

Orzeczenie z dnia 14 listopada 2013 r. w sprawie C-388/12 *Comune di Ancona*

WYROK TRYBUNAŁU (czwarta izba)

z dnia 14 listopada 2013 r. (*)

Fundusze strukturalne – Europejski Fundusz Rozwoju Regionalnego (EFRR) – Wkład finansowy jednego z tych funduszy – Kryteria kwalifikowalności wydatków – Rozporządzenie (WE) nr 1260/1999 – Artykuł 30 ust. 4 – Zasada trwałości działania – Pojęcie „znacznej modyfikacji” działania – Udzielenie koncesji bez uprzedniego ogłoszenia i przeprowadzenia postępowania przetargowego

W sprawie C-388/12

mającej za przedmiot wniosek o wydanie, na podstawie art. 267 TFUE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożony przez Tribunale amministrativo regionale per le Marche (Włochy) postanowieniem z dnia 21 czerwca 2012 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 16 sierpnia 2012 r., w postępowaniu:

Comune di Ancona

przeciwko

Regione Marche,

TRYBUNAŁ (czwarta izba),

w składzie: L. Bay Larsen, prezes izby, K. Lenaerts, wiceprezes Trybunału, pełniący funkcję sędziego czwartej izby, M. Safjan, J. Malenovský (sprawozdawca), i A. Prechal, sędziowie,

rzecznik generalny: Y. Bot,

sekretarz: A. Impellizzeri, administrator,

uwzględniając pisemny etap postępowania i po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 11 lipca 2013 r.,

rozważywszy uwagi przedstawione:

- w imieniu Comune di Ancona przez A. Lucchettiego, avvocato,
- w imieniu rządu portugalskiego przez L. Ineza Fernandes, S. Rodrigues oraz A. Gattiniego, działających w charakterze pełnomocników,
- w imieniu Komisji Europejskiej przez A. Steiblytę oraz D. Recchię, działające w charakterze pełnomocników,

po zapoznaniu się z opinią rzecznika generalnego na posiedzeniu w dniu 5 września 2013 r.,

wydaje następujący

Wyrok

- 1 Niniejszy wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczy wykładni art. 30 ust. 4 rozporządzenia Rady (WE) nr 1260/1999 z dnia 21 czerwca 1999 r. ustanawiającego przepisy ogólne w sprawie funduszy strukturalnych (Dz.U. L 161, s. 1 – wyd. spec. w jęz. polskim, rozdz. 14, t. 1, s. 31).
- 2 Wniosek ten został złożony w ramach sporu, jaki powstał między włoskimi jednostkami samorządu terytorialnego: Comune di Ancona (gminą Ankona) a Regione Marche (regionem Marchia) w przedmiocie wydanej przez władze regionalne decyzji w przedmiocie cofnięcia i odzyskania pomocy finansowej, która została wypłacona gminie Ankona z tytułu projektu budowy wyciągu do holowania statków.

Ramy prawne

- 3 Motyw 4 preambuły rozporządzenia 1260/1999 brzmi następująco:

„W celu zwiększenia koncentracji i uproszczenia działań funduszy strukturalnych [...] [należy określić je przede wszystkim] jako wspierające rozwój i dostosowanie strukturalne regionów opóźnionych w rozwoju, przekształcenia ekonomiczne i społeczne oraz zmianę profilu polityki społecznej na obszarach stojących w obliczu trudności strukturalnych oraz dostosowujące i modernizujące polityki i systemy edukacyjne, szkoleniowe i zatrudnienia”.
- 4 Motyw 7 wspomnianego rozporządzenia przewiduje:

„Europejski Fundusz Rozwoju Regionalnego (EFRR) przyczynia się przede wszystkim do osiągnięcia celu polegającego na wspieraniu rozwoju i dostosowania strukturalnego regionów opóźnionych w rozwoju oraz gospodarczego i społecznego przekształcenia obszarów stojących w obliczu trudności strukturalnych”.
- 5 Motyw 41 tego rozporządzenia brzmi następująco:

„[...] w celu zapewnienia efektywności i długotrwałego oddziaływania pomocy ze strony funduszy całość lub część pomocy z funduszu powinna pozostać przypisana do działania jedynie w przypadku, gdy jej charakter lub warunki wykonywania nie podlegają znacznym modyfikacjom, które mogłyby spowodować odejście wspieranej operacji od jej pierwotnych celów”.
- 6 Artykuł 30 ust. 4 rozporządzenia nr 1260/1999, zatytułowany „Kwalifikacje”, stanowi:

„Państwa członkowskie zapewniają, że działanie zachowuje wkład z funduszy, jedynie wówczas, gdy to działanie, w okresie pięciu lat od daty decyzji właściwych organów krajowych lub instytucji zarządzającej w sprawie wkładu [z] funduszy, nie podlega znacznym modyfikacjom:

 - a) wpływającym na jej [jego] charakter lub warunki jej [jego] wykonania [wdrożenia] lub przyznające firmie [przedsiębiorstwu] lub instytucji publicznej [podmiotowi prawa publicznego] nienależne korzyści; oraz

- b) wynikającym albo ze zmiany charakteru własności danej pozycji infrastruktury, albo zaprzestania lub zmiany lokalizacji działalności produkcyjnej.

Państwa członkowskie powiadamiają Komisję o wszelkich takich modyfikacjach. Jeżeli nastąpi taka modyfikacja, stosuje się art. 39”.

- 7 Artykuł 38 ust. 1 tego rozporządzenia zatytułowany „Przepisy ogólne” stanowi:

„Bez uszczerbku dla odpowiedzialności Komisji za wykonanie ogólnego budżetu Unii Europejskiej państwa członkowskie biorą w pierwszej instancji odpowiedzialność za finansową kontrolę pomocy. W tym celu podjęte środki obejmują:

[...]

- e) zapobieganie, wykrywanie i poprawianie nieprawidłowości, informowanie o nich Komisji zgodnie z przepisami oraz informowanie Komisji o postępie postępowań administracyjnych i procedur sądowych;

[...]

- h) windykację [odzyskiwanie] kwot utraconych w wyniku stwierdzonych nieprawidłowości wraz z naliczeniem, gdzie sytuacja tego wymaga, odsetek za zwłokę”.

- 8 Artykuł 39 tego rozporządzenia, zatytułowany „Korekty finansowe”, stanowi w ust. 1:

„Państwa członkowskie w pierwszej instancji biorą odpowiedzialność za śledzenie nieprawidłowości, działając na podstawie dowodów wszelkich zasadniczych zmian wpływających na charakter lub warunki wykonania lub nadzorowania pomocy i dokonując wymaganych korekt finansowych [na państwach członkowskich ciąży w pierwszej kolejności obowiązek przeprowadzenia dochodzenia w przypadku nieprawidłowości, podjęcia działań w przypadku udowodnionych istotnych zmian wpływających na charakter lub warunki wykonania i nadzorowania pomocy i dokonania koniecznych korekt finansowych].

Państwo członkowskie dokonuje wymaganych korekt finansowych w związku z indywidualnymi lub systemowymi nieprawidłowościami. Korekty dokonywane przez państwo członkowskie polegają na anulowaniu całości lub części wkładu Wspólnoty. Uwolnione w ten sposób fundusze wspólnotowe mogą zostać ponownie wykorzystane przez państwo członkowskie na daną pomoc zgodnie z rozwiązaniami, które zostaną określone na podstawie art. 53 ust. 2”.

Stan faktyczny w postępowaniu głównym i pytania prejudycjalne

- 9 Region Marchia, który jest organem zarządzającym programu operacyjnego pomocy strukturalnej Unii dla tego regionu, opublikował w ramach EFRR ogłoszenie o naborze różnych projektów infrastrukturalnych na lokalnych terenach portowych na okres programowania 2002–2006.
- 10 Odpowiadając na to ogłoszenie, gmina Ankona złożyła wniosek o finansowanie trzech projektów dotyczących odpowiednio budowy wyciągu, zakupu żurawia samobieżnego i wykonania prac polegających na przebudowie terenu przed tym wyciągiem. Wszystkie trzy projekty zostały zaakceptowane.

- 11 W następstwie robót budowlanych polegających na budowie wyciągu i po zainstalowaniu żurawia samobieżnego gmina Ankona, jako organ będący beneficjentem spornego finansowania, zwróciła się do regionu Marchia z pytaniem o możliwość powierzenia osobom trzecim zarządu obiektem i związanymi z nim usługami. Region uznał, że nic nie stoi temu na przeszkodzie, przypominając jednocześnie o konieczności przestrzegania obowiązujących przepisów w dziedzinie udzielania koncesji na usługi publiczne.
- 12 Uchwałą rady gminnej z dnia 19 kwietnia 2005 r. gmina Ankona powierzyła zarząd wyciągiem Cooperativa Pescatori e Motopescherecci di Ancona arl (spółdzielni rybaków i właścicieli trawlerów w Ankonie, zwanej dalej „spółdzielnią Pescatori”), nakładając jednocześnie na nią szereg zobowiązań polegających m.in. na uiszczaniu na rzecz gminy Ankona rocznej opłaty obliczonej w taki sposób, aby nie powodować powstania znacznych przychodów, zarówno po stronie koncesjonariusza, jak i organu udzielającego koncesji, zakazie zmiany warunków przeprowadzenia działań, na które zostały alokowane środki, zakazie prowadzenia działalności zarobkowej i obowiązku przestrzegania wszystkich mających zastosowanie dyrektyw i norm Unii, a także obowiązku utrzymania publicznego charakteru i przeznaczenia użytkowego finansowanego obiektu. Wreszcie uchwała ta przewidywała, że obiekt ten pozostaje w każdym razie własnością gminy Ankona.
- 13 W czerwcu 2010 r. region Marchia stwierdził w zarządzaniu przez gminę Ankona wyciągiem pewne nieprawidłowości, polegające na:
 - wykorzystywaniu wyciągu także przez statki rekreacyjne w proporcji szacowanej na 18%;
 - niewykorzystywaniu części rozpatrywanego obiektu oraz
 - przede wszystkim, tytułem zarzutu głównego, oddanie wyciągu w zarząd w sposób bezpośredni, czyli z pominięciem procedury przetargowej.
- 14 Na podstawie tych ustaleń region Marchia wydał decyzję w przedmiocie cofnięcia i odzyskania finansowania przyznanego gminie Ankona.
- 15 Gmina ta wniosła zatem do sądu odsyłającego skargę o stwierdzenie nieważności tej decyzji.
- 16 Na poparcie swojej skargi gmina Ankona podnosi między innymi następujące zarzuty:
 - ewentualne nieprzestrzeganie zasad postępowania przetargowego w zakresie dotyczącym oddania w koncesję zarządu wyciągiem nie powoduje wygaśnięcia wsparcia finansowego;
 - nie było konieczności przeprowadzania przetargu w celu oddania wyciągu w zarząd, jako że żaden inny, poza spółdzielnią Pescatori, podmiot gospodarczy nie był zainteresowany tą koncesją, a
 - wykorzystanie wyciągu przez statki rekreacyjne nie jest sprzeczne z realizowanymi przez EFRR celami.
- 17 W tych okolicznościach Tribunale amministrativo regionale per le Marche postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

- „1) [Czy art. 30 ust. 4 rozporządzenia nr 1260/1999] należy interpretować w taki sposób, że, aby móc ocenić, czy udzielenie koncesji nie powoduje powstania po stronie organu udzielającego koncesji znacznych przychodów lub nienależnej korzyści po stronie koncesjonariusza, należy najpierw sprawdzić, czy obiekt został poddany znacznym modyfikacjom?
- 2) [W przypadku udzielenia twierdzącej odpowiedzi na pytanie pierwsze], co należy rozumieć przez »znaczną modyfikację«, a mianowicie, czy [art. 30 ust. 4 rozporządzenia nr 1260/1999] dotyczy jedynie modyfikacji fizycznej – co oznaczałoby, że zrealizowany obiekt nie odpowiada temu przewidzianemu w projekcie, którego dofinansowanie zostało zatwierdzone – czy dotyczy on też zmiany funkcjonalnej i, w tym przypadku, czy mamy do czynienia ze znaczną modyfikacją w sytuacji, gdy obiekt jest wykorzystywany »również« – ale nie w głównej mierze – do prowadzenia działalności innej niż ta, która została przewidziana w ogłoszeniu o naborze wniosków lub w samym wniosku[?]
- 3) [W przypadku udzielenia przeczącej odpowiedzi na pytanie pierwsze]; w przypadkach, gdy dofinansowanie ze środków publicznych jest wykorzystywane do wzniesienia obiektów mogących stanowić przedmiot zarządu mającego znaczenie gospodarcze, czy [art. 30 ust. 4 rozporządzenia nr 1260/1999] ma zastosowanie jedynie do etapu budowy obiektu czy też obowiązek przestrzegania zasad postępowania przetargowego ma zastosowanie również w odniesieniu do udzielenia koncesji na zarządzanie?
- 4) [Wreszcie], czy wykładni art. 30 [ust. 4 rozporządzenia nr 1260/1999] należy dokonywać w taki sposób, że ustalenie faktyczne, iż udzielona podmiotowi trzeciemu koncesja na zarządzanie nie przysparza znacznych przychodów netto ani nienależnej korzyści przedsiębiorstwu, ani organowi publicznemu, jest pod względem logicznym i prawnym kwestią następczą względem pytania prejudycjalnego (dotyczącego obowiązku przestrzegania zasad procedur przetargowych), czy też przy sprawdzaniu tego, czy istnieje obowiązek przeprowadzenia procedury przetargowej, należy również uwzględnić szczególne wymogi związane ze stosunkiem koncesyjnym?”.

W przedmiocie pytań prejudycjalnych

Uwagi wstępne

- 18 W art. 30 ust. 4 rozporządzenia nr 1260/1999 ustanowiona została zasada, zgodnie z którą działanie zachowuje definitywnie wkład z funduszy strukturalnych jedynie wówczas, gdy nie podlega ono „znacznym modyfikacjom” w okresie pięciu lat od daty wydania decyzji przez właściwe organy krajowe lub instytucje zarządzające w sprawie wkładu z tych funduszy. Zawisły w postępowaniu głównym spór dotyczy przede wszystkim tego, czy zmiany stwierdzone przez region Marchia są objęte zakresem stosowania tego przepisu.
- 19 Na wstępie należy wyjaśnić, że dokonywanie konkretnej kwalifikacji prawnej modyfikacji będących przedmiotem sporu w sprawie głównej nie należy do właściwości Trybunału. Tego typu kwalifikacja pozostaje bowiem w wyłącznej kompetencji sądu krajowego. Rola Trybunału sprowadza się do dokonania na użytek tego sądu wykładni prawa Unii, użytecznej celem wydania orzeczenia, które sąd ten ma obowiązek wydać w zawisłej przed nim sprawie. Trybunał może jednak określić zasady, którymi może kierować się dokonujący oceny sąd odsyłający (zob. wyrok z dnia 10 listopada 2011 r. w sprawie C-348/10 Norma-A i Dekom, Zb.Orz. s. I-10983, pkt 57, 58).

- 20 W tym kontekście należy podkreślić, że, aby uznać, iż dana modyfikacja wchodzi w zakres zastosowania art. 30 ust. 4 rozporządzenia nr 1260/1999, należy przede wszystkim upewnić się, że artykuł ten ma zastosowanie do poddanego tej zmianie działania, i, jeśli tak jest, przeanalizować następnie to, czy ta zmiana spełnia określone w art. 30 ust. 4 akapit pierwszy lit. a) i b) warunki, uwzględniając przy tym fakt, że, jak wynika to z zastosowania w tym przepisie spójnika koniunkcji „i”, dana zmiana musi spełniać oba te warunki łącznie.
- 21 Analizując te warunki, należy w pierwszej kolejności sprawdzić, czy sporna modyfikacja spełnia warunek określony w art. 30 ust. 4 akapit pierwszy lit. b) rozporządzenia nr 1260/1999, w którym ustanowiono wymóg, aby modyfikacja ta wynikała albo ze zmiany charakteru własności danej pozycji infrastruktury, albo zaprzestania lub zmiany lokalizacji działalności produkcyjnej. Przy sprawdzaniu tego, czy warunek ten został spełniony, należy ocenić leżące u podstaw spornej modyfikacji czynniki stanowiące jej przyczynę.
- 22 W drugiej kolejności należy natomiast zbadać, czy do danej modyfikacji znajduje zastosowanie jeden z dwóch określonych w art. 30 ust. 4 akapit pierwszy lit. a) tego rozporządzenia przypadków, a mianowicie wywieranie wpływu na charakter lub warunki wdrożenia danego działania lub przysporzenie przedsiębiorstwu czy też podmiotowi prawa publicznego nienależnych korzyści; te warunki dotyczą skutków rozpatrywanej modyfikacji.
- 23 W trzeciej kolejności, po przeanalizowaniu warunków określonych w art. 30 ust. 4 akapit pierwszy lit. a) i b) rozporządzenia nr 1260/1999, należy sprawdzić, czy rozpatrywane modyfikacje są znaczne.
- 24 Odpowiedzi na zadane przez sąd odsyłający pytania zostaną udzielone w tej właśnie kolejności.

W przedmiocie pytania trzeciego

- 25 Zadając trzecie pytanie, na które należy odpowiedzieć w pierwszej kolejności, sąd odsyłający dąży w istocie do ustalenia, czy art. 30 ust. 4 rozporządzenia nr 1260/1999 należy interpretować w ten sposób, że przepis ten dotyczy jedynie modyfikacji, które zaszły na etapie budowy obiektu, czy również tych, które zaszły już później, w szczególności – podczas zarządzania nim.
- 26 W tym względzie, z jednej strony, z brzmienia art. 30 ust. 4 rozporządzenia nr 1260/1999 wynika, że dotyczy on tych modyfikacji danego działania, które zaszły w okresie pięciu lat od daty wydania decyzji przez właściwe organy krajowe lub instytucje zarządzające w sprawie wkładu z funduszy strukturalnych. Ponieważ, przykładowo, w przypadku realizacji danego obiektu nie można wykluczyć, iż jego budowa może trwać krócej niż wskazany okres pięciu lat, należy wyciągnąć wniosek, że określone w tym przepisie modyfikacje winny nie ograniczać się do tych zachodzących jedynie na etapie budowy obiektu, lecz obejmować – w odpowiednim przypadku i bez uszczerbku dla przewidzianego okresu – modyfikacje, które zaszły już później, w szczególności podczas zarządzania obiektem.
- 27 Z drugiej strony, z motywu 4 rozporządzenia nr 1260/1999 wynika, że pomoc z funduszy strukturalnych musi mieć przede wszystkim na celu „rozwój i dostosowanie strukturalne regionów opóźnionych w rozwoju, przekształcenia ekonomiczne i społeczne oraz zmianę profilu polityki społecznej na obszarach stojących w obliczu trudności strukturalnych oraz dostosowujące i modernizujące polityki i systemy

edukacyjne, szkoleniowe i zatrudnienia”. W przypadku EFRR cele te polegają w szczególności, zgodnie z motywem 7 rozporządzenia nr 1260/1999, wspieraniu rozwoju i dostosowania strukturalnego regionów opóźnionych w rozwoju oraz gospodarczego i społecznego przekształcenia obszarów stojących w obliczu trudności strukturalnych.

- 28 Wynika z tego, że za pomocą funduszy strukturalnych realizowane są cele, które mogą zostać osiągnięte jedynie w przypadku, jeżeli pochodzące z tych funduszy wsparcie i związana z nim kontrola dotyczą nie tylko czynności i wydatków wiążących się z realizacją danego działania, lecz również zasad wdrażania tego działania i zarządzania nim w przewidzianym w art. 30 ust. 4 rozporządzenia nr 1260/1999 pięcioletnim okresie. Skuteczność działania tych funduszy może być bowiem zapewniona tylko pod tym warunkiem, którego spełnienie zapobiegnie sytuacji, w której fundusze finansują obiekty, w odniesieniu do zarządu którymi, już po ich realizacji, zachodzą takie modyfikacje, iż nie realizują już one celów, ze względu na które przyznano im finansowanie.
- 29 Z powyższych względów na pytanie trzecie należy udzielić odpowiedzi, że art. 30 ust. 4 rozporządzenia nr 1260/1999 należy interpretować w taki sposób, iż przepis ten dotyczy również modyfikacji zaistniałych we wskazanym w tym przepisie pięcioletnim okresie, które zaszły już po zrealizowaniu danego obiektu, a w szczególności – podczas zarządzania nim.

W przedmiocie pytania pierwszego

- 30 Zadając pytanie pierwsze, na które należy odpowiedzieć w drugiej kolejności, sąd odsyłający chce ustalić, czy art. 30 ust. 4 rozporządzenia nr 1260/1999 należy interpretować w taki sposób, że, aby móc ocenić, czy udzielenie koncesji nie powoduje powstania po stronie organu udzielającego koncesji znacznych przychodów lub nienależnej korzyści po stronie koncesjonariusza, należy najpierw sprawdzić, czy powierzony obiekt został poddany znacznym modyfikacjom.
- 31 W tym względzie z brzmienia art. 30 ust. 4 rozporządzenia nr 1260/1999 wynika, że przysporzenie nienależnej korzyści jest jedną z potencjalnych przesłanek zaistnienia znacznej modyfikacji w rozumieniu tego przepisu.
- 32 Wynika z tego, że stwierdzenie przez sąd odsyłający faktu, że w danym przypadku zaszła znaczna modyfikacja w rozumieniu art. 30 ust. 4 rozporządzenia nr 1260/1999, winno być w szczególności poprzedzone analizą tego, czy rozpatrywana przezeń zmiana przysporzyła nienależnej korzyści lub też wywarła wpływ na charakter lub warunki wdrożenia danego działania.
- 33 W świetle powyższego na pytanie pierwsze należy odpowiedzieć, że art. 30 ust. 4 rozporządzenia nr 1260/1999 należy interpretować w taki sposób, iż, aby móc ocenić, czy udzielenie koncesji nie powoduje powstania po stronie organu udzielającego koncesji znacznych przychodów lub nienależnej korzyści po stronie koncesjonariusza, nie ma potrzeby uprzedniego sprawdzania tego, czy powierzony obiekt został poddany znacznym modyfikacjom.

W przedmiocie pytania drugiego

- 34 Zadając pytanie drugie, na które należy odpowiedzieć w trzeciej kolejności, sąd odsyłający zastanawia się, czy art. 30 ust. 4 rozporządzenia nr 1260/1999 należy interpretować w taki sposób, że dotyczy on jedynie przypadku modyfikacji fizycznej,

gdy zrealizowany obiekt nie odpowiada temu przewidzianemu w projekcie, którego dofinansowanie zostało zatwierdzone, czy dotyczy on też zmiany funkcjonalnej. W tym drugim przypadku sąd odsyłający podnosi kwestię, czy mamy do czynienia ze znaczną modyfikacją w sytuacji, gdy obiekt jest wykorzystywany również – ale nie w głównej mierze – do prowadzenia działalności innej niż ta, która została przewidziana w ogłoszeniu o naborze wniosków lub w samym wniosku o finansowanie.

- 35 Na wstępie, ze względu na to, że prawodawca Unii zadbał o dodanie w odniesieniu do rozpatrywanej modyfikacji przymiotnika „znaczny”, należy stwierdzić, iż do tego, aby art. 30 ust. 4 rozporządzenia nr 1260/1999 miał zastosowanie do tej modyfikacji, konieczne jest nie tylko spełnienie przez nią określonych w tym przepisie warunków, lecz musi ona również stanowić przedsięwzięcie na pewną skalę.
- 36 W tym względzie z motywu 41 rozporządzenia nr 1260/1999 wynika, że całość lub część pomocy udzielonej z jednego z funduszy powinna pozostać przypisana do działania jedynie w przypadku, gdy jej charakter lub warunki wykonywania nie podlegają znacznym modyfikacjom, które mogłyby spowodować odejście wspieranej operacji od jej pierwotnych celów.
- 37 Tak więc w sytuacji, gdy dana modyfikacja spełnia określony w art. 30 ust. 4 akapit pierwszy lit. a) rozporządzenia nr 1260/1999 warunek ze względu na to, że wywiera ona wpływ na charakter lub warunki wdrożenia danego działania, może ona zostać uznana za „znaczną modyfikację” w rozumieniu art. 30 ust. 4 tego rozporządzenia jedynie wówczas, gdy zmniejsza znacznie możliwość zrealizowania za pomocą tego działania przypisanego mu celu.
- 38 Ponieważ zarówno modyfikacja fizyczna, jak i funkcjonalna mogą znacząco zmniejszać możliwość zrealizowania za pomocą danego działania przypisanego mu celu, należy wyciągnąć wniosek, że związana z art. 30 ust. 4 rozporządzenia nr 1260/1999 kontrola dokonanych w odniesieniu do danego obiektu zmian dotyczy nie tylko rozbieżności między projektem obiektu a jego realizacją, lecz również zmian, jakie zaszły w odniesieniu do jego funkcjonowania.
- 39 Z powyższego wynika, że okoliczność, iż różnego rodzaju elementy składowe danego działania zostały w pewnym stopniu zmienione pod względem ilościowym, nie może sama w sobie zostać uznana za mającą rozstrzygające znaczenie.
- 40 W okolicznościach rozpatrywanych w postępowaniu głównym do sądu odsyłającego należy zatem dokonanie oceny tego, czy wprowadzone zmiany, a w szczególności fakt, iż zbudowany przez gminę Ankona wyciąg jest wykorzystywany także przez statki rekreacyjne w proporcji szacowanej na 18%, podczas gdy ten sposób wykorzystywania go nie został ujęty we wniosku o finansowanie tego projektu, mogą w znacząco wpłynąć na sposób wykorzystywania rozpatrywanego obiektu ze względu na prowadzenie za jego pomocą działalności innej niż przewidziana i, co za tym idzie, zmniejszać znacząco możliwość zrealizowania za pomocą tego działania przypisanego mu celu.
- 41 W odniesieniu do drugiego z określonych w art. 30 ust. 4 lit. b) rozporządzenia nr 1260/1999 warunków koniecznych do tego, aby modyfikacja polegająca na wykorzystywaniu obiektu do prowadzenia działalności innej niż ta, która została przewidziana we wniosku o finansowanie, mogła zostać uznana za „znaczną modyfikację” w rozumieniu tego art. 30 ust. 4, należy jeszcze wyjaśnić, że zmiana ta powinna wynikać z co najmniej częściowego zaprzestania niektórych rodzajów działalności przewidzianych w projekcie, którego dofinansowanie zostało zatwierdzone.

- 42 Na pytanie drugie należy zatem udzielić odpowiedzi, że art. 30 ust. 4 rozporządzenia nr 1260/1999 należy interpretować w ten sposób, iż dotyczy on zarówno przypadku modyfikacji fizycznej, gdy zrealizowany obiekt nie odpowiada temu przewidzianemu w projekcie, którego dofinansowanie zostało zatwierdzone, jak i modyfikacji funkcjonalnej, przy czym w przypadku modyfikacji polegającej na wykorzystywaniu obiektu do prowadzenia rodzajów działalności innych niż to, które zostało przewidziane w projekcie, którego dofinansowanie zostało zatwierdzone, taka zmiana musi być w stanie znacząco zmniejszyć możliwość zrealizowania za pomocą danego działania przypisanego mu celu.

W przedmiocie pytania czwartego

- 43 Zadając pytanie czwarte, sąd odsyłający zastanawia się w istocie, czy prawo Unii stoi na przeszkodzie bezpośredniemu – czyli przeprowadzonemu z pominięciem procedury przetargowej – udzieleniu przez gminę podmiotowi trzeciemu koncesji na świadczenie związanej z obiektem usługi publicznej, jeśli ta koncesja nie może przysporzyć znacznych przychodów netto ani nienależnej korzyści ani temu podmiotowi trzeciemu, ani udzielającemu koncesji organowi publicznemu.
- 44 W tym względzie należy przede wszystkim podnieść, że jeśli okaże się, iż nie można uznać rozpatrywanych modyfikacji za modyfikacje w rozumieniu art. 30 ust. 4 rozporządzenia nr 1260/1999, to jednak zgodnie z tym, co zostało ustanowione w art. 38 ust. 1 lit. e) i h) tego samego rozporządzenia, dane państwo członkowskie musi sprawdzić, czy ta modyfikacja nie stanowi nieprawidłowości w rozumieniu art. 38 i 39 tego rozporządzenia, w odniesieniu do której będzie należało następnie dokonać koniecznych korekt finansowych oraz odzyskać odpowiednie utracone kwoty z naliczeniem w odpowiednim przypadku odsetek za zwłokę.
- 45 Następnie należy przypomnieć, że koncesje na usługi publiczne nie zostały uregulowane na poziomie prawa wtórnego Unii. Z braku takiej regulacji przepisy mające zastosowanie do koncesji na usługi winny być analizowane w świetle prawa pierwotnego, a w szczególności – w świetle podstawowych wolności przewidzianych przez traktat FUE (zob. wyrok z dnia 7 grudnia 2000 r. w sprawie C-324/98 *Telaustria i Telefonadress*, Rec. s. I-10745, pkt 60).
- 46 W tym kontekście Trybunał rozstrzygnął już, że z zasady równości traktowania i niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową wynika między innymi spoczywający na udzielającym koncesji podmiocie obowiązek przejrzystości, zgodnie z którym wymagane jest zagwarantowanie wszystkim potencjalnym oferentom odpowiedniego poziomu jawności umożliwiającego otwarcie na konkurencję oraz kontrolę bezstronności procedury przetargowej, niekoniecznie wiążące się z obowiązkiem przeprowadzenia przetargu (wyroki: z dnia 13 września 2007 r. w sprawie C-260/04 *Komisja przeciwko Włochom*, Zb.Orz. s. I-7083, pkt 24; z dnia 13 listopada 2008 r. w sprawie C-324/07 *Coditel Brabant*, Zb.Orz. s. I-8457, pkt 25).
- 47 W szczególności zostało rozstrzygnięte, że, ze względu na to, iż dana koncesja może stać się przedmiotem zainteresowania przedsiębiorstwa mającego siedzibę w państwie członkowskim innym niż to, w którym ma siedzibę podmiot udzielający koncesji, udzielenie jej w sposób całkowicie nieprzejrzysty przedsiębiorstwu mającemu siedzibę w tym ostatnim państwie członkowskim stanowi różnicę w traktowaniu na niekorzyść przedsiębiorstw mających siedzibę w innych państwach członkowskich. Wobec braku przejrzystości procedury koncesyjnej przedsiębiorstwa z tych innych państw członkowskich nie mają bowiem żadnej możliwości wyrażenia zainteresowania

otrzymaniem danej koncesji (zob. podobnie wyrok z dnia 21 lipca 2005 r. w sprawie C-231/03 Coname, Zb.Orz. s. I-7287, pkt 17, 18).

- 48 Jeśli takie zróżnicowanie traktowania, które działa głównie na niekorzyść przedsiębiorstw znajdujących się w innym państwie członkowskim, nie jest uzasadnione obiektywnymi okolicznościami, stanowi ono przejaw dyskryminacji pośredniej ze względu na przynależność państwową, zakazanej na mocy art. 49 TFUE i 56 TFUE (wyrok z dnia 17 lipca 2008 r. w sprawie C-347/06 ASM Brescia, Zb.Orz. s. I-5641, pkt 60).
- 49 W tych okolicznościach, aby sąd odsyłający mógł ocenić, czy udzielenie koncesji dotyczącej wyciągu spełnia określone w prawie Unii wymogi, musi on zbadać, czy udzielenie przez gminę Ankona koncesji na świadczenie usługi publicznej odbyło się w warunkach przejrzystości umożliwiającym w szczególności przedsiębiorstwu mającemu siedzibę w państwie członkowskim innym niż Republika Włosa uzyskanie odpowiednich informacji dotyczących koncesji przed jej udzieleniem, efektem czego przedsiębiorstwo to miałoby w odpowiednim przypadku możliwość wyrażenia zainteresowania jej otrzymaniem (zob. ww. wyrok w sprawie Coname, pkt 21).
- 50 W zawieszony w postępowaniu głównym sprawie gmina Ankona nie powołała się na żadną obiektywną okoliczność mogącą uzasadniać brak przejrzystości udzielenia koncesji. Przeciwnie, jej zdaniem ta przyznana spółdzielni Pescatori koncesja nie była w stanie zainteresować przedsiębiorstw mających siedzibę w innych państwach członkowskich ze względu na to, że została ona skonstruowana w taki sposób, iż nie mogła przysparzać znacznych przychodów netto jej beneficjentowi, ani też nienależnej korzyści – ani jemu, ani gminie.
- 51 Jednak okoliczność, że koncesja nie może przysparzać znacznych przychodów netto lub nienależnej korzyści ani przedsiębiorstwu, ani jednostce samorządu terytorialnego, nie pozwala sama w sobie na wyciągnięcie wniosku, iż ta koncesja nie może zainteresować pod względem ekonomicznym przedsiębiorstw mających siedzibę w państwach członkowskich innych niż to, na którego terenie znajduje się podmiot udzielający koncesji. W ramach strategii gospodarczej mającej na celu rozszerzenie części z prowadzonej działalności na obszar innego państwa członkowskiego przedsiębiorstwo może bowiem podjąć taktyczną decyzję o zwróceniu się o udzielenie koncesji w tym państwie członkowskim pomimo tego, że koncesja ta nie może jako taka przysporzyć odpowiednich zysków, gdyż ta sposobność może jednak umożliwić mu wejście na rynek w tym państwie członkowskim, a także zaprezentowanie się na nim celem przygotowania swego dalszego na nim rozwoju.
- 52 W świetle powyższego na pytanie czwarte należy odpowiedzieć, że w okolicznościach takich jak rozpatrywane w postępowaniu głównym prawo Unii nie stoi na przeszkodzie przeprowadzonemu z pominięciem procedury przetargowej udzieleniu koncesji na świadczenie związanej z obiektem usługi publicznej, jeśli to udzielenie zostało dokonane zgodnie z zasadą przejrzystości, której przestrzeganie – które niekoniecznie wiąże się z obowiązkiem przeprowadzenia przetargu – winno umożliwić przedsiębiorstwu mającemu siedzibę w państwie członkowskim innym niż to, w którym ma siedzibę podmiot udzielający koncesji, uzyskanie odpowiednich informacji dotyczących koncesji przed jej udzieleniem, efektem czego przedsiębiorstwo to miałoby w odpowiednim przypadku możliwość wyrażenia zainteresowania jej otrzymaniem; sprawdzenie tego należy do sądu odsyłającego.

W przedmiocie kosztów

- 53 Dla stron w postępowaniu głównym niniejsze postępowanie ma charakter incydentalny, dotyczy bowiem kwestii podniesionej przed sądem odsyłającym, do niego zatem należy rozstrzygnięcie o kosztach. Koszty poniesione w związku z przedstawieniem uwag Trybunałowi, inne niż koszty stron w postępowaniu głównym, nie podlegają zwrotowi.

Z powyższych względów Trybunał (czwarta izba) orzeka, co następuje:

- 1) **Artykuł 30 ust. 4 rozporządzenia Rady (WE) nr 1260/1999 z dnia 21 czerwca 1999 r. ustanawiającego przepisy ogólne w sprawie funduszy strukturalnych należy interpretować w taki sposób, iż przepis ten dotyczy również modyfikacji zaistniałych we wskazanym w tym przepisie pięcioletnim okresie, które zaszły już po realizacji danego obiektu, a w szczególności – podczas zarządzania nim.**
- 2) **Artykuł 30 ust. 4 rozporządzenia nr 1260/1999 należy interpretować w taki sposób, iż, aby móc ocenić, czy udzielenie koncesji nie powoduje powstania po stronie organu udzielającego koncesji znacznych przychodów lub nienależnej korzyści po stronie koncesjonariusza, nie ma potrzeby uprzedniego sprawdzania, czy powierzony obiekt został poddany znacznym modyfikacjom.**
- 3) **Artykuł 30 ust. 4 rozporządzenia nr 1260/1999 należy interpretować w ten sposób, iż dotyczy on zarówno przypadku modyfikacji fizycznej, gdy zrealizowany obiekt nie odpowiada temu przewidzianemu w projekcie, którego dofinansowanie zostało zatwierdzone, jak i modyfikacji funkcjonalnej, przy czym w przypadku modyfikacji polegającej na wykorzystywaniu obiektu do prowadzenia rodzajów działalności innych niż to, które zostało przewidziane w projekcie, którego dofinansowanie zostało zatwierdzone, taka zmiana musi być w stanie znacząco zmniejszyć możliwość zrealizowania za pomocą danego działania przypisanego mu celu.**
- 4) **W okolicznościach takich jak rozpatrywane w postępowaniu głównym prawo Unii nie stoi na przeszkodzie przeprowadzonemu z pominięciem procedury przetargowej udzieleniu koncesji na świadczenie związanej z obiektem usługi publicznej, jeśli to udzielenie zostało dokonane zgodnie z zasadą przejrzystości, której przestrzeganie –niekoniecznie wiążące się z obowiązkiem przeprowadzenia przetargu – winno umożliwić przedsiębiorstwu mającemu siedzibę w państwie członkowskim innym niż to, w którym ma siedzibę podmiot udzielający koncesji, uzyskanie odpowiednich informacji dotyczących koncesji przed jej udzieleniem, efektem czego przedsiębiorstwo to miałoby w odpowiednim przypadku możliwość wyrażenia zainteresowania jej otrzymaniem; sprawdzenie tego należy do sądu odsyłającego.**

Podpisy

