 5 della direttiva 2014/23. Di fatto, con detto contratto, l'aggiudicatario si assumerebbe l'onere di realizzare i servizi igienici pubblici automatizzati e di trasformare gli impianti pubblicitari mediante le proprie risorse, senza percepire alcuna controprestazione pecuniaria.

23 Il giudice del rinvio rileva che, in forza dell'articolo 183, comma 15, di tale codice, il bando di gara doveva precisare che il promotore può esercitare il diritto di prelazione.

24 Tale giudice dubita tuttavia che tale disposizione trasponga correttamente la direttiva 2014/23. Infatti, il diritto di prelazione potrebbe falsare l'esito della gara quando il promotore se ne avvale. In tal caso, pur non avendo ottenuto il contratto al termine della gara, il promotore potrebbe divenire l'aggiudicatario effettivo adeguando la sua proposta a quella individuata come la migliore, il che sembra contrastare con il principio della parità di trattamento.

25 Il Consiglio di Stato rileva tuttavia che il considerando 68 della direttiva 2014/23 menziona la «flessibilità nel definire e organizzare la procedura di selezione del concessionario». Del pari, gli articoli 3 e 30 di tale direttiva evidenzierebbero l'importanza della comunicazione non discriminatoria di informazioni che possono avvantaggiare determinati candidati od offerenti rispetto ad altri ai fini del rispetto del principio della parità di trattamento. Soprattutto, l'articolo 41, paragrafo 3, di detta direttiva prevedrebbe che, se l'amministrazione aggiudicatrice riceve un'offerta che propone una «soluzione innovativa», essa «può, in via eccezionale, modificare l'ordine dei criteri di aggiudicazione per tenere conto di tale soluzione innovativa», purché emetta un nuovo invito a presentare offerte, dato che «la modifica dell'ordine non deve dar luogo a discriminazioni». Inoltre, le restrizioni alla libertà economica sarebbero ammissibili se funzionali alla realizzazione di una concorrenza non falsata in tutti gli Stati membri.

26 Il diritto di prelazione potrebbe tuttavia essere giustificato, in quanto la valorizzazione delle iniziative del settore privato costituisce l'attuazione del principio di sussidiarietà orizzontale, sancito all'articolo 118 della Costituzione della Repubblica Italiana, ed è espressione di una modalità di cooperazione che può rendere più efficace la realizzazione degli interessi pubblici in termini di tempo e di risorse. Il diritto di prelazione promuoverebbe anche un rinnovamento dell'amministrazione attraverso l'acquisizione di nuove conoscenze, proprie del settore privato, e costituirebbe uno stimolo per l'impresa.

27 Il giudice del rinvio sottolinea tuttavia che il diritto di prelazione potrebbe non essere adeguato all'obiettivo perseguito o, in ogni caso, non essere proporzionato, dal momento che altri meccanismi possono premiare l'iniziativa del settore privato, producendo effetti meno incisivi per la gara.

28 Infine, sebbene lo sfruttamento dei 97 impianti pubblicitari non costituisca l'oggetto principale del contratto di cui trattasi nel procedimento principale, tale giudice ricorda che l'articolo 12 della direttiva 2006/123 non vieterebbe in modo assoluto di introdurre un diritto di prelazione.

29 Il giudice del rinvio ritiene che il diritto di prelazione favorisca l'iniziativa del promotore, garantendogli che egli sarà aggiudicatario del contratto, anche se la migliore offerta è stata presentata da un altro candidato. Tale disposizione non premierebbe quindi necessariamente il soggetto che ha presentato l'offerta migliore per l'amministrazione. Inoltre, detta disposizione non delimiterebbe l'ambito di applicazione del diritto di prelazione. Tale giudice rileva altresì che l'articolo 183, comma 15, del codice dei contratti pubblici non presuppone il carattere innovativo della proposta, che si tratti di una caratteristica intrinseca dell'oggetto della proposta o della sua novità rispetto alla precedente attività svolta dall'amministrazione. Tale disposizione non richiederebbe neppure una trasparenza iniziale in ordine alla posizione privilegiata del promotore, posto che l'esistenza del diritto di prelazione è resa nota con l'avvio della gara successiva alla presentazione della proposta. Infine, detta disposizione non prevedrebbe il caso in cui vi siano più promotori che presentano una proposta.

30 In tale contesto, il Consiglio di Stato ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte la seguente questione pregiudiziale:

«[se] i principi di libertà di stabilimento e libera prestazione di servizi di cui agli articoli 49 e 56 TFUE, nonché la direttiva [2014/23], interpretati alla luce dei principi di proporzionalità, buona amministrazione ed efficienza, e l'articolo 12 della direttiva [2006/123], per il caso in cui la Corte lo ritenga applicabile, [ostino] alla disciplina nazionale della prelazione, contenuta nell'articolo 183 comma 15 [del codice dei contratti pubblici]».

Sulla questione pregiudiziale

31 In via preliminare, occorre rilevare, in primo luogo, che il contratto di cui trattasi nel procedimento principale costituisce, in via principale, una concessione di lavori, ai sensi dell'articolo 5, punto 1, lettera a), della direttiva 2014/23. Con tale contratto concluso per iscritto e a titolo oneroso, il Comune di Milano ha affidato al raggruppamento l'esecuzione di lavori, il cui corrispettivo consiste unicamente nel diritto di sfruttare i 97 impianti pubblicitari che si trovano sui servizi igienici pubblici automatizzati. È quindi evidente che l'aggiudicazione di tale concessione di lavori implica il trasferimento al raggruppamento del rischio finanziario connesso allo sfruttamento di tali impianti pubblicitari. Orbene, qualora un contratto superi la soglia di applicabilità della direttiva 2014/23 prevista al suo articolo 8, come avviene nel caso del contratto di cui trattasi nel procedimento principale, il trasferimento del rischio finanziario costituisce il criterio centrale per individuare una concessione, come risulta dall'articolo 5, punto 1, secondo comma, della direttiva 2014/23, in combinato disposto con il considerando 18 della stessa (v., in tal senso, sentenza del 10 novembre 2022, SHARENGO, C-486/21, EU:C:2022:868, punto 61).

32 In secondo luogo, risulta, da un lato, dall'articolo 3, paragrafo 1, e dall'articolo 9, paragrafo 3, della direttiva 2006/123, letti in combinato disposto con il considerando 57 di quest'ultima, e, dall'altro, dal considerando 14 della direttiva 2014/23, che l'applicabilità della seconda direttiva comporta l'inapplicabilità della prima, circostanza che la Corte ha sottolineato nella sentenza del 14 luglio 2016, Promoimpresa e a. (C-458/14 e C-67/15, EU:C:2016:558, punto 45). Pertanto, occorre esaminare la questione pregiudiziale non già alla luce della direttiva 2006/123, bensì della direttiva 2014/23.

33 In terzo luogo, poiché la direttiva 2014/23 ha inteso procedere, in generale, solo ad un coordinamento minimo delle procedure nazionali di aggiudicazione delle concessioni di lavori e di servizi sulla base dei principi del Trattato FUE, occorre altresì esaminare se il diritto di prelazione sia conforme agli articoli 49 e 56 TFUE.

34 Infatti, secondo costante giurisprudenza, solo una misura nazionale adottata in un settore che è stato oggetto di un'armonizzazione esaustiva o completa a livello dell'Unione deve essere valutata in rapporto non alle disposizioni del diritto primario, ma a quelle di tale misura di armonizzazione [v., in particolare, sentenza del 20 aprile 2023, Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (Comune di Ginosa), C-348/22, EU:C:2023:301, punto 36 e giurisprudenza citata].

35 Nella misura in cui il giudice del rinvio fa riferimento, nella sua questione, sia all'articolo 49 TFUE che all'articolo 56 TFUE, che sanciscono rispettivamente la libertà di stabilimento e la libertà di prestazione dei servizi, occorre precisare che l'attribuzione della concessione di cui trattasi nel procedimento principale implica l'accesso del concessionario al territorio dello Stato membro ospitante in vista di una partecipazione stabile e continua, per una durata relativamente lunga,

alla vita economica di tale Stato. Ne consegue che l'assegnazione di una tale concessione rientra nel diritto di stabilimento previsto all'articolo 49 TFUE (v., in tal senso, sentenza dell'11 luglio 2024, Società Italiana Imprese Balneari, C-598/22, EU:T:2024:597, punto 44 e giurisprudenza citata).

36 Inoltre, in virtù dell'articolo 57, primo comma, TFUE, le disposizioni del Trattato FUE relative alla libera prestazione dei servizi trovano applicazione soltanto se, segnatamente, non si applicano quelle relative al diritto di stabilimento. Occorre dunque escludere l'articolo 56 TFUE.

37 Alla luce delle considerazioni che precedono, occorre considerare che, con la sua questione, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2014/23, in combinato disposto con l'articolo 49 TFUE, con gli articoli 30 e 41, nonché con il considerando 68 di tale direttiva, debba essere interpretato nel senso che osta a che uno Stato membro riconosca al promotore di una procedura di finanza di progetto, quale prevista all'articolo 183, comma 15, del codice dei contratti pubblici, 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.

38 A tale riguardo, occorre rilevare che la procedura di finanza di progetto, disciplinata dall'articolo 183, comma 15, del codice dei contratti pubblici, si svolge in tre fasi. In un primo tempo, un operatore economico presenta all'amministrazione aggiudicatrice una proposta di concessione di lavori, sottoponendole un fascicolo contenente un progetto di fattibilità, un piano economico-finanziario, nonché la bozza del contratto di concessione. In un secondo tempo, l'amministrazione aggiudicatrice valuta la fattibilità di tale proposta. In questa fase può chiedere al promotore di modificare la sua proposta e, se quest'ultimo accetta, il progetto è approvato e inserito negli strumenti di programmazione dell'amministrazione aggiudicatrice come progetto da realizzare. In un terzo momento, il progetto di fattibilità così approvato è posto a base di gara, alla quale è invitato il promotore e in cui questi gode di un diritto di prelazione. In concreto, nell'ipotesi in cui il contratto non gli sia stato aggiudicato, il promotore dispone di un termine di quindici giorni per adeguare la sua offerta a quella dell'aggiudicatario inizialmente prescelto. In tal caso, al promotore viene aggiudicato il contratto, a condizione di rimborsare le spese sostenute dall'aggiudicatario iniziale per preparare la sua offerta, ma l'importo così rimborsato non può superare il 2,5% del valore dell'investimento, come desumibile dal progetto di fattibilità posto a base di gara.

39 Nel caso di specie, poiché il diritto di prelazione è espressamente previsto tanto all'articolo 183, comma 15, del codice dei contratti pubblici quanto dalla decisione del Comune di Milano del 29 maggio 2020 e dall'avviso del 20 luglio 2021, il principio di trasparenza risulta rispettato. Occorre, di conseguenza, esaminare se il diritto di prelazione leda il principio della parità di trattamento, quale sancito all'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2014/23.

40 A tale riguardo, dal punto 39 della presente sentenza risulta che, nell'ambito di una procedura di finanza di progetto, il diritto di prelazione comporta che si rimetta in discussione la graduatoria stabilita dall'amministrazione aggiudicatrice in esito alla procedura di gara e che venga conferito un vantaggio reale al promotore. Infatti, consentendo al promotore di allinearsi alle condizioni offerte dall'aggiudicatario inizialmente prescelto, il diritto di prelazione di cui esso beneficia lo autorizza, *de facto*, a modificare il prezzo che aveva indicato nella sua offerta.

41 Orbene, secondo costante giurisprudenza, da un lato, l'obbligo per l'amministrazione aggiudicatrice di rispettare il principio della parità di trattamento degli offerenti ha lo scopo di favorire l'apertura delle procedure di aggiudicazione delle concessioni alla concorrenza nella misura più ampia possibile (v., per analogia, sentenze del 23 dicembre 2009, CoNISMa, C-305/08, EU:C:2009:807, punto 37 e giurisprudenza citata, nonché del 26 settembre 2024, Luxone e Sofein, C-403/23 e C-404/23, EU:C:2024:805, punto 50). Dall'altro, tale obbligo, che rientra nell'essenza stessa delle norme dell'Unione relative alle procedure di aggiudicazione delle concessioni di lavori e di servizi, esige, in particolare, che gli offerenti si trovino su un piano di parità sia al momento in cui preparano le loro offerte sia al momento in cui queste ultime sono valutate dall'amministrazione aggiudicatrice. Pertanto, in linea di principio, un'offerta non può essere modificata dopo il suo deposito, né su iniziativa dell'amministrazione aggiudicatrice né su iniziativa dell'offerente (v., per analogia, sentenze del 22 giugno 1993, Commissione/Danimarca, C-243/89, EU:C:1993:257, punto 33; del 25 aprile 1996, Commissione/Belgio, C-87/94, EU:C:1996:161, punti 51 e 52, nonché del 13 giugno 2024, BibMedia, C-737/22, EU:C:2024:495, punti 30 e 32 e giurisprudenza citata).

42 Dal momento che, in linea generale, il prezzo costituisce il criterio di aggiudicazione determinante in una gara d'appalto, il fatto che un'amministrazione aggiudicatrice tenga conto di una modifica apportata al prezzo proposto nell'offerta iniziale di un solo offerente avvantaggia quest'ultimo rispetto ai suoi concorrenti, il che viola il principio della parità di trattamento degli offerenti (sentenza del 25 aprile 1996, Commissione/Belgio, C-87/94, EU:C:1996:161, punti 54 e 56), come garantito dall'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2014/23, e costituisce una distorsione della concorrenza sana ed effettiva (v., per analogia, sentenza del 14 settembre 2017, Casertana Costruzioni, C-223/16, EU:C:2017:685, punto 40).

43 Nel caso di specie, il diritto di prelazione di cui gode il promotore ha per effetto che i prezzi proposti prima della scadenza del termine per la presentazione delle offerte non determinano direttamente e definitivamente la graduatoria degli offerenti. Consentendo al promotore di allinearsi alle condizioni offerte dall'aggiudicatario iniziale, che si è rivelato il meno costoso, il diritto di prelazione consente al promotore, in violazione del principio della parità di trattamento, di ottimizzare la propria offerta al fine di affrontare meglio le offerte dei suoi concorrenti nella procedura di concessione di cui trattasi. Ne consegue che il fatto di presentare l'offerta economicamente più vantaggiosa non garantisce l'aggiudicazione della gara.

44 È vero che, nella sentenza del 13 giugno 2024, BibMedia (C-737/22, EU:C:2024:495, punto 33), la Corte ha ritenuto che non comporti alcun elemento di trattativa una clausola di un documento di gara che, allo scopo di mantenere una concorrenza nel settore economico interessato, preveda l'attribuzione, da un lato, del lotto più consistente all'offerente che abbia presentato l'offerta economicamente più vantaggiosa e, dall'altro, del lotto di valore inferiore preferibilmente all'offerente che abbia presentato la seconda offerta economicamente più vantaggiosa, a condizione di accettare di eseguire tale lotto al prezzo dell'offerente che presenta l'offerta economicamente più vantaggiosa. In caso di rifiuto dell'offerente classificato al secondo posto di allinearsi a tale prezzo, la stessa proposta è fatta all'offerente classificatosi al terzo posto e così via nell'ipotesi in cui quest'ultimo declini tale proposta.

45 Tuttavia, la conclusione secondo cui una siffatta clausola non conteneva alcun elemento di trattativa, vietato dal principio della parità di trattamento, era strettamente connessa, da un lato, alla suddivisione in lotti dell'appalto di cui trattasi e, dall'altro, al suo obiettivo di mantenere una concorrenza nel settore economico interessato.

46 Nondimeno, indipendentemente dalla questione se, nel caso di specie, il diritto di prelazione implichi una trattativa tra il promotore e l'amministrazione aggiudicatrice, tale diritto consente innegabilmente a tale promotore di modificare la sua offerta dopo il suo deposito, il che è vietato dal principio della parità di trattamento. Ciò vale a maggior ragione in quanto, contrariamente alla clausola che si trovava al centro della causa che ha dato luogo alla sentenza del 13 giugno 2024, BibMedia (C-737/22, EU:C:2024:495), il diritto di prelazione può produrre effetti non favorevoli alla concorrenza, bensì, al contrario, anticoncorrenziali.

47 Pertanto, il diritto di prelazione riconosciuto al promotore di una procedura di finanza di progetto viola non solo l'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2014/23, ma anche l'articolo 41, paragrafo 1, di tale direttiva, in forza del quale le offerte devono essere valutate «in condizioni di concorrenza effettiva».

48 Peraltro, nessuna delle disposizioni di detta direttiva menzionate dal giudice del rinvio può essere interpretata nel senso che consente agli Stati membri e alle amministrazioni aggiudicatrici di derogare al principio della parità di trattamento, enunciato all'articolo 3, paragrafo 1, della medesima direttiva e, pertanto, di giustificare il diritto di prelazione.

49 A tale proposito, si deve constatare che il margine di discrezionalità riconosciuto all'amministrazione aggiudicatrice per l'organizzazione delle procedure di aggiudicazione di concessioni non può essere illimitato.

50 È vero che l'articolo 30, paragrafo 1, della direttiva 2014/23, in combinato disposto con il considerando 68 della stessa, conferisce all'amministrazione aggiudicatrice la libertà, e persino un'ampia flessibilità, nell'organizzare la procedura di selezione del concessionario. L'articolo 30, paragrafo 1, può altresì essere letto alla luce del considerando 8 di tale direttiva, il quale sottolinea che detta direttiva procede solo ad un coordinamento minimo delle procedure nazionali di aggiudicazione delle concessioni, cosicché essa garantisce un certo livello di flessibilità.

51 Tuttavia, come enunciato dal considerando 68 della direttiva 2014/23, l'ampia flessibilità di cui dispone un'amministrazione aggiudicatrice nel definire e organizzare la procedura di selezione del concessionario rimane subordinata all'«osservanza della presente direttiva e dei principi di trasparenza e di parità di trattamento», il che presuppone di «prevedere garanzie minime per quanto riguarda la procedura di aggiudicazione (…) per evitare disparità di trattamento tra i potenziali candidati».

52 Pertanto, nonostante l'ampia flessibilità riconosciuta alle amministrazioni aggiudicatrici, una procedura di aggiudicazione di concessione deve, conformemente all'articolo 30, paragrafo 2, di tale direttiva, rispettare i principi enunciati all'articolo 3 di quest'ultima. L'ultima frase del considerando 8 di detta direttiva precisa, nello stesso senso, che la flessibilità concessa agli Stati membri deve consentire loro di «completare e sviluppare ulteriormente [le] norme [della medesima direttiva] qualora lo ritenessero opportuno, in particolare per meglio garantire la conformità ai summenzionati principi [del Trattato FUE]».

53 L'articolo 30, paragrafo 1, della direttiva 2014/23, in combinato disposto con il considerando 8 della stessa, non può, pertanto, giustificare la violazione del principio della parità di trattamento, quale garantito dall'articolo 3 di tale direttiva, derivante dal diritto di prelazione.

54 Parimenti, è vero che, in forza dell'articolo 41, paragrafo 3, secondo comma, della direttiva 2014/23, in combinato disposto con il considerando 73 della stessa, l'amministrazione aggiudicatrice può, in via eccezionale, modificare l'ordine dei criteri di aggiudicazione per tenere conto del ricevimento di una soluzione innovativa con un livello straordinario di prestazioni funzionali e che non avrebbe potuto essere prevista nonostante la sua diligenza.

55 Tuttavia, tale ipotesi, qualificata come eccezionale dal legislatore dell'Unione, presuppone la ricezione non già di una proposta diretta ad attuare una procedura come la procedura di finanza di progetto, bensì, praticamente, di un'offerta rivolta all'amministrazione aggiudicatrice in risposta a una gara d'appalto. Soprattutto, l'amministrazione aggiudicatrice è allora tenuta a informare tutti gli offerenti della modifica dell'ordine di importanza di tali criteri e a pubblicare un nuovo invito a presentare offerte o, a seconda dei casi, un nuovo bando di concessione, dal momento che, come precisa l'articolo 41, paragrafo 3, terzo comma, della direttiva 2014/23, la modifica dell'ordine dei criteri non deve dar luogo a discriminazioni. Orbene, ciò non è avvenuto nel caso di specie.

56 Peraltro, in considerazione delle motivazioni che precedono, si deve altresì ritenere che il diritto di prelazione costituisca una restrizione alla libertà di stabilimento, sancita all'articolo 49 TFUE, in quanto può dissuadere operatori economici provenienti da altri Stati membri dal partecipare a una procedura di finanza di progetto. Occorre tuttavia esaminare se tale diritto di prelazione possa essere giustificato sul fondamento dell'articolo 49 TFUE.

57 A tale proposito, il giudice del rinvio indica che, valorizzando le iniziative del settore privato, il diritto di prelazione attua il principio di sussidiarietà orizzontale, enunciato all'articolo 118 della Costituzione della Repubblica italiana, ed è espressione di una modalità di cooperazione che può rendere più efficace la realizzazione degli interessi pubblici in termini di tempo e di risorse. Il diritto di prelazione promuoverebbe così un rinnovamento dell'amministrazione attraverso l'acquisizione di nuove conoscenze, proprie del settore privato, e costituirebbe uno stimolo per l'impresa.

58 Un obiettivo di questo tipo non può rientrare tra i motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza e di sanità pubblica che, ai sensi dell'articolo 52, paragrafo 1, TFUE, sono gli unici idonei a giustificare una restrizione alla libertà di stabilimento.

59 Tenuto conto delle considerazioni che precedono, occorre rispondere alla questione sottoposta dichiarando che l'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2014/23, 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.

Sulle spese

60 Nei confronti delle parti nel procedimento principale la presente causa costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese. Le spese sostenute da altri soggetti per presentare osservazioni alla Corte non possono dar luogo a rifusione.

Per questi motivi, la Corte (Seconda Sezione) dichiara:

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.

Jürimäe Lenaerts Schalin

Gavalec Csehi

Così deciso e pronunciato a Lussemburgo il 5 febbraio 2026.

Il cancelliere
A. Calot Escobar

La presidente di sezione
K. Jürimäe