

Consiglio di Stato, Sez. V, Sentenza n. 3805 del 14 maggio 2026

Finanza di progetto – Diritto di prelazione del promotore – Incompatibilità con il diritto UE (Dir. 2014/23/UE e art. 49 TFUE) – Annullamento aggiudicazione – Declaratoria di inefficacia del contratto – Subentro

Pubblicato il 14/05/2026

N. 03805/2026 REG.PROV.COLL.

N. 01799/2024 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1799 del 2024, proposto da (...), in persona del legale rappresentante pro tempore, in relazione alla procedura (...), rappresentata e difesa dagli (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

(...), in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio (...) in Roma, (...);

(...), in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio (...) in Roma, (...);

nei confronti

(...), non costituito in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Prima) n. 196/2024, resa tra le parti, Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di (...) e di (...);

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120 cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 maggio 2026 il Cons. Sara Raffaella Molinaro e uditi per le parti gli avvocati (...), (...), (...) e (...);

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La controversia riguarda la procedura svolta dal (...) (di seguito: “Comune”), conclusa con la stipulazione del contratto per la progettazione, fornitura, posa in opera, gestione e manutenzione di 70 servizi igienici pubblici automatizzati ((...)).

2. (...) (di seguito: “(...)”) ha impugnato la determina 28.4.2023 n. 3513, di aggiudicazione al raggruppamento fra la mandataria (...) (di seguito: “raggruppamento”) a seguito dell’esercizio della prelazione riconosciuta allo stesso per essere stato promotore dell’iniziativa. Oltre a detta determina ha impugnato:

- l’art. 6 lett. e) dell’avviso pubblico di avvenuta ricezione di una proposta;

- la delibera 29.5.2020 n. 658;

- gli atti di esercizio della prelazione (nota 4.4.2023 n. 0197641 e nota 17.4.2023).

Con il medesimo ricorso (...) ha chiesto la dichiarazione di inefficacia del contratto e la conseguente tutela in forma specifica.

3. Il Tar Lombardia – Milano, con sentenza 29.1.2024 n. 196, ha respinto il ricorso.

4. (...) ha appellato la sentenza con ricorso n. 1799 del 2024.

5. Con ordinanza 25 novembre 2024 n. 9449 la Sezione ha sospeso il giudizio ex art. 295 c.p.a. rimettendo alla Corte di giustizia la seguente questione pregiudiziale: *“se i principi di libertà di stabilimento e libera prestazione di servizi di cui agli artt. 49 e 56 Tfeue, nonché la direttiva n. 2014/23/UE, interpretati alla luce dei principi di proporzionalità, buona amministrazione ed efficienza, e l’art. 12 della direttiva n. 2006/123/CE, per il caso in cui la Corte lo ritenga applicabile, osti alla disciplina nazionale della prelazione, contenuta nell’art. 183 comma 15 d.lgs. n. 50/2016”*.

6. La Corte di giustizia dell’Unione europea, sez. II si è pronunciata con sentenza 5 febbraio 2026, C-810/24.

7. All’udienza del 7 maggio 2026 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

8. L'appello è fondato.

9. Si riassumono per sommi capi le vicende che caratterizzano la controversia.

9.1. Nel procedimento di cui agli atti impugnati il Comune:

- con delibera 29 maggio 2020 n. 658, ha stabilito le linee di indirizzo per la realizzazione di *“progetti e iniziative volte alla rigenerazione di spazi pubblici urbani mediante l'individuazione di sponsor tecnici”*, delineando, in particolare, la procedura: pubblicazione di un avviso, anche a seguito della presentazione di una proposta da parte di un promotore, valutazione del Comune della *“coerenza con le finalità strategiche dell'Amministrazione”*, del valore delle proposte, nonché della congruità, e successiva gara sulla base dell'avviso, che rende note le *“caratteristiche e prestazioni della proposta ricevuta”* e che prevede *“la possibilità del proponente di adeguare la propria proposta alla miglior offerta”*;

- nel marzo 2021, ha ricevuto dal raggruppamento una proposta, che ha istruito;

- ha dato avvio alla gara con determinazione 20 luglio 2021 n. 5782;

- in data 20 luglio 2021, ha pubblicato sul sito web l'*“Avviso pubblico”* per sollecitare la *“presentazione di proposte migliorative”* rispetto a quella ricevuta, che ivi è descritta in dettaglio: nell'avviso è previsto il *“Diritto di adeguamento proposta”* (art. 6 lett. e) da parte del proponente non aggiudicatario, che ha facoltà di esercitare, entro quindici giorni, *“l'adeguamento della sua proposta a quella individuata quale migliore e divenire lui aggiudicatario se dichiara di impegnarsi ad adempiere alle obbligazioni contrattuali alle medesime condizioni offerte dall'aggiudicatario”* (la clausola di prelazione);

- in esito alla procedura, ha aggiudicato la gara a (...) (determinazione 30 marzo 2023 n. 2576);

- con determinazione 28 aprile 2023 n. 3513, ha aggiudicato al raggruppamento, dal momento che lo stesso, in quanto promotore dell'iniziativa, ha potuto esercitare il diritto di prelazione.

9.2. All'esito della gara il raggruppamento ha sottoscritto, in data 5 dicembre 2023, il contratto avente le caratteristiche della proposta formulata da (...).

9.3. La Sezione, con ordinanza 25 novembre 2024 n. 9449 (di rimessione alla Corte di giustizia), ha esaminato e qualificato la procedura e gli atti compiuti.

9.4. La Sezione ha innanzitutto ritenuto che il contratto stipulato dal Comune e il relativo procedimento rientrano nell'ambito di applicazione dell'art. 183 d.lgs. n. 50 del 2016, intitolato *“finanza di progetto”*.

In particolare il contratto in esame è stato qualificato, anche ai fini del diritto Ue, come concessione, oltre che come paternariato pubblico privato, ritenendo applicabile l'art. 183 del d. lgs. n. 50 del 2016.

Il modulo disciplinato dall'art. 183 del d. lgs. 50/2016, che contiene la previsione della prelazione e che suddivide il procedimento in tre fasi:

- la prima fase prende avvio in seguito alla presentazione da parte di uno o più operatori economici di una proposta, di cui viene valutata la rispondenza all'interesse pubblico *“entro il termine perentorio di tre mesi”*;
- superata positivamente la valutazione, anche a seguito del positivo riscontro alle modifiche richiesta dall'amministrazione, la seconda fase è caratterizzata dall'inserimento della proposta di pubblico interesse nella programmazione;
- la terza fase prevede l'indizione di una gara sul progetto approvato.

In base al comma 15 dell'art. 183 nel bando che dà avvio all'ultima fase *“è specificato che il promotore può esercitare il diritto di prelazione e divenire aggiudicatario”*, impegnandosi ad assicurare le medesime condizioni della migliore offerta, con pagamento delle spese di preparazione dell'offerta all'originario aggiudicatario.

Se il promotore non esercita la prelazione ha diritto alla refusione delle spese affrontate per formulare la proposta.

9.5. La Sezione ha ritenuto che la procedura seguita dal Comune abbia rispettato il modulo procedimentale delineato dall'art. 183 del d. lgs. n. 50 del 2016 e, in particolare, dal relativo comma 15. Ciò in quanto:

- (...) ha presentato una proposta;
- la proposta è stata valutata positivamente sia rispetto al fine pubblico (*“il fine pubblico che si intende perseguire è una nuova dotazione di Servizi – Igienici Automatizzati nonché la loro gestione e manutenzione”*), sia, in esito ad apposita istruttoria, in merito alla *“congruità tecnico- economica finanziaria”* (così dalla determina n. 5782 del 2021);
- è stato quindi pubblicato un avviso pubblico, con il quale la proposta è stata messa a gara e nel quale è specificato che il promotore può esercitare la prelazione;
- in esito alla gara il promotore ha esercitato la prelazione e ha ottenuto l'aggiudicazione adeguando l'offerta a quella dell'appellante, risultato migliore offerente.

Il procedimento ha quindi assicurato una trasparenza anche maggiore di quanto previsto dalla disciplina in quanto il Comune ha pubblicato un avviso preliminare nel quale ha reso noto l'interesse a ricevere proposte per la realizzazione di iniziative per la rigenerazione di spazi pubblici, specificando che il vantaggio competitivo del promotore.

Né si è posto un tema di comparazione fra le proposte presentate da più promotori in quanto il raggruppamento è stata l'unico a presentare una proposta.

9.6. La questione giuridica, oggetto di rimessione alla Corte di giustizia con ordinanza 25 novembre 2024 n. 9449, ha riguardato la compatibilità con il diritto dell'Unione europea della clausola di prelazione che ha consentito al raggruppamento di ottenere l'affidamento del contratto (alle

condizioni sopra viste).

10. La Corte di giustizia ha al riguardo ritenuto che *“L’articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull’aggiudicazione dei contratti di concessione, in combinato disposto con l’articolo 49 TFUE, con gli articoli 30 e 41, nonché con il considerando 68 di tale direttiva, dev’essere interpretato nel senso che: esso osta a che uno Stato membro riconosca al promotore di una procedura di finanza di progetto un diritto di prelazione che gli consente, nell’ipotesi in cui il contratto di cui trattasi non gli sia stato inizialmente aggiudicato, di adeguare la sua offerta a quella dell’aggiudicatario inizialmente prescelto e di ottenere così l’aggiudicazione di tale contratto, a condizione di rimborsare le spese che l’aggiudicatario iniziale ha sostenuto per preparare la sua offerta, senza che tale rimborso possa superare il 2,5% del valore stimato dell’investimento atteso dall’aggiudicatario a partire dal progetto di fattibilità posto a base di gara”* (sez. II, 5 febbraio 2026, C-810/24).

A detta conclusione la Corte è giunta dapprima qualificando il contratto di cui trattasi come concessione di lavori ai sensi dell’art. 5 punto 1 lett. a) della direttiva 2014/23/UE (punto 31).

Poi la Corte ha esaminato il diritto di prelazione, concludendo che esso viola il principio di parità di trattamento (art. 3 della direttiva 2014/23/UE) e le prerogative di concorrenza effettiva (art. 41 della direttiva 2014/23/UE), oltre a porsi in contrasto con la libertà di stabilimento (art. 49 TFUE) In particolare, la Corte ha sottolineato come il diritto di prelazione *“comporta che si rimetta in discussione la graduatoria stabilita dall’amministrazione aggiudicatrice in esito alla procedura di gara”, “consentendo al promotore di allinearsi alle condizioni offerte dall’aggiudicatario inizialmente prescelto”* modificando *“il prezzo che aveva indicato nella sua offerta”* (punto 40).

Tuttavia il principio di parità di trattamento, che l’amministrazione ha l’obbligo di rispettare, esige *“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”*. La conseguenza è che detto principio impedisce, in linea di principio, che un’offerta possa essere modificata dopo il suo deposito, né su iniziativa dell’amministrazione aggiudicatrice né su iniziativa dell’offerente (punto 41).

Pertanto il diritto di prelazione viola il principio di parità di trattamento sancito dall’art. 3 par. 1 della direttiva 2014/23/UE, che *“ha lo scopo di favorire l’apertura delle procedure di aggiudicazione delle concessioni alla concorrenza nella misura più ampia possibile”* (punto 41).

Infatti la modifica al prezzo iniziale offerto *“di un solo offerente avvantaggia quest’ultimo rispetto ai suoi concorrenti”* (punto 42), indipendentemente dal fatto che sia intercorsa una trattativa fra il promotore e l’amministrazione (punto 46), e, d’altro canto, *“il fatto di presentare l’offerta economicamente più vantaggiosa non garantisce l’aggiudicazione della gara”* (punto 43).

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”* (punto 47).

Ne deriva che l'ampia flessibilità riconosciuta alle amministrazioni, come enunciato dal considerando 68 della direttiva 2014/23/UE, deve consentire loro di meglio garantire la conformità ai summenzionati principi della procedura di aggiudicazione di concessione (punto 52).

Inoltre, il diritto di prelazione costituisce una restrizione alla libertà di stabilimento, sancita all'art. 49 TFUE, *“in quanto può dissuadere operatori economici provenienti da altri Stati membri dal partecipare a una procedura di finanza di progetto”* (punto 56).

Né l'attuazione del principio di sussidiarietà orizzontale attraverso la valorizzazione delle iniziative del settore privato, espressione di una modalità di cooperazione che può rendere più efficace la realizzazione degli interessi pubblici in termini di tempo e di risorse può rientrare tra i motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza e di sanità pubblica che, ai sensi dell'art. 52 par. 1 TFUE, sono gli unici idonei a giustificare una restrizione alla libertà di stabilimento (punti 57 e 58).

11. Questo Giudice è chiamato a valutare gli effetti sul presente giudizio della pronuncia della Corte di giustizia.

L'appellante (...) ha contestato la legittimità della clausola di prelazione e degli atti di gara che, attuandola, hanno consentito al raggruppamento di ottenere l'aggiudicazione (esercitando il relativo diritto).

L'interesse sotteso alla domanda caducatoria di (...) è espressamente individuato dalla stessa nell'ottenimento dell'aggiudicazione e nel subentro nel contratto, avendo presentato la migliore offerta.

La domanda presentata da (...) con il ricorso introduttivo, poi devoluta in appello, è quindi connotata da una causa petendi che si appunta sull'incompatibilità eurounitaria della clausola di prelazione e sulla conseguente illegittimità della determina 28 aprile 2023 n. 3513, che ne costituisce il portato, e degli atti prodromici, nei limiti in cui sono preordinati a detto fine, e dal petitum dell'annullamento dell'aggiudicazione stessa al fine di ottenere l'affidamento della commessa.

Pertanto, (...) ha delimitato nei suddetti termini l'oggetto del presente giudizio.

Nel presente giudizio, quindi, il Collegio, in base al principio della domanda (sulla portata del quale, nel processo amministrativo, Ad. Plen. 13 aprile 2015 n. 4) e al correlato principio di corrispondenza fra chiesto e pronunciato, è chiamato a valutare la fondatezza delle tesi attoree, nel rispetto del *petitum* e della *causa petendi* che connotano il ricorso presentato, poiché il giudice nel giudizio di annullamento è strettamente vincolato ai motivi di ricorso (Ad. plen. 27 aprile 2015 n. 5, con riferimento specifico del potere della parte ricorrente di graduare la gerarchia delle domande e dei motivi di ricorso).

Oggetto di scrutinio è quindi, se, e in che termini, la pronuncia resa dalla Corte di giustizia produce effetti sulla legittimità dell'impugnata determina di aggiudicazione 28 aprile 2023 n. 3513 (e degli atti prodromici, gravati in quanto preordinati a tale fine), in quanto fondata sull'esercizio del diritto di prelazione del raggruppamento.

E' invece precluso a questo Giudice, nell'ambito della presente controversia, avente il precisato thema decidendum, verificare ex officio, sulla scorta dell'inammissibile esplicazione di una giurisdizione oggettiva, se possano eventualmente desumersi dalla sentenza della Corte di giustizia ulteriori profili di illegittimità degli atti di gara, ai fini della caducazione dell'intera gara. Infatti, quanto al petitum, parte ricorrente, qui appellante, non ha agito al fine di ottenere la rinnovazione della gara, né parte controinteressata ha proposto ricorso incidentale a tal fine. Quanto alla causa petendi, gli atti di gara sono stati impugnati in via esclusiva nella misura in cui hanno previsto la prelazione, consentendo al raggruppamento, classificatosi secondo all'esito della gara, di ottenere l'aggiudicazione esercitando il relativo diritto. Gli altri atti di gara, quali la determinazione 30 marzo 2023 n. 2576, di approvazione degli atti di gara, compreso il verbale della seduta primo marzo 2023 nel quale (...) è risultata prima in graduatoria, e le altre parti dei provvedimenti gravati, quali la parte nella quale è delineata la procedura e assegnato uno specifico ruolo al promotore e alla relativa proposta, non sono, invece, stati gravati e sono quindi divenuti incontrovertibili.

Infatti, la violazione del diritto dell'Unione europea è causa di annullabilità dell'atto, non di nullità dello stesso (da ultimo Cons. St., sez. VI, 12 marzo 2025 n. 2052).

Pertanto non è il contenuto della pronuncia della Corte di giustizia (sul quale le parti si sono ampiamente confrontate) a determinare l'ampiezza dell'oggetto dell'eventuale annullamento degli atti di gara nel presente giudizio ma è il principio della domanda e il principio di corrispondenza fra il chiesto e il pronunciato a essere determinanti in tal senso sulla scorta del coordinate del modello processuale plasmato, anche alla luce della clausola di rinvio esterno ex art. 39 c.p.a., dal diritto nazionale nel rispetto del principio di autonomia procedurale ex art. 19 TUE e delle relative condizioni di equivalenza ed effettività della tutela. .

11.1. Del resto, il principio della domanda e il principio di corrispondenza fra il chiesto e il pronunciato connotano innanzitutto la disciplina italiana del processo amministrativo improntato al principio dispositivo.

Il principio della domanda e il correlato principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato, che vincola il giudice a rispettare il primo, sono enunciati nel codice del processo civile, agli artt. 99 e 112, e nel codice civile, all'art. 2907, al quale l'art. 99 c.p.c. è strettamente collegato, perché sancisce che alla tutela giurisdizionale dei diritti provvede l'autorità giudiziaria su domanda di parte.

Dette disposizioni non sono riprodotte espressamente nel codice del processo amministrativo, anche se l'art. 34 comma 1 c.p.a. stabilisce, in consonanza con essi, che *"In caso di accoglimento del ricorso il giudice, nei limiti, della domanda"* eroga le varie forme di tutela ivi disciplinate (Ad. plen., 13 aprile 2015 n. 4).

In ogni caso, trattandosi di principi generali, non si dubita che siano compresi nella clausola di rinvio esterno divisata dal citato art. 39 comma 1 c.p.a. non rinvenendosi su tali aspetti *"nel processo amministrativo una sufficiente ed esaustiva declinazione regolatoria"* (Ad. plen., 10 dicembre 2014 n. 33 e Ad. plen., 13 aprile 2015 n. 4; Cons. St., sez. VII, 19 novembre 2024 n. 93080, sull'estensione orizzontale del rimedio di cui all'art. 391 *quater* c.p.c. al processo amministrativo; Ad. plen. 2 ottobre 2025, n. 11, sui presupposti e sul raggio d'azione della clausola di rinvio esterno).

Infatti è *“indubbio che anche il processo amministrativo è caratterizzato dal principio della domanda”* (Corte cost., ordinanza 2 marzo 2000 n. 66).

Il processo amministrativo è quindi un processo di parte, governato, in linea generale, dal principio della domanda, essendo riconosciuto il *“potere esclusivo della parte di disporre del suo interesse materiale”* attraverso la richiesta di tutela giurisdizionale.

La giurisdizione amministrativa non è quindi una giurisdizione di diritto oggettivo (Ad. Plen. 27 aprile 2015 n. 5), coerentemente con il significato che assume il principio della domanda nel dettato dell'art. 24 comma 1 Cost., che ne fa menzione prendendo atto della diversità fra le due situazioni soggettive attive del diritto soggettivo e dell'interesse legittimo quali presupposti per l'esercizio del diritto alla tutela giurisdizionale intesa come principio fondamentale costitutivo dell'ordine pubblico costituzionale (Corte cost. 22 ottobre 2014 n. 238).

11.2. Né il diritto eurounitario osta all'applicazione del principio della domanda.

In termini generali l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali, in base al quale ogni individuo *“ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice”*, sancisce il principio della domanda.

La Corte di giustizia si è espressa in un caso dove i motivi addotti dal ricorrente erano basati sull'incompatibilità del bando di gara con il diritto dell'Unione comunitario chiedendo di disapplicare le norme nazionali di decadenza in forza delle quali, decorso il termine per impugnare il bando di gara, non era più possibile invocare una tale incompatibilità (Cgue, sez. VI, 27 febbraio 2003, C-327/00).

In tale occasione ha riconosciuto il margine di apprezzamento degli Stati membri sul punto, nel senso che *“spetti all'ordinamento nazionale di ogni Stato membro definire le modalità relative al termine di ricorso destinate ad assicurare la salvaguardia dei diritti conferiti dal diritto comunitario ai candidati e agli offerenti lesi da decisioni delle amministrazioni aggiudicatrici”*, precisando che *“tali modalità non devono mettere in pericolo l'effetto utile della direttiva, la quale è intesa a garantire che le decisioni illegittime di tali amministrazioni aggiudicatrici possano essere oggetto di un ricorso efficace e quanto più rapido possibile”*.

Pertanto la stessa Corte ha ritenuto che la non applicazione della disciplina nazionale del termine di decadenza richieda il previo accertamento che non sia accaduto che *“un'autorità aggiudicatrice con il suo comportamento ha reso impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario a un cittadino dell'Unione leso da una decisione di tale autorità che lo esclude da una gara d'appalto”*.

Pertanto, nella limitata ipotesi in cui è ammessa la non applicazione del termine di decadenza per la proposizione del ricorso, comunque la prospettiva della Corte è quella di assicurare la più ampia tutela alla domanda, così ponendosi quindi nella prospettiva di un sistema processuale fondato comunque sul principio della domanda.

Né il principio della domanda è negato laddove è previsto espressamente che la decisione sui ricorsi *“comporti un esame, da parte del giudice, di tutti gli elementi di fatto e di diritto che gli consentano di procedere ad una valutazione aggiornata del caso di specie”* (così l'art. 46 della direttiva

2013/32, relativo al diritto al ricorso effettivo dei richiedenti protezione internazionale).

In tal caso, infatti, la Corte ha affermato che il giudice *“deve rilevare, sulla base degli elementi del fascicolo nonché di quelli portati a sua conoscenza nel corso del procedimento dinanzi ad esso, una violazione delle condizioni sostanziali di siffatta designazione, enunciate all’allegato I di detta direttiva, anche se tale violazione non è espressamente fatta valere a sostegno di tale ricorso”* (Cgue, Grande Sezione, 4 ottobre 2024, C-406/22), nondimeno nel rispetto dell’effetto utile voluto dal ricorrente.

La stessa Corte europea dei diritti dell’uomo applica gli artt. 6 e 13 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, che sanciscono il diritto a un equo processo e il diritto a un ricorso effettivo (artt. 6 e 13 cedu), nel senso che presuppongono la presentazione della domanda di giustizia, tutelandone le prerogative di effettività (caso Scervino e Scaglioni c. Italia, 5 dicembre 2019, ricorso n. 35516/13).

11.3. Nella materia degli appalti è previsto che gli Stati membri adottino i provvedimenti necessari per garantire che le decisioni prese dalle amministrazioni possano essere oggetto di un ricorso efficace e quanto più rapido possibile, secondo le condizioni previste negli articoli da 2 a 2 *septies* della direttiva 665/89/CE (art. 1 par. 1). Nel contempo *“Gli Stati membri provvedono a rendere accessibili le procedure di ricorso, secondo modalità che gli Stati membri possono determinare, a chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l’aggiudicazione di un determinato appalto e sia stato o rischi di essere lesa a causa di una presunta violazione”* (art. 1 par. 3).

La Corte di giustizia, lasciando all’ambito di apprezzamento degli Stati membri la disciplina delle specifiche condizioni *“alle quali tali mezzi di ricorso possono essere esercitati”*, ha più volte ribadito che dette modalità *“non possono mettere in pericolo l’effetto utile delle direttive 89/665 e 92/13, il cui obiettivo è di garantire che le decisioni illegittime delle amministrazioni aggiudicatrici possano essere oggetto di un ricorso efficace e quanto più rapido possibile”* (Cgue, sez. III, 15 settembre 2016, C-439/14 e Grande Sezione, 7 novembre 2021, C-927/19).

Pertanto la prospettazione processuale della Corte di giustizia muove comunque dalla presentazione di un ricorso, al quale deve essere assicurato un effetto utile.

La stessa giurisprudenza sull’ordine di trattazione dei ricorsi in materia di appalti, in forza della quale il ricorso incidentale, teso all’esclusione della ricorrente principale, non deve essere esaminato per primo, così impedendo l’esame del ricorso principale, è volta ad assicurare l’effetto utile al ricorso, e quindi alla domanda presentata.

La nozione oltremodo ampia di interesse a ricorrere che la stessa Corte ha affermato, muovendo dalla presentazione di un ricorso principale e un ricorso incidentale escludente, è volta ad assicurare la massima tutela possibile alla domanda di giustizia, così enfatizzando il principio della domanda.

Infatti, la Corte di giustizia ha, nel 2019 (sentenza Lombardi), ribadito il principio già espresso dalla sentenza Puligienica (Cgue, Grande Camera, 5 aprile 2016, C-689/13, che ha fatto seguito alla sentenza Fastweb, 4 luglio 2013, C-100/12), affermando che l’art. 1 par. 1 comma 3 e par. 3 direttiva 89/665/CEE deve essere interpretato nel senso che esso osta a che un ricorso principale, proposto da un offerente che abbia interesse ad ottenere l’aggiudicazione e che sia stato o rischi di

essere leso a causa di una presunta violazione del diritto dell'Unione in materia di appalti, ed inteso ad ottenere l'esclusione di un altro offerente, venga dichiarato irricevibile in applicazione delle norme o delle prassi giurisprudenziali procedurali nazionali disciplinanti il trattamento dei ricorsi intesi alla reciproca esclusione, quali che siano il numero di partecipanti alla procedura di aggiudicazione dell'appalto e il numero di quelli che hanno presentato ricorsi (Cgue, sez. X, 5 settembre 2019, C-333/18).

La regola processuale posta dalla Corte di giustizia, con le sentenze appena sopra richiamate, per ritenere sussistente l'interesse del ricorrente principale allo scrutinio del ricorso, muove da una nozione di interesse al ricorso che, seppur rispettosa del canone della strumentalità, non presuppone il carattere della concretezza e dell'attualità (proprio dell'ordinamento processuale italiano), atteso che riposa su un'astratta possibilità di riedizione della gara, non sulla ragionevole certezza del rinnovo della stessa (che può derivare solo dalla decapitazione per via giudiziaria di tutti i concorrenti).

In tale prospettiva la Corte di giustizia enfatizza il principio della domanda, assicurando alla stessa la possibilità di perseguire un effetto utile anche non connotato dalla concretezza e attualità richieste dall'ordinamento italiano.

11.4. Le considerazioni che precedono sono corroborate, in termini generali, dal menzionato principio di autonomia procedurale (art. 19 comma 1 TFUE), che riserva alla competenza degli Stati membri la fissazione delle forme di tutela giurisdizionale nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione. Va soggiunto che i limiti giurisprudenziali dell'equivalenza e dell'effettività della tutela sono rispettati dal modello processuale fin qui tracciato, che consente all'operatore economico pregiudicato dall'esplicazione del diritto di prelazione di conseguire, in omaggio alle coordinate della direttiva ricorsi e al principio dell'effetto utile, la tutela specifica del diritto al conseguimento del bene della vita (sulla portata del principio autonomia e dei relativi temperamenti Cgue 21 dicembre 2021, C-497/20 e 7 luglio 2022, C-251/21). .

12. Pertanto, non si rinvergono ostacoli all'applicazione del principio della domanda nel presente giudizio.

13. Questo Giudice è quindi chiamato a valutare, sulla base dei motivi di ricorso, che si appuntano sulla clausola di prelazione, la legittimità della determina 28 aprile 2023 n. 3513, di aggiudicazione al raggruppamento.

La gara si è conclusa con un diverso esito.

Infatti, il (...), con determinazione 30 marzo 2023 n. 2576, ha approvato gli atti di gara, compreso il verbale della seduta primo marzo 2023 nel quale (...) è risultata prima in graduatoria, e ha aggiudicato la gara a (...), dando atto di trasmettere il provvedimento al raggruppamento, che, in quanto promotore dell'iniziativa, "entro quindici giorni dalla comunicazione di aggiudicazione, potrà esercitare ai sensi dell'art. 6, lettera e) dell'Avviso pubblico il "diritto di adeguamento" consistente nella facoltà di impegnarsi ad adempiere alle obbligazioni contrattuali alle medesime condizioni offerte dall'aggiudicatario".

Il raggruppamento ha esercitato la facoltà riconosciuta dall'art. 6 lett. e) dell'avviso pubblico, già qualificata in termini di clausola di prelazione e ricondotta all'istituto di cui all'art. 183 comma 15 del d. lgs. n. 50 del 2016 con ordinanza di rimessione n. 9449 del 2024.

In ragione di ciò il (...) ha aggiudicato la gara al raggruppamento con determinazione 28 aprile 2023 n. 3513, che appunto prende "atto dell'avvenuto esercizio nei termini previsti del diritto di adeguamento alla proposta migliore della procedura in oggetto da parte della costituenda ATI (...)".

Pertanto, la ragione unica dell'aggiudicazione al suddetto raggruppamento è costituita dall'esercizio del diritto di prelazione.

Questo Giudice, in seguito alla sopra richiamata sentenza della Corte di giustizia 5 febbraio 2026, è tenuto a non riconoscere *"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"* e quindi a non applicare l'art. 183 comma 15 del d. lgs. n. 50 del 2016 nella parte in cui prevede il diritto di prelazione.

Pertanto la determinazione 28 aprile 2023 n. 3513, di aggiudicazione al raggruppamento deve essere annullata in quanto la ragione unica della stessa è l'esercizio del diritto di prelazione da parte del raggruppamento.

Né l'annullamento di detta determinazione travolge l'intera gara, atteso che, in disparte ulteriori profili di illegittimità della stessa, che non possono essere vagliati da questo Giudice in ragione del principio della domanda (come visto sopra), lo svolgimento e l'esito della gara è comunque assicurato dalla determinazione 30 marzo 2023 n. 2576, che non è qui impugnata.

11. Tanto basta per accogliere la domanda demolitoria annullando la determina di aggiudicazione 28 aprile 2023 n. 3513, unitamente agli atti prodromici, nei limiti dell'interesse di parte appellante, assorbito ogni altro profilo.

12. Deve a questo punto essere esaminata la domanda di declaratoria di inefficacia del contratto già stipulato e di subentro nello stesso di (...), proposta con il ricorso introduttivo e devoluta in appello.

Risulta determinante per la decisione sull'inefficacia del contratto e sul subentro la valutazione della sussistenza dei presupposti della declaratoria di inefficacia del contratto ai sensi dell'art. 122 c.p.a. *"tenendo conto, in particolare, degli interessi delle parti, dell'effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati, dello stato di esecuzione del contratto e della possibilità di subentrare nel contratto"*.

Il contratto è stato stipulato il 5 dicembre 2023.

All'esito della gara il raggruppamento ha sottoscritto il contratto avente le caratteristiche della proposta formulata da (...).

In base al contratto, per quanto interessa in questa sede:

- il raggruppamento finanzia, fornisce e realizza 110 servizi igienici pubblici automatizzati (la cui proprietà è trasferita al Comune in seguito al collaudo), nonché li gestisce e manutiene per 24 anni

(per un valore di euro € 29.100.000,00, al quale si aggiungono ulteriori € 5.000.000,00);

- il Comune garantisce, per 18 anni, lo sfruttamento pubblicitario di 97 impianti pubblicitari, previa trasformazione degli stessi in digitali, con modalità garantite nel piano di comunicazione oggetto di un obbligo contrattuale (artt. 10 e 11).

Risulta dagli atti di causa che l'esecuzione del contratto è stata avviata.

Il (...) ha dato conto dell'attività svolta con memoria depositata il 21 aprile 2026.

In particolare, le parti hanno interloquito per il compimento delle verifiche tecniche e degli adempimenti di competenza dello stesso (*"pratiche cementi armati, progettazione dei manufatti di servizio igienico, richieste e realizzazione allacciamenti ai sottoservizi, scarichi, energia elettrica, fornitura idrica, regolarizzazione allacci fognari"*) e per le attività di rilevamento e verifica della situazione esistente, oltre che per l'individuazione e l'approfondimento delle nuove localizzazioni e svolgimento delle attività preliminari all'autorizzazione sia dei servizi igienici che dei totem pubblicitari, con il coinvolgimento degli enti competenti, svolgendo due conferenze di servizi.

È stata inoltre eseguita l'attività propedeutica all'individuazione del prototipo di servizio igienico, la cui documentazione progettuale è stata approvata con deliberazione di Giunta Comunale n. 1111 del 18 settembre 2025.

Con tre successive determinazioni dirigenziali nei mesi di novembre e dicembre 2025 sono, quindi, stati approvati i progetti esecutivi dei primi tre gruppi di SIA. Il Comune quindi, descritta l'attività svolta, non ha manifestato, con le memorie depositate, elementi ostativi al subentro.

Anche in sede di udienza il Comune ha confermato di non ravvisare particolari elementi impeditivi rispetto all'avvicendamento nella commessa, né di ritenere necessario il completamento di attività esecutive già intraprese da parte del raggruppamento.

Piuttosto l'Amministrazione ha sottolineato la particolare rilevanza che il contratto in esame riveste per l'Amministrazione comunale, posto che il (...) risulta essere una delle poche grandi città europee prive di un adeguato sistema di servizi igienici pubblici, evidenziando l'urgenza di conoscere gli esiti del giudizio.

7. Lo stato di esecuzione del contratto consente, quindi, di ritenere possibile, alla luce dell'apprezzamento complessivo degli interessi e delle situazioni di fatto, il subentro nello stesso da parte di (...), così sussistendo i presupposti per la declaratoria di inefficacia del contratto già stipulato ai sensi dell'art. 122. c.p.a. e di conseguente subentro.

8. Il Collegio dichiara pertanto inefficace, ai sensi dell'art. 122 c.p.a., il contratto già stipulato dal (...) con il raggruppamento fra la mandataria (...) e fissa la decorrenza dell'inefficacia a far data dal trentesimo giorno successivo alla pubblicazione della presente decisione.

Entro tale arco temporale la stazione appaltante procederà alle verifiche di legge nei confronti di (...) e, in caso di esito positivo, alla stipulazione del contratto, curando le operazioni di subentro nello stesso.

9. In conclusione, assorbita ogni altra censura, il Collegio accoglie l'appello e per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata:

- accoglie la domanda demolitoria contenuta nel ricorso introduttivo e annulla la determina di aggiudicazione 28 aprile 2023 n. 3513 unitamente agli atti prodromici, nei limiti dell'interesse di parte appellante;

- dichiara inefficace, in applicazione e in forza dell'art. 122 c.p.a., il contratto stipulato a seguito dell'illegittima aggiudicazione a far data dal trentesimo giorno successivo alla pubblicazione della presente decisione e, a far tempo dalla stessa data, dispone il subentro di (...), previa verifica positiva dei requisiti di detto raggruppamento.

10. La complessità della lite e la novità delle questioni giuridiche alla stessa sottese giustifica la compensazione delle spese di entrambi i gradi di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, accoglie l'appello e per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata:

- accoglie la domanda demolitoria contenuta nel ricorso introduttivo e annulla la determina di aggiudicazione 28 aprile 2023 n. 3513 unitamente agli atti prodromici, nei limiti dell'interesse di parte appellante;

- dichiara inefficace, in applicazione e in forza dell'art. 122 c.p.a., il contratto stipulato a seguito dell'illegittima aggiudicazione a far data dal trentesimo giorno successivo alla pubblicazione della presente decisione e, a far tempo dalla stessa data, dispone il subentro di (...), previa verifica positiva dei requisiti di (...).

Spese dei due gradi di giudizio compensate.

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

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

Francesco Caringella, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere

Sara Raffaella Molinaro, Consigliere, Estensore

Marina Perrelli, Consigliere

L'ESTENSORE

Sara Raffaella Molinaro

IL PRESIDENTE

Francesco Caringella

IL SEGRETARIO