

LA REVISIONE DELL'ART. 193 SUL DIRITTO DI PRELAZIONE NEL PPP E L'UTILE COERENZA CON IL REGOLAMENTO EUROPEO SUGLI APPALTI PUBBLICI E LE CONCESSIONI.

La revisione dell'art. 193 del d.lgs. n. 36/2023 ad opera dell'art. 13 della bozza di Decreto Legge "PA2026", approvato dal Consiglio dei Ministri il 4 agosto scorso si colloca dentro un quadro normativo e giurisprudenziale ormai profondamente mutato, nel quale il tema centrale non è la sopravvivenza della finanza di progetto in sé, ma la ricerca di un nuovo punto di equilibrio tra incentivo all'iniziativa privata e tutela della concorrenza. La sentenza della Corte di giustizia del 5 febbraio 2026, non comporta la "fine" del project financing, ma elimina il meccanismo della prelazione, nella misura in cui esso consente al promotore, ove non sia inizialmente aggiudicatario, di adeguare ex post la propria offerta a quella del miglior concorrente e di conseguire ugualmente l'aggiudicazione.

Il dato va chiarito subito, perché condiziona tutta la lettura della riforma dell'articolo 193. La critica europea s'incentra sul vantaggio selettivo finale attribuito al promotore, ritenuto incompatibile con il principio di parità di trattamento, in quanto solo uno dei concorrenti viene posto nella condizione di modificare la propria offerta dopo aver conosciuto quella altrui.

Proprio per questa ragione, la revisione dell'art. 193 non può essere operata come una mera operazione di alleggerimento documentale della proposta iniziale che deve essere compatibile con la natura stessa del project financing e con le esigenze sostanziali proprie delle concessioni e del PPP. La semplificazione non deve riguardare i documenti che consentono di verificare la struttura economico-finanziaria dell'operazione, altrimenti rischia di compromettere la stessa comparabilità delle proposte e di rendere incerta e incompleta l'istruttoria pubblica.

La finanza di progetto è un'operazione economica complessa nella quale assumono rilievo decisivo il trasferimento del rischio operativo, la bancabilità dell'iniziativa, la sostenibilità della gestione e l'equilibrio economico-finanziario lungo l'intero ciclo della concessione. La stessa collocazione codicistica dell'istituto nel perimetro delle concessioni e del partenariato pubblico-privato conferma che la proposta del promotore non può essere ridotta a una descrizione sommaria del progetto, perché l'amministrazione deve poter verificare, già nella fase genetica, se si trovi realmente di fronte a una operazione di PPP sostenibile e coerente con i propri fabbisogni.

Il nuovo art. 193, nella ricostruzione proposta che si articola in due percorsi contenuti nel comma 5, lett. a) e b) dell'art. 193: la procedura competitiva con negoziazione e il dialogo competitivo, configura una formazione progressiva dell'operazione.

Nella prima fase viene selezionato lo studio di fattibilità, poi si svolge la gara per l'affidamento della concessione sulla base della soluzione selezionata, infine il migliore offerente sviluppa i documenti strutturali dell'operazione, predisponendo il PFTE o il progetto dei servizi, il PEF asseverato e la bozza di convenzione. In questa prospettiva, non tutto ciò che prima era concentrato nella proposta iniziale deve necessariamente rimanervi con lo stesso grado di dettaglio. Il legislatore può dunque modulare nel tempo la formazione del contenuto documentale, purché non svuoti la prima fase del nucleo informativo indispensabile per una comparazione reale.

Proprio qui si colloca il punto di equilibrio corretto. È necessario che la proposta iniziale contenga elementi tecnici, economici e gestionali sufficienti a consentire una valutazione seria della soluzione. Il vero rischio non è tanto l'assenza del PEF definitivo in sé, quanto l'eventuale trasformazione della proposta iniziale in una mera idea progettuale non ancora comparabile sul piano sostanziale.

Il problema è evitare che la semplificazione quantitativa produca un impoverimento qualitativo tale da impedire all'amministrazione di valutare seriamente la fattibilità, la sostenibilità e la struttura concessoria dell'operazione. Se mancano il nucleo economico-finanziario sostanziale, la minima definizione della gestione e i principali termini di allocazione del rischio, la comparazione tra proposte diventa inevitabilmente monca, perché la scelta si sposta dal terreno della concorrenza preventiva a quello di successive interlocuzioni istruttorie.

Ed è proprio questo uno dei profili di maggiore criticità sistemica. Una proposta iniziale troppo alleggerita tende infatti a costringere l'amministrazione a colmare le lacune attraverso richieste di chiarimenti, modifiche, interlocuzioni progressive o integrazioni sostanziali nella fase di valutazione, che non devono diventare il mezzo per costruire ex post i contenuti economico-finanziari e convenzionali essenziali dell'operazione, con inevitabili riflessi sulla trasparenza, sulla par condicio e sulla controllabilità della decisione amministrativa e sulla validità dell'intera procedura.

La tenuta del sistema dipende ed è condizionata dal fatto che la formazione progressiva deve essere compatibile con i principi di trasparenza e concorrenza solo se il PFTE, il PEF (asseverato o meno), la (bozza di) convenzione e la (traccia della) disciplina gestionale finale costituiscono lo sviluppo analitico di ciò che è già stato selezionato in gara, e non la sede di una rinegoziazione sostanziale delle condizioni dell'operazione.

Su questo sfondo, l'incidenza della sentenza della Corte di giustizia non si esaurisce sul piano teorico, ma produce effetti immediati anche sulle procedure in corso. Per le procedure avviate sulla base dell'art. 183 del d.lgs. n. 50/2016 o dell'art. 193 del d.lgs. n. 36/2023 nella versione anteriore al correttivo 2024, il principio ricavabile è che le amministrazioni siano tenute a disapplicare le norme sulla prelazione incompatibili con il diritto dell'Unione. La procedura può proseguire senza il diritto di prelazione, poiché la pronuncia europea ha censurato solo il meccanismo che attribuiva al promotore il vantaggio finale di adeguamento dell'offerta. La sentenza non comporta automaticamente il venir meno dei contratti già stipulati con il promotore che abbia esercitato la prelazione.

La conseguenza è che la disciplina dell'art. 193 non può essere considerata stabilizzata. La riforma deve misurarsi con un quadro ancora aperto, nel quale il problema della compatibilità europea non può dirsi definitivamente risolto e nel quale appare sempre più necessario ripensare i meccanismi di incentivo all'iniziativa privata in forme diverse da quelle fondate sul vantaggio finale della prelazione. Sotto questo aspetto, il contributo comparatistico mostra con chiarezza che l'ordinamento non è affatto costretto a scegliere tra mantenimento della prelazione e abbandono del project financing. Esistono modelli alternativi nei vari Stati europei ed in Inghilterra che valorizzano il promotore attraverso premi, punteggi premiali, rimborsi o altri incentivi collocati a monte della gara o comunque non idonei a neutralizzarne l'esito competitivo.

La lezione che può trarsi è allora duplice. Da un lato, il legislatore può e deve mantenere strumenti che rendano attrattiva l'iniziativa privata, perché il ricorso ai capitali e alle competenze del mercato resta essenziale per la realizzazione e gestione di infrastrutture strategiche, per gli interventi di riqualificazione energetica e per molti altri settori nei quali l'apporto pubblico non è sufficiente. Dall'altro lato, tali incentivi devono essere ripensati in forme compatibili con il principio di parità di trattamento, e dunque preferibilmente come vantaggi anteriori alla gara o comunque esterni all'aggiudicazione finale.

In conclusione, la bozza di revisione dell'art. 193 è criticabile non perché adotti una logica di formazione progressiva dell'operazione, ma nella misura in cui rischi di spingere la semplificazione oltre il limite compatibile con la natura stessa del PPP: non si può pensare seriamente che le Amministrazioni possano valutare una proposta senza un PEF, una bozza di Convenzione e un capitolato con la descrizione delle caratteristiche del servizio e della gestione dell'opera.

Ricordo che l'art.185, comma 5 del codice vigente prevede che "Prima di assegnare il punteggio all'offerta economica la commissione aggiudicatrice verifica l'adeguatezza e la sostenibilità del piano economico-finanziario".

Ne consegue l'ineludibilità di una approfondita istruttoria sull'offerta, quindi completa di tutti gli elaborati progettuali, contrattuali ed economico-finanziari, come d'altra parte già acclarato dal Consiglio di Stato (sentenze n.3633/2025 e 2343/2026).

Il punto di equilibrio della bozza dell'art. 13 dovrebbe prevedere: 1) la presentazione di un PEF comparabile e verificabile e coerente con lo studio di fattibilità; 2) una bozza semplificata di Convenzione e una Matrice Rischi; 3) un capitolato di servizi e di gestione con indicazione di KPI e SLA. Con questi elementi che gli operatori economici internamente dovranno elaborare per capire i vantaggi o meno dell'offerta da presentare, le Amministrazioni potranno valutare l'effettività dell'allocazione del rischio, accanto a innovazione, sostenibilità, efficientamento e digitalizzazione.

Infine occorre dare una risposta seria anche al tema del rimborso del 3% degli oneri per la predi-

sposizione della proposta (in realtà sono riferibili al solo progetto), che non è una remunerazione specifica, ma un fondo ripartibile tra tutti gli operatori che hanno partecipato alla seconda parte della procedura.

Solo in questo modo la revisione dell'art. 193 potrà davvero preservare la funzione della finanza di progetto come strumento di partenariato efficiente e concorrenziale.

Per sbloccare lo stallo senza rinunciare ai capitali privati, l'ANAC ha prospettato soluzioni alternative e conformi al diritto UE per il "dopo-prelazione", consistenti in:

1. una **soglia di miglioramento tecnico**: modificare il comma 12 dell'articolo 193, stabilendo che le offerte concorrenti vadano prese in considerazione solo se superano la proposta del promotore di una determinata "soglia minima" di qualità tecnica. Ciò eviterebbe che la proposta del promotore venga scalzata da migliorie meramente marginali;
2. **incentivi ed efficienza economica: superare il rigido limite del 2,5% per il rimborso delle spese di progettazione in favore del promotore non aggiudicatario, elevando la copertura dei costi effettivi e prevedendo un "premio di ideazione" (ad esempio una maggiorazione del 5%, come nel modello spagnolo).**

In questo contesto di riforma si dovrà tenere conto che la Commissione europea si appresta a promuovere una riforma dei contratti pubblici mediante un Regolamento unico direttamente applicabile ai singoli Stati membri, volto a garantire uniformità disciplinare e procedure standardizzate. Il **Regolamento europeo sugli appalti pubblici e le concessioni**, destinato a sostituire le direttive 23-24-25 del 2014 nasce dall'esigenza di ridurre le differenze derivanti dai recepimenti nazionali, assicurando uniformità di disciplina e costruire un quadro uniforme delle procedure di aggiudicazione.

In un simile scenario evolutivo, una riforma nazionale che **svuoti eccessivamente gli standard minimi della proposta iniziale** rischia di apparire disallineata rispetto alla traiettoria ordinamentale europea.

Quanto più il contesto europeo richiede uniformità e comparabilità, tanto meno risulta difendibile una disciplina nazionale che affidi la prima selezione a proposte economicamente e convenzionalmente sottodimensionate. Una standardizzazione europea delle procedure, infatti, non valorizzerebbe verosimilmente la mera riduzione del carico documentale in sé, ma la **riduzione del superfluo** a vantaggio di un nucleo minimo comune e confrontabile.

Da questo punto di vista, la bozza di revisione dell'art. 193 rischia di perseguire una semplificazione quantitativa senza presidiare adeguatamente la **qualità informativa minima** che l'Europa, in una prospettiva di armonizzazione effettiva, tende invece a rendere sempre più necessaria.

Il considerando 2 della bozza di Regolamento chiarisce infatti che esso riguarda esclusivamente le **regole procedurali di aggiudicazione dei contratti pubblici e delle concessioni** sopra soglia e non il contesto amministrativo nel quale tali procedure si svolgono.

Anche in presenza di un Regolamento europeo direttamente applicabile, continuerà infatti a essere necessaria una disciplina nazionale relativa all'organizzazione delle stazioni appaltanti, alle figure responsabili del procedimento, alla governance del sistema, all'esecuzione del contratto, agli affidamenti sotto-soglia e, più in generale, a tutte quelle regole che attengono non tanto alla selezione del fornitore in senso stretto, quanto al funzionamento dell'amministrazione. In altri termini, se la disciplina delle procedure tenderà – finalmente – a europeizzarsi in modo compiuto (almeno queste sono le intenzioni), la capacità dell'Amministrazione nell'interpretare e applicare le regole per conseguire gli obiettivi dichiarati resterà inevitabilmente nazionale.