

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE
YVES BOT
presentate il 5 settembre 2013 [\(1\)](#)

Causa C-388/12

**Comune di Ancona
contro
Regione Marche**

[domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche (Italia)]

«Fondi strutturali – Partecipazione finanziaria dei suddetti Fondi – Criteri di ammissibilità delle spese – Principio della compatibilità dell'operazione con il diritto dell'Unione ai sensi dell'articolo 12 del regolamento (CE) n. 1260/1999 – Principio della stabilità dell'operazione ai sensi dell'articolo 30, paragrafo 4, del regolamento (CE) n. 1260/1999 – Nozione di “modificazioni sostanziali” di un'operazione – Assegnazione di un contratto di concessione senza pubblicità e messa in concorrenza preventive – Rettifiche finanziarie ai sensi dell'articolo 39 del regolamento (CE) n. 1260/1999»

1. Con il presente rinvio pregiudiziale, il Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche (Italia) s'interroga sulla portata delle norme che disciplinano l'ammissibilità di un progetto a un finanziamento europeo previste nell'ambito del regolamento (CE) n. 1260/1999 del Consiglio, del 21 giugno 1999, recante disposizioni generali sui Fondi strutturali [\(2\)](#).

2. In particolare si chiede alla Corte di precisare il significato e la portata dei principi di compatibilità con il diritto dell'Unione e di stabilità del progetto sanciti dagli articoli 12 e 30 del regolamento.

3. Tale domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia tra il Comune di Ancona, beneficiario finale di una sovvenzione accordata dal Fondo europeo di sviluppo regionale (FESR), e la Regione Marche, che è l'autorità incaricata di amministrare e controllare a livello regionale l'utilizzo della suddetta sovvenzione. La Regione Marche ha infatti deciso di revocare e recuperare i contributi finanziari versati al Comune di Ancona per la realizzazione di uno scalo di alaggio e l'acquisto di una gru mobile a causa delle irregolarità riscontrate nella gestione dell'infrastruttura portuale in parola [\(3\)](#). Al Comune di Ancona viene in particolare contestato di aver affidato la gestione dell'infrastruttura stessa ad un prestatore di servizi esterno senza una preventiva messa in concorrenza.

I – Diritto dell'Unione

4. Il FESR è uno dei quattro Fondi a finalità strutturale istituiti dalla Commissione europea per rafforzare la coesione economica, sociale e territoriale all'interno dell'Unione in conformità dell'obiettivo di cui all'articolo 174 TFUE. Tale Fondo contribuisce sostanzialmente a ridurre le disparità economiche, sociali e territoriali che si sono create in particolare nelle regioni con ritardi di sviluppo, in quelle in fase di riconversione economica e in quelle in cui si registrano difficoltà strutturali (4).

5. Il FESR è finanziato dal bilancio europeo, la cui esecuzione rientra nella competenza della Commissione. Dal momento che il suddetto bilancio è disciplinato in modo rigoroso e dispone di risorse limitate, il Consiglio dell'Unione europea ha inteso controllare, grazie alle norme di attuazione da esso definite, che il fondo in parola sia utilizzato in modo regolare ed a ragion veduta. A tal fine, per garantirne il corretto impiego, la Commissione procede al rimborso soltanto delle spese che siano state preventivamente sostenute nell'ambito dei progetti, giustificate dai promotori di questi ultimi e controllate dalle autorità nazionali competenti, il che comporta, a carico dei beneficiari, obblighi più rigorosi quanto al controllo ed alla giustificazione degli interventi effettuati e delle spese sostenute.

6. Ogni operazione deve rispettare alcuni principi comuni di ammissibilità (5).

7. Tra questi figura il principio di compatibilità enunciato all'articolo 12 del regolamento:

«Le operazioni oggetto di un finanziamento dei Fondi (...) devono essere conformi alle disposizioni del trattato e degli atti emanati in virtù dello stesso, nonché alle politiche comunitarie, ivi comprese quelle riguardanti le regole di concorrenza, le norme concernenti l'aggiudicazione di appalti pubblici (...)» (6).

8. L'ammissibilità di un'operazione ad un finanziamento europeo deve d'altro canto rispondere al principio di stabilità sancito all'articolo 30, paragrafo 4, del regolamento (7). Tale disposizione recita come segue:

«Gli Stati membri si accertano che la partecipazione dei Fondi resti attribuita ad un'operazione esclusivamente se quest'ultima entro cinque anni dalla data della decisione delle competenti autorità nazionali o dell'autorità di gestione relativa alla partecipazione dei Fondi, non subisce modificazioni sostanziali:

- a) che ne alterino la natura o le modalità di esecuzione, o che procurino un vantaggio indebito a un'impresa o a un ente pubblico, e
- b) che determinino un cambiamento nella natura della proprietà di un'infrastruttura oppure la cessazione o il cambiamento di localizzazione di un'attività produttiva.

Gli Stati membri informano la Commissione di ogni modifica di questo tipo. Qualora dovessero intervenire siffatte modifiche, si applicano le disposizioni dell'articolo 39».

9. L'articolo 39, paragrafo 1, del regolamento dispone quanto segue:

«La responsabilità di perseguire le irregolarità, di agire sulla scorta di una constatazione di una qualsiasi modificazione importante che incida sulla natura o sulle condizioni di esecuzione o sul controllo di un intervento e di effettuare le rettifiche finanziarie necessarie incombe in primo luogo agli Stati membri.

Gli Stati membri effettuano le necessarie rettifiche finanziarie connesse con l'irregolarità

isolata o sistemica. Le rettifiche degli Stati membri consistono nella soppressione totale o parziale della partecipazione della Comunità (...).

II – Procedimento principale

10. La Regione Marche, che è l'autorità di gestione del documento unico di programmazione (in prosieguo: il «DOCUP») per gli interventi strutturali dell'Unione in questa regione, ha pubblicato un bando per diversi progetti infrastrutturali nelle aree portuali locali per il periodo di programmazione 2002–2006.

11. Rispondendo a tale bando, il Comune di Ancona ha presentato una richiesta di finanziamento per tre progetti, vale a dire la costruzione di uno scalo di alaggio, l'acquisto di una gru mobile e la realizzazione di taluni interventi di sistemazione. I tre progetti in parola sono stati accolti favorevolmente.

12. In seguito alla realizzazione dello scalo di alaggio ed installata la gru mobile, il Comune di Ancona, quale beneficiario del finanziamento di cui trattasi, ha interpellato la Regione Marche circa la possibilità di affidare ad un soggetto terzo la gestione dell'opera e del servizio. La Regione Marche ha ritenuto che non sussistesse alcun elemento ostativo, richiamando peraltro la necessità di rispettare la vigente normativa in materia di affidamento in concessione di servizi pubblici (8).

13. Il Comune di Ancona ha affidato la gestione dello scalo di alaggio alla Cooperativa Pescatori e Motopescherecci di Ancona arl (in prosieguo: la «cooperativa»). Dalla decisione di rinvio si evince che il contratto di concessione sarebbe concepito in maniera tale che né il Comune di Ancona, né il concessionario possono conseguire benefici dalla gestione dello scalo di alaggio. Il concessionario sarebbe inoltre tenuto a rispettare la normativa applicabile dell'Unione e non potrebbe alterare le modalità di esecuzione dell'operazione. Il contratto di concessione prevedrebbe infine che l'opera resti di proprietà del Comune di Ancona.

14. A seguito di una verifica compiuta dalla Guardia di Finanza nel giugno 2010, la Regione Marche ha tuttavia riscontrato talune irregolarità nella gestione dello scalo di alaggio:

- in primo luogo ed in via principale, il Comune di Ancona avrebbe affidato la gestione dell'opera senza ricorrere ad una procedura ad evidenza pubblica, il che integrerebbe una violazione delle disposizioni relative alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici e giustificherebbe la revoca integrale del finanziamento;
- in secondo luogo, una parte dell'opera (il disoleatore ed uno dei due scivoli) sarebbe inutilizzata, il che giustificherebbe una revoca parziale, pari ad EUR 325 000, dei fondi concessi in forza del bando del 2002, e
- in terzo luogo, lo scalo di alaggio sarebbe utilizzato anche da imbarcazioni da diporto per una percentuale stimata pari al 18%. Siffatto motivo giustificherebbe una revoca parziale, pari ad EUR 39 000 sui fondi concessi in forza del bando del 2006.

15. Precisamente sulla base delle suddette constatazioni, la Regione Marche ha disposto, con decreto del 1° luglio 2011, la revoca ed il recupero del finanziamento accordato al Comune di Ancona. Quest'ultimo ha proposto allora, dinanzi al giudice del rinvio, un ricorso di annullamento avverso la suddetta decisione.

16. A sostegno del proprio ricorso, il Comune di Ancona ha fatto valere i seguenti motivi:

- in primo luogo, esso ritiene che la mancata messa in concorrenza non integrerebbe una causa di decadenza dal contributo. Il Comune di Ancona sostiene infatti che l'obbligo del rispetto delle procedure ad evidenza pubblica era stato espressamente previsto solo per la fase di affidamento dei lavori e non anche per la fase di gestione dello scalo di alaggio. Esso osserva anche che non ricorrono gli altri presupposti previsti all'articolo 30 del regolamento poiché l'opera è sempre rimasta di sua proprietà e non è stata alterata la sua destinazione d'uso;
- in secondo luogo, il Comune di Ancona sostiene che l'affidamento della gestione dell'infrastruttura non richiedeva il ricorso a una procedura ad evidenza pubblica, in quanto, nel caso di specie, non esistevano altri operatori interessati alla concessione in parola;
- in terzo luogo, il Comune di Ancona ritiene che il decreto del 1° luglio 2011 leda il suo legittimo affidamento dal momento che la Regione Marche non avrebbe mai formulato alcuna contestazione nei suoi confronti pur essendo stata informata dell'intenzione dello stesso Comune di affidare la gestione dello scalo di alaggio ad un soggetto esterno;
- in quarto luogo, esso sostiene che la revoca parziale pari a EUR 39 000, sui fondi concessi per il bando del 2006 è illegittima poiché la percentuale del 18% sarebbe stata fissata in modo arbitrario e l'utilizzo dello scalo di alaggio per navi da diporto non contrasterebbe con la filosofia del FESR, essendo il settore della navigazione da diporto contiguo a quello della pesca, e
- in quinto luogo, il Comune di Ancona ritiene che la Regione Marche non abbia motivato il decreto del 1° luglio 2011 e non abbia in particolare considerato le conseguenze della revoca di tale finanziamento, violando così le norme che disciplinano il potere dell'amministrazione di revocare, sospendere o modificare i propri atti.

III – Questioni pregiudiziali

17. Nutrendo dubbi in merito all'interpretazione dell'articolo 30, paragrafo 4, del regolamento, il Tribunale amministrativo regionale per le Marche, adito nel procedimento principale, ha deciso di sospendere il giudizio e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

- 1) Se l'articolo 30, paragrafo 4, del regolamento debba essere interpretato nel senso che alla valutazione circa il fatto che dall'affidamento non si generino entrate rilevanti per il concedente e indebiti vantaggi per il concessionario si può procedere solo dopo aver verificato se l'opera abbia subito modificazioni sostanziali.
- 2) In caso di risposta affermativa alla prima questione, che cosa si intenda per «modificazioni sostanziali», e cioè se la norma si riferisca solo a modificazioni fisiche – nel senso che l'opera realizzata non è conforme a quella indicata nel progetto ammesso a finanziamento – oppure anche a modificazioni funzionali e, in questo secondo caso, se si abbia una «modificazione sostanziale» nel caso in cui l'opera sia utilizzata «anche» – ma non in modo prevalente – per attività diverse da quelle contemplate nel bando e/o nella domanda di partecipazione al bando.
- 3) In caso di risposta negativa alla prima questione, se l'articolo 30, paragrafo 4, del

regolamento, con riferimento ai casi in cui il finanziamento pubblico è utilizzato per l'esecuzione di opere suscettibili di una gestione economicamente rilevante, si applichi solo alla fase di realizzazione dell'opera oppure se l'obbligo del rispetto delle regole dell'evidenza pubblica permanga anche con riguardo all'affidamento della gestione.

4) Se l'articolo 30, paragrafo 4, del regolamento debba essere interpretato nel senso che l'accertamento del fatto che dall'affidamento a terzi della gestione non derivino entrate nette consistenti o posizioni di indebito vantaggio ad un'impresa o ad un ente pubblico costituisce un passaggio logicamente e giuridicamente successivo rispetto alla questione pregiudiziale (e cioè l'obbligo del rispetto delle procedure ad evidenza pubblica) oppure se l'esistenza dell'obbligo di indire una procedura di gara vada verificata anche tenendo conto della concreta disciplina del rapporto concessorio.

18. Il Comune di Ancona, il governo portoghese e la Commissione hanno presentato osservazioni scritte e orali.

IV – Analisi

A – Oggetto delle questioni

19. Le questioni sottoposte dal giudice del rinvio vertono sull'interpretazione dell'articolo 30, paragrafo 4, del regolamento, che enuncia un principio fondamentale dell'attuazione dei fondi strutturali europei, vale a dire il principio di stabilità dell'operazione cofinanziata.

20. In virtù di tale principio, i fondi destinati ad un'operazione restano definitivamente attribuiti alla medesima solo se, entro cinque anni dalla data della decisione delle competenti autorità nazionali o dell'autorità di gestione relativa alla partecipazione di tali fondi, essa non subisce modificazioni sostanziali. Gli Stati membri, se accertano siffatte modificazioni, sono allora tenuti ad attuare le necessarie rettifiche finanziarie, in conformità dell'articolo 39, paragrafo 1, del regolamento.

21. Alla luce delle suddette disposizioni legislative, il giudice del rinvio è chiamato a stabilire se si debba ritenere che l'operazione relativa alla realizzazione di uno scalo di alaggio da parte del Comune di Ancona, che ha beneficiato del sostegno del FESR, abbia subito, nelle circostanze della controversia principale, «modificazioni sostanziali» ai sensi dell'articolo 30, paragrafo 4, del regolamento. Infatti è pacifico tra le parti che il Comune di Ancona ha affidato la gestione dello scalo di alaggio ad un prestatore di servizi esterno senza ricorso ad una preventiva messa in concorrenza. Si pongono quindi due questioni. In primo luogo, se la concessione in esame abbia implicato una «modificazione sostanziale» dell'operazione ai sensi dell'articolo 30, paragrafo 4, del regolamento; in secondo luogo, se la violazione delle norme in materia di aggiudicazione dei contratti di concessione comporti una qualche conseguenza sul finanziamento europeo.

22. Per rispondere alle suddette questioni, penso che sia necessario prendere in considerazione norme di diritto diverse da quelle espressamente indicate dal Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche nella sua decisione di rinvio. Mentre quest'ultimo concentra tutte le questioni sull'interpretazione dell'articolo 30, paragrafo 4, del regolamento, sono invece del parere che occorra richiamare l'articolo 12 del regolamento relativo al principio di compatibilità dell'operazione con il diritto dell'Unione.

23. Ritengo altresì che sia necessario riformulare le questioni sollevate dal giudice del

rinvio dal momento che esse sono poste talvolta, a mio avviso, in modo ambiguo (9).

24. Dati tali elementi, propongo quindi di esaminare insieme la prima e la seconda questione, nonché la prima parte della terza questione (10). Infatti le questioni di cui trattasi vertono tutte sull'interpretazione della nozione di «modificazioni sostanziali» di un'operazione ai sensi dell'articolo 30, paragrafo 4, del regolamento e si inquadrano nel contesto di una situazione in cui la gestione dell'operazione cofinanziata è delegata ad un prestatore esterno.

25. Tratterò poi la seconda parte della terza questione. Quest'ultima verte, infatti, piuttosto sulla portata del principio di compatibilità dell'operazione con il diritto dell'Unione enunciato all'articolo 12 del regolamento. Il giudice del rinvio desidera sapere se il rispetto di tale principio, e in particolare l'obbligo di indire una procedura di gara, gravi sul beneficiario dei fondi quando questi, agendo come amministrazione aggiudicatrice, assegna un contratto di concessione relativo alla gestione di un servizio cofinanziato dai fondi strutturali.

26. Esaminerò infine la quarta questione relativa, a mio avviso, ai limiti che possono essere posti al rispetto dell'obbligo di trasparenza. Il giudice del rinvio chiede infatti se il rispetto di quest'obbligo si imponga nel caso in cui la concessione di cui trattasi non permette di conseguire nessun vantaggio e quando c'è un solo operatore economico interessato e idoneo ad assumere la gestione del servizio.

27. Alla luce delle considerazioni che precedono, propongo quindi alla Corte di riformulare le questioni poste dal Tribunale amministrativo regionale per le Marche come segue:

- 1) Ai sensi dell'articolo 30, paragrafo 4, del regolamento,
 - a) se la valutazione relativa all'esistenza di modificazioni sostanziali riguardi soltanto la fase della realizzazione dell'opera o si estenda anche alla fase della sua gestione;
 - b) se la nozione di modificazioni sostanziali dell'operazione si riferisca soltanto alle modifiche fisiche o materiali dell'opera realizzata o comprenda anche le modificazioni di tipo funzionale, quali l'utilizzo dell'opera per fini diversi da quelli previsti originariamente;
 - c) se l'autorità nazionale competente debba, in via preliminare, verificare l'esistenza di modificazioni sostanziali dell'operazione prima di valutare l'esistenza di un vantaggio indebito a favore del concedente o del concessionario.
- 2) Se il principio di compatibilità dell'operazione con il diritto dell'Unione sancito all'articolo 12 del regolamento, ed in particolare l'obbligo di rispettare le disposizioni sulla procedura di gara che ne consegue, implichi che il beneficiario dei fondi proceda ad una pubblicità e ad una messa in concorrenza preventive quando, agendo come amministrazione aggiudicatrice, assegna la concessione di un servizio cofinanziato dai Fondi strutturali ad un prestatore di servizi esterno.
- 3) Se, in circostanze come quelle della controversia nella causa principale, il principio di compatibilità dell'operazione con il diritto dell'Unione enunciato all'articolo 12 del regolamento ed in particolare l'obbligo di rispettare le norme sulla procedura di gara, osti all'assegnazione diretta della concessione da parte di un'amministrazione aggiudicatrice quando il servizio di cui trattasi non permette, in base alle

disposizioni del contratto di concessione, di conseguire nessun vantaggio e nel settore considerato esiste un solo operatore economico interessato e idoneo ad assumere la gestione del servizio.

B – Sulla prima questione vertente sul significato e sulla portata della nozione di «modificazioni sostanziali» dell'operazione ai sensi dell'articolo 30, paragrafo 4, del regolamento

28. La prima questione, come da me riformulata, raggruppa numerosi quesiti sulla portata dell'articolo 30, paragrafo 4, del regolamento e sul significato della nozione di modificazioni sostanziali di un'operazione.

29. La risposta a tali quesiti, se è vero che può essere desunta dai termini della disposizione in esame e dal contesto nel quale la stessa si inserisce, è necessaria soprattutto tenuto conto degli obiettivi perseguiti dal legislatore dell'Unione.

30. Ricordo che ai sensi dell'articolo 30, paragrafo 4, del regolamento:

«(...) la partecipazione dei Fondi rest[a] attribuita ad un'operazione esclusivamente se quest'ultima entro cinque anni dalla data della decisione delle competenti autorità nazionali o dell'autorità di gestione relativa alla partecipazione dei Fondi, non subisce modificazioni sostanziali:

- a) che ne alterino la natura o le modalità di esecuzione, o che procurino un vantaggio indebito a un'impresa o a un ente pubblico, e
- b) che determinino un cambiamento nella natura della proprietà di un'infrastruttura oppure la cessazione o il cambiamento di localizzazione di un'attività produttiva.

(...)» [\(11\)](#).

31. L'articolo 30, paragrafo 4, del regolamento sancisce un principio fondamentale dell'attuazione dei fondi strutturali, vale a dire il principio di stabilità dei progetti e degli interventi realizzati dal beneficiario dei fondi.

32. In virtù di tale principio, gli Stati membri sono tenuti a vigilare affinché gli investimenti realizzati dall'Unione nelle imprese e nelle infrastrutture regionali siano efficaci, impiegati a ragion veduta e che possano essere ammortizzati su un periodo di tempo sufficientemente lungo [\(12\)](#). Di conseguenza, essi devono verificare, attraverso un controllo che, a mio avviso, deve essere particolarmente rigoroso, che il beneficiario dei fondi non apporti all'operazione modifiche tali da snaturarla, sviarla dagli obiettivi inizialmente previsti nel programma operativo e nel DOCUP o, ancora, costituire una distrazione di fondi [\(13\)](#).

33. Il legislatore dell'Unione intende dunque garantire che, nel corso dei cinque anni successivi alla decisione di approvazione del finanziamento, ogni progetto ed ogni spesa cofinanziata dai Fondi strutturali continui a essere conforme ai principi di ammissibilità, sotto il profilo materiale e geografico, previsti in particolare all'articolo 30, paragrafo 1, del regolamento [\(14\)](#) nonché agli obiettivi di coesione economica e sociale perseguiti dal finanziamento europeo.

34. Il legislatore dell'Unione non intende però riferirsi a tutte le modificazioni che possono interessare un'operazione nel corso della sua realizzazione. Quest'ultima può infatti conoscere evoluzioni impreviste, ad esempio, connesse al contesto socioeconomico

nonché ad incidenti di esecuzione che sono inevitabili negli investimenti a lungo termine. Orbene, non si tratta di paralizzare la realizzazione dell'operazione e l'azione delle autorità esigendo il controllo di tutte le modificazioni, anche di quelle più contenute. Il legislatore dell'Unione si riferisce pertanto solo alle modificazioni sostanziali dell'operazione. Ai sensi dell'articolo 30, paragrafo 4, del regolamento, la rilevanza di queste ultime deve valutarsi sulla scorta delle conseguenze che le stesse implicano per l'ammissibilità dell'operazione al finanziamento.

35. Invero, nell'articolo 30, paragrafo 4, lettera a), del regolamento, il legislatore dell'Unione si riferisce alle modificazioni sostanziali che alterano la natura dell'operazione o le modalità di esecuzione, o che procurano un vantaggio indebito a un'impresa o a un ente pubblico. È evidente che circostanze siffatte modificano in modo sostanziale la realizzazione del progetto rispetto a quanto era stato previsto e possono rimettere in discussione l'ammissibilità stessa dall'operazione ad un finanziamento europeo.

36. Nell'articolo 30, paragrafo 4, lettera b), del regolamento, il legislatore dell'Unione circoscrive inoltre la cerchia di tali modificazioni a quelle che determinino un cambiamento nella natura della proprietà di un'infrastruttura oppure la cessazione o il cambiamento di localizzazione di un'attività produttiva.

37. Le suddette disposizioni indicano in modo molto chiaro gli elementi costitutivi delle modificazioni sostanziali dell'operazione e come si evince dall'impiego della congiunzione coordinativa «e», le condizioni da esse rispettivamente indicate sono cumulative.

38. Individuati i suddetti elementi, occorre ora rispondere a ciascuno dei quesiti posti dal giudice del rinvio.

39. In primo luogo, opino che il controllo che lo Stato membro è tenuto ad esercitare sul fondamento dell'articolo 30, paragrafo 4, del regolamento debba riguardare non soltanto la fase di realizzazione dell'opera, ma anche le condizioni della sua gestione e del suo impiego.

40. Non concordo pertanto con la posizione espressa, al riguardo, dalla Commissione in udienza.

41. Infatti, anche se il finanziamento europeo dovesse coprire soltanto la realizzazione dei lavori, credo che il divieto sancito dall'articolo 30, paragrafo 4, del regolamento abbia un ambito di applicazione ben più ampio e si estenda alle condizioni di gestione e di impiego dell'infrastruttura di cui trattasi.

42. Un'interpretazione siffatta si rende necessaria in virtù del principio di stabilità che sarebbe di per sé privo di effetto utile se la sua applicazione si limitasse unicamente alla fase di realizzazione dei lavori.

43. Essa si impone inoltre in forza degli obiettivi perseguiti dal legislatore dell'Unione.

44. Infatti, l'Unione non finanzia solo la costruzione di un'opera, fosse anche la più ambiziosa, essa sovvenziona un'operazione sulla base di un obiettivo definito ed a lungo termine. La gestione di tale operazione deve permettere di rimediare ai problemi strutturali di carattere socioeconomico di un territorio, ad esempio, creando posti di lavoro qualora il tasso di disoccupazione sia superiore alla media dell'Unione, contribuendo all'innovazione nei settori in corso di ristrutturazione o, ancora, partecipando alla protezione dell'ambiente nelle zone particolarmente degradate. Orbene, questi obiettivi possono essere realizzati soltanto se il finanziamento europeo ed il relativo controllo riguardano la totalità degli atti

e delle spese collegate alla realizzazione dell'operazione la quale include necessariamente le modalità di attuazione e gestione della stessa. Solo in tal modo è inoltre possibile garantire l'efficacia del finanziamento evitando che i fondi vengano sviati a favore di un progetto il quale non rientrerebbe più negli obiettivi del FESR, in ragione delle modificazioni che interessano la sua attuazione o la sua gestione, come la vendita ad un operatore privato.

45. Peraltro siffatta interpretazione trova conferma nei termini dell'articolo 30, paragrafo 4, del regolamento.

46. Da una parte, il legislatore dell'Unione si riferisce a modificazioni che possono interessare l'operazione «entro cinque anni» dalla data della decisione di concessione del finanziamento. Ciò implica necessariamente che le modificazioni considerate concernono non soltanto la fase di realizzazione dell'opera, ma anche le sue modalità di esecuzione e gestione. Dall'altra, nell'articolo 30, paragrafo 4, lettera a), del regolamento, il legislatore dell'Unione si riferisce espressamente alle modificazioni idonee ad alterare la «natura» o le «modalità di esecuzione» dell'operazione, il che presuppone un ambito di applicazione *ratione materiae* oltremodo ampio.

47. In tale contesto, il controllo che l'autorità nazionale competente è chiamata ad esercitare a norma dell'articolo 30, paragrafo 4, del regolamento deve riguardare non soltanto l'effettività e la conformità fisica dell'operazione al progetto, ma anche il rispetto delle modalità di esecuzione e gestione come descritte nel contratto di finanziamento.

48. Seguendo questo ragionamento, ritengo che il legislatore dell'Unione non intenda quindi riferirsi alle sole modificazioni materiali o tecniche riguardanti, ad esempio, la costruzione di un'infrastruttura, ma anche a tutte quelle connesse al suo funzionamento (15).

49. La nozione di modificazione deve essere intesa in senso ampio e comprendere tutti i tipi di modificazioni che possono interessare un'operazione nel corso della sua realizzazione.

50. Esse possono essere pertanto di natura materiale o tecnica, nel caso in cui il beneficiario realizzi, ad esempio, l'operazione secondo un calendario diverso da quello inizialmente previsto o scegliendo materiali o prestazioni diversi da quelli indicati nel contratto di finanziamento. Le modificazioni possono essere anche di carattere finanziario, laddove il beneficiario non impegni le spese previste o riduca il numero di posti di lavoro creati ed i costi per il personale ad essi collegati. Esse possono essere anche di carattere funzionale se il beneficiario utilizza l'opera per finalità diverse da quelle originariamente previste, come nel procedimento principale.

51. I termini ed il disposto dell'articolo 30, paragrafo 4, del regolamento mi permettono infine di rispondere all'ultimo quesito sollevato dal giudice del rinvio.

52. Quest'ultimo intende accertare se l'autorità nazionale competente sia tenuta a verificare l'esistenza di modificazioni sostanziali dell'operazione di cui trattasi prima di esaminare se l'assegnazione della concessione comporti indebiti vantaggi per il concedente o per il concessionario.

53. La concessione di un vantaggio indebito può effettivamente derivare da una modificazione sostanziale dell'operazione consistente, ad esempio, nell'ampliamento delle attività offerte dal beneficiario. Ai sensi dell'articolo 30, paragrafo 4, del regolamento, il controllo relativo all'esistenza di un vantaggio indebito non dipende però dal previo

accertamento di una modificazione sostanziale dell'operazione. L'esistenza di un vantaggio siffatto è, al contrario, un elemento costitutivo delle modificazioni sostanziali dell'operazione.

54. L'autorità nazionale di controllo non è quindi tenuta a verificare se l'operazione abbia subito modificazioni sostanziali al fine di valutare l'esistenza di un vantaggio indebito a favore del concedente o del concessionario. Per concludere nel senso di una modificazione sostanziale dell'operazione è perciò sufficiente che essa accerti l'esistenza di un siffatto beneficio e verifichi che esso trae origine da uno dei motivi indicati all'articolo 30, paragrafo 4, lettera b), del regolamento.

55. L'applicazione dei principi delineati supra alla controversia principale pone, per quanto mi riguarda, talune difficoltà in considerazione dei pochi elementi di cui dispongo. In udienza, d'altra parte, sono stati sollevati dubbi che non sono in grado di fugare. Spetterà pertanto al giudice nazionale verificare, in conformità dei principi delineati e visto l'insieme degli elementi del fascicolo, se il beneficiario dei fondi, vale a dire il Comune di Ancona, abbia modificato la natura e le modalità di esecuzione dell'operazione cofinanziata dal FESR in violazione dell'articolo 30, paragrafo 4, del regolamento.

56. Nell'ambito del procedimento principale è pacifico che il Comune di Ancona ha affidato la gestione dello scalo di alaggio ad un prestatore di servizi esterno in circostanze che non solo non risultano chiare, ma appaiono anche illegittime. È noto che la suddetta modalità di gestione non era espressamente prevista nelle clausole del contratto di finanziamento, ma che la Regione Marche, nella sua qualità di autorità di gestione del DOCUP, ha prestato il suo assenso. Si sa anche che la suddetta gestione è stata affidata alla cooperativa in via provvisoria (dodici mesi) e senza ricorrere ad una procedura di gara. All'epoca il Comune di Ancona ha giustificato tale decisione sulla base di una particolare urgenza dovuta al rischio di deterioramento delle infrastrutture. Constato nondimeno che il provvisorio è divenuto definitivo poiché, dopo otto anni di esercizio, la gestione dello scalo di alaggio fa ancora capo alla responsabilità della cooperativa.

57. Si è altresì ammesso che lo scalo di alaggio realizzato dal Comune di Ancona fosse utilizzato dalle imbarcazioni da diporto per una proporzione stimata al 18%, mentre un siffatto impiego non era previsto nell'ambito del contratto di finanziamento del 2006.

58. Spetterà al giudice nazionale competente chiedersi se le suddette modificazioni siano di un'intensità tale da aver alterato l'ammissibilità dell'operazione al finanziamento europeo ai sensi dell'articolo 30, paragrafo 4, del regolamento.

59. Vorrei comunque formulare le seguenti osservazioni.

60. Per quanto attiene ai presupposti fissati nell'articolo 30, paragrafo 4, lettera a), del regolamento, mi sembra che il contratto stipulato tra il Comune di Ancona e la cooperativa limiti l'incidenza della concessione sulle condizioni di esecuzione ed impiego dello scalo di alaggio oltre che sui benefici che ne vengono tratti.

61. Dalla decisione di rinvio emerge che il contratto di concessione sarebbe stato concepito in modo tale che né il Comune di Ancona né il concessionario possono trarre benefici dalla gestione dello scalo di alaggio. Per quanto attiene alle tariffe della prestazione, esse sembrano essere in linea con le tariffe più basse praticate nei porti della Regione Marche e coprirebbero soltanto i costi di esercizio dello scalo. Per quanto attiene al canone annuale versato dal concessionario, esso sarebbe proporzionale alle spese sostenute dal Comune di Ancona per realizzare i lavori ed è calcolato in modo da non generare entrate nette consistenti né a favore del concedente né del concessionario (16).

Inoltre, in virtù del contratto di concessione, il concessionario sarebbe tenuto a rispettare la normativa dell'Unione applicabile, a preservare il carattere pubblico e la destinazione dell'opera ed a consentirne l'utilizzazione da parte di tutti i pescherecci che ne facessero richiesta, oltre a presentare, con cadenza semestrale, un rendiconto dettagliato della gestione attestante il rispetto degli articoli 29 e 30 del regolamento. Peraltro il concessionario non potrebbe alterare le modalità di esecuzione dell'operazione, né svolgere attività lucrativa.

62. Ciò detto, ritengo nondimeno che il giudice nazionale dovrà considerare attentamente i vantaggi di cui la cooperativa ha potuto beneficiare grazie al mancato ricorso ad una procedura di gara ed al rinnovo tacito della concessione per più di otto anni.

63. Per quanto concerne ora l'apertura dello scalo di alaggio alle imbarcazioni da diporto, è possibile che una simile iniziativa risponda a fini di buona gestione finanziaria. Il giudice nazionale dovrà tuttavia verificare che tale attività sia oggetto di una contabilità separata e si mantenga entro limiti ragionevoli. Non è escluso infatti che l'ampliamento dell'ambito di attività possa alterare la natura e le modalità di esecuzione dell'operazione. Esso può inoltre generare entrate che non erano previste inizialmente nell'ambito del contratto di finanziamento. A tale proposito è interessante osservare che, nell'ambito del bando del 2006 (17), gli interventi e le spese connessi all'impiego dello scalo di alaggio per le imbarcazioni da diporto sono esclusi dal finanziamento europeo. Il bando del 2006 stabilisce esplicitamente che, quando l'infrastruttura finanziata è al servizio di altri settori, il beneficiario dei fondi è tenuto a distinguere i costi imputabili al settore della pesca da quelli imputabili a settori diversi, dal momento che sono finanziate solo le spese sostenute nell'ambito del settore della pesca le quali devono rappresentare almeno il 50% dell'attività.

64. Quanto alle condizioni enunciate all'articolo 30, paragrafo 4, lettera b), del regolamento, soltanto il motivo connesso ad un cambiamento della natura della proprietà può presentare difficoltà, poiché possiamo escludere a priori i motivi connessi alla cessazione o al cambiamento di localizzazione dell'attività produttiva. Il contratto di concessione sembra in effetti prevedere che l'opera resti di proprietà del Comune di Ancona. Esistono però diversi modi di esercitare le prerogative connesse ad un diritto di proprietà. Orbene, se il Comune di Ancona ha acquistato la proprietà delle infrastrutture in parola grazie, in parte, al finanziamento europeo, il diritto ricollegato alla suddetta proprietà deve essere esercitato conformemente all'utilità sociale perseguita dal FESR. Mi pare, di conseguenza, che il giudice nazionale debba valutare la maniera in cui il Comune di Ancona esercita le prerogative connesse al suo diritto di proprietà garantendo che gli obiettivi perseguiti siano gli stessi previsti nell'ambito del contratto di finanziamento.

65. Dato l'insieme degli elementi che precedono, ritengo pertanto che l'articolo 30, paragrafo 4, del regolamento debba essere interpretato nel senso che:

- il controllo relativo all'esistenza di modificazioni sostanziali dell'operazione riguarda la totalità degli interventi connessi alla realizzazione dell'operazione, il che include necessariamente la realizzazione dei lavori e le modalità di esecuzione e gestione della stessa;
- la nozione di modificazione dell'operazione comprende tutte le modificazioni che possono interessare un'operazione nel corso della sua realizzazione, che esse siano di carattere materiale, tecnico, finanziario o funzionale, e
- l'autorità nazionale di controllo non è tenuta a verificare se l'operazione abbia subito modificazioni sostanziali per valutare l'esistenza di un beneficio indebito a

vantaggio dell'ente pubblico o dell'impresa, dal momento che l'esistenza di un siffatto vantaggio è un elemento costitutivo di una modificazione sostanziale.

C – Sulla seconda e sulla terza questione vertenti sulla portata del principio di compatibilità dell'operazione con il diritto dell'Unione

66. Con la seconda e la terza questione, il giudice del rinvio chiede alla Corte essenzialmente se il principio di compatibilità dell'operazione con il diritto dell'Unione enunciato all'articolo 12 del regolamento, ed in particolare l'obbligo di rispettare le disposizioni in materia di procedure di gara, implichi che il beneficiario dei fondi, agendo come amministrazione aggiudicatrice, debba rispettare l'obbligo di trasparenza che ne deriva allorché attribuisce un contratto di concessione relativo alla gestione di un servizio cofinanziato dai Fondi strutturali.

67. Per rispondere alle suddette questioni, occorre anzitutto stabilire, nell'ambito del regolamento, la portata del principio di compatibilità dell'operazione con il diritto dell'Unione, ed in particolare dell'obbligo di trasparenza che ne deriva.

68. Occorre in primis ricordare che il principio di compatibilità dell'operazione con il diritto dell'Unione è un principio fondamentale che regola l'ammissibilità dell'operazione ad un finanziamento europeo.

69. Il suddetto principio è sancito dall'articolo 12 del regolamento il quale è inserito nel titolo I di quest'ultimo recante il titolo «Principi generali».

70. Esso è ripreso nell'articolo 11 della convenzione tipo di attribuzione del FESR (18) e, trattandosi di un elemento fondamentale della domanda di sovvenzione, in tutte le guide ai finanziamenti destinate ai promotori dei progetti (19) ed in tutte le convenzioni di finanziamento concluse con il beneficiario finale dei fondi. Il suddetto principio è presente anche nelle normative nazionali e, eventualmente, regionali come quella di cui all'articolo 5 della legge regionale n. 14 del 2 ottobre 2006 (20).

71. Conformemente all'articolo 12 del regolamento (21), tutti i progetti oggetto di un finanziamento da parte dei Fondi strutturali e quindi tutte le spese ad essi collegate devono essere conformi alla normativa dell'Unione ed alle politiche attuate dal legislatore dell'Unione. Tale principio di compatibilità è volto ad impedire che l'Unione finanzi progetti che contravvengono alle disposizioni dei Trattati ed alle politiche sostenute dal legislatore dell'Unione.

72. Il legislatore dell'Unione pone l'attenzione in particolare sul rispetto delle regole di concorrenza, delle norme concernenti l'aggiudicazione di appalti pubblici e di quelle volte a garantire la promozione della parità tra uomini e donne nonché la tutela dell'ambiente.

73. Ritengo che il legislatore dell'Unione esiga dal beneficiario dei fondi il rispetto di tali obblighi per tutta la durata dell'operazione. Esso ricorre infatti ad un'espressione molto ampia, riferendosi alla conformità al diritto dell'Unione «[del]le operazioni oggetto di un finanziamento». Orbene, beneficiano del cofinanziamento l'ideazione dell'opera, la realizzazione dei lavori di costruzione o di ristrutturazione, l'acquisto del materiale o delle forniture, l'organizzazione e la gestione dei relativi servizi, l'assunzione o ancora la qualificazione del personale che prende parte alla stessa operazione che fruisce del cofinanziamento.

74. Tale interpretazione risulta necessaria per garantire l'effetto utile dell'articolo 12 del regolamento.

75. Come garantire, infatti, la promozione della parità tra uomini e donne prevista all'articolo 23 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea se il principio di compatibilità non si applica alle condizioni di impiego, di lavoro e retributive stabilite nell'ambito dell'operazione? Come garantire, inoltre, la tutela dell'ambiente ai sensi dell'articolo 191 TFUE se si escludono dall'ambito di applicazione dell'articolo 12 del regolamento le disposizioni in materia di trattamento dei rifiuti o sui metodi di produzione dell'azienda?

76. Sono dunque del parere che il beneficiario finale dei fondi che agisce come amministrazione aggiudicatrice sia tenuto a rispettare le regole di concorrenza nonché le norme concernenti le procedure di aggiudicazione di appalti pubblici quando sceglie di ricorrere ad un prestatore di servizi esterno, che sia per la realizzazione dei lavori, per l'acquisto di forniture o, ancora, per la gestione di un servizio (22).

77. Che cosa accade quando il beneficiario finale dei fondi decide di aggiudicare una concessione per la gestione di un servizio cofinanziato?

78. Benché l'articolo 12 del regolamento si riferisca espressamente al rispetto delle norme in materia di aggiudicazione di appalti pubblici, ciò non significa però che ne sia escluso il rispetto delle norme relative all'aggiudicazione dei contratti di concessione.

79. Da una parte, la suddetta norma impone espressamente il rispetto delle regole di concorrenza, il che comporta che l'amministrazione aggiudicatrice deve ricorrere ad una procedura di gara a prescindere dal fatto che si tratti di appalti pubblici o di concessioni di servizi.

80. Dall'altra, se è vero che, allo stato attuale del diritto dell'Unione, i contratti di concessione di servizi non sono disciplinati da alcuna normativa derivata (23), ciò non toglie che, come tutti gli atti dello Stato che fissano le condizioni cui è subordinata la prestazione di un'attività economica, l'affidamento di una concessione deve rispettare i principi sanciti dal Trattato ed è soggetta ai requisiti che ne derivano, come quelli che sono stati precisati dalla giurisprudenza della Corte.

81. Da una giurisprudenza costante risulta così che le autorità pubbliche che concludono tali contratti sono tenute a rispettare i principi fondamentali della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi sanciti, rispettivamente, dall'articolo 49 e dall'articolo 56 TFUE nonché l'obbligo di trasparenza che ne deriva (24).

82. L'obbligo di trasparenza costituisce un'espressione concreta e specifica del principio di parità di trattamento. Quest'ultimo rappresenta un principio fondamentale del diritto dell'Unione (25) al cui rispetto gli Stati membri sono tenuti quando agiscono nell'ambito di applicazione di quest'ultimo (26).

83. L'obbligo di trasparenza gravante sulle autorità pubbliche che stipulano un contratto di concessione impone che sia garantito, a favore di ogni potenziale offerente, un adeguato grado di pubblicità della procedura di aggiudicazione (27). Ciò deve consentire l'apertura della concessione di servizi alla concorrenza, che sia a livello locale, nazionale o europeo, così da permettere alle imprese situate in altri Stati membri di manifestare il loro interesse. Tale obbligo deve anche garantire una parità di trattamento fra tutti gli offerenti e, in particolare, una selezione trasparente del candidato, dal momento che l'obiettivo è quello di prevenire non soltanto il favoritismo, ma anche che si verifichino, nell'ambito dell'aggiudicazione della concessione, episodi di corruzione e scelte arbitrarie.

84. Alla luce degli elementi che precedono, ritengo quindi che il principio di

compatibilità dell'operazione con il diritto dell'Unione sancito all'articolo 12 del regolamento implichi che il beneficiario dei fondi che agisce come amministrazione aggiudicatrice debba rispettare l'obbligo di trasparenza e gli obblighi di pubblicità e di messa in concorrenza che ne derivano, prima di procedere all'aggiudicazione di un contratto di concessione relativo alla gestione di un servizio cofinanziato dai Fondi strutturali.

85. Nel procedimento principale, sono incline a ritenere che l'aggiudicazione diretta della concessione da parte del Comune di Ancona alla cooperativa, senza indizione di una gara e messa in concorrenza preventive, integri una violazione delle regole e dei principi summenzionati.

86. Nella sua decisione il giudice del rinvio chiede tuttavia alla Corte se il Comune di Ancona possa legittimamente astenersi dall'indire una gara quando la concessione dello scalo di alaggio non permette di conseguire alcun beneficio o quando, nel settore considerato, esiste solo un operatore economico interessato e idoneo a farsi carico della gestione del servizio.

87. Per rispondere a quest'ultima questione, occorre esaminare i casi in cui la Corte e il legislatore dell'Unione hanno previsto alcuni limiti al rispetto dell'obbligo di trasparenza.

88. In primo luogo, da una giurisprudenza consolidata si evince che l'obbligo di trasparenza trova applicazione quando la concessione di servizi di cui trattasi può interessare un'impresa avente sede in uno Stato membro diverso da quello in cui tale concessione è attribuita (28). L'obbligo di trasparenza non impone quindi necessariamente il ricorso ad una gara quando è dimostrato, sulla base di circostanze oggettive, che la concessione non è tale da interessare imprese collocate in un altro Stato membro, a condizione che queste ultime siano state comunque informate, e messe nella condizione di manifestare il proprio interesse. In un'ipotesi siffatta, la Corte ritiene che gli effetti sulle libertà fondamentali di cui trattasi sarebbero troppo aleatori e troppo indiretti perché si possa concludere nel senso di un'eventuale violazione del Trattato (29).

89. In forza di tale giurisprudenza, spetta pertanto alle autorità nazionali competenti garantire che la procedura di affidamento in parola, senza necessariamente comportare l'obbligo di indire una gara, sia tale da consentire alle imprese del settore di aver accesso a informazioni adeguate relative alla concessione e di manifestare, ove lo desiderino, il loro interesse. Conformemente a detta giurisprudenza, spetta sempre a loro esaminare se esistano circostanze oggettive, quali un valore economico limitato, che permettono di escludere un interesse da parte delle imprese collocate negli altri Stati membri.

90. In secondo luogo, occorre ricordare i testi approvati dal legislatore dell'Unione nel settore degli appalti pubblici e delle concessioni di servizi.

91. Per quanto attiene agli appalti pubblici di servizi, dall'articolo 31, punto 1, della direttiva 2004/18 emerge che le amministrazioni aggiudicatrici possono aggiudicare appalti pubblici senza pubblicazione di un bando di gara e messa in concorrenza preventive quando non è stata presentata alcuna offerta o alcuna offerta appropriata in esito all'esperimento di una procedura aperta o ristretta o quando, per ragioni di natura tecnica, l'appalto può essere affidato unicamente a un operatore economico determinato (30).

92. Per quanto attiene alle concessioni di servizi, nella sua proposta di direttiva succitata la Commissione introduce una deroga all'obbligo di pubblicità e messa in concorrenza preventive. Così, a norma dell'articolo 26, paragrafo 5, lettera b), di tale proposta, l'ente aggiudicatore non è tenuto a pubblicare un bando di concessione quando i servizi possono

essere forniti soltanto da un determinato operatore economico per l'assenza di concorrenza per motivi tecnici e qualora non esistano alternative o sostituti ragionevoli e l'assenza di concorrenza non sia il risultato di una limitazione artificiosa dei parametri per l'aggiudicazione della concessione.

93. Come si evince dal considerando 19 della suddetta proposta, la Commissione si riferisce a fattispecie nelle quali risulta chiaro fin dall'inizio che la pubblicazione non intensificherebbe la concorrenza, in particolare allorché oggettivamente vi è un solo operatore economico in grado di eseguire la concessione. La Commissione precisa però che l'aggiudicazione di una concessione ad un operatore economico senza pubblicazione può essere giustificata solo in una situazione di oggettiva esclusività, cioè qualora la situazione di esclusività non sia stata creata dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore stessi in vista della futura procedura di aggiudicazione e non esistano neppure, in esito ad un vaglio meticoloso, sostituti adeguati.

94. Nell'ambito del procedimento principale, sono del parere che i succitati testi debbano essere letti alla luce degli obblighi derivanti dall'intervento dei Fondi strutturali. Infatti, dal momento che la concessione di cui trattasi riguarda un servizio cofinanziato dal FESR, occorre tener presenti gli obblighi che gravano sull'amministrazione aggiudicatrice in merito alla scelta del concessionario.

95. Dalla documentazione del fascicolo (31) emerge che il finanziamento in esame deve contribuire alla realizzazione dell'obiettivo n. 2, che mira a sostenere la riconversione economica e sociale delle zone con difficoltà strutturali, in particolare delle zone dipendenti dalla pesca che si trovano in una situazione di crisi, come la zona portuale del Comune di Ancona (32). Queste ultime sono definite come zone costiere nelle quali il tasso di occupazione nel settore della pesca rispetto all'occupazione complessiva raggiunge un livello significativo e che, a fronte di problemi socioeconomici strutturali connessi alla ristrutturazione del settore, soffrono di una diminuzione significativa del numero di posti di lavoro in tale settore (33).

96. Nel procedimento principale il finanziamento di cui trattasi deve permettere non soltanto di modernizzare le infrastrutture portuali e di sviluppare le attività di produzione e di commercializzazione dei prodotti del mare, ma anche di stimolare l'economia locale e la competitività regionale ponendo l'attenzione sull'occupazione nella regione. Dai termini del bando del 2006, emerge tra l'altro chiaramente che è stata data priorità ai progetti che presentano il miglior rapporto tra l'investimento realizzato e la creazione di nuovi posti di lavoro nella regione (34). L'area interessata dall'operazione cofinanziata dal FESR si colloca così su scala comunale e regionale. In tale contesto ritengo che la cerchia delle imprese che possono assumere la gestione dello scalo di alaggio si riduca pertanto in pari misura e debba, per rispondere alle priorità e ai criteri di ammissibilità fissati nell'ambito del programma operativo del DOCUP, concentrarsi a livello regionale. Il bando di gara per la concessione deve quindi tener conto di tale specificità e la scelta del concessionario rispecchiare le peculiarità locali del mercato considerato così da preservare gli obiettivi perseguiti dal FESR.

97. Tenendo conto proprio dei suddetti elementi, invito il giudice nazionale competente a valutare se, date le circostanze del procedimento principale, il Comune di Ancona potesse legittimamente esimersi dall'indire una procedura di gara prima di aggiudicare la concessione di cui trattasi. Dal momento che la dispensa in parola costituisce una deroga rispetto all'obbligo di trasparenza che non è stata ancora prevista dal legislatore dell'Unione, la sua attuazione deve essere oggetto di un controllo particolarmente rigoroso da parte del giudice nazionale.

98. In primo luogo, quest'ultimo deve verificare che la procedura risponda a requisiti minimi di trasparenza che, senza implicare necessariamente l'obbligo di indire una procedura di gara, abbiano permesso alle imprese del settore di venire a conoscenza del progetto della concessione e di manifestare, se l'avessero auspicato, il loro interesse.

99. In secondo luogo, il giudice nazionale deve esaminare se la mancata indizione di una procedura di gara possa essere giustificata in ragione di circostanze oggettive connesse alla natura della concessione ed alle competenze tecniche richieste, al numero ed alla localizzazione dei prestatori suscettibili di rispondervi nonché delle circostanze attinenti alla gestione del servizio e, in particolare, agli obblighi derivanti dall'intervento del FESR.

100. Per quanto concerne la trasparenza della procedura, ritengo che essa non risponda ai requisiti minimi richiesti. Gli elementi di fatto indicati nel fascicolo comprovano la poca chiarezza delle circostanze nell'ambito delle quali la concessione in parola è stata affidata. Esse impongono che il giudice nazionale effettui un controllo particolarmente rigoroso se si vuole evitare che prassi locali, come quelle in esame nel procedimento principale, mettano a rischio i finanziamenti europei.

101. Nella fattispecie nessun elemento del fascicolo dimostra che l'aggiudicazione mediante procedura negoziata di cui trattasi sia il risultato di una preventiva consultazione dei diversi operatori economici del settore. In realtà, sembra piuttosto che non sia stata adottata alcuna misura per individuare ed informare le imprese che potevano essere interessate alla gestione dell'infrastruttura né a livello locale, né regionale o, ancora, nazionale. Peraltro i motivi addotti dal Comune di Ancona per giustificare il mancato ricorso ad una procedura di gara ed il carattere provvisorio della concessione non sono coerenti. Nella sua delibera n. 192 del 19 aprile 2005, il Comune di Ancona invoca l'urgenza connessa al rischio di un deterioramento delle infrastrutture (35). In udienza quest'ultimo si fonda sull'asserita mancanza di un registro delle imprese del settore. In un simile contesto, mi sembra evidentemente difficile condividere l'affermazione secondo cui non esistevano altri operatori economici interessati ed in grado di gestire lo scalo di alaggio e ravvisarvi una circostanza oggettiva atta a dispensare il Comune di Ancona dall'indizione di una procedura di gara.

102. La gestione dello scalo di alaggio presuppone, certamente, competenze tecniche particolari ed il Comune di Ancona insiste peraltro sull'esperienza necessaria per gestire una simile infrastruttura in modo efficace e sicuro (36). È anche vero che il settore considerato è caratterizzato da un livello di concorrenza piuttosto scarso, dal momento che la quasi totalità delle imprese che esercitano la pesca nel compartimento marittimo di Ancona sarebbero raggruppate nella cooperativa. Ciò non dispensa però il Comune di Ancona dall'obbligo di rivolgersi a imprese non socie della cooperativa per rendere nota la sua intenzione di aggiudicare una concessione e per permettere che esse possano eventualmente comunicare le proprie offerte.

103. Per quanto attiene all'esistenza di circostanze oggettive, non ritengo che la mancanza di benefici derivanti dalla concessione sia tale da dispensare l'amministrazione aggiudicatrice dall'indire una gara prima di procedere all'affidamento della concessione.

104. La concessione di servizi garantisce di per sé, in effetti, entrate limitate. Tale contratto rappresenta una modalità di gestione delegata di un servizio pubblico con cui il soggetto pubblico affida ad un prestatore di servizi esterno la gestione di un'attività d'interesse generale. Il servizio concesso deve certamente essere organizzato in modo tale da permettere la copertura dei suoi costi nei limiti in cui il concessionario percepisce un canone versato per l'utilizzo del servizio. Tuttavia il concessionario gestisce il servizio a proprie spese e si assume il relativo rischio di gestione. Dal momento che le attività di

interesse generale possono presentare talune difficoltà di gestione e di redditività, la concessione implica sempre il trasferimento in capo al concessionario di un rischio economico con la possibilità che questi non recuperi l'investimento effettuato ed i costi sostenuti con lo svolgimento dell'attività o dei servizi resi (37).

105. Ritengo inoltre che il valore in termini economici del contratto di concessione non si limiti ai benefici derivanti dal servizio affidato. Infatti, benché le entrate siano limitate, cionondimeno il contratto di concessione può avere un valore economico importante alla luce della natura e dell'oggetto stessi della concessione. La concessione in esame, ad esempio, riguarda la gestione di un'infrastruttura indispensabile per l'attività portuale e collocata all'interno di un porto di una certa importanza per il Mare Adriatico. L'aggiudicazione di una concessione siffatta può quindi, a mio avviso, avere un valore economico rilevante, idoneo a destare l'interesse di imprese situate in altri Stati membri.

106. Date tali circostanze, mi pare che l'assenza di benefici derivanti dalla concessione non possa, da sola, giustificare la mancata indizione di una procedura di gara.

107. Considerato l'insieme dei suddetti elementi e tenuto conto delle circostanze particolarmente ambigue in cui è avvenuta l'aggiudicazione della concessione dello scalo di alaggio, sono del parere che l'affidamento diretto da parte del Comune di Ancona alla cooperativa non sia conforme ai requisiti di trasparenza.

108. Se il giudice nazionale competente dovesse condividere tale punto di vista, si dovrà allora riconoscere che il Comune di Ancona ha violato gli obblighi ad esso incombenti a norma dell'articolo 12 del regolamento per non aver rispettato la normativa dell'Unione applicabile.

109. Spetterà quindi all'autorità nazionale di controllo procedere alle rettifiche finanziarie richieste a norma dell'articolo 39, paragrafo 1, del regolamento (38).

110. Ricordo infatti che, in base a tale disposizione, agli Stati membri incombe la responsabilità di perseguire le irregolarità rilevate in sede di controllo qualora accertino modificazioni sostanziali che alterano la natura del finanziamento o le modalità di esecuzione o di controllo dello stesso. Obiettivo delle rettifiche finanziarie è porre fine allo «shopping delle sovvenzioni» «ripristin[ando] una situazione nella quale il 100% delle spese dichiarate ai fini del cofinanziamento da parte dei Fondi strutturali siano conformi alla normativa nazionale e comunitaria applicabile» (39). Gli Stati membri devono pertanto revocare in tutto o in parte il finanziamento europeo ove accertino un'irregolarità in sede di applicazione della normativa dell'Unione (40) dal momento che la compatibilità dell'operazione con il diritto dell'Unione rappresenta, come già considerato, un presupposto di ammissibilità dell'operazione al finanziamento. Benché, allo stato attuale del diritto dell'Unione, i contratti di concessione di servizi non siano disciplinati da alcuna normativa derivata, si è visto tuttavia come le autorità pubbliche che stipulano tali contratti siano tenute a rispettare le regole fondamentali del Trattato FUE e, in particolare, gli articoli 49 TFUE e 56 TFUE, nonché l'obbligo di trasparenza che ne deriva (41).

V – Conclusioni

111. Alla luce delle suesposte considerazioni, propongo alla Corte di rispondere nella maniera seguente al Tribunale amministrativo regionale per le Marche:

- 1) L'articolo 30, paragrafo 4, del regolamento (CE) n. 1260/1999 del Consiglio, del 21 giugno 1999, recante disposizioni generali sui Fondi strutturali deve essere interpretato nel senso che:

- il controllo relativo all'esistenza di modificazioni sostanziali dell'operazione riguarda la totalità degli interventi connessi alla realizzazione dell'operazione, il che include necessariamente la realizzazione dei lavori e le modalità di esecuzione e di gestione della stessa;
 - la nozione di modificazione dell'operazione comprende tutte le modificazioni che possono interessare un'operazione nel corso della sua realizzazione, che esse siano di carattere materiale, tecnico finanziario o funzionale, e
 - l'autorità nazionale di controllo non è tenuta a verificare se l'operazione abbia subito modificazioni sostanziali per valutare l'esistenza di un beneficio indebito a vantaggio della collettività o dell'impresa, dal momento che l'esistenza di un vantaggio siffatto è un elemento costitutivo di una modificazione sostanziale.
- 2) Il principio di compatibilità dell'operazione con il diritto dell'Unione sancito all'articolo 12 del regolamento (CE) n. 1260/1999 implica che il beneficiario finale dei fondi che agisce come amministrazione aggiudicatrice debba rispettare l'obbligo di trasparenza e gli obblighi di pubblicità e messa in concorrenza che ne derivano quando procede all'aggiudicazione di un contratto di concessione relativo alla gestione di un servizio cofinanziato dai Fondi strutturali.
- 3) In circostanze come quelle della controversia di cui al procedimento principale, qualora il beneficiario dei fondi, agendo come amministrazione aggiudicatrice, abbia affidato la gestione di un servizio cofinanziato dai Fondi strutturali senza la preventiva indizione di una gara, spetta al giudice nazionale competente esaminare, da una parte, se tale procedura abbia permesso alle imprese del settore interessato di essere informate del progetto di concessione e di manifestare il loro interesse e, dall'altra, se la mancata indizione della gara sia giustificata in ragione di circostanze oggettive connesse alla natura della concessione e alle competenze tecniche richieste, al numero o alla localizzazione dei prestatori di servizi che avrebbero potuto parteciparvi ed agli obblighi derivanti dall'intervento del Fondo europeo di sviluppo regionale.

1 – Lingua originale: il francese.

2 – GU L 161, pag. 1, in prosieguo: il «regolamento».

3 – Per scalo di alaggio s'intende un piano inclinato sul quale una barca è tirata a secco per essere sottoposta a interventi di manutenzione o di riparazione.

4 – Considerando 1 del regolamento.

5 – Ai sensi dell'articolo 9, lettera k), del regolamento, per «operazione» si intende «ogni progetto o azione realizzato dai beneficiari finali degli interventi».

6 – V. inoltre il considerando 30 del regolamento.

7 – V. altresì il considerando 41 del regolamento nel quale il legislatore dell’Unione precisa che «per assicurare efficacia ed incidenza durevole all’azione dei Fondi, un aiuto di questi ultimi dovrebbe restare definitivamente attribuito, in tutto o in parte, ad un’operazione soltanto se la natura e le condizioni di realizzazione della stessa non subiscono una modifica importante, tale da sviare l’operazione sovvenzionata dal suo obiettivo iniziale».

8 – L’articolo 1, paragrafo 4, della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi (GU L 134, pag. 114), definisce la nozione di concessione di servizi. A norma di tale disposizione, si tratta di un «contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di servizi, ad eccezione del fatto che il corrispettivo della fornitura di servizi consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo».

9 – Ricordo come da una giurisprudenza costante risulti che alla Corte spetta, nell’ambito della procedura di cooperazione con i giudici nazionali creata dall’articolo 267 TFUE, fornire al giudice nazionale una risposta utile che gli consenta di dirimere la controversia sottopostagli. In tale prospettiva la Corte può, se necessario, riformulare le questioni che le sono sottoposte. Essa può anche prendere in considerazione norme di diritto dell’Unione alle quali il giudice nazionale non ha fatto riferimento nel formulare le sue questioni pregiudiziali nella misura in cui esse siano necessarie ai fini dell’esame della causa principale (v., in particolare, sentenza dell’8 dicembre 2011, Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, C-157/10, non ancora pubblicata nella Raccolta, punti da 18 a 20, e giurisprudenza citata).

10 – La terza questione è formulata in modo ambiguo. Ritengo che essa comprenda due quesiti, il secondo, a mio avviso, connesso piuttosto alla quarta questione posta dal giudice del rinvio.

11 – È interessante rilevare che le regole stabilite all’articolo 30, paragrafo 4, del regolamento sono riprese attualmente dall’articolo 57, paragrafo 1, del regolamento (CE) n. 1083/2006 del Consiglio, dell’11 luglio 2006, recante disposizioni generali sul Fondo europeo di sviluppo regionale, sul Fondo sociale europeo e sul Fondo di coesione e che abroga il regolamento (CE) n. 1260/1999 (GU L 210, pag. 25), come modificato dal regolamento (UE) n. 539/2010 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 giugno 2010 (GU L 158, pag. 1), dal titolo «Stabilità delle operazioni». La suddetta disposizione recita come segue (il corsivo è mio):

«Lo Stato membro o l’autorità di gestione accertano che la partecipazione dei fondi resti attribuita ad un’operazione comprendente investimenti in infrastrutture o investimenti produttivi esclusivamente *se quest’ultima, entro cinque anni dal completamento dell’operazione, non*

subisca modifiche sostanziali causate da un cambiamento nella natura della proprietà di un'infrastruttura o dalla cessazione di un'attività produttiva e che alterino la natura o le modalità d'esecuzione dell'operazione o procurino un vantaggio indebito a un'impresa o a un ente pubblico (...)». (Il corsivo è mio).

12 – V. considerando 41 del regolamento.

13 – Sottoscrivendo il contratto di finanziamento, il beneficiario finale si è infatti impegnato ad attuare il suo progetto come descritto negli allegati tecnici e finanziari del contratto stesso. È, in effetti, su tale base che le autorità nazionali e quelle dell'Unione hanno valutato l'ammissibilità del progetto e adottato la decisione di finanziamento. Di conseguenza qualsiasi spesa dichiarata dal promotore del progetto nelle richieste di rimborso non potrà essere rifiutata ove non rispetti le condizioni del suddetto contratto.

14 – Per ammissibilità materiale e geografica del progetto s'intende che l'operazione deve essere collegata ad un programma operativo riguardante zone territoriali specifiche, essere stata selezionata in conformità ad una procedura convalidata e contribuire agli obiettivi di coesione economica e sociale.

15 – A questo proposito osservo come, in talune circostanze, determinate modificazioni funzionali siano possibili soltanto dopo la realizzazione di modificazioni materiali.

16 – Dalla decisione di rinvio si evince inoltre che il Comune di Ancona riceverebbe dalla cooperativa un canone allineato su quello che esso stesso dovrebbe versare all'autorità portuale a titolo di canone demaniale.

17 – Punto 3 della deliberazione n. 44 della Giunta regionale del 13 febbraio 2006.

18 – L'articolo 11 di tale convenzione elenca le irregolarità che possono comportare una restituzione parziale o totale della sovvenzione a seguito di un controllo e tra esse figura la violazione degli obblighi europei.

19 – V. ad esempio la guida alla presentazione di una domanda di sovvenzione FESR disponibile sul sito Internet della regione Centre (Francia) al seguente indirizzo: http://www.europe-centre.eu/fr/53/PO_FEDER_Centre.html.

20 – Disposizioni sulla partecipazione della Regione Marche al processo normativo comunitario

e sulle procedure relative all'attuazione delle politiche comunitarie (*Bollettino ufficiale della Regione Marche* n. 99, del 12 ottobre 2006).

[21](#) – V. inoltre il considerando 30 del regolamento.

[22](#) – Per quanto attiene alla necessità di rispettare le procedure dei bandi di gara, essa è sancita anche al capitolo 8.5, intitolato «Rispetto delle politiche comunitarie», del DOCUP per gli interventi strutturali comunitari nella Regione Marche interessata dall'obiettivo n. 2 in Italia, per gli anni 2000-2006.

[23](#) – Il 20 dicembre 2011 la Commissione ha formulato una proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sull'aggiudicazione dei contratti di concessione [COM(2011) 897 def.]. V. altresì la comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario (GU 2000, C 121, pag. 2).

[24](#) – Sentenza del 13 aprile 2010, Wall (C-91/08, Racc. pag. I-2815, punto 33 e giurisprudenza citata).

[25](#) – Sentenza del 19 ottobre 1977, Ruckdeschel e a. (117/76 e 16/77, Racc. pag. 1753, punto 7).

[26](#) – Il principio in parola richiede che situazioni comparabili non siano trattate in maniera diversa, salvo che siffatto trattamento non sia obiettivamente giustificato [v., in particolare, sentenze del 25 novembre 1986, Klensch e a. (201/85 e 202/85, Racc. pag. 3477, punto 9), e del 12 dicembre 2002, Rodríguez Caballero (C-442/00, Racc. pag. I-11915, punto 32 e giurisprudenza citata)]. La Corte ha avuto occasione di precisare la portata del principio di parità di trattamento nell'ambito degli appalti pubblici nelle sentenze del 22 giugno 1993, Commissione/Danimarca (C-243/89, Racc. pag. I-3353, punti da 37 a 39), e del 25 aprile 1996, Commissione/Belgio (C-87/94, Racc. pag. I-2043, punti da 51 a 56), e la portata dell'obbligo di trasparenza nella sentenza del 7 dicembre 2000, Telaustria e Telefonadress (C-324/98, Racc. pag. I-10745). Tale giurisprudenza è stata successivamente applicata alle concessioni di servizi pubblici nella sentenza del 13 ottobre 2005, Parking Brixen (C-458/03, Racc. pag. I-8585, punto 48).

[27](#) – Sentenza Wall, cit. (punto 36 e giurisprudenza citata).

[28](#) – Ibidem (punto 34 e giurisprudenza citata).

[29](#) – Sentenza del 21 luglio 2005, Coname (C-231/03, Racc. pag. I-7287, punti da 19 a 21 e giurisprudenza citata).

[30](#) – Ritengo sia opportuno ispirarsi alle norme enunciate dal legislatore dell'Unione nel settore degli appalti pubblici, dal momento che esse sono state elaborate prendendo le mosse dai principi stessi del Trattato.

[31](#) – Lettera del Ministero dello Sviluppo economico del 21 febbraio 2011.

[32](#) – Articoli 1, punto 2, e 4, paragrafo 1, del regolamento.

[33](#) – Articolo 4, paragrafo 8, del regolamento.

[34](#) – Punto 8 della deliberazione n. 44 della Giunta regionale del 13 febbraio 2006, summenzionata.

[35](#) – Pagine 2 e 3.

[36](#) – Deliberazione n. 192 del Comune di Ancona, del 19 aprile 2005, summenzionata.

[37](#) – Sentenza del 26 aprile 1994, Commissione/Italia (C-272/91, Racc. pag. I-1409).

[38](#) – Al punto 3.2 della sua decisione il giudice del rinvio s'interroga sulla natura della sanzione in cui incorre il Comune di Ancona a causa delle irregolarità accertate.

[39](#) – V. orientamenti relativi ai principi, ai criteri e alle percentuali indicative che i servizi della Commissione devono applicare per determinare le rettifiche finanziarie a norma dell'articolo 39, paragrafo 3, del regolamento (CE) n. 1260/1999 [C(2001) 476].

[40](#) – V. altresì l'articolo 38, paragrafo 1, lettere c) ed e), del regolamento.

[41](#) – Per assisterle in tale compito, la Commissione ha elaborato orientamenti per la determinazione delle rettifiche finanziarie da applicare alle spese cofinanziate dai Fondi strutturali e dal Fondo di coesione in occasione del mancato rispetto delle norme in materia di appalti pubblici (COCOF 07/0037/03).