



## Recopilación de la Jurisprudencia

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Cuarta)

de 14 de noviembre de 2013 \*

«Fondos Estructurales — Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) — Participación financiera de un Fondo Estructural — Criterios de admisibilidad de los gastos — Reglamento (CE) n° 1260/1999 — Artículo 30, apartado 4 — Principio de invariabilidad de la operación — Concepto de “modificación importante” de una operación — Adjudicación de un contrato de concesión sin publicidad ni licitación previas»

En el asunto C-388/12,

que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Tribunale amministrativo regionale per le Marche (Italia), mediante resolución de 21 de junio de 2012, recibida en el Tribunal de Justicia el 16 de agosto de 2012, en el procedimiento entre

**Comune di Ancona**

y

**Regione Marche,**

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Cuarta),

integrado por el Sr. L. Bay Larsen, Presidente de Sala, el Sr. K. Lenaerts, Vicepresidente del Tribunal de Justicia, en funciones de Juez de la Sala Cuarta, y los Sres. M. Safjan y J. Malenovský (Ponente), y la Sra. A. Prechal, Jueces;

Abogado General: Sr. Y. Bot;

Secretaria: Sra. A. Impellizzeri, administradora;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 11 de julio de 2013;

consideradas las observaciones presentadas:

- en nombre del Comune di Ancona, por el Sr. A. Lucchetti, avvocato;
- en nombre del Gobierno portugués, por el Sr. L. Inez Fernandes, la Sra. S. Rodrigues y el Sr. A. Gattini, en calidad de agentes;
- en nombre de la Comisión Europea, por las Sras. A. Steiblyté y D. Recchia, en calidad de agentes;

oídas las conclusiones del Abogado General, presentadas en audiencia pública el 5 de septiembre de 2013;

\* Lengua de procedimiento: italiano.

dicta la siguiente

### **Sentencia**

- 1 La presente petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación del artículo 30, apartado 4, del Reglamento (CE) n° 1260/1999 del Consejo, de 21 de junio de 1999, por el que se establecen disposiciones generales sobre los Fondos Estructurales (DO L 161, p. 1).
- 2 Dicha petición fue presentada en el marco de un litigio entre el Comune di Ancona y la Regione Marche, a propósito de la decisión de esta última de revocar y recuperar las contribuciones financieras abonadas al primero para un proyecto de construcción de un dique seco.

### **Marco jurídico**

- 3 El considerando 4 del Reglamento n° 1260/1999 tiene el siguiente tenor:  
«[...] con el fin de reforzar la concentración y simplificar la acción de los Fondos Estructurales, [...] conviene determinar que [los objetivos prioritarios] sean el desarrollo y el ajuste estructural de las regiones menos desarrolladas, la reconversión económica y social de las zonas con deficiencias estructurales y la adaptación y modernización de las políticas y sistemas de educación, formación y empleo».
- 4 El considerando 7 de dicho Reglamento establece:  
«[...] el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) contribuye principalmente a la realización del objetivo de desarrollo y ajuste estructural de las regiones menos desarrolladas y a la reconversión económica y social de las regiones con deficiencias estructurales».
- 5 El considerando 41 del mismo Reglamento enuncia:  
«[...] para garantizar que las ayudas de los Fondos resulten eficaces y tengan efectos duraderos, es preciso que la ayuda de los Fondos sólo se considere devengada total o parcialmente para una operación cuando ni su naturaleza ni sus condiciones de ejecución experimenten modificaciones importantes que alteren el objetivo inicial de la operación objeto de la ayuda».
- 6 El artículo 30, apartado 4, del Reglamento n° 1260/1999, titulado «Subvencionabilidad», establece:  
«Los Estados miembros comprobarán que sólo se garantice la participación de los Fondos en una operación si ésta no sufre ninguna modificación importante durante cinco años a partir de la fecha de la decisión de la autoridad nacional competente o de la autoridad de gestión sobre la contribución de los Fondos:  
a) que afecte a su naturaleza o a sus condiciones de aplicación o que proporcione una ventaja indebida a una empresa o a un organismo público, y  
b) que resulte, bien de un cambio en la naturaleza del régimen de propiedad de una infraestructura, bien de la interrupción o del cambio de localización de una actividad productiva.

Los Estados miembros informarán a la Comisión de cualquier modificación de este tipo; en caso de modificación se aplicarán las disposiciones del artículo 39.»

- 7 El artículo 38 de dicho Reglamento, titulado «Disposiciones generales», establece en su apartado 1:
- «Sin perjuicio de la responsabilidad de la Comisión en la ejecución del presupuesto general de [la Unión Europea], los Estados miembros asumirán la primera responsabilidad del control financiero de las intervenciones. A tal fin, las medidas que adopten incluirán:
- [...]
- e) la prevención, detección y corrección de las irregularidades de acuerdo con la normativa vigente, notificándolas a la Comisión y manteniéndola informada de la evolución de las diligencias administrativas y judiciales;
- [...]
- h) la recuperación de los Fondos perdidos como consecuencia de una irregularidad comprobada, aplicando, cuando proceda, intereses de demora.»

- 8 El artículo 39 del citado Reglamento, titulado «Correcciones financieras», establece en su apartado 1:
- «Incumbirá en primer lugar a los Estados miembros la responsabilidad de investigar las irregularidades, incluida la actuación cuando haya pruebas de una modificación importante que afecte a la naturaleza o a las condiciones de desarrollo o de control de una intervención, y de efectuar las necesarias correcciones financieras.

El Estado miembro efectuará las correcciones financieras requeridas en relación con la irregularidad esporádica o sistemática. Las correcciones efectuadas por el Estado miembro consistirán en la supresión total o parcial de la participación comunitaria. Los Fondos comunitarios así liberados podrán ser reasignados por el Estado miembro a la intervención de que se trate respetando las normas que deberán definirse con arreglo al apartado 2 del artículo 53.»

### **Litigio principal y cuestiones prejudiciales**

- 9 La Regione Marche, autoridad de gestión de un programa operativo para las intervenciones estructurales de la Unión Europea en la región de Las Marcas, publicó, con cargo al FEDER, una convocatoria de distintos proyectos de infraestructuras en las zonas portuarias locales para el período de programación 2002 a 2006.
- 10 En respuesta a dicha convocatoria, el Comune di Ancona presentó tres solicitudes de financiación para sendos proyectos, a saber, la construcción de un dique seco, la adquisición de una grúa sobre camión y la realización de las obras de acondicionamiento de la explanada situada frente al dique. Las tres solicitudes fueron aprobadas.
- 11 En enero de 2005, una vez construido el dique seco e instalada la grúa sobre camión, el Comune di Ancona, como autoridad beneficiaria de la financiación de que se trata, planteó a la Regione Marche la posibilidad de ceder la gestión del dique a un tercero. La Regione Marche consideró que no había impedimento, si bien recordó la obligación de respetar la normativa vigente en materia de adjudicación de concesiones de servicios públicos.
- 12 Mediante resolución de su consejo municipal de 19 de abril de 2005, el Comune di Ancona encomendó la gestión del dique seco a la Cooperativa arl Pescatori e Motopescherecci di Ancona (en lo sucesivo, «Cooperativa Pescatori»), estableciendo, a cargo de esta última, una serie de obligaciones, como el pago al Comune di Ancona de un canon anual concebido de tal forma que no generara ingresos netos cuantiosos para el cedente ni para el cesionario, la prohibición de modificar las

condiciones de aplicación de la operación financiada, la prohibición de ejercer actividades lucrativas, el respeto de todas las directivas y normas de la Unión aplicables y el mantenimiento del carácter público y del destino de la obra de que se trata. Se precisó, además, que dicha obra, en cualquier caso, seguiría siendo propiedad del Comune di Ancona.

- 13 En junio de 2010, la Regione Marche consideró que la gestión del dique seco por el Comune di Ancona adolecía de ciertas irregularidades, a saber:
- La utilización del dique seco también por embarcaciones de recreo en una proporción estimada del 18 %.
  - La inutilización de una parte de la obra de que se trata.
  - Con carácter principal en relación con los otros dos motivos, la concesión directa de la gestión de dicha obra, es decir, sin recurrir a un procedimiento de licitación pública.
- 14 Sobre la base de tales comprobaciones, la Regione Marche adoptó una resolución de revocación y recuperación de la financiación concedida al Comune di Ancona.
- 15 El Comune di Ancona interpuso entonces un recurso contencioso-administrativo de anulación de dicha resolución ante el órgano jurisdiccional remitente.
- 16 Para fundamentar su recurso, el Comune di Ancona formuló las siguientes alegaciones:
- La posible inobservancia del procedimiento de licitación pública por lo que respecta a la cesión de la gestión del dique seco no constituye una causa de anulación de la contribución financiera.
  - La concesión de la gestión de dicho dique no requería la convocatoria de una licitación pública, al ser la Cooperativa Pescatori el único operador interesado en tal concesión.
  - La utilización del dique seco por embarcaciones de recreo no es contraria a los objetivos del FEDER.
- 17 En estas circunstancias, el Tribunale amministrativo regionale per le Marche decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:
- «1) ¿Debe interpretarse [el artículo 30, apartado 4, del Reglamento n° 1260/1999] en el sentido de que, para poder apreciar si la adjudicación de la concesión no genera ingresos significativos para el concedente ni ventajas indebidas para el concesionario, primero debe comprobarse si la obra ha sufrido una modificación importante?
  - 2) [En caso de respuesta afirmativa a esta primera cuestión, ¿qué se entiende] por “modificación importante”, es decir, si [el artículo 30, apartado 4, del Reglamento n° 1260/1999] se refiere únicamente a modificaciones físicas ?en el sentido de que la obra realizada no es conforme con la prevista en el proyecto financiado– o si también se refiere a modificaciones funcionales y, en tal caso, si existe una “modificación importante” cuando la obra se utiliza “también” –pero no con carácter principal– para actividades distintas de las previstas en la convocatoria de proyectos o en la solicitud de participación en ésta[?]
  - 3) [En caso contrario, si la respuesta a la primera cuestión es negativa], cuando la financiación pública se utiliza para construir obras cuya gestión puede presentar interés económico ¿se aplica [el artículo 30, apartado 4, del Reglamento n° 1260/1999] sólo a la fase de construcción de la obra o bien [...] se mantiene la obligación de respetar la normativa en materia de licitaciones públicas por lo que respecta a la concesión de la gestión[?]

- 4) Por último, ¿debe interpretarse [...] el artículo 30, apartado 4, del Reglamento n° 1260/1999 en el sentido de que la comprobación de que la concesión a terceros de la gestión no genera ingresos netos significativos ni situaciones de ventaja indebida a una empresa o a un organismo público [...] constituye una fase lógica y jurídicamente posterior a la cuestión prejudicial (a saber, la obligación de respetar los procedimientos de licitación pública), o bien [...] la existencia de la obligación de convocar una licitación pública debe verificarse teniendo en cuenta el régimen concreto de la relación de concesión?»

## Cuestiones prejudiciales

### *Observaciones preliminares*

- 18 El artículo 30, apartado 4, del Reglamento n° 1260/1999 establece el principio de que la participación de los Fondos Estructurales en una operación sólo está definitivamente garantizada si ésta no sufre ninguna «modificación importante» durante los cinco años siguientes a la fecha de la decisión de la autoridad nacional competente o de la autoridad de gestión sobre la contribución de dichos Fondos. En el litigio principal, las partes discrepan, en particular, sobre si las modificaciones constatadas por la Regione Marche están comprendidas en el ámbito de aplicación de la citada disposición.
- 19 De entrada, procede recordar que no compete al Tribunal de Justicia calificar de manera específica las modificaciones controvertidas en el litigio principal. En efecto, tal calificación es competencia exclusiva del juez nacional. El papel del Tribunal de Justicia se limita a proporcionar al juez nacional una interpretación del Derecho de la Unión útil para la resolución que deberá adoptar en el litigio de que conoce. En estas circunstancias, el Tribunal de Justicia puede determinar los elementos pertinentes que pueden guiar al órgano jurisdiccional remitente en su apreciación (véase la sentencia de 10 de noviembre de 2011, Norma-A y Dekom, C-348/10, Rec. p. I-10983, apartados 57 y 58).
- 20 En este contexto, debe señalarse que para considerar que una modificación está comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 30, apartado 4, del Reglamento n° 1260/1999, primero es necesario asegurarse de que la operación concreta que sufre tal modificación esté incluida en el ámbito de aplicación de dicho artículo y, si ello es así, a continuación deberá examinarse si la citada modificación cumple los requisitos mencionados en dicha disposición, párrafo primero, letras a) y b), teniendo en cuenta que el empleo de la conjunción copulativa «y» entre ambos requisitos de este artículo 30, apartado 4, párrafo primero, letras a) y b), implica que una modificación debe cumplir acumulativamente ambos requisitos.
- 21 En el examen de dichos requisitos debe verificarse, en primer lugar, si la modificación controvertida cumple el requisito mencionado en el artículo 30, apartado 4, párrafo primero, letra b), del Reglamento n° 1260/1999, que exige que resulte de un cambio en la naturaleza del régimen de propiedad de una infraestructura o de la interrupción o del cambio de localización de una actividad productiva. En efecto, en la verificación de este requisito deben apreciarse los elementos que dieron lugar a la modificación controvertida, constituyendo por ello sus causas.
- 22 En segundo lugar, debe examinarse si la modificación considerada encaja en alguno de los supuestos mencionados en el artículo 30, apartado 4, párrafo primero, letra a), de dicho Reglamento, a saber, que afecte a la naturaleza o a las condiciones de aplicación de la operación de que se trate o proporcione una ventaja indebida a una empresa o a un organismo público, supuestos referidos a los efectos de la modificación en cuestión.
- 23 En tercer lugar, una vez examinados los requisitos mencionados en el artículo 30, apartado 4, párrafo primero, letras a) y b), del Reglamento n° 1260/1999, debe verificarse si las modificaciones controvertidas son importantes.

- 24 Tal es el orden en que el Tribunal de Justicia responderá a las distintas cuestiones prejudiciales planteadas por el órgano jurisdiccional remitente.

*Sobre la tercera cuestión prejudicial*

- 25 Mediante su tercera cuestión prejudicial, que procede responder en primer lugar, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el artículo 30, apartado 4, del Reglamento n° 1260/1999 debe interpretarse en el sentido que únicamente regula las modificaciones producidas durante la realización de una obra o si también están comprendidas en él las modificaciones operadas con posterioridad, en particular durante la gestión de ésta.
- 26 A este respecto, por una parte, del tenor del artículo 30, apartado 4, del Reglamento n° 1260/1999 se desprende que éste regula las modificaciones introducidas en una operación durante los cinco años siguientes a la fecha de la decisión de la autoridad nacional competente o de la autoridad de gestión sobre la contribución de los Fondos Estructurales. Habida cuenta, por ejemplo, de que en caso de realización de una obra no puede descartarse que el tiempo de construcción sea inferior a dicho plazo de cinco años, procede concluir que las modificaciones que regula no deben limitarse a las producidas durante la realización de una obra, sino que también deben incluirse, en su caso y sin perjuicio de tal plazo, las operadas con posterioridad a su realización, en particular durante su gestión.
- 27 Por otra parte, del considerando 4 del Reglamento n° 1260/1999 se desprende que la intervención de los Fondos Estructurales responde a objetivos prioritarios, a saber, «el desarrollo y el ajuste estructural de las regiones menos desarrolladas, la reconversión económica y social de las zonas con deficiencias estructurales y la adaptación y modernización de las políticas y sistemas de educación, formación y empleo». En el caso del FEDER, tales objetivos son, más concretamente, de acuerdo con el considerando 7 del Reglamento n° 1260/1999, el desarrollo y ajuste estructural de las regiones menos desarrolladas y la reconversión económica y social de las regiones con deficiencias estructurales.
- 28 De ello se deduce que los Fondos Estructurales persiguen objetivos que sólo pueden alcanzarse si las subvenciones concedidas por tales Fondos y los controles que llevan aparejados tienen por objeto los actos y gastos ligados a la realización de una operación, así como sus modalidades de ejecución y gestión, con el límite del plazo de cinco años establecido en el artículo 30, apartado 4, del Reglamento n° 1260/1999. En efecto, únicamente de este modo se puede garantizar la eficacia de la acción de dichos Fondos, evitando que financien obras que, una vez concluidas y como consecuencia de una modificación en su gestión, dejan de contribuir a los objetivos para los que tal financiación se concedió.
- 29 Habida cuenta de todas las consideraciones anteriores, procede responder a la tercera cuestión prejudicial que el artículo 30, apartado 4, del Reglamento n° 1260/1999 debe interpretarse en el sentido de que las modificaciones que éste regula comprenden tanto aquellas que se producen en la realización de una obra como las operadas posteriormente, en particular durante la gestión de ésta, siempre y cuando tales modificaciones tengan lugar durante el plazo de cinco años establecido en dicha disposición.

*Sobre la primera cuestión prejudicial*

- 30 Mediante su primera cuestión prejudicial, a la que ha de responderse en segundo lugar, el órgano jurisdiccional remitente pretende dilucidar si el artículo 30, apartado 4, del Reglamento n° 1260/1999 debe interpretarse en el sentido de que, para poder apreciar si la adjudicación de una concesión no genera ingresos significativos para el concedente o ventajas indebidas para el concesionario, primero debe comprobarse si la obra objeto de concesión ha sufrido alguna modificación importante.

- 31 A este respecto, del tenor del artículo 30, apartado 4, del Reglamento n°1260/1999 se desprende que la existencia de una ventaja indebida es uno de los elementos potencialmente constitutivos de una modificación importante en el sentido de esta disposición.
- 32 De ello se deduce que, antes de concluir, en el caso de autos, la existencia o inexistencia de una modificación importante en el sentido del artículo 30, apartado 4, del Reglamento n°1260/1999, el órgano jurisdiccional remitente debe verificar, en particular, si la modificación controvertida genera una ventaja indebida o afecta a la naturaleza o a las condiciones de aplicación.
- 33 Por tanto, habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a la primera cuestión prejudicial que el artículo 30, apartado 4, del Reglamento n° 1260/1999 debe interpretarse en el sentido de que, para poder apreciar si la adjudicación de una concesión no genera ingresos significativos para el concedente o ventajas indebidas para el concesionario, no es necesario verificar de antemano si la obra objeto de concesión ha sufrido alguna modificación importante.

*Sobre la segunda cuestión prejudicial*

- 34 Mediante su segunda cuestión prejudicial, a la que ha de responderse en tercer lugar, el órgano jurisdiccional remitente pregunta si el artículo 30, apartado 4, del Reglamento n° 1260/1999 debe interpretarse en el sentido de que sólo recoge el supuesto de una modificación física, cuando la obra realizada no es conforme con la prevista en el proyecto financiado, o si también recoge el supuesto de una modificación funcional. En tal caso, el órgano jurisdiccional remitente pregunta si existe una «modificación importante» cuando la obra de que se trata se utiliza en parte, pero no con carácter principal, para actividades distintas de las previstas en la convocatoria de proyectos o en la solicitud de financiación presentada en respuesta a ésta.
- 35 Con carácter previo, dado que el legislador de la Unión se tomó la molestia de añadir el adjetivo «importante» para calificar la modificación de que se trata, ésta, para estar comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 30, apartado 4, del Reglamento n° 1260/1999, no sólo deberá reunir los dos requisitos que figuran en dicha disposición, sino que además deberá tener entidad.
- 36 A este respecto, del considerando 41 del Reglamento n° 1260/1999 se desprende que la ayuda proporcionada por cualquiera de los Fondos Estructurales sólo se considera devengada total o parcialmente para una operación cuando ni su naturaleza ni sus condiciones de ejecución experimenten modificaciones importantes que alteren el objetivo inicial de la operación objeto de la ayuda.
- 37 En consecuencia, cuando una modificación cumple el requisito que figura en el artículo 30, apartado 4, párrafo primero, letra a), del Reglamento n° 1260/1999, al afectar a la naturaleza o a las condiciones de ejecución de una operación, tal modificación únicamente puede calificarse de «modificación importante» en el sentido del artículo 30, apartado 4, de dicho Reglamento si merma de manera significativa la capacidad de la operación de que se trate para alcanzar el objetivo que le fue asignado.
- 38 Teniendo en cuenta que tanto modificaciones materiales como funcionales pueden mermar de manera significativa la capacidad de una operación para alcanzar el objetivo que se le asignó, debe concluirse que el control de las modificaciones introducidas en una obra relativa al artículo 30, apartado 4, del Reglamento n° 1260/1999 no sólo tiene por objeto las disparidades entre el proyecto de obra y la obra realizada, sino también las modificaciones introducidas en el funcionamiento de la obra de que se trate.
- 39 De las consideraciones anteriores se deduce que el hecho de que los distintos elementos que forman parte de una operación se hayan modificado en cierta proporción cuantitativa, por sí solo, no puede considerarse determinante.

- 40 Por tanto, en las circunstancias del litigio principal, corresponde al órgano jurisdiccional remitente apreciar si las modificaciones operadas, en particular, el hecho de que el dique seco construido por el Comune di Ancona sea utilizado por embarcaciones de recreo en una proporción estimada del 18 %, cuando tal utilización no estaba prevista en el proyecto financiado, podían transformar significativamente la utilización de la obra de que se trata recurriendo a actividades distintas de las previstas y, en consecuencia, mermar de manera significativa la capacidad de la operación en cuestión para alcanzar el objetivo que le fue asignado.
- 41 Habida cuenta del segundo requisito mencionado en el artículo 30, apartado 4, letra b), del Reglamento n° 1260/1999, para poder calificar de «modificación importante», en el sentido de dicho artículo 30, apartado 4, una modificación consistente en la utilización de una obra para actividades distintas de las previstas en el proyecto financiado, es necesario precisar además que tal modificación debe resultar de la interrupción, al menos parcial, de algunas de las actividades previstas en el proyecto financiado.
- 42 En consecuencia, procede responder a la segunda cuestión prejudicial que el artículo 30, apartado 4, del Reglamento n° 1260/1999 debe interpretarse en el sentido de que recoge tanto el supuesto de una modificación física, cuando la obra realizada no es conforme con lo previsto en el proyecto financiado, como el supuesto de una modificación funcional, teniendo en cuenta que, en caso de modificación consistente en la utilización de una obra para actividades distintas de las inicialmente previstas en el proyecto financiado, tal modificación debe poder mermar de manera significativa la capacidad de la operación de que se trate para alcanzar el objetivo que le fue asignado.

*Sobre la cuarta cuestión prejudicial*

- 43 Mediante su cuarta cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el Derecho de la Unión se opone a la adjudicación directa, es decir, sin licitación, por un ayuntamiento a un tercero, de una concesión de servicio público relativa a una obra, cuando dicha concesión no puede generar ingresos netos cuantiosos ni proporcionar ninguna ventaja indebida a dicho tercero o a la autoridad pública concedente.
- 44 A este respecto, procede señalar, en primer lugar, que, si las modificaciones de que se trata no pudieran calificarse de «modificaciones» a efectos del artículo 30, apartado 4, del Reglamento n° 1260/1999, el Estado miembro en cuestión, ciertamente, en cumplimiento de las obligaciones establecidas en el artículo 38, apartado 1, letras e) y h), de dicho Reglamento, debería examinar si tales modificaciones no constituyen una irregularidad, en el sentido de los artículos 38 y 39 del citado Reglamento, ante la que, en consecuencia, se deberían efectuar las correcciones financieras necesarias y recuperar los importes perdidos que correspondieran aplicando, en su caso, intereses de demora.
- 45 Debe recordarse, además, que las concesiones de servicios públicos no están reguladas por el Derecho de la Unión. A falta de tal normativa, el Derecho aplicable a las concesiones de servicios debe examinarse a la luz del Derecho originario y, más concretamente, de las libertades fundamentales establecidas en el Tratado FUE (véase la sentencia de 7 de diciembre de 2000, Telaustria y Telefonadress, C-324/98, Rec. p. I-10745, apartado 60).
- 46 En este contexto, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que los principios de igualdad de trato y de no discriminación por razón de nacionalidad imponen, en particular, a la autoridad concedente una obligación de transparencia que consiste en garantizar, en beneficio de cualquier licitador potencial, una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia el procedimiento de adjudicación y controlar la imparcialidad de dicho procedimiento, sin implicar necesariamente la obligación de convocar una licitación (sentencias de 13 de septiembre de 2007, Comisión/Italia, C-260/04, Rec. p. I-7083, apartado 24, y de 13 de noviembre de 2008, Coditel Brabant, C-324/07, Rec. p. I-8457, apartado 25).



- 47 Más concretamente, se ha declarado que, en la medida en que una concesión también puede interesar a una empresa establecida en un Estado miembro distinto del de la autoridad concedente, la adjudicación de dicha concesión, sin respetar el principio de transparencia, a una empresa establecida en este último Estado miembro constituye una diferencia de trato en perjuicio de las empresas establecidas en otros Estados miembros. En efecto, si no existe transparencia, las empresas situadas en esos otros Estados miembros no tendrán ninguna posibilidad real de manifestar su interés en obtener dicha concesión (véase, en este sentido, la sentencia de 21 de julio de 2005, Coname, C-231/03, Rec. p. I-7287, apartados 17 y 18).
- 48 Si no está justificada por circunstancias objetivas, tal diferencia de trato, que opera principalmente en perjuicio de las empresas establecidas en otro Estado miembro, constituye una discriminación indirecta por razón de nacionalidad, prohibida con arreglo a los artículos 49 TFUE y 56 TFUE (sentencia de 17 de julio de 2008, ASM Brescia, C-347/06, Rec. p. I-5641, apartado 60).
- 49 En estas circunstancias, para apreciar si la adjudicación de una concesión sobre el dique seco respeta el Derecho de la Unión, el órgano jurisdiccional remitente deberá verificar si la adjudicación de la concesión de servicio público por el Comune di Ancona cumple el requisito de transparencia, permitiendo, en particular, que una empresa establecida en el territorio de un Estado miembro distinto de la República Italiana pudiera tener acceso a la información adecuada sobre dicha concesión antes de su adjudicación, de forma que, de haberlo deseado, habría estado en condiciones de manifestar su interés por obtener la citada concesión (véase la sentencia Coname, antes citada, apartado 21).
- 50 En el litigio principal, el Comune di Ancona no invocó ninguna circunstancia objetiva que pudiera justificar la falta total de transparencia en la adjudicación de la concesión. En cambio, sostuvo que la concesión no podía interesar a empresas establecidas en otros Estados miembros, en la medida en que la concesión acordada a la Cooperativa Pescatori estaba concebida de tal modo que no podía generar ingresos netos cuantiosos a su beneficiario ni proporcionar ninguna ventaja indebida a este último o al Ayuntamiento.
- 51 Sin embargo, el hecho de que una concesión no pueda generar ingresos netos cuantiosos ni proporcionar una ventaja indebida a una empresa o a un organismo público, por sí solo, no permite concluir que tal concesión carece de interés económico para empresas establecidas en Estados miembros distintos del de la autoridad concedente. En efecto, en el marco de una estrategia económica que pretende extender una parte de sus actividades a otro Estado miembro, una empresa puede tomar la decisión táctica de solicitar, en dicho Estado miembro, la adjudicación de una concesión, pese a que ello no pueda, como tal, generar beneficios adecuados, pues ciertamente tal ocasión le puede servir para establecerse en el mercado de dicho Estado y darse a conocer con el fin de preparar su expansión futura.
- 52 Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a la cuarta cuestión prejudicial que, en las circunstancias del litigio principal, el Derecho de la Unión no se opone a la adjudicación sin licitación de una concesión de servicio público relativa a una obra, siempre y cuando dicha adjudicación responda al principio de transparencia, cuyo respeto, sin implicar necesariamente la obligación de convocar una licitación, debe permitir a una empresa establecida en el territorio de un Estado miembro distinto del de la autoridad concedente tener acceso a la información adecuada relativa a dicha concesión antes de su adjudicación, de forma que, de haberlo deseado, la citada empresa habría estado en condiciones de manifestar su interés por obtener tal concesión, circunstancia que corresponde verificar al órgano jurisdiccional remitente.

## Costas

<sup>53</sup> Dado que el procedimiento tiene, para las partes del litigio principal, el carácter de un incidente promovido ante el órgano jurisdiccional remitente, corresponde a éste resolver sobre las costas. Los gastos efectuados por quienes, no siendo partes del litigio principal, han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia no pueden ser objeto de reembolso.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) declara:

- 1) **El artículo 30, apartado 4, del Reglamento (CE) n° 1260/1999 del Consejo, de 21 de junio de 1999, por el que se establecen disposiciones generales sobre los Fondos Estructurales, debe interpretarse en el sentido de que las modificaciones que éste regula comprenden tanto aquellas que se producen en la realización de una obra como las operadas posteriormente, en particular durante la gestión de ésta, siempre y cuando tales modificaciones tengan lugar durante el plazo de cinco años establecido en dicha disposición.**
- 2) **El artículo 30, apartado 4, del Reglamento n° 1260/1999 debe interpretarse en el sentido de que para poder apreciar si la adjudicación de una concesión no genera ingresos significativos para el concedente o ventajas indebidas para el concesionario no es necesario verificar de antemano si la obra objeto de concesión ha sufrido alguna modificación importante.**
- 3) **El artículo 30, apartado 4, del Reglamento n° 1260/1999 debe interpretarse en el sentido de que recoge tanto el supuesto de una modificación física, cuando la obra realizada no es conforme con lo previsto en el proyecto financiado, como el supuesto de una modificación funcional, teniendo en cuenta que, en caso de modificación consistente en la utilización de una obra para actividades distintas de las inicialmente previstas en el proyecto financiado, tal modificación debe poder mermar de manera significativa la capacidad de la operación de que se trate para alcanzar el objetivo que le fue asignado.**
- 4) **En las circunstancias del litigio principal, el Derecho de la Unión no se opone a la adjudicación sin licitación de una concesión de servicio público relativa a una obra, siempre y cuando dicha adjudicación responda al principio de transparencia, cuyo respeto, sin implicar necesariamente la obligación de convocar una licitación, debe permitir a una empresa establecida en el territorio de un Estado miembro distinto del de la autoridad concedente tener acceso a la información adecuada relativa a dicha concesión antes de su adjudicación, de forma que, de haberlo deseado, la citada empresa habría estado en condiciones de manifestar su interés por obtener tal concesión, circunstancia que corresponde verificar al órgano jurisdiccional remitente.**

Firmas