



Zbornik sudske prakse

MIŠLJENJE NEZAVISNOG ODVJETNIKA
YVESA BOTA
od 5. rujna 2013.¹

Predmet C-388/12

**Comune di Ancona
protiv
Regione Marche**

**(zahtjev za prethodnu odluku koji je sastavio Tribunale amministrativo regionale per le Marche
(Italija))**

„Strukturni fondovi – Financijski doprinos iz strukturnih fondova – Kriteriji prihvatljivosti izdataka –
Načelo usklađenosti aktivnosti s pravom Unije u smislu članka 12. Uredbe (EZ) br. 1260/1999 –
Načelo kontinuiteta aktivnosti u smislu članka 30. stavka 4. Uredbe (EZ) br. 1260/1999 – Pojam
,značajna izmjena' aktivnosti – Dodjela ugovora o koncesiji bez prethodne objave ni prethodnog poziva
na nadmetanje – Financijski ispravci u smislu članka 39. Uredbe (EZ) br. 1260/1999“

1. Ovim zahtjevom za prethodnu odluku Tribunale amministrativo regionale per le Marche (Italija) postavlja pitanje o opsegu pravila kojima se uređuje prihvatljivost projekta za europsko financiranje, navedenih u okviru Uredbe Vijeća (EZ) br. 1260/1999 od 21. lipnja 1999. o utvrđivanju općih odredaba o strukturnim fondovima².

2. Od Suda se posebno traži da pojasni smisao i opseg načela usklađenosti i kontinuiteta projekta s pravom Unije, koja su navedena u člancima 12. i 30. Uredbe.

3. Taj je prijedlog iznesen u okviru spora između Comune di Ancona, koji je krajnji korisnik subvencije isplaćene iz Europskog fonda za regionalni razvoj (EFRR), s jedne strane, i Regione Marche, tijela koje na regionalnoj razini upravlja i nadzire upotrebu navedene subvencije, s druge strane. Naime, Regione Marche odlučio je povući i osigurati povrat financijskih potpora koje su Comune di Ancona bile isplaćene za izgradnju broskog navoza i kupovinu pokretne dizalice zbog otkrivenih nepravilnosti u okviru upravljanja tom lučkom infrastrukturom³. Comune di Ancona posebno se prigovara da je koncesiju za upravljanje navedenom infrastrukturom povjerio vanjskom pružatelju usluge bez prethodnog poziva na nadmetanje.

1 — Izvorni jezik: francuski

2 — SL L 161, str. 1., u daljnjem tekstu: Uredba.

3 — Brodski je navoz nagnuta površina na koju se polaže brod radi održavanja ili popravljanja.

I – Pravo Unije

4. EFRR jedan je od četiri strukturna fondova koje je u skladu s ciljem članka 174. UFEU-a ustanovila Europska komisija radi jačanja ekonomske, socijalne i teritorijalne kohezije u Europskoj uniji. Taj je fond prvenstveno namijenjen da umani ekonomske, socijalne i teritorijalne razlike nastale osobito u regijama koje zaostaju u razvoju, u fazi su gospodarske prenamjene i u područjima sa strukturnim poteškoćama⁴.

5. EFRR crpi sredstva iz europskog proračuna za čiju je provedbu odgovorna Komisija. Budući da je taj proračun strogo uređen i ograničen, Vijeće Europske unije htjelo je pravilima o provedbi koja je utvrdilo omogućiti provjeru zakonite i promišljene upotrebe sredstava iz navedenog fonda. Komisija u tu svrhu, kako bi osigurala pravilnu upotrebu navedenih sredstava intervenira samo radi povrata troškova prethodno nastalih u okviru projekata, a koje su nositelji tih projekata opravdali i nadležna nacionalna tijela nadzirala zbog čega korisnici imaju veće obveze u pogledu praćenja i opravdavanja provedenih projekata i nastalih izdataka.

6. Svaka aktivnost mora biti u skladu sa zajedničkim načelima prihvatljivosti⁵.

7. Među njima je i načelo usklađenosti, navedeno kako slijedi u članku 12. Uredbe:

„Aktivnosti financirane fondovima [...] moraju biti u skladu s odredbama Ugovora, aktima donesenima na temelju tog Ugovora kao i s politikama i aktivnostima Zajednice, uključujući one koje se odnose na pravila o tržišnom natjecanju, provedbu postupka javne nabave [...]”⁶ [neslužbeni prijevod].

8. Osim toga, da bi aktivnost bila prihvatljiva za europsko financiranje, mora biti u skladu s načelom kontinuiteta iz članka 30. stavka 4. Uredbe⁷. Ta odredba glasi kako slijedi:

„Države članice osiguravaju da aktivnost zadrži doprinos iz fondova jedino ako, u roku od pet godina od dana kada je nadležno nacionalno tijelo ili upravno tijelo donijelo odluku o doprinosu iz fondova, ne dođe do značajne izmjene te aktivnosti:

(a) koja utječe na njezinu prirodu ili uvjete provedbe ili koja poduzetniku ili javnom tijelu daje nedopuštenu prednost

i

(b) koja je posljedica promjene u prirodi vlasništva nad infrastrukturom ili prestanka ili premještanja proizvodne aktivnosti.

Države članice obavještavaju Komisiju o bilo kakvoj izmjeni te vrste; u slučaju takve izmjene, primjenjuju se odredbe članka 39.” [neslužbeni prijevod]

9. Člankom 39. stavkom 1. Uredbe određuje se:

„Najprije su države članice dužne otkrivati nepravilnosti i djelovati kada se utvrdi značajna izmjena koja utječe na prirodu ili uvjete provedbe ili nadzora pomoći i obavljati potrebne financijske ispravke.

4 — Uvodna izjava 1. Uredbe.

5 — U smislu članka 9. točke (k) Uredbe „aktivnost” podrazumijeva „bilo koji projekt ili aktivnost koju provode krajnji korisnici pomoći” [neslužbeni prijevod].

6 — Vidjeti i uvodnu izjavu 30. Uredbe.

7 — Vidjeti i uvodnu izjavu 41. Uredbe, u kojoj zakonodavac pojašnjuje da „kako bi se osigurala učinkovitost i trajan učinak djelovanja fondova, sva ili dio pomoći iz fondova treba ostati vezana uz određenu aktivnost samo ako njezina priroda i uvjeti provedbe nisu značajno izmijenjeni, čime bi se aktivnost za koju je primljena pomoć mogla odvratiti od njezina prvotnog cilja”. [neslužbeni prijevod]

Države članice provode financijske ispravke koji su potrebni u pogledu pojedinačnih ili sustavnih nepravilnosti. Ispravci koje provode države članice sastoje se od cjelokupnog ili djelomičnog ukidanja doprinosa Zajednice. [...]” [neslužbeni prijevod]

II – Glavni postupak

10. Regione Marche, tijelo za upravljanje određeno u jedinstvenom programskom dokumentu (u daljnjem tekstu: SPD) za strukturne pomoći Unije u toj regiji objavio je poziv za različite infrastrukturne projekte na lokalnim lučkim područjima za programsko razdoblje od 2002. do 2006.

11. Comune di Ancona odgovorio je na taj poziv podnošenjem zahtjeva za financiranje triju projekata koji se odnose na izgradnju broskog navoza, kupovinu pokretne dizalice i radove prostornog uređenja. Ta tri zahtjeva bila su prihvaćena.

12. Comune di Ancona, kao tijelo koje se koristi predmetnim financiranjem, nakon izgradnje broskog navoza i instalacije pokretne dizalice obratio se Regione Marche s pitanjem može li se koncesija za upravljanje objektom i javnom uslugom povjeriti trećoj osobi. Regione Marche smatrao je da u tom pogledu nema zapreka, pritom se pozivajući na potrebu poštovanja propisa koji su na snazi u području dodjele koncesija za javne usluge⁸.

13. Comune di Ancona povjerio je upravljanje brodskim navozom zadruzi Cooperativa arl Pescatori e Motopescherecci di Ancona (u daljnjem tekstu: zadruga). Iz odluke kojom se upućuje zahtjev za prethodnu odluku proizlazi da je ugovor o koncesiji zaključen na takav način da ni Comune di Ancona ni koncesionar ne mogu ostvariti dobit od upravljanja brodskim navozom. Osim toga, koncesionar je dužan poštovati primjenjivo zakonodavstvo Unije i ne smije biti u mogućnosti izmijeniti uvjete provedbe aktivnosti. Naposljetku, ugovorom o koncesiji predviđa se da objekt ostaje u vlasništvu Comune di Ancona.

14. Međutim, Regione Marche utvrdila je u lipnju 2010., nakon nadzora koji je proveo Guardia di Finanza, da u pogledu upravljanja brodskim navozom postoje određene nepravilnosti:

- kao prvo i najvažnije, Comune di Ancona dodijelio je koncesiju za upravljanje objektom bez postupka javne nabave, što predstavlja povredu pravila koja se odnose na provedbu postupaka javne nabave i temelj za povlačenje cjelokupnog financiranja;
- kao drugo, dio objekta (separator ulja i jedna od dvije rampe) ostao je neupotrijebljen, što je temelj za djelomično povlačenje iznosa od 325 000 eura dodijeljenog na temelju poziva na dostavu projektnih prijedloga iz 2002. i
- kao treće, procijenjeno je da se 18 % upotrebe broskog navoza odnosi na rekreacijska plovila. to je temelj za djelomično povlačenje iznosa od 39 000 eura, dodijeljenog na temelju poziva na dostavu projektnih prijedloga iz 2006.

15. Regione Marche donio je na temelju tih utvrđenja 1. srpnja 2011. odluku kojom je naložio povlačenje i povrat financiranja odobrenog Comune di Ancona. Comune di Ancona stoga je sudu koji je uputio zahtjev podnio tužbu za poništenje te odluke.

⁸ — Članak 1. stavak 4. Direktive 2004/18/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 31. ožujka 2004. o usklađivanju postupaka za sklapanje ugovora o javnim radovima, ugovora o javnoj nabavi robe te ugovora o javnim uslugama (SL L 134, str. 114.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 6., svezak 1., str. 156.). U skladu tom odredbom radi se o ugovoru „istoga tipa kao i ugovor o javnim radovima, a razlikuje se samo u činjenici da se naknada na radove koji će se izvesti sastoji ili samo od prava na iskorištavanje radova, ili od tog prava zajedno s plaćanjem”.

16. U prilog svojoj tužbi, Comune di Ancona istaknuo je sljedeće tužbene razloge:

- kao prvo, smatra da to što nije bilo poziva na nadmetanje nije razlog za ukidanje natječaja. Naime, Comune di Ancona ističe da je obveza poštovanja postupaka javne nabave bila izričito predviđena samo za fazu dodjele poslova, a ne za fazu upravljanja brodskim navozom. Također navodi da drugi uvjeti iz članka 30. Uredbe nisu ispunjeni s obzirom na to da je objekt i nadalje ostao u njezinom vlasništvu i s obzirom na to da se namjena tog objekta nije izmijenila;
- kao drugo, Comune di Ancona ističe da za dodjelu upravljanja infrastrukturom nije bilo potrebno provesti postupak javne nabave s obzirom na to da nijedan drugi subjekt nije bio zainteresiran za tu koncesiju;
- kao treće, Comune di Ancona smatra da se odlukom od 1. srpnja 2011. povrijedilo njegovo legitimno očekivanje s obzirom na to da Regione Marche nikad protiv njega nije uputio prigovor premda je bio obaviješten o namjeri Comune di Ancona da upravljanje tim brodskim navozom povjeri trećoj osobi;
- kao četvrto, ističe da je djelomično povlačenje iznosa od 39 000 eura, dodijeljenog na temelju projekta iz 2006. nezakonito jer je postotak od 18 % proizvoljno određen i jer se upotreba broskog navoza za rekreacijska plovila ne protivi načelima EFRR-a s obzirom na to da je gospodarski sektor rekreacijskih plovila blizak ribarskom sektoru, i
- kao peto, Comune di Ancona smatra da Regione Marche nije obrazložio odluku od 1. srpnja 2011. i posebno, da nije ocijenio posljedice povlačenja tog financiranja čime je povrijedio i pravila koja se odnose na ovlast javne uprave da povuče, suspendira ili izmijeni vlastite akte.

III – Prethodna pitanja

17. Zbog dvojbi u pogledu potrebnog tumačenja članka 30. stavka 4. Uredbe Tribunale amministrativo regionale per le Marche, koji odlučuje u glavnom postupku, odlučio je prekinuti postupak i uputiti Sudu sljedeća prethodna pitanja:

1. Treba li članak 30. stavak 4. Uredbe tumačiti na način da najprije valja provjeriti je li se objekt značajno izmijenio kako bi se moglo utvrditi je li davatelj koncesije njezinom dodjelom ostvario znatan prihod ili je li koncesionar pritom ostvario neopravdanu prednost?
2. Ako je odgovor na prvo pitanje potvrđan, što se podrazumijeva pod 'značajnom izmjenom', odnosno, odnosi li se to pravilo samo na fizičke izmjene, u smislu da izgrađeni objekt nije u skladu s onime što je bilo previđeno u projektu za koji je odobreno za financiranje ili se odnosi i na funkcionalnu izmjenu i radi li se u tom slučaju o 'značajnoj izmjeni' kada se objekt 'također', ali ne pretežno, upotrebljava za aktivnosti koje nisu bile predviđene u pozivu na dostavu projektnih prijedloga ili u zahtjevu za sudjelovanje u tom postupku?
3. Ako je odgovor na prvo pitanje negativan, primjenjuje li se članak 30. stavak 4. Uredbe u slučajevima u kojima se javno financiranje upotrebljava za izgradnju objekata čije bi upravljanje moglo biti od gospodarskog interesa samo na fazu izgradnje objekta ili obveza poštovanja pravila o javnoj nabavi postoji i kada se radi o dodjeli koncesije za upravljanje?
4. Treba li članak 30. stavak 4. Uredbe tumačiti na način da provjera toga ostvaruje li poduzetnik ili javno tijelo na temelju dodjele koncesije za upravljanje trećoj osobi znatne neto prihode ili nedopuštenu prednost logički i pravno slijedi nakon prethodnog pitanja (odnosno pitanja o obvezi poštovanja postupaka javne nabave) ili postojanje obveze provedbe postupka javne nabave treba provjeriti uzimajući u obzir konkretno uređenje odnosa u okviru koncesije?

18. Comune di Ancona kao i portugalska vlada i Komisija podnijele su pisana i usmena očitovanja.

IV – Moja analiza

A – Predmet pitanja

19. Prethodna pitanja suda koji je uputio zahtjev odnose se na tumačenje članka 30. stavka 4. Uredbe, kojim je određeno temeljno načelo provedbe europskih strukturnih fondova, odnosno načelo kontinuiteta sufinanciranih aktivnosti.

20. Na temelju tog načela aktivnost konačno zadržava doprinos iz fondova jedino ako u roku od pet godina od dana kada je nadležno nacionalno tijelo ili upravno tijelo donijelo odluku o doprinosu iz fondova, dođe do značajne izmjene te aktivnosti. Ako države članice utvrde takvu izmjenu, moraju provesti potrebne financijske ispravke u skladu s člankom 39. stavkom 1. Uredbe.

21. S obzirom na te zakonodavne odredbe sud koji je uputio zahtjev pozvan je utvrditi treba li u okolnostima iz glavnog postupka smatrati da se aktivnost izgradnje broskog navoza od strane Comune di Ancona, koji je bio korisnik pomoći iz fonda EFRR, „značajno izmijenila” u smislu članka 30. stavka 4. Uredbe. Naime, stranke se slažu da je Comune di Ancona koncesiju za upravljanje broskim navozom dodijelio vanjskom pružatelju usluga bez prethodnog poziva na nadmetanje. Zato se postavljaju dva pitanja. Kao prvo, je li se predmetnom koncesijom „značajno izmijenila” aktivnost u smislu članka 30. stavka 4. Uredbe? Kao drugo, nastaju li zbog povreda pravila za sklapanje ugovora o koncesiji posljedice u pogledu europskog financiranja?

22. Smatram da je za odgovor na ta pitanja potrebno uzeti u obzir druga pravna pravila za razliku od onih koje je Tribunale amministrativo regionale per le Marche izričito naveo u svojoj odluci kojom se upućuje zahtjev za prethodnu odluku. Iako je taj sud sva svoja pitanja usmjerio na tumačenje članka 30. stavka 4. Uredbe, smatram da se, suprotno tome, u pogledu načela usklađenosti aktivnosti s pravom Unije treba pozvati na članak 12. Uredbe.

23. Smatram i da je potrebno preformulirati pitanja suda koji je uputio zahtjev jer su, prema mojem mišljenju, u određenoj mjeri dvosmislena⁹.

24. S obzirom na ta razmatranja, predlažem da se zajedno ispituju prvo i drugo pitanje kao i prvi dio trećeg pitanja¹⁰. Sva se ta pitanja, naime, odnose na tumačenje pojma „značajne izmjene” aktivnosti u smislu članka 30. stavka 4. Uredbe i na situaciju u okviru koje je vođenje sufinancirane aktivnosti preneseno na vanjskog pružatelja usluga.

25. Potom ću se pozabaviti drugim dijelom trećeg pitanja. Naime, ono se više odnosi na opseg načela usklađenosti aktivnosti s pravom Unije, navedenog u članku 12. Uredbe. Sud koji je uputio zahtjev želi znati nalaže li se korisniku sredstava iz fondova poštovanje tog načela i posebno obveza provedbe postupka javne nabave kada taj korisnik kao javni naručitelj sklopi ugovor o koncesiji za upravljanje uslugom sufinanciranom iz strukturnih fondova.

9 — Podsjećam da iz ustaljene sudske prakse proizlazi da je, u okviru postupka suradnje između nacionalnih sudova i Suda ustanovljene člankom 267. UFEU-a, na Sudu da sudu koji je uputio zahtjev pruži koristan odgovor koji će mu omogućiti da riješi spor koji se pred njim vodi. U tom smislu, Sud može preformulirati pitanje koje mu je postavljeno. Može uzeti u obzir i pravna pravila Unije na koja se nacionalni sud nije pozvao u svojim prethodnim pitanjima ako su ona nužna u svrhu rješavanja spora u glavnom postupku (osobito vidjeti presudu od 8. prosinca 2011., Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, C-157/10, Zb., str. I-13023, t. 18. do 20. i navedena sudska praksa).

10 — Treće pitanje sastavljeno je na dvosmislen način. Prema mojem shvaćanju, dijeli se na dva potpitanja i smatram da je drugo više povezano s četvrtim pitanjem suda koji je uputio zahtjev.

26. Naposljetku ću ispitati četvrto pitanje koje je prema mojem mišljenju povezano s mogućim ublažavanjem poštovanja obveze transparentnosti. Sud koji je uputio zahtjev, naime, pita postoji li ta obveza u slučaju gdje se predmetnom koncesijom ne ostvaruje nikakva dobit i gdje je zainteresiran samo jedan gospodarski subjekt koji bi mogao preuzeti upravljanje usluge.

27. S obzirom na prethodna razmatranja, predlažem Sudu da pitanja koja je uputio Tribunale amministrativo regionale per le Marche preformulira kako slijedi:

1. U smislu članka 30. stavka 4. Uredbe:

- (a) Primjenjuje li se ocjena koja se odnosi na postojanje značajne izmjene samo na fazu izgradnje objekta ili obuhvaća i fazu upravljanja njime?
- (b) Obuhvaća li pojam značajne izmjene aktivnosti samo fizičke ili materijalne izmjene izgrađenog objekta ili i funkcionalne izmjene kao što je upotreba objekta u svrhe koje izvorno nisu bile predviđene?
- (c) Mora li nadležno nacionalno tijelo prije nego ocijeni jesu li davatelj koncesije ili koncesionar ostvarili neopravdanu prednost, prethodno ispitati postoji li značajna izmjena aktivnosti?

2. Podrazumijeva li načelo usklađenosti aktivnosti s pravom Unije, utvrđeno u članku 12. Uredbe i posebno obveza poštovanja pravila u području javne nabave koja iz njega proizlazi, da korisnik sredstava prethodno mora objaviti postupak i uputiti poziv na nadmetanje, kada kao javni naručitelj koncesiju za upravljanje uslugom sufinanciranom iz strukturnih fondova dodjeljuje vanjskom pružatelju usluga?

3. U okolnostima poput onih iz glavnog postupka, protivi li se načelo usklađenosti aktivnosti s pravom Unije iz članka 12. Uredbe i posebno obveza poštovanja pravila u području javne nabave, tome da javni naručitelj koncesiju dodijeli izravno, kada se predmetnom uslugom u skladu s odredbama ugovora o koncesiji ne ostvaruje nikakva dobit i kada je u sektoru o kojemu je riječ zainteresiran samo jedan gospodarski subjekt koji bi mogao preuzeti upravljanje usluge?

B – Prvo pitanje, koje se odnosi na smisao i opseg pojma „značajne izmjene” aktivnosti u smislu članka 30. stavka 4. Uredbe

28. Prvo pitanje, kako sam ga preformulirao, obuhvaća više potpitanja o opsegu članka 30. stavka 4. Uredbe i smislu koji se pripisuje pojmu značajne izmjene aktivnosti.

29. Iako odgovor na ta pitanja proizlazi iz teksta te odredbe kao i iz strukture kojom je ona obuhvaćena, taj odgovor nameće se posebno s obzirom na ciljeve koje zakonodavac Unije želi postići.

30. Podsjećam da skladu s člankom 30. stavkom 4. Uredbe:

„[...] da aktivnost zadrži doprinos iz fondova jedino ako, u roku od pet godina od dana kada je nadležno nacionalno tijelo ili upravno tijelo donijelo odluku o doprinosu iz fondova, ne dođe do značajne izmjene te aktivnosti:

- (a) koja utječe na njezinu prirodu ili uvjete provedbe ili koja poduzetniku ili javnom tijelu daje nedopuštenu prednost

te

(b) koja je posljedica promjene u prirodi vlasništva nad infrastrukturom ili prestanka ili premještanja proizvodne aktivnosti.

[...]” [neslužbeni prijevod]¹¹.

31. Člankom 30. stavkom 4. Uredbe određeno je temeljno načelo provedbe strukturnih fondova, odnosno načelo kontinuiteta projekata i aktivnosti korisnika sredstava iz fondova.

32. Na temelju tog načela, države članice osiguravaju da su ulaganja koja Unija provodi u poduzećima i regionalnim infrastrukturom učinkovita, da se promišljeno upotrebljavaju i da se mogu amortizirati na dovoljno dug rok¹². Zato moraju, prema mojem mišljenju, posebno strogim nadzorom, osigurati da korisnik fondova ne izmijeni aktivnost na način kojim bi se ta aktivnost iskrivila ili odvrtila od ciljeva prvotno određenih u operativnom programu i u SPD-u ili bi došlo do nezakonitog prisvajanja sredstava¹³.

33. Zakonodavac Unije stoga nastoji osigurati da tijekom pet godina nakon odluke o odobrenju financiranja svaki projekt i svaki izdatak sufinanciran iz strukturnih fondova i nadalje poštuju načela materijalne i zemljopisne prihvatljivosti, na koje se među ostalima odnosi članak 30. stavak 1. Uredbe¹⁴, kao i ciljeve ekonomske i socijalne kohezije koji se žele postići europskim financiranjem.

34. Ipak, zakonodavac Unije ne namjerava obuhvatiti sve izmjene aktivnosti koje mogu nastati tijekom njezina provođenja. Na aktivnost, naime, može utjecati nepredviđen razvoj okolnosti, povezan s primjerice društveno-ekonomskim kontekstom kao i nepredviđenim događajima prilikom provedbe koji su u dugoročnim ulaganjima neizbježni. Međutim, tu nije riječ o pitanju zaustavljanja izvršavanja aktivnosti i djelovanja službi da bi se proveo nadzor svih, čak i najmanjih izmjena. Zakonodavac Unije stoga misli samo na značajne izmjene aktivnosti. U smislu članka 30. stavka 4. Uredbe značaj tih izmjena ocjenjuje se s obzirom na posljedice koje nastaju u pogledu prihvatljivosti aktivnosti za financiranje.

35. Naime, zakonodavac Unije u članku 30. stavku 4. točki(a) Uredbe navodi značajne izmjene koje negativno utječu na prirodu aktivnosti ili utječu na uvjete njezine provedbe ili pak javnom tijelu ili poduzetniku dodjeljuju neopravdanu prednost. Očito je da se takvim okolnostima značajno mijenja provođenje projekta u odnosu na predviđeno i sama prihvatljivost aktivnosti za financiranje europskim sredstvima mogla bi se dovesti u pitanje.

36. Osim toga, člankom 30. stavkom 4. točkom (b) Uredbe zakonodavac Unije ograničava te izmjene na one izmjene koje su posljedica promjene u prirodi vlasništva nad infrastrukturom ili prestanka ili premještanja proizvodne aktivnosti.

11 — Zanimljivo je istaknuti da se pravila utvrđena člankom 30. stavkom 4. Uredbe sada nalaze u članku 57. stavku 1. Uredbe Vijeća (EZ) br. 1083/2006 od 11. srpnja 2006. o utvrđivanju općih odredaba o Europskom fondu za regionalni razvoj, Europskom socijalnom fondu i Kohezijskom fondu i stavljanju izvan snage Uredbe (EZ) br. 1260/1999 (SL L 210, str. 25) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 14., svezak 2., str. 120.), kako je izmijenjena Uredbom (EU) br. 539/2010 Europskog parlamenta i Vijeća od 16. lipnja 2010. (SL L 158, str. 1.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 14., svezak 2., str. 258.), naslovljenom „Trajnost operacija”. Ta odredba glasi kako slijedi (moje isticanje):

„Država članica ili upravljačko tijelo osiguravaju da operacija koja obuhvaća ulaganja u infrastrukturu ili proizvodna ulaganja zadrže sredstva iz fondova samo ako se unutar pet godina od njezina zaključenja *značajno izmijeni, zbog promjene prirode vlasništva dijela infrastrukture ili prestanka proizvodne aktivnosti, što bi moglo utjecati na prirodu ili uvjete provedbe operacije ili što bi određenom poduzeću ili javnom tijelu dalo nepravednu prednost.*
[...]”

12 — Vidjeti uvodnu izjavu 41. Uredbe.

13 — Naime, krajnji se korisnik potpisivanjem ugovora o financiranju obvezuje da će provesti projekt kakav je opisan u tehničkim i financijskim prilogima tom ugovoru. Naime, nacionalna tijela i tijela Unije upravo su na toj osnovi ocijenila prihvatljivost projekta i usvojila odluku o financiranju. Zato se ne može ostvariti povrat sredstava za izdatke koje je nositelj projekta naveo u svojim zahtjevima za povrat sredstava, a koji ne ispunjuju uvjete iz navedenog ugovora.

14 — Materijalna i zemljopisna prihvatljivost projekta znači da aktivnost mora biti povezana s operativnim programom koji se odnosi na posebna područja, da je bila izabrana na osnovi valjanog postupka i da pridonosi ciljevima ekonomske i socijalne kohezije.

37. Tim odredbama vrlo se jasno utvrđuju elementi koji čine značajnu izmjenu aktivnosti i, kao što proizlazi iz upotrebe sastavnog veznika „i”, uvjeti koji su u njima navedeni kumulativni su.
38. Budući da su utvrđeni ti elementi, sada je potrebno odgovoriti na svako od pitanja suda koji je uputio zahtjev za prethodnu odluku.
39. Kao prvo, smatram da se nadzor koji je država članica dužna provoditi na temelju članka 30. stavka 4. Uredbe mora odnositi ne samo na izgradnju objekta, nego i na uvjete u kojima se njime upravlja i upotrebljava.
40. Ne slažem se stoga sa stajalištem koje je Komisija u tom pogledu iznijela tijekom rasprave.
41. Naime, iako financiranje europskim sredstvima ne bi pokrilo izvršenje radova, smatram da je područje primjene zabrane, određene člankom 30. stavkom 4. Uredbe mnogo šire i obuhvaća uvjete upravljanja i upotrebe predmetne infrastrukture.
42. To tumačenje potrebno je na temelju načela kontinuiteta kojem bi se, samom po sebi, oduzeo korisni učinak kad bi njegova primjena bila ograničena samo na fazu izvođenja radova.
43. Potrebno je i radi ciljeva koje zakonodavac Unije želi postići.
44. Naime, Unija ne financira samo izgradnju objekta, čak i najambicioznijeg, nego subvencionira aktivnost na osnovi točno određenog i dugoročnog cilja. Upravljanje tom aktivnosti mora omogućiti rješavanje društveno-ekonomskih strukturnih poteškoća na nekom području, na primjer stvaranjem radnih mjesta ako je stopa nezaposlenosti viša od prosjeka u Uniji, pridonoseći inovacijama u sektorima u fazi restrukturiranja ili sudjelujući u zaštiti okoliša u posebno ugroženim područjima. Međutim, ti ciljevi mogu se ostvariti samo ako se financiranje europskim sredstvima i s njime povezani nadzor odnose na sve akte i troškove koji se odnose na provedbu aktivnosti koja nužno uključuje načine njezine provedbe i upravljanja njome. To je i jedini način da se osigura učinkovitost financiranja sprječavanjem nezakonitog prisvajanja sredstava u korist projekta koji zbog izmjena koje utječu na njegovu provedbu ili upravljanje njime, poput prodaje privatnom gospodarskom subjektu, više ne ispunjavaju ciljeve EFRR-a.
45. To je tumačenje, osim toga, u skladu s tekstem članka 30. stavka 4. Uredbe.
46. Zakonodavac Unije s jedne strane obuhvaća moguće izmjene aktivnosti „u roku od pet godina” od odluke o odobrenju financiranja. To nužno znači da se dotične izmjene ne odnose samo na fazu izgradnje objekta, nego i na načine provedbe i upravljanja njime. Zakonodavac Unije s druge strane u članku 30. stavku 4. točki (a) Uredbe izričito navodi izmjene koje mogu utjecati na „prirodu” ili „uvjete provedbe” aktivnosti, što pretpostavlja vrlo široko materijalno područje primjene.
47. U tim okolnostima nadzor koji nadležno nacionalno tijelo mora provesti na temelju članka 30. stavka 4. Uredbe mora se odnositi ne samo na činjenično stanje i fizičku usklađenost aktivnosti u odnosu na projekt nego i na poštovanje načina provedbe i upravljanja kako su opisani u ugovoru o financiranju.
48. U skladu s tim razmatranjem smatram da zakonodavac Unije stoga ne želi obuhvatiti samo materijalne ili tehničke izmjene, primjerice izgradnju infrastrukture, nego i sve izmjene koje se odnose na njezino funkcioniranje¹⁵.

15 — U tom pogledu napominjem da će u određenim okolnostima određene funkcionalne izmjene biti moguće tek nakon nastanka materijalnih izmjena.

49. Pojam izmjene treba shvaćati u širem smislu i mora obuhvaćati sve vrste izmjena aktivnosti koje mogu nastati tijekom njezina provođenja.

50. Stoga izmjene mogu biti materijalne ili tehničke prirode kada korisnik primjerice provodi aktivnost prema drugačijem rasporedu od onog koji je prvotno predviđen ili izabere drugačije materijale ili usluge od onih koji su predviđeni u okviru ugovora o financiranju. Izmjene mogu biti i financijske prirode kada korisnik ne bude obavezan platiti predviđene izdatke ili smanji broj stvorenih radnih mjesta i umanju povezano troškove osoblja. Mogu biti i funkcionalne prirode kada korisnik objekt upotrebljava za svrhu koja je drugačija od one prvotno predviđene, kao u glavnom postupku.

51. Naposljetku, tekst i odnos odredbi iz članka 30. stavka 4. Uredbe omogućuju mi da odgovorim na posljednje pitanje suda koji je uputio zahtjev.

52. On želi saznati je li nadležno nacionalno tijelo dužno prije nego ocijeni jesu li davatelj koncesije ili koncesionar dodjelom koncesije ostvarili neopravdanu prednost, prethodno ispitati postoji li značajna izmjena predmetne aktivnosti.

53. Dodjela neopravdane prednosti stvarno može nastati značajnom izmjenom aktivnosti, ako se na primjer opseg aktivnosti korisnika poveća. Ipak, u smislu članka 30. stavka 4. Uredbe, nadzor koji se odnosi na postojanje neopravdane prednosti ne ovisi o prethodnom utvrđenju značajne izmjene aktivnosti. Postojanje takve prednosti, naprotiv, sastavni je dio značajne izmjene aktivnosti.

54. Nacionalno nadzorno tijelo stoga nije dužno provjeriti je li aktivnost značajno izmijenjena da bi ocijenilo postoji li neopravdana prednost za davatelja koncesije ili koncesionara. Tako je za utvrđenje značajne izmjene aktivnosti dostatno da se utvrdi da takva prednost postoji i da se provjeri da ona proizlazi iz nekoga od razloga navedenih u članku 30. stavku 4. točki (b) Uredbe.

55. Primjena načela koja sam upravo izveo iz glavnog postupka na ovoj razini nailazi na određene teškoće s obzirom na malo elemenata kojima raspolazem. Štoviše, na raspravi su se pojavile određene dvojbe koje ja nisam u mogućnosti razriješiti. Stoga je na nadležnom nacionalnom sudu da u skladu s izvedenim načelima i s obzirom na sve elemente iz spisa provjeri je li korisnik fondova odnosno Comune di Ancona, na način koji se protivi članku 30. stavku 4. Uredbe, izmijenio prirodu i uvjete za provođenje aktivnosti sufinancirane iz EFRR-a.

56. U glavnom postupku nije sporno da je Comune di Ancona koncesiju za upravljanje brodskim navozom dodijelila vanjskom pružatelju usluga u okolnostima koje ne samo da ostaju nerazjašnjene, nego se čine i nezakonitima. Znam da takav način upravljanja nije bio izričito predviđen u tekstu ugovora o financiranju, ali Regione Marche je kao tijelo za upravljanje SPD-om dalo svoju suglasnost. Jednako tako znam da je koncesija za upravljanje navedenoj zadrugi privremeno dodijeljena (na dvanaest mjeseci) i bez postupka javne nabave. Comune di Ancona u to je vrijeme tu odluku opravdala posebnom hitnošću zbog opasnosti od pogoršanja stanja infrastrukture. Međutim, smatram da je privremena dodjela koncesije postala konačna jer je upravljanje brodskim navozom nakon osam godina korištenja i dalje obuhvaćeno odgovornošću zadruge.

57. Poznato je i da se brodski navoz koji je izgradio Comune di Ancona upotrebljava za plovila za rekreaciju u procijenjenom udjelu od 18 %, a ta upotreba nije bila predviđena u ugovoru o financiranju iz 2006.

58. Na nadležnom je nacionalnom sudu da ispita jesu li izmjene toliko značajne da su utjecale na prihvatljivost aktivnosti za financiranje europskim sredstvima u smislu članka 30. stavka 4. Uredbe.

59. Ja bih ipak iznio sljedeća razmatranja.

60. Što se tiče uvjeta utvrđenih člankom 30. stavkom 4. točkom (a) Uredbe, čini mi se da ugovor koji su sklopili Comune di Ancona i zadruga učinak koncesije ograničava na uvjete za primjenu i upotrebu brodskog navoza kao i dobit proizašlu iz njega.

61. Iz odluke kojom se upućuje zahtjev za prethodnu odluku proizlazi da je ugovor o koncesiji zaključen na takav način da ni Comune di Ancona ni koncesionar ne mogu ostvariti dobit od upravljanja brodskim navozom. Što se tiče cijena usluge, čini se da su one u skladu s najnižim cijenama koje se naplaćuju u lukama Regione Marche i pokrivaju samo troškove upotrebe navoza. Kad se radi o godišnjoj pristojbi koju plaća koncesionar, ona je proporcionalna troškovima koje je Comune di Ancona iskazala za izgradnju i obračunana tako da ni davatelj koncesije ni koncesionar nemaju značajne neto prihode¹⁶. Koncesionar je osim toga na temelju ugovora o koncesiji dužan poštovati primjenjivo zakonodavstvo Unije, zadržati javni karakter i namjenu objekta te na zahtjev omogućiti da ga upotrebljava svaka ribarska brodice, a svako polugodište predložiti detaljan zapisnik o upravljanju koji dokazuje poštovanje članaka 29. i 30. Uredbe. Osim toga, koncesionar ne smije biti u mogućnosti izmijeniti uvjete provedbe aktivnosti i obavljati plaćenu aktivnost.

62. Ipak, s obzirom na navedeno smatram da nacionalni sud mora obratiti pozornost na prednosti koje je zadruga mogla neizravno ostvariti zbog neprovođenja postupka javne nabave i prešutne obnove koncesije, koja je dodijeljena prije više od osam godina.

63. Što se sada tiče pristupa rekreacijskih plovila brodskom navozu, moguće je da je takvo nastojanje odgovor na potrebu za dobrim financijskim upravljanjem. Nacionalni sud, međutim, morat će osigurati da se za tu aktivnost vode zasebni računi i ostanu u razumnoj mjeri. Nije, naime, isključeno da proširenje tog područja aktivnosti može utjecati na njezinu prirodu kao i na načine provedbe transakcije. Time se može ostvariti i prihod koji prvotno nije bio predviđen u ugovoru o financiranju. U tom je pogledu zanimljivo istaknuti da su u okviru poziva na dostavu projektnih prijedloga iz 2006.¹⁷, akti i troškovi povezani s upotrebom brodskog navoza za rekreacijska plovila isključeni iz financiranja europskim sredstvima. Pozivom na dostavu projektnih prijedloga iz 2006. izričito se predviđa da, kada se financirana infrastruktura upotrebljava za druge sektore, korisnik sredstava dužan je razlikovati troškove koji se pripisuju ribarskom sektoru od troškova drugih sektora aktivnosti jer se financiraju samo troškovi iz ribarskog sektora koji moraju činiti najmanje 50 % aktivnosti.

64. Kad je riječ o uvjetima članka 30. stavka 4. točke (b) Uredbe samo zbog razloga u pogledu promjene u prirodi vlasništva mogu nastati poteškoće jer razloge prestanka ili premještanja proizvodne aktivnosti možemo odmah odbaciti. Točno je da se ugovorom o koncesiji predviđa da objekt ostaje u vlasništvu Comune di Ancona. Međutim, postoje različiti načini izvršavanja prava vlasništva. Ako je Comune di Ancona stekla vlasništvo nad predmetnom infrastrukturom dijelom na temelju financiranja europskim sredstvima, pravo tog vlasništva mora se, prema mojem mišljenju, izvršavati u skladu s društvenom korisnošću koju traži EFRR. Zato mi se čini da će nacionalni sud morati ocijeniti način kako Comune di Ancona izvršava pravo svojeg vlasništva i pritom treba osigurati da su ciljevi isti kao ciljevi određeni u ugovoru o financiranju.

65. S obzirom na sva prethodna razmatranja, smatram da stoga članak 30. stavak 4. Uredbe treba tumačiti na način da:

- nadzor, koji se odnosi na postojanje značajne izmjene aktivnosti, odnosi se na sve akte povezane s provedbom aktivnosti, koja nužno uključuje izvođenje radova kao i načine provedbe i upravljanja tom aktivnosti;

16 — Iz odluke kojom se upućuje zahtjev za prethodnu odluku osim toga proizlazi da je Comune di Ancona od zadruge primao pristojbu koja odgovara svoti koju on sam mora platiti lučkoj upravi.

17 — Točka 3. Odluke br. 44 regionalne vlade (deliberazione n. 44 della Giunta regionale) od 13. veljače 2006.

- pojam izmjene aktivnosti obuhvaća sve materijalne, tehničke i financijske ili funkcionalne izmjene koje mogu nastati tijekom provođenja te aktivnosti, i
- nacionalno nadzorno tijelo nije dužno provjeravati je li se aktivnost značajno izmijenila kako bi se ocijenilo postojanje neopravdane prednosti u korist javnog tijela ili poduzetnika kada je postojanje takve prednosti sastavni element značajne izmjene.

C – Drugo i treće pitanje, koja se odnose na opseg načela usklađenosti aktivnosti s pravom Unije

66. Sud koji je uputio zahtjev svojim drugim i trećim pitanjem u biti pita Sud podrazumijeva li načelo usklađenosti aktivnosti s pravom Unije, utvrđeno u članku 12. Uredbe, a osobito obveza poštovanja pravila u području javne nabave, da korisnik fondova, kada kao javni naručitelj dodjeljuje ugovor o koncesiji za upravljanje uslugom sufinanciranom iz strukturnih fondova, mora poštovati obvezu transparentnosti koja iz toga proizlazi.

67. Da bi se odgovorilo na ta pitanja, najprije u okviru Uredbe treba odrediti opseg načela usklađenosti aktivnosti s pravom Unije, a osobito obvezu transparentnosti koja proizlazi iz toga.

68. Najprije treba podsjetiti da je načelo usklađenosti aktivnosti s pravom Unije temeljno načelo koje određuje je li aktivnost prihvatljiva za financiranje europskim sredstvima.

69. To načelo određeno je u članku 12. Uredbe, koji se nalazi u glavi I. Uredbe, naslovljenoj „Opća načela”.

70. Preneseno je u članak 11. tipskog ugovora o dodjeli sredstava iz EFRR-a¹⁸ i, s obzirom na to da je jedan od ključnih elemenata zahtjeva za subvenciju, u sve informativne priručnike za nositelje projekata¹⁹ kao i u sve ugovore o financiranju sklopljene s krajnjim korisnikom sredstava iz fondova. Navedeno načelo navodi se i u nacionalnim i po potrebi regionalnim propisima, kao što to proizlazi iz članka 5. regionalnog zakona br. 14 (*legge regionale n. 14*) od 2. listopada 2006.²⁰

71. U skladu s člankom 12. Uredbe²¹, svaki projekt koji je predmet financiranja iz strukturnih fondova i tako i svaki trošak povezan s njime moraju biti u skladu sa zakonodavstvom Unije i s politikama i radnjama koje poduzima zakonodavac Unije. Tim načelom usklađenosti nastoji se spriječiti da Unija financira projekte koji se protive odredbama Ugovora i politikama koje zagovara zakonodavac Unije.

72. Zakonodavac Unije posebno naglašava poštovanje pravila tržišnog natjecanja, pravila o provedbi postupka javne nabave i pravila kojima se nastoje osigurati ravnopravnost žena i muškaraca kao i zaštita okoliša.

73. Smatram da zakonodavac Unije od korisnika fondova zahtijeva da poštuje obveze tijekom cijelog trajanja aktivnosti. Naime, „aktivnosti financirane” vrlo je širok izraz koji se odnosi na usklađenost s pravom Unije. Međutim, dizajn objekta, izvođenje građevinskih ili renovatorskih radova, kupnja materijala ili opreme, s time povezana organizacija i upravljanje uslugama i zapošljavanje ili osposobljavanje osoblja dio su iste sufinancirane aktivnosti.

74. To tumačenje nameće se radi osiguranja korisnog učinka članka 12. Uredbe.

18 — U članku 11. tog ugovora navedene su nepravilnosti zbog kojih može doći do djelomičnog ili ukupnog povrata subvencije nakon nadzora i među njima se nalazi povreda europskih obveza.

19 — Vidjeti na primjer informativni vodič za podnošenje zahtjeva za subvenciju iz EFRR-a, koji je dostupan na internetskoj stranici regije Centre (Francuska) na sljedećoj adresi: 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 della politiche comunitarie (*Bollettino ufficiale della Regione Marche* br. 99, od 12. listopada 2006.).

21 — Vidjeti i uvodnu izjavu 30. Uredbe.

75. Kako, naime, osigurati ravnopravnost žena i muškaraca iz članka 23. Povelje Europske unije o temeljnim pravima ako se načelo usklađenosti ne primjenjuje na uvjete zapošljavanja, rada i naknade plaće, predviđene u okviru aktivnosti? Osim toga, kako osigurati zaštitu okoliša u smislu članka 191. UFEU-a ako se iz područja primjene članka 12. Uredbe isključe odredbe o obradi otpada ili načinima proizvodnje u poduzeću?

76. Stoga mislim da je krajnji korisnik sredstava iz fondova, koji djeluje u svojstvu javnog naručitelja, kada odluči vanjskom pružatelju usluge povjeriti obavljanje poslova, bilo to izvođenje radova, kupnja opreme ili upravljanje uslugom²² dužan poštovati pravila o tržišnom natjecanju kao i pravila za provedbu postupka javne nabave.

77. Što se događa kada krajnji korisnik sredstava iz fonda odluči da će dodijeliti koncesiju za upravljanje sufinanciranom uslugom?

78. Iako se člankom 12. Uredbe izričito određuje poštovanje pravila o provedbi postupka javne nabave, to svejedno ne znači da je iz toga isključeno poštovanje pravila o sklapanju ugovora o koncesiji.

79. S jedne strane, tom se odredbom izričito određuje poštovanje pravila o tržišnom natjecanju, što za javnog naručitelja znači da mora provesti postupak javne nabave u području javne nabave ili u okviru dodjele koncesije za javne usluge.

80. S druge strane, iako je točno da u trenutačnom stanju prava Unije ugovori o koncesiji za usluge nisu uređeni nikakvim sekundarnim zakonodavstvom²³, to ne mijenja činjenicu da, kao i svaki državni akt kojim se određuju uvjeti za upravljanje gospodarskom djelatnošću, pri dodjeli koncesije treba poštovati načela iz Ugovora i ispunjavati iz njih proizašle zahtjeve, poput onih pojašnjenih u sudskoj praksi Suda.

81. Tako iz ustaljene sudske prakse proizlazi da su javna tijela koja sklapaju takve ugovore obvezna poštovati načela slobode poslovnog nastana i slobode pružanja usluga iz članaka 49. i 56. UFEU-a kao i obvezu transparentnosti koja iz toga proizlazi²⁴.

82. Obveza transparentnosti čini konkretan i poseban izraz načela jednakog postupanja. To načelo predstavlja temeljno načelo prava Unije²⁵ čije se poštovanje nalaže državama članicama kada djeluju u području primjene prava Unije²⁶.

22 — Potrebno poštovanje postupka javne nabave navedeno je među ostalim u poglavlju 8.5. naslovljenom „Poštovanje politika Zajednice” iz SPD-a za strukturne pomoći Zajednice u regiji Marche, koji se odnosi na 2. cilj u Italiji za razdoblje 2000. – 2006.

23 — Komisija je 20. prosinca 2011. sastavila Prijedlog direktive Europskog parlamenta i Vijeća o dodijeli ugovora o koncesiji (COM(2011) 897 *final*). Vidjeti među ostalim priopćenje o tumačenju Komisije o koncesijama u pravu Zajednice (SL 2000, C 121, str. 2.)

24 — Presuda od 13. travnja 2010., Wall (C-91/08, Zb., str. I-2815., t. 33. i navedena sudska praksa).

25 — Presuda od 19. listopada 1977., Ruckdeschel i dr. (117/76 i 16/77, Zb., str. 1753., t. 7.).

26 — To načelo zahtijeva da se u usporedivim situacijama ne postupa na različite načine, osim ako bi takvo postupanje bilo objektivno opravdano (vidjeti među ostalim presude od 25. studenoga 1986. Klensch i dr. (201/85 i 202/85, Zb., str. 3477., t. 9.), kao i od 12. prosinca 2002., Rodríguez Caballero (C-442/00, Zb., str. I-11915., t. 32. i navedena sudska praksa)). Sud je već imao priliku pojasniti opseg načela jednakog postupanja u okviru javne nabave u presudama od 22. lipnja 1993., Komisija/Danska C-243/89, Zb., str. I-3353., t. 37. do 39.), i od 25. travnja 1996., Komisija/Belgija (C-87/94, Zb., str. I-2043., t. 51. do 56.), kao i opseg obveze transparentnosti u presudi od 7. prosinca 2000., Telaustria i Telefonadresa (C-324/98, Zb., str. I-10745.). Ta je sudska praksa zatim prenesena na koncesije za javne usluge u presudi od 13. listopada 2005., Parking Brixen (C-458/03, Zb., str. I-8585., t. 48.).

83. Obveza transparentnosti koja se nalaže javnim tijelima kada sklapaju ugovor o koncesiji znači da svakom potencijalnom ponuditelju u postupku dodjele koncesije mora biti osiguran primjereni stupanj javnosti²⁷. To mora omogućavati otvaranje koncesija za usluge tržišnom natjecanju na lokalnoj, nacionalnoj ili europskoj razini, s obzirom na to da poduzetnici iz drugih država članica mogu izraziti svoj interes. Ta obveza mora omogućavati i jednakost postupanja prema svim ponuditeljima te osobito transparentnost u odabiru kandidata, čiji je cilj ne samo sprječavanje protekcionizma, nego i korupcije i proizvoljnosti u okviru dodjele koncesije.

84. S obzirom na ta razmatranja, smatram da načelo usklađenosti aktivnosti s pravom Unije, utvrđeno u članku 12. Uredbe, znači da korisnik fondova, prije nego kao javni naručitelj dodijeli ugovor o koncesiji u pogledu upravljanja uslugom sufinanciranom iz strukturnih fondova, prethodno mora poštovati obvezu transparentnosti kao i obvezu objave i obvezu poziva na nadmetanje koje iz toga proizlaze.

85. Stoga sam sklon zaključiti da su u glavnom predmetu izravnom dodjelom koncesije zadruzi od strane Comune di Ancona bez prethodnog postupka javne nabave i bez poziva na nadmetanje povrijeđena prethodno navedena pravila i načela.

86. Međutim, sud koji je uputio zahtjev u svojoj odluci pita Sud može li Comune di Ancona zakonito propustiti provođenje postupka javne nabave ako koncesija za brodski navoz ne omogućava nikakvu dobit i ako u tom sektoru postoji samo jedan zainteresirani gospodarski subjekt koji bi mogao preuzeti upravljanje uslugom.

87. Kako bih odgovorio na to pitanje, važno je ispitati slučajeve u kojima su Sud i zakonodavac Unije uveli neka ublažavanja poštovanja obveze transparentnosti.

88. Kao prvo, iz ustaljene sudske prakse proizlazi da se obveza transparentnosti primjenjuje na slučaj kada koncesija za usluge može zanimati poduzetnika iz države članice koja nije država članica u kojoj se koncesija dodjeljuje²⁸. Obveza transparentnosti stoga ne znači nužno obvezu provođenja postupka javne nabave, ako se na osnovi objektivnih okolnosti dokaže da se za koncesiju ne bi mogli zanimati poduzetnici iz druge države članice, ako su oni ipak bili obaviješteni o tome i ako im je bilo omogućeno da iskažu svoj interes. Sud u takvom slučaju smatra da su učinci na temeljne slobode o kojima je riječ previše neizvjesni i neizravni da bi se moglo zaključiti da se radi o mogućoj povredi Ugovora²⁹.

89. Na temelju te sudske prakse, na nadležnim je nacionalnim tijelima da osiguraju da se u postupku dodjele koncesije o kojemu je riječ poduzetnicima iz tog sektora omogući pristup odgovarajućim informacijama o toj koncesiji i da iskažu svoj interes ako to žele, a da to nužno ne podrazumijeva obvezu provođenja postupka javne nabave. U skladu s navedenom sudskom praksom dužni su i ispitati postoje li objektivne okolnosti, poput niskog gospodarskog interesa, na temelju kojih je moguće utvrditi da poduzetnici iz drugih država članica ne bi bili zainteresirani.

90. Kao drugo, valja se prisjetiti tekstova koje je zakonodavac Unije donio u području javne nabave i koncesija za usluge.

27 — Gore navedena presuda Wall (t. 36. i navedena sudska praksa)

28 — Ibidem (t. 34. i navedena sudska praksa)

29 — Presuda od 21. srpnja 2005., Coname (C-231/03, Zb., str. I-7287., t. 19. do 21. i navedena sudska praksa)

91. Kad je riječ o ugovorima o javnoj nabavi usluga, iz članka 31. točke 1. Direktive 2004/18 proizlazi da javni naručitelj može sklopiti ugovore o javnoj nabavi bez prethodne objave poziva na nadmetanje kada nije podnesena nijedna ponuda ili nijedna prikladna ponuda ili nijedan zahtjev za sudjelovanje u provedenom otvorenom ili ograničenom postupku ili kada se, iz tehničkih razloga ugovor može sklopiti samo s određenim gospodarskim subjektima³⁰.

92. Komisija za koncesije za usluge u gore navedenom prijedlogu direktive uvodi odstupanje od obveze prethodne objave i provedbe postupka javne nabave. Stoga javni naručitelj u skladu s člankom 26. stavkom 5. točkom (b) tog prijedloga nije dužan objaviti obavijest o koncesiji ako usluge može pružiti samo jedan gospodarski subjekt zbog nepostojanja tržišnog natjecanja iz tehničkih razloga i ako ne postoji nikakva alternativa ili drugo razumno rješenje te ako nedostatak tržišnog natjecanja ne proizlazi iz umjetnog ograničenja mjerila za dodjelu koncesije.

93. Kao što proizlazi iz uvodne izjave 19. navedenog prijedloga, Komisija obuhvaća situacije u kojima je od početka jasno da objava obavijesti o koncesiji ne bi prouzročila veće tržišno natjecanje, među ostalim zato što koncesiju objektivno može provesti samo jedan gospodarski subjekt. Komisija ipak pojašnjava da je dodjela koncesije gospodarskom subjektu bez objave utemeljena samo u slučaju objektivnog isključenja, to jest kada isključenje u pogledu te dodjele nije prouzročio sam javni naručitelj i ako na osnovi detaljne procjene proizađe da nema drugog primjerenog rješenja.

94. Smatram da navedene odredbe u okviru glavnog postupka treba tumačiti s obzirom na zahtjeve koji proizlaze iz pomoći iz strukturnih fondova. Ako se, naime, predmetna koncesija odnosi na usluge koje su sufinancirane iz EFRR-a, kod odabira koncesionara treba uzeti u obzir obveze javnog naručitelja.

95. Iz sadržaja spisa³¹ proizlazi da predmetno financiranje mora pridonijeti ostvarivanju cilja br. 2, kojim se želi postići gospodarska i socijalna prenamjena područja sa strukturnim poteškoćama i osobito rizičnih područja koja ovise o ribarstvu kao što je lučko područje Comune di Ancona³². Ta su područja određena kao obalna područja u kojima dio radnih mjesta iz ribarskog sektora dostiže značajan postotak ukupne zaposlenosti i koja, suočena s društveno-ekonomskim strukturnim poteškoćama prenamjene ribarskog sektora, trpe značajno smanjenje broja radnih mjesta u tom sektoru³³.

96. Financiranjem o kojemu je riječ u glavnom postupku mora se stoga ne samo omogućiti osuvremenjivanje lučke infrastrukture te razvoj proizvodnih aktivnosti i prodaju morskih proizvoda, nego i poticati lokalno gospodarstvo i regionalnu konkurentnost, s naglaskom na zapošljavanju u regiji. Iz sadržaja poziva na dostavu projektnih prijedloga iz 2006. jasno je da su prednost imali projekti koji predstavljaju najbolji odnos između ostvarenih ulaganja i novostvorenih radnih mjesta u regiji³⁴. Opseg aktivnosti sufinanciranih iz EFRR-a stoga obuhvaća lokalnu i regionalnu razinu. U tim okolnostima mislim da se krug poduzetnika koji mogu preuzeti upravljanje brodskim navozom tim više sužava, a kako bi se odgovorilo na prioritete i kriterije za prihvatljivost određene u okviru operativnog programa i SPD-a, treba se usredotočiti na regionalnu razinu. Obavijest o koncesiji stoga treba uzeti u obzir tu posebnost i odabir koncesionara mora ovisiti o lokalnim prilikama tržišta o kojemu je riječ, na način da se očuvaju ciljevi EFRR-a.

30 — Čini mi se korisnim uzeti u obzir pravila koja je zakonodavac Unije odredio u području javne nabave jer su ona donesena na temelju samih načela Ugovora.

31 — *Dopis Ministero dello Sviluppo economico (Ministarstvo gospodarskog razvoja)*, od 21. veljače 2011.

32 — Članak 1. točka 2. i članak 4. stavak 1. Uredbe

33 — Članak 4. stavak 8. Uredbe

34 — Točka 8. gore navedene Odluke br. 44 regionalne vlade od 13. veljače 2006.

97. Upravo s obzirom na navedena razmatranja nadležnom nacionalnom sudu predlažem da ocijeni je li Comune di Ancona, uzevši u obzir okolnosti iz glavnog postupka, zakonito mogao propustiti provođenje postupka javne nabave prije nego što je dodijelio predmetnu koncesiju. Ako to propuštanje predstavlja odstupanje od obveze transparentnosti koju zakonodavac Unije još nije uredio propisima, nacionalni sud mora posebno strogo nadzirati njegovu primjenu.

98. Prvo, taj sud mora provjeriti zadovoljava li postupak minimum transparentnosti koji je, a da to nužno ne podrazumijeva obvezu provođenja postupka javne nabave, poduzetnicima iz tog sektora omogućio da imaju saznanja o toj koncesiji i da iskažu svoj interes ako to žele.

99. Kao drugo, nacionalni sud mora ispitati može li se neprovođenje postupka javne nabave opravdati objektivnim okolnostima povezanim s prirodom koncesije i potrebnim tehničkim znanjima, brojem i lokacijom pružatelja usluga koji bi navedene zahtjeve mogli ispuniti, kao i zahtjevima koje proizlaze iz pomoći EFRR-a.

100. Kad je riječ o transparentnosti postupka, mislim da on ne zadovoljava traženi minimum. Činjeničnim elementima u spisu nastoje se dokazati relativno nejasne okolnosti u kojima je ta koncesija dodijeljena. Nacionalni sud mora provesti posebno strog nadzor ako želimo izbjeći da lokalne prakse, kakve su u postupku u glavnoj stvari, ugroze europsko financiranje.

101. U predmetnom slučaju nijedan element spisa ne dokazuje da je ta ispregovarana dodjela bila rezultat prethodnog savjetovanja s različitim gospodarskim subjektima iz sektora. Zapravo se čini da se ništa nije poduzelo da bi se potražilo i obavijestilo poduzetnike koji bi mogli biti zainteresirani za upravljanje infrastrukturom, na lokalnoj, regionalnoj ili nacionalnoj razini. Osim toga, nisu isti razlozi na koje se poziva Comune di Ancona kako bi opravdao neprovođenje postupka javne nabave i privremenost koncesije. Comune di Ancona poziva se u odluci br. 192 od 19. travnja 2005. na hitnost zbog opasnosti od pogoršanja stanja infrastrukture³⁵. Na raspravi poziva na to da nije postojao imenik poduzetnika iz tog sektora. U tim uvjetima očito se teško složiti s tvrdnjom da nije postojao nijedan drugi gospodarski subjekt koji bi bio zainteresiran i primjeren za upravljanje brodskim navozom i da bi to bila objektivna okolnost zbog koje bi Comune di Ancona mogao propustiti provesti postupak javne nabave.

102. Točno je da su za upravljanje brodskim navozom potrebna posebna tehnička potrebna znanja, pri čemu Comune di Ancona zahtijeva i potrebno iskustvo za učinkovito i sigurno upravljanje tom infrastrukturom³⁶. Također je točno da je značajka sektora o kojemu je riječ nizak stupanj tržišnog natjecanja jer su gotovo svi poduzetnici koji se bave ribarstvom u pomorskom okrugu Ancone bili učlanjeni u zadrugu. To ipak ne oslobađa Comune di Ancona od toga da neke poduzetnike koji nisu članovi zadruga obavijesti o svojoj namjeri dodjele koncesije i da im omogući da podnesu svoje ponude.

103. Kad je riječ o postojanju objektivnih okolnosti, ne mislim da bi se javnog naručitelja moglo zakonito osloboditi od provođenja postupka javne nabave prije nego što dodijeli koncesiju zato što koncesija ne donosi dobit.

104. Naime, koncesija za usluge sama po sebi podrazumijeva ograničene prihode. Ugovor o koncesiji način je prijenosa upravljanja javne usluge kojom javni subjekt vanjskom pružatelju usluge povjerava upravljanje aktivnošću u općem interesu. Točno je da usluga za koju se dodjeljuje koncesija mora biti organizirana tako da omogući da se obuhvate njezini stvarni troškovi pri čemu koncesionar od korisnika usluge ubire pristojbu. Međutim, koncesionar obavlja usluge na svoj trošak i preuzima s

35 — Stranice 2. i 3.

36 — Gore navedena odluka br. 192 Comune di Ancona od 19. travnja 2005.

time povezan poslovni rizik. Budući da zbog aktivnosti u općem interesu mogu nastati poteškoće povezane s upravljanjem i isplativošću, koncesija uvijek podrazumijeva i prijenos gospodarskog rizika na koncesionara, uz mogućnost da se njome ne obuhvate izvršena ulaganja i troškovi nastali tijekom obavljanja poslova ili izvršavanja usluga³⁷.

105. Osim toga, smatram da gospodarski interes ugovora o koncesiji nije ograničen na dobit proizašlu iz usluga za koje se dodjeljuje koncesija. Naime, iako su prihodi ograničeni, to ne mijenja činjenicu da ugovor o koncesiji uzimajući u obzir samu prirodu i predmet koncesije može predstavljati važan gospodarski interes. Predmetna koncesija odnosi se primjerice na upravljanje infrastrukturom koja je neophodna za lučku djelatnost u relativno važnoj luci Jadranskog mora. Zato dodjela takve koncesije, prema mojem mišljenju, može predstavljati značajan gospodarski interes koji bi mogao biti zanimljiv poduzetnicima iz drugih država članica.

106. U tim okolnostima čini mi se da to što se koncesijom ne ostvaruje dobit samo po sebi ne opravdava neprovođenje postupka javne nabave.

107. Uzimajući u obzir sva prethodna razmatranja i posebno nejasne okolnosti u kojima je koncesija za brodski navoz dodijeljena, slutim da to što je Comune di Ancona navedenoj zadruzi izravno dodijelio koncesiju nije u skladu sa zahtjevima transparentnosti.

108. Ako je nadležni nacionalni sud jednakog mišljenja, treba utvrditi da Comune di Ancona nije ispunio obveze na temelju članka 12. Uredbe jer nije poštovao primjenjivo zakonodavstvo Unije.

109. Stoga je na nacionalnom nadzornom tijelu da provede potrebne financijske ispravke na temelju članka 39. stavka 1. Uredbe³⁸

110. Naime, podsjećam da su države članice u skladu s tom odredbom dužne otkrivati nepravilnosti u okviru njihovog nadzora kada se utvrdi značajna izmjena koja utječe na prirodu europskog financiranja ili uvjete provedbe ili nadzora. Cilj je financijskih ispravaka zaustaviti „lov na subvencije” „ponovnom uspostavom stanja gdje je 100 % troškova, koji su predmet zahtjeva za sufinanciranje iz strukturnih fondova, usklađeni s nacionalnim propisima i propisima Zajednice u tom području”³⁹. Države članice stoga su dužne oduzeti dio ili sva europska sredstva ako otkriju nepravilnost u primjeni propisa Unije⁴⁰ jer je usklađenost aktivnosti s pravom Unije, kao što smo vidjeli, uvjet za prihvatljivost aktivnosti za financiranje. Iako prema trenutnom stanju prava Unije, ugovori o koncesiji za usluge ni na koji način nisu regulirani sekundarnim zakonodavstvom, javna tijela koja sklapaju takve ugovore ipak su, kao što smo vidjeli, obvezna poštovati temeljna pravila UFEU-a, među ostalim članke 49. i 56. UFEU-a, kao i obvezu transparentnosti koja iz toga proizlazi⁴¹.

37 — Presuda od 26. travnja 1994., Komisija/Italija (C-272/91, Zb., str. I-1409.)

38 — Sud koji je uputio zahtjev u točki 3.2. svoje odluke pita kakve bi se kazne mogle odrediti Comune di Ancona zbog otkrivenih nepravilnosti.

39 — Vidjeti Smjernice o načelima, kriterijima i okvirnim ljestvicama koje službe Komisije trebaju primijeniti pri utvrđivanju financijskih ispravaka iz članka 39. stavka 3. Uredbe (EZ) br. 1260/99) (C(2001) 476).

40 — Vidjeti i članak 38. stavak 1. točke (c) i (e) Uredbe.

41 — Komisija je, kako bi im pomogla u toj zadaći, pripremila Smjernice za utvrđivanje financijskih ispravaka koji se primjenjuju na troškove sufinancirane iz strukturnih fondova i Kohezijskog fonda pri nepoštovanju pravila u području javne nabave (COCOF 07/0037/03).

V – Zaključak

111. S obzirom na prethodna razmatranja predlažem Sudu da na prethodna pitanja koja je uputio Tribunale amministrativo regionale per le Marche odgovori kako slijedi:

1. Članak 30. stavak 4. Uredbe Vijeća (EZ) br. 1260/1999 od 21. lipnja 1999. o utvrđivanju općih odredaba o strukturnim fondovima treba tumačiti na način da:
 - nadzor, koji se odnosi na postojanje značajne izmjene aktivnosti, odnosi se na sve akte povezane s provedbom aktivnosti, koja nužno uključuje izvođenje radova kao i načine provedbe i upravljanja tom aktivnosti;
 - pojam izmjene aktivnosti obuhvaća sve materijalne, tehničke i financijske ili funkcionalne izmjene koje mogu nastati tijekom provođenja te aktivnosti, i
 - nacionalno nadzorno tijelo nije dužno provjeravati je li se aktivnost značajno izmijenila kako bi se ocijenilo postojanje neopravdane prednosti u korist javnog tijela ili poduzetnika kada je postojanje takve prednosti sastavni element značajne izmjene.
2. Načelo usklađenosti aktivnosti s pravom Unije, utvrđeno u članku 12. Uredbe br. 1260/1999, znači da krajnji korisnik fondova, kada kao javni naručitelj dodjeljuje ugovor o koncesiji u pogledu upravljanja uslugom sufinanciranom iz strukturnih fondova, prethodno mora poštovati obveze transparentnosti kao i obvezu objave i obvezu poziva na nadmetanje koje iz toga proizlaze.
3. U okolnostima poput onih u glavnom postupku, u kojima je korisnik fondova kao javni naručitelj dodijelio koncesiju za upravljanje uslugom sufinanciranom iz strukturnih fondova bez prethodnog provođenja postupka javne nabave, na nadležnom je nacionalnom sudu da ispita, s jedne strane, jesu li u tom postupku poduzetnici dotičnog sektora mogli biti obaviješteni o koncesiji i iskazati svoj interes i, s druge strane, je li neprovođenje postupka javne nabave opravdano objektivnim okolnostima povezanima s prirodom koncesije i potrebnim tehničkim znanjima, brojem i lokacijom pružatelja usluga koji bi navedene zahtjeve mogli ispuniti, kao i zahtjevima koji proizlaze iz pomoći Europskog fonda za regionalni razvoj.