Coletânea da Jurisprudência

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL GERAL (Nona Secção)

27 de junho de 2017 *

«Subvenções — Inquérito do OLAF — Constatação de irregularidades — Decisão da Comissão que aplica uma sanção administrativa — Exclusão dos processos de adjudicação de contratos e de concessão de subvenções financiados pelo orçamento geral da União, durante 18 meses — Inscrição na base de dados do sistema de deteção precoce e de exclusão — Aplicação no tempo de diferentes versões do Regulamento Financeiro — Formalidades essenciais — Aplicação retroativa da lei repressiva mais favorável»

No processo T-151/16,

NC, representada inicialmente por J. Killick e G. Forwood, barristers, C. Van Haute e A. Bernard, advogados, e, em seguida, por M. Killick, M. Forwood, C. Van Haute e J. Jeram, solicitor,

recorrente,

contra

Comissão Europeia, representada inicialmente por F. Dintilhac e M. Clausen e, em seguida, por F. Dintilhac e R. Lyal, na qualidade de agentes,

recorrida,

que tem por objeto um pedido com fundamento no artigo 263.º TFUE e que se destina à anulação da decisão da Comissão, de 28 de janeiro de 2016, que aplica à recorrente a sanção administrativa de exclusão dos processos de adjudicação de contratos e das subvenções financiados pelo orçamento geral da União Europeia, por 18 meses, e que, consequentemente, a inscreveu na base de dados do sistema de deteção precoce e de exclusão prevista no artigo 108.º, n.º 1, do Regulamento (UE, Euratom) n.º 966/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2012, relativo às disposições financeiras aplicáveis ao orçamento geral da União e que revoga o Regulamento (CE, Euratom) n.º 1605/2002 (JO 2012, L 298, p. 1),

O TRIBUNAL GERAL (Nona Secção),

composto por: S. Gervasoni, presidente, L. Madise (relator) e K. Kowalik-Bańczyk, juízes,

secretário: S. Spyropoulos, administradora,

vistos os autos e após a audiência de 2 de março de 2017,

profere o presente

* Língua do processo: inglês.

Acórdão

Antecedentes do litígio

1 O Regulamento (UE, Euratom) n.º 966/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2012, relativo às disposições financeiras aplicáveis ao orçamento geral da União e que revoga o Regulamento (CE, Euratom) n.º 1605/2002 (JO 2012, L 298, p. 1, a seguir «Regulamento Financeiro»), foi alterado, nomeadamente, pelo Regulamento (UE, Euratom) 2015/1929 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 28 de outubro de 2015 (JO 2015, L 286, p. 1), aplicável a partir de 1 de janeiro de 2016. Na medida em que, no presente processo, os debates suscitaram a questão de saber qual é a versão do Regulamento Financeiro aplicável aos factos do caso em apreço, também será feita referência, se necessário, à versão do Regulamento Financeiro aplicável à data em que ocorreram os factos imputados, quando estiver em causa o Regulamento (CE, Euratom) n.º 1605/2002 do Conselho, de 25 de junho de 2002, que institui o Regulamento Financeiro aplicável ao orçamento geral das Comunidades Europeias (JO 2002, L 248, p. 1), na sua versão aplicável em novembro de 2008 e fevereiro de 2009. O Regulamento Delegado (UE) n.º 1268/2012 da Comissão, de 29 de outubro de 2012, sobre as normas de execução do Regulamento (UE, Euratom) n.º 966/2012 (JO 2012, L 362, p. 1), também foi alterado com efeitos a 1 de janeiro de 2016 pelo Regulamento Delegado (UE) 2015/2462 da Comissão, de 30 de outubro de 2015 (JO 2015, L 342, p. 7), ao passo que, à data em que ocorreram os factos imputados, era aplicável o Regulamento (CE, Euratom) n.º 2342/2002 da Comissão, de 23 de dezembro de 2002, que estabelece as normas de execução do Regulamento n.º 1605/2002 (JO 2002, L 357, p. 1) (a seguir, respetivamente, «Regulamento de Aplicação»).

2 A recorrente, NC, é uma associação sem fins lucrativos que promove, nomeadamente, ações com fins humanitários e de desenvolvimento sustentável. Em 2007, no âmbito de um contrato celebrado com a Comissão das Comunidades Europeias a título das ações externas da Comunidade Europeia, foi-lhe concedida uma subvenção num montante previsto de várias centenas de milhares de euros para um projeto de gestão com finalidade ambiental num país terceiro.

3 Em 2012, o Tribunal de Contas da União Europeia procedeu, na sede da recorrente, a inspeções da execução do contrato referido no n.º 2, *supra*. O Tribunal de Contas identificou duas aquisições de material, respeitantes a um veículo e a um equipamento técnico, que suscitaram dúvidas quanto ao caráter fidedigno dos processos de concurso seguidos para essas aquisições, respetivamente, em novembro de 2008 e fevereiro de 2009. Por conseguinte, o Organismo Europeu de Luta Antifraude (OLAF) abriu um inquérito, durante o qual chamou a atenção da recorrente para o facto de ela não ter conseguido apresentar os documentos em que tinha solicitado propostas a diferentes fornecedores e para o facto de que resultava das investigações que alguns proponentes estavam vinculados ao único fornecedor a quem tinham sido adjudicados os dois contratos. De acordo com o OLAF, os factos indiciavam que a própria recorrente tinha organizado todo o processo de forma a beneficiar o referido fornecedor. A recorrente respondeu ao OLAF, mas, no entanto, em agosto de 2014, este comunicou-lhe, na decisão de encerramento do inquérito, que iria recomendar à Comissão que a inscrevesse no sistema de alerta rápido previsto pela Decisão 2008/969/CE, Euratom da Comissão, de 16 de dezembro de 2008, relativa ao sistema de alerta rápido para uso por parte dos gestores orçamentais da Comissão e das agências de execução (JO 2008, L 344, p. 125).

4 Por ofício de 31 de agosto de 2015, elaborado com fundamento no artigo 131.º, n.º 5, do Regulamento Financeiro, lido em conjugação com o artigo 109.º, n.º 1, do mesmo regulamento, e com fundamento no artigo 145.º do Regulamento de Aplicação, na versão aplicável até 31 de dezembro de 2015, nos termos dos quais o gestor orçamental competente pode, depois de ter dado às pessoas em causa a oportunidade de apresentar as suas observações, aplicar sanções administrativas e financeiras efetivas, proporcionadas e dissuasivas aos beneficiários de subvenções que, nomeadamente, tenham sido declarados em falta grave de execução das suas obrigações, a Comissão informou a recorrente de que tencionava excluí-la por dois anos dos contratos e das subvenções financiados pelo orçamento da

União Europeia. O artigo 145.º do Regulamento de Aplicação, na versão aplicável até 31 de dezembro de 2015, previa, nomeadamente, que a exclusão dos contratos e das subvenções financiados pelo orçamento de União podia ir até cinco anos a contar da data da constatação do incumprimento, ou mesmo até dez anos, em caso de reincidência. A Comissão acrescentou que se esta sanção viesse a ser aplicada, seria inscrita na base de dados central sobre as exclusões, mencionada no artigo 108.º do Regulamento Financeiro, na versão aplicável até 31 de dezembro de 2015, bem como no sistema de alerta rápido na forma de um alerta de exclusão, como previsto no artigo 12.º da Decisão 2014/792/UE da Comissão, de 13 de novembro de 2014, relativa ao sistema de alerta rápido a utilizar pelos gestores orçamentais da Comissão e das agências de execução (JO 2014, L 329, p. 68), que substituiu a decisão anterior sobre o sistema de alerta rápido e que, por sua vez, foi substituída pelas disposições do artigo 105.º-A, n.º 1, alínea a), e do artigo 108.º, n.ºs 2 a 4, do Regulamento Financeiro, na versão aplicável a partir de 1 de janeiro de 2016, relativas à «deteção precoce de riscos que ameaçam os interesses financeiros da União». Há que observar que, no seu ofício, a Comissão também se referiu às disposições relevantes do Regulamento Financeiro e do respetivo Regulamento de Aplicação aplicáveis à data em que ocorreram os factos imputados. As disposições desses regulamentos referidas pela Comissão no seu ofício são, no essencial, idênticas às referidas no início do presente número.

5 A Comissão, no quadro do processo contraditório previsto nas disposições suprarreferidas, pediu que a recorrente apresentasse as suas observações num prazo de 30 dias a contar da receção do seu ofício.

6 Nesse ofício de 31 de agosto de 2015, a Comissão resumiu os factos, expôs um certo número de circunstâncias das quais tinha deduzido que as propostas apresentadas para as duas aquisições em causa não eram fidedignas, sublinhou incoerências sobre a identidade dos proponentes para o fornecimento do veículo entre as informações prestadas pela recorrente num relatório operacional dirigido ao chefe da delegação da União no país terceiro a que o projeto diz respeito e o que resultava das investigações conduzidas pelo OLAF e realçou a inexistência de menção da aquisição do equipamento técnico, em todos os relatórios elaborados pela recorrente, e a impossibilidade em que esta se viu de fornecer ao Tribunal de Contas uma cópia dos convites para apresentação de propostas que deviam ter sido enviados aos proponentes. A Comissão concluiu que a recorrente tinha organizado uma fraude que consistiu num processo de concurso fictício, para favorecer o fornecedor dos dois materiais em causa. Na análise jurídica que expôs em seguida, a Comissão considerou como irregularidades, além da manipulação dos dois processos de concurso, a apresentação de relatórios que não refletiam a realidade assim como a violação dos princípios aplicáveis à aquisição e das obrigações documentais estipuladas no contrato. Considerou, de maneira geral, que a recorrente não tinha conduzido o projeto subvencionado com a seriedade, a eficácia, a transparência e a diligência necessárias, em conformidade com as boas práticas do setor e no respeito do contrato. Quanto à sanção prevista, depois de ter recordado os critérios gerais que devia aplicar, a Comissão considerou que as irregularidades identificadas eram muito graves e que não era a primeira vez que a recorrente apresentava documentos falsificados ou que não refletiam a realidade. A este respeito, a Comissão referia-se a várias práticas implementadas pela recorrente para aumentar as suas despesas relativamente à realidade em diversos contratos, entre os quais o contrato em causa no presente processo, e que foram detetadas pelo OLAF ou por outros serviços. Tal circunstância levou a recorrente a ter de reembolsar mais de 200 000 euros de subvenções indevidamente pagas.

7 Por carta de 5 de outubro de 2015, no prazo fixado pela Comissão, a recorrente apresentou as suas observações em resposta a esse ofício. Alegou, nomeadamente, que uma sanção de exclusão contra si seria desproporcionada. A este respeito, em primeiro lugar, defendeu que, na realidade, os factos não correspondiam aos factos graves que lhe eram imputados. Contestou que as circunstâncias apuradas pela Comissão pudessem conduzir à conclusão de que ela tinha organizado processos de concurso fictícios. Admitiu, em substância, falta de rigor nos seus controlos e na elaboração dos seus relatórios, sublinhando que o responsável pelo projeto tinha sido despedido e que os seus procedimentos internos tinham sido alterados, mas negou a fraude com dolo da sua parte e apresentou argumentos acerca dos diferentes elementos avançados pela Comissão. Em segundo lugar, defendeu que os factos em causa

não tinham prejudicado os interesses financeiros nem a imagem da União. As aquisições controvertidas foram efetuadas ao preço do mercado e o montante correspondente foi reembolsado à União. Em terceiro lugar, alegou que era necessário ter em conta o tempo decorrido, tanto mais que, desde a ocorrência dos factos imputados, em 2008 e 2009, já tinha sido severamente sancionada por outras irregularidades. A este respeito, em quarto lugar, a recorrente contestou a natureza reiterada das irregularidades. Com efeito, as outras práticas referidas pela Comissão não eram anteriores às que estão em causa no presente processo, mas sim contemporâneas, sendo reveladoras da mesma falta de controlo interno. Em quinto lugar, as irregularidades cometidas não foram intencionais. Em sexto lugar, a sua identificação permitiu que, desde então, tivessem sido postos em prática procedimentos internos e mecanismos de controlo sólidos, com vista a garantir o respeito dos princípios exigidos, enquanto, por outro lado, a recorrente tinha colaborado plenamente com os serviços das instituições da União durante as suas investigações. Em sétimo lugar, a recorrente alegou que a pesada sanção que já lhe tinha sido aplicada, acima evocada, adquirira a forma de facto consumado devido à publicidade dada por um meio de comunicação social às anteriores investigações do OLAF a seu respeito. Por conseguinte, a exclusão de dois anos prevista pela Comissão, com inscrição na base de dados central sobre as exclusões, prevista no artigo 108.º do Regulamento Financeiro, na sua versão aplicável até 31 de dezembro de 2015, e no sistema de alerta rápido foi um golpe devastador para a recorrente, sem relação com os factos em causa.

8 Em 28 de janeiro de 2016, a Comissão adotou a decisão impugnada, relativa à sanção administrativa de exclusão da recorrente dos processos de adjudicação de contratos e de subvenções financiados pelo orçamento geral da União, por 18 meses, e à sua consequente inscrição na base de dados do sistema de deteção precoce e de exclusão prevista no artigo 108.º, n.º 1, do Regulamento Financeiro, na versão aplicável a partir de 1 de janeiro de 2016 (a seguir «decisão impugnada»).

9 A decisão impugnada retoma a exposição dos factos que consta do ofício da Comissão de 31 de agosto de 2015, resumida no n.º 6, *supra*. Recorda que o processo contraditório teve início com aquele ofício, em aplicação do artigo 109.º, n.º 1, do Regulamento Financeiro, na versão aplicável até 31 de dezembro de 2015. Precisa o fundamento jurídico da sanção, através da referência às disposições relevantes do Regulamento Financeiro e do respetivo Regulamento de Aplicação aplicáveis à data em que ocorreram os factos imputados (v. n.º 4, *supra*). A este respeito, numa nota de rodapé, a Comissão indica o seguinte:

«Em conformidade com o princípio da sucessão das leis no tempo e de acordo com a jurisprudência assente nesta matéria, há que recordar que são aplicáveis as regras processuais em vigor aquando da adoção de uma decisão, ao passo que, em princípio, as normas substantivas não se aplicam às situações existentes antes da sua entrada em vigor […] Por conseguinte, as normas substantivas aplicáveis no caso vertente são as que estavam em vigor quando ocorreram os factos imputados. O processo contraditório foi encerrado no quadro das regras aplicáveis até 31 de dezembro de 2015.»

10 A decisão impugnada refere, em seguida, duas irregularidades que foram descobertas, concretamente, a manipulação dos dois processos de concurso e a apresentação de relatórios que não refletiam a realidade. Recorda também a sanção prevista de dois anos de exclusão, atendendo, nomeadamente, à reiterada apresentação de informações que não refletiam a realidade.

11 No prosseguimento da análise jurídica contida na decisão impugnada, a Comissão qualifica as duas irregularidades referidas no número anterior de faltas graves na execução das obrigações contratuais por parte da recorrente, na aceção das disposições relevantes do Regulamento Financeiro aplicáveis à data em que ocorreram os factos imputados, no caso vertente, o artigo 96.º, n.º 1, alínea b), e o artigo 114.º, n.º 4, do Regulamento n.º 1605/2002, que são idênticos, respetivamente, ao artigo 109.º, n.º 1, alínea b), e ao artigo 131.º, n.º 5, do Regulamento Financeiro, na versão aplicável até 31 de dezembro de 2015. A Comissão rejeita os argumentos aduzidos pela recorrente para contestar a acusação de que organizou processos de concurso fictícios. Rejeita igualmente outros argumentos da

recorrente que visavam demonstrar que não tinha violado um certo número de princípios estipulados no contrato ou destinados a garantir a sua correta execução. Sublinha, além disso, que a recorrente não contestava a existência de erros, incoerências ou omissões nos relatórios que era obrigada a apresentar.

12 No que respeita à sanção, a Comissão expõe que, por força das disposições relevantes do Regulamento de Aplicação aplicáveis à data em que ocorreram os factos imputados, deve, para determinar a duração do período de exclusão no respeito do princípio da proporcionalidade, levar especialmente em conta a gravidade dos factos, nomeadamente o seu impacto nos interesses financeiros e na imagem da União, o tempo decorrido desde a ocorrência dos referidos factos, a duração e a repetição dos incumprimentos, a intenção ou o grau de negligência da entidade em causa e as medidas por esta adotadas para corrigir a situação. No caso vertente, depois de sublinhar a gravidade dos factos, a Comissão afirma que a apresentação de documentos que não refletiam a realidade foi um comportamento repetido da recorrente. A este respeito, refere-se às práticas, mencionadas no seu ofício de 31 de agosto de 2015, que a recorrente implementou para aumentar as suas despesas relativamente à realidade em diversos contratos e que foram descobertas pelo OLAF ou por outros serviços. Aos diferentes argumentos invocados pela recorrente para evitar a aplicação de uma sanção, a Comissão responde, nomeadamente, que não é correto negar a existência de um prejuízo financeiro para a União, porque, se os processos de concurso tivessem sido fidedignos, o preço de aquisição poderia ter sido inferior, que a imagem da União é necessariamente afetada pela má utilização das subvenções destinadas à cooperação para o desenvolvimento de países terceiros, que o tempo decorrido desde os factos se deve à circunstância de os mesmos só terem sido descobertos em 2012 pelo Tribunal de Contas, que o conceito de repetição dos factos, visado pelas disposições relevantes do Regulamento de Aplicação aplicável, não pressupõe uma sanção administrativa anterior de alguns deles nem sequer a sua sucessão no tempo e engloba os casos em que os factos não são isolados, mas ocorrem num conjunto de factos semelhantes que atestam a gravidade da situação, que, no caso vertente, a recorrente, contudo, já tinha anteriormente dado informações falsas tendo em vista aumentar as suas despesas e que, ao contrário do que alega, as manipulações em causa no presente processo foram intencionais, sem que um mecanismo de controlo as pudesse ter evitado. Por outro lado, a Comissão contesta veemente e detalhadamente ter estado na origem da publicidade dada por um órgão de comunicação social aos processos relativos à recorrente e das subsequentes dificuldades que possam tê-la afetado. A Comissão realça a parte muito significativa de recursos públicos — exteriores à União — no orçamento da recorrente e o facto de, entre 2008 e 2014, as subvenções da União que lhe foram concedidas terem representado uma parte muito pequena. Segundo a Comissão, a sanção de exclusão não tem um efeito devastador para a recorrente, contrariamente ao que esta defende. Pelo contrário, ao ter em conta as medidas adotadas por esta para melhorar os seus controlos e os seus procedimentos internos, bem como o despedimento da pessoa responsável pelo projeto em causa, a Comissão reduziu, em definitivo, para 18 meses a sanção de exclusão, aplicável a partir da data de notificação da decisão que aplica a sanção.

13 A Comissão acrescenta na decisão impugnada que a inscrição da recorrente na base de dados do sistema de deteção precoce e de exclusão terminará no fim do período da sanção. A inscrição foi materialmente efetuada em 30 de março de 2016.

14 A decisão impugnada não foi publicada. A este respeito, o Regulamento Financeiro, na versão aplicável à data em que ocorreram os factos imputados, não referia a possibilidade de publicar tal decisão. Em contrapartida, o artigo 109.º, n.º 3, do Regulamento Financeiro, na sua versão aplicável até 31 de dezembro de 2015, previa essa possibilidade, após o esgotamento das vias de recurso da decisão. Atualmente, para as sanções de exclusão adotadas num caso como o vertente, o artigo 106.º, n.ºs 16 e 17, do Regulamento Financeiro, na versão aplicável a partir de 1 de janeiro de 2016, prevê, em certas condições, a eventual publicação de informações nominativas sobre a exclusão aplicada, antes do esgotamento das vias de recurso.

15 Em 29 de janeiro de 2016, quando a recorrente ainda não tinha conhecimento da decisão impugnada, os seus advogados escreveram à Comissão. Na sua carta, contestaram a utilização do termo «fraude» no ofício da Comissão de 31 de agosto de 2015, pelo facto de remeter para o caráter doloso dos comportamentos em causa e devido ao seu significado muito pejorativo. Na realidade, apenas estavam em causa alegados incumprimentos sérios do contrato. De resto, sublinharam que o limite máximo da sanção de exclusão num caso como o vertente tinha sido diminuído de cinco para três anos, como resultava das disposições do artigo 106.º, n.º 14, alínea c), do Regulamento Financeiro, na versão aplicável a partir de 1 de janeiro de 2016. A sanção de dois anos prevista era, no entanto, do nível mais elevado possível e devia, pelo menos, ter sido revista em baixa. A título principal, pediram que não fosse aplicada nenhuma sanção. Aos argumentos já avançados acrescentaram que o artigo 106.º, n.º 7, do Regulamento Financeiro, na mesma versão, previa que um operador não podia ser objeto de uma exclusão se tivesse adotado medidas corretivas que demonstrassem a sua fiabilidade. No caso vertente, não só os montantes foram recuperados pela União como a recorrente reviu totalmente o seu modo de financiamento. A repetição dos comportamentos em causa foi novamente contestada. Além disso, alegaram que a recorrente tinha já provavelmente sido excluída *de facto* dos contratos da União, desde meados de 2014, e que ela se reservava o direito de verificar tal circunstância. Também solicitaram que a Comissão esclarecesse como pretendia fazer intervir no processo a instância recentemente prevista no artigo 108.º do Regulamento Financeiro, na versão aplicável a partir de 1 de janeiro de 2016 (a seguir «instância do artigo 108.º»).

16 Em 29 de fevereiro de 2016, a recorrente escreveu à Comissão lamentando que a carta dos seus advogados, resumida no n.º 15, *supra*, se tivesse cruzado com a decisão impugnada. Solicitou que esta última não fosse publicada e que voltasse a ser apreciada tendo em conta os argumentos apresentados pelos advogados. Perguntou igualmente quais eram as consequências da decisão para os contratos em vigor.

17 Em 1 de março de 2016, a Comissão respondeu aos advogados da recorrente. Sublinhou que a decisão impugnada não se baseava na constatação da existência de uma fraude, mas sim em faltas graves na execução das obrigações contratuais, que o princípio da aplicação da nova lei repressiva mais favorável tinha sido observado através da diminuição da duração de exclusão de dois anos para 18 meses, tendo em conta a redução do limite máximo previsto para esta sanção na versão do Regulamento Financeiro aplicável a partir de 1 de janeiro de 2016, e que a recorrente não tinha sido objeto de uma exclusão *de facto* antes do termo do processo. Acrescentou, no essencial, que o processo que conduziu à decisão impugnada tinha terminado com o encerramento do processo contraditório, ao abrigo das normas aplicáveis até 31 de dezembro de 2015.

Tramitação processual e pedidos das partes

18 A recorrente interpôs o presente recurso em 12 de abril de 2016.

19 Por requerimento separado, apresentado na Secretaria do Tribunal Geral em aplicação dos artigos 151.° e 152.° do Regulamento de Processo do Tribunal Geral, a recorrente solicitou a tramitação acelerada. Por decisão de 13 de maio de 2016, o Tribunal Geral indeferiu esse pedido.

20 Por requerimento separado, apresentado na Secretaria do Tribunal Geral em aplicação do artigo 66.º do Regulamento de Processo, a recorrente solicitou o anonimato e que certos dados fossem omitidos ao público. Por decisão de 14 de junho de 2016, o Tribunal Geral deferiu este pedido, pelo facto de o indeferimento do pedido de anonimato conduzir a tornar pública a sanção da recorrente e, assim, a aplicar-lhe, na prática, a sanção suplementar de publicação da decisão de exclusão (v. n.º 14, *supra*).

21 Na sua petição, a recorrente solicitou que fossem adotadas medidas de organização do processo e, nomeadamente, que o Tribunal Geral pedisse à Comissão algumas peças e que prestasse esclarecimentos sobre diferentes aspetos factuais.

22 Na sequência da entrega da contestação da Comissão na Secretaria do Tribunal Geral, em 24 de junho de 2016, o Tribunal Geral deferiu, em 18 de julho de 2016, ao abrigo do artigo 83.º do Regulamento de Processo, o pedido da recorrente de apresentação de uma réplica limitada ao comentário de dois anexos juntos ao processo pela Comissão, tendo convidado esta última a apresentar tréplica.

23 A recorrente apresentou a réplica em 7 de agosto de 2016 e a Comissão apresentou a tréplica em 28 de setembro de 2016.

24 Sob proposta do juiz-relator, o Tribunal Geral (Nona Secção) decidiu abrir a fase oral do processo e, a título de medida de organização do processo, submeter questões escritas às partes para serem respondidas por escrito na audiência de alegações.

25 Foram ouvidas as alegações das partes, bem como as suas respostas às perguntas do Tribunal Geral, na audiência de 2 de março de 2017.

26 A recorrente conclui pedindo que o Tribunal Geral se digne:

— anular a decisão impugnada;

— adotar as medidas de organização do processo requeridas;

— condenar a Comissão nas despesas.

27 A Comissão conclui pedindo que o Tribunal Geral se digne:

— julgar improcedente o recurso;

— condenar a recorrente nas despesas.

Questão de direito

28 Na petição inicial, a recorrente invoca quatro fundamentos contra a decisão impugnada. Em primeiro lugar, a Comissão violou o princípio da aplicação retroativa da lei repressiva mais favorável, ao infringir, em substância, algumas disposições do Regulamento Financeiro, na versão aplicável a partir de 1 de janeiro de 2016. Em segundo lugar, violou formalidades essenciais, ao adotar a decisão impugnada sem ter pedido e obtido uma recomendação por parte da instância do artigo 108.º, como previsto pelas disposições do Regulamento Financeiro na mesma versão, e ao não aceitar rever a sua decisão à luz das medidas corretivas adotadas pela recorrente, ao contrário do que preveem as referidas disposições. Em terceiro lugar, a recorrente sustenta, a título subsidiário, que a Comissão violou o artigo 133.º-A do Regulamento de Aplicação, na versão aplicável à data em que ocorreram os factos imputados, que definia os critérios de acordo com os quais a Comissão deveria determinar a duração de uma exclusão como a decidida no caso vertente, com observância do princípio da proporcionalidade. Em último lugar, o princípio da proporcionalidade e o princípio *ne bis in idem* foram, em todo o caso, violados, uma vez que a recorrente já tinha *de facto* sido excluída dos concursos e das subvenções da União pelos mesmos factos, antes da adoção da decisão impugnada.

29 Importa começar por analisar o segundo fundamento.

Quanto ao fundamento relativo à violação de formalidades essenciais

30 Na audiência, a recorrente desistiu da segunda parte deste fundamento, segundo a qual a Comissão errou ao não proceder à revisão da decisão impugnada, em conformidade com o que deveria resultar do artigo 106.º, n.º 9, do Regulamento Financeiro, na sua versão aplicável a partir de 1 de janeiro de 2016, após ter recebido a carta dos seus advogados de 29 de janeiro de 2016, evocada no n.º 15, *supra*, na qual foram realçadas as medidas corretivas adotadas para que factos como os em causa não se voltassem a produzir. Todas estas declarações ficaram registadas na ata da audiência. Por conseguinte, apenas há que examinar a primeira parte do fundamento.

31 A recorrente afirma que a própria Comissão indicou na decisão impugnada que as regras processuais a respeitar eram as aplicáveis à data em que a decisão tinha sido adotada. Ora, na medida em que a decisão impugnada foi adotada em 28 de janeiro de 2016, deveriam ter sido respeitadas as regras processuais resultantes do Regulamento Financeiro, na versão aplicável a partir de 1 de janeiro de 2016, e, em particular, deveria ter sido consultada a instância do artigo 108.º, prevista nos n.ºs 5 e seguintes deste artigo do Regulamento Financeiro, antes da adoção da referida decisão.

32 A recorrente sublinha, no essencial, que, segundo as disposições do artigo 105.º-A, n.º 2, lidas em conjugação com as do artigo 106.º, n.ºs 1 e 2, e do artigo 131.º, n.º 4, do Regulamento Financeiro, na sua versão aplicável a partir de 1 de janeiro de 2016, quando sejam descobertos incumprimentos graves de obrigações contratuais, na sequência de averiguações, auditorias ou controlos efetuados por um gestor orçamental, pelo OLAF ou pelo Tribunal de Contas, o beneficiário das subvenções em causa só pode ser objeto de uma exclusão tendo em conta os factos apurados ou outras conclusões que figuram numa recomendação da instância do artigo 108.º Uma vez que a Comissão admitiu não ter adotado a decisão impugnada com fundamento nessa recomendação, a recorrente alega que a intervenção da instância do artigo 108.º foi prevista para garantir os direitos de defesa dos operadores económicos, em particular para neutralizar o desequilíbrio existente nas relações de força entre a Comissão e os requerentes ou os beneficiários de subvenções, em detrimento destes últimos. Defende que, se a instância do artigo 108.º tivesse intervindo no processo, a decisão adotada pela Comissão poderia ter sido diferente, nomeadamente porque isso teria conduzido a esclarecer determinados factos, porque a recorrente poderia ter apresentado os seus argumentos a um órgão mais independente e porque poderia ter prestado esclarecimentos sobre as medidas corretivas que havia adotado.

33 A recorrente refuta a possibilidade avançada pela Comissão no caso concreto, nomeadamente no seu ofício de 1 de março de 2016, referido no n.º 17, *supra*, de se considerar que as regras processuais a ter em conta são as aplicáveis no momento em que «o processo terminou», momento indeterminado esse que impede o controlo da correta aplicação das regras processuais no tempo. Apenas deverá ser tida em conta a data de adoção da decisão em causa. A este respeito, a recorrente refere-se mais especificamente ao acórdão de 26 de março de 2015, Comissão/Moravia Gas Storage (C-596/13 P, EU:C:2015:203, n.ºs 33 e 41).

34 Na sua contestação, a Comissão admite que a decisão impugnada é posterior a 1 de janeiro de 2016 e sublinha, a este respeito, que o preâmbulo dessa decisão menciona o artigo 105.º-A, o artigo 106.º, n.º 1, alínea e), o artigo 108.º, n.º 1, e o artigo 131.º, n.º 4, do Regulamento Financeiro, na versão aplicável a partir desta data. Todavia, de acordo com a Comissão, o princípio da aplicação imediata das regras processuais é um princípio geral que deve ser aplicado em função das particularidades da situação em causa. No caso vertente, a parte do processo que implica a recorrente, concretamente o processo contraditório, foi encerrada antes de 31 de dezembro de 2015, ao abrigo das normas processuais aplicáveis neste período. A fase interna do processo foi encerrada em 17 de dezembro de 2015, no termo da consulta entre serviços que conduziu à decisão de adoção da sanção escolhida. O restante período de tempo foi utilizado apenas para efeitos da finalização da decisão impugnada. Caso, a partir de 1 de janeiro de 2016, se tivesse decidido aplicar todas as novas regras processuais e submeter o processo à instância do artigo 108.º, tal teria conduzido a retomar o processo

contraditório já encerrado. No entanto, no que respeita à adoção final da decisão impugnada, foram aplicadas as novas regras processuais, concretamente, as disposições do artigo 105.º-A, n.º 2, e do artigo 131.º, n.º 4, do Regulamento Financeiro, na versão aplicável a partir de 1 de janeiro de 2016, das quais decorre que a decisão deveria emanar da Direção-Geral (DG) «Política Europeia de vizinhança e negociações para o alargamento».

35 A este respeito, importa recordar antes de mais que, de acordo com um princípio geralmente reconhecido, uma regulamentação nova é imediatamente aplicável, salvo derrogação em contrário, não apenas às situações futuras mas também aos efeitos futuros de situações nascidas ao abrigo da regulamentação anterior. Em contrapartida, a referida regulamentação não se aplica normalmente às situações jurídicas nascidas e definitivamente adquiridas ao abrigo desta última (v., neste sentido, acórdãos de 9 de dezembro de 1965, Singer, 44/65, EU:C:1965:122, p. 1200; de 15 de fevereiro de 1978, Bauche, 96/77, EU:C:1978:26, n.º 48; e de 26 de março de 2015, Comissão/Moravia Gas Storage, C-596/13 P, EU:C:2015:203, n.º 32) Só assim não será, ressalvado o princípio da não retroatividade dos atos jurídicos, se a norma nova for acompanhada de disposições especiais que determinam as suas condições de aplicação no tempo (v. acórdão de 7 de novembro de 2013, Gemeinde Altrip e o., C-72/12, EU:C:2013:712, n.º 22 e jurisprudência referida).

36 Resulta igualmente de jurisprudência constante que as regras processuais se aplicam, em princípio, a todos os processos pendentes no momento em que entram em vigor [v., neste sentido, acórdãos de 12 de novembro de 1981, Meridionale Industria Salumi e o., 212/80 a 217/80, EU:C:1981:270, n.º 9; de 6 de julho de 1993, CT Control (Rotterdam) e JCT Benelux/Comissão, C-121/91 e C-122/91, EU:C:1993:285, n.º22; e de 26 de março de 2015, Comissão/Moravia Gas Storage, C-596/13 P, EU:C:2015:203, n.º 33]. Também só assim não será se a nova norma for acompanhada de disposições especiais que determinam em especial as suas condições de aplicação no tempo ou em função da fase em que se encontram os procedimentos em causa.

37 No caso em apreço, o Regulamento 2015/1929, ao abrigo do qual o Regulamento Financeiro foi alterado a partir de 1 de janeiro de 2016, não inclui nenhuma disposição transitória particular que acompanhe a estipulação desta data de aplicação geral. O mesmo se diga do Regulamento 2015/2462, no que respeita às alterações ao Regulamento de Aplicação com efeito na mesma data.

38 Todavia, como declarado no acórdão de 8 de novembro de 2007, Andreasen/Comissão (F-40/05, EU:F:2007:189, n.ºs 165 e 166), para o qual foi chamada a atenção das partes com vista à audiência, aplicar uma norma processual nova a um processo já iniciado ao abrigo de uma norma processual anterior, *a fortiori* a um processo já encerrado, pode conduzir, se, nesse caso, o referido processo tiver de recomeçar, a conferir efeito retroativo à norma processual nova e não apenas a aplicá-la a uma situação em curso ou aos efeitos futuros de uma situação nascida ao abrigo da norma anterior. Com efeito, nesse caso, a aplicação da norma processual nova conduz à anulação *a posteriori* de processos ou de etapas processuais que eram conformes com a norma em vigor no momento em que tramitaram.

39 No caso em apreço, a Comissão defende, no essencial, que o processo contraditório anterior à adoção da decisão relativa à sanção estava encerrado em 1 de janeiro de 2016, quando a nova versão do Regulamento Financeiro se tornou aplicável. Em seu entender, nestas circunstâncias, fazer intervir a instância do artigo 108.º, como previsto pelas disposições do Regulamento Financeiro aplicáveis a partir de 1 de janeiro de 2016, teria conduzido a reiniciar um processo contraditório conduzido de forma regular ao abrigo das regras processuais então aplicáveis.

40 Importa constatar, como defende a Comissão, que, no caso vertente, o processo contraditório foi encerrado antes de 1 de janeiro de 2016. Com efeito, o referido processo foi aberto, com fundamento no artigo 131.º, n.º 5, lido em conjugação com o artigo 109.º, n.º 1, do Regulamento Financeiro, na versão aplicável até 31 de dezembro de 2015, e com fundamento no artigo 145.º do Regulamento de Aplicação, na mesma versão, pelo ofício da Comissão de 31 de agosto de 2015, mencionado no n.º 4,

supra. Isso resulta claramente do último parágrafo desse ofício. O processo contraditório relativo à sanção foi encerrado em outubro de 2015, com a apresentação, pela Comissão, das observações em resposta da recorrente, que foram resumidas no n.º 7, *supra*. Na falta de novas alegações ou de novos pedidos de esclarecimento ou de documentos pela Comissão, apresentados posteriormente, este processo não se prolongou para além daquela data. Importa concluir, portanto, atendendo aos autos do processo, que o processo contraditório foi conduzido e encerrado regularmente, tendo em conta as regras que lhe eram aplicáveis.

41 Além disso, importa observar que as disposições da versão do Regulamento Financeiro aplicável desde 1 de janeiro de 2016, que figuram, nomeadamente, no artigo 108.º do mesmo regulamento, alteraram substancialmente a tramitação do processo prévio à adoção de uma decisão como a decisão impugnada, uma vez que, depois de o processo lhe ser submetido pelo gestor orçamental competente, a instância do artigo 108.º deve, ela própria, assegurar um processo contraditório relativamente ao operador em causa, devendo posteriormente emitir uma recomendação dirigida ao gestor orçamental competente, para que este adote uma decisão que inclua, sendo caso disso, medidas sancionatórias. Nas suas versões aplicáveis até 31 de dezembro de 2015, em contrapartida, nem o Regulamento Financeiro nem o Regulamento de Aplicação previam uma etapa processual posterior ao processo contraditório, que era assegurado pelo próprio gestor orçamental competente, além da que se encontrava prevista na fase final de adoção da decisão. Assim sendo, a alteração da regulamentação não se limitou a acrescentar uma etapa suplementar ao processo prévio existente, etapa essa que poderia ter sido observada sem que o anteriormente tramitado fosse posto em causa, mas conduziu à substituição de grande parte do processo prévio existente por um novo processo prévio. Importa acrescentar que, ao contrário do que alegaram, respetivamente, a Comissão e a recorrente, o «processo» não foi encerrado depois de terminada a consulta entre serviços de 17 de dezembro de 2015 nem num momento indeterminado e impossível de verificar. O processo prévio à adoção da decisão impugnada terminou, no caso vertente, em outubro de 2015, com o encerramento do processo contraditório, e o processo sancionatório na sua totalidade terminou em 28 de janeiro de 2016, com a adoção da decisão impugnada.

42 Resulta do acima exposto que foi a totalidade do processo prévio à adoção da decisão impugnada que foi conduzido e encerrado regularmente, antes de 1 de janeiro de 2016, tendo em conta as regras que lhe eram aplicáveis.

43 O facto de a decisão impugnada ter sido adotada após a aplicação da nova versão do Regulamento Financeiro, com a criação da instância do artigo 108.º, não permite pôr em causa esta apreciação. Com efeito, ainda que esta criação tenha tido por objetivo reforçar os direitos de defesa dos cocontratantes da União aos quais poderia ser aplicada uma sanção com fundamento no Regulamento Financeiro, nenhuma disposição expressa ou tácita do Regulamento 2015/1929 ou do Regulamento 2015/2462 pode ser interpretada no sentido de que confere ao artigo 105.º-A, n.º 2, e ao artigo 106.º, n.º 2, do Regulamento Financeiro, na versão aplicável a partir de 1 de janeiro de 2016, que preveem, num determinado número de casos, a intervenção da instância do artigo 108.º, um alcance retroativo que implicaria recomeçar o processo prévio regularmente encerrado antes desta data, nomeadamente na perspetiva do respeito do contraditório (v., por analogia, acórdão de 8 de novembro de 2007, Andreasen/Comissão, F-40/05, EU:F:2007:189, n.ºs 165 a 171).

44 Por outro lado, a recorrente não invocou nenhuma etapa da fase final de adoção da decisão impugnada por parte do gestor orçamental competente que não tivesse sido respeitada, quer na vigência do Regulamento Financeiro e do Regulamento de Aplicação, nas respetivas versões aplicáveis até 31 de dezembro de 2015, quer na vigência desses mesmos regulamentos, nas suas versões aplicáveis desde 1 de janeiro de 2016.

45 Nestas circunstâncias, há que concluir que a recorrente não demonstrou a existência de uma irregularidade processual, eventualmente constitutiva de uma violação das formalidades essenciais, suscetível de ferir de ilegalidade a decisão impugnada. O segundo fundamento deve, por conseguinte, ser julgado improcedente.

Quanto ao fundamento relativo à violação do princípio da aplicação retroativa da lei repressiva mais favorável

46 A recorrente sustenta que, à luz das disposições aplicáveis à data em que ocorreram os factos imputados, as disposições do Regulamento Financeiro, na versão aplicável a partir de 1 de janeiro de 2016, incluem vários elementos que deviam ser considerados mais favoráveis no que respeita às sanções aplicáveis a um caso como o vertente. Em primeiro lugar, a duração máxima da exclusão foi reduzida para três anos, ao abrigo do artigo 106.º, n.º 14, alínea c), quando, anteriormente, era de cinco anos; em segundo lugar, o artigo 106.º, n.º 7, alínea a), prevê atualmente que quando o operador em causa adotou certas medidas corretivas que demonstram a sua fiabilidade, não pode ser objeto de exclusão, ao passo que, anteriormente, essa circunstância apenas era tida em conta na apreciação de uma eventual sanção; em terceiro lugar, o artigo 106.º, n.º 3, passou a referir, entre os critérios de avaliação da eventual sanção, «quaisquer outras circunstâncias atenuantes, como o grau de colaboração do operador económico com a autoridade competente e o seu contributo para o inquérito», ao passo que, anteriormente, esses elementos não eram referidos. A Comissão não aplicou estas disposições mais favoráveis, violando, assim, o princípio da aplicação retroativa da lei repressiva mais favorável.

47 A Comissão considera, por seu lado, que a decisão impugnada não violou o princípio da aplicação retroativa da lei repressiva mais favorável.

48 De maneira geral, as disposições do Regulamento Financeiro relativas à identificação dos riscos e à aplicação de sanções administrativas, aplicáveis a partir de 1 de janeiro de 2016, não são mais permissivas ou mais favoráveis do que anteriormente, como decorre do considerando 8 do Regulamento 2015/1929, segundo o qual importa melhorar as regras de exclusão da participação em concursos públicos ou de concessão de subvenções, a fim de reforçar a proteção dos interesses financeiros da União.

49 Mais especificamente, as circunstâncias atenuantes mencionadas pela recorrente seriam meros exemplos dessas circunstâncias, já tidas em conta no quadro das disposições aplicáveis na data em que ocorreram os factos imputados. A este respeito, o artigo 133.º-A do Regulamento n.º 2342/2002 refere, para determinar a duração da exclusão e garantir o respeito do princípio da proporcionalidade, que a instituição competente leva particularmente em conta a gravidade dos factos, nomeadamente o seu impacto nos interesses financeiros e na imagem das Comunidades Europeias, o tempo decorrido desde a infração, a sua duração e a sua repetição, a intenção ou o grau de negligência da entidade em causa e as medidas por esta adotadas para corrigir a situação. Além disso, durante o processo contraditório, a recorrente não fez particularmente prova da sua colaboração com a autoridade competente e do seu contributo para o inquérito.

50 No que respeita às medidas corretivas realçadas pela recorrente, a Comissão expõe, no essencial, fundando-se no artigo 106.º, n.º 7, alínea a), do Regulamento Financeiro, na versão aplicável a partir de 1 de janeiro de 2016, que a tomada em consideração dessas medidas pressupõe que as mesmas tenham permitido ao operador económico em causa demonstrar a sua fiabilidade. Tal exigência não existia anteriormente, segundo a Comissão, e os esforços desenvolvidos nessa matéria só eram tidos em conta como circunstâncias atenuantes. Por conseguinte, o novo regime não era mais favorável do que o anterior.

51 Relativamente a estes dois últimos aspetos realçados pela recorrente, a regulamentação aplicável a partir de 1 de janeiro de 2016 não é, portanto, mais favorável do que a aplicável à data em que ocorreram os factos imputados.

52 Por último, no que respeita ao limite máximo da duração da exclusão, efetivamente inferior ao precedente, que era de cinco anos, a Comissão sublinha que, no processo, nunca esteve previsto ultrapassar o novo limite máximo de três anos, uma vez que a duração da exclusão inicialmente anunciada era de dois anos e que, finalmente, se optou por uma duração de 18 meses de exclusão. Nenhuma norma na versão do Regulamento Financeiro ou do Regulamento de Aplicação aplicáveis a partir de 1 de janeiro de 2016 previa uma redução da duração das sanções proporcional à redução do seu limite máximo. Por conseguinte, nenhuma norma nova mais favorável foi violada quanto à duração da exclusão aplicada.

53 O princípio da aplicação retroativa da lei repressiva mais favorável foi consagrado, nomeadamente, no artigo 49.º, n.º 1, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, que dispõe:

«Ninguém pode ser condenado por uma ação ou por uma omissão que, no momento da sua prática, não constituía infração perante o direito nacional ou o direito internacional. Igualmente não pode ser imposta uma pena mais grave do que a aplicável no momento em que a infração foi cometida. Se, posteriormente a esta infração, a lei previr uma pena mais leve, deve ser essa a pena aplicada.»

54 Como foi recordado no acórdão de 11 de março de 2008, Jager (C-420/06, EU:C:2008:152, n.ºs 59 e 60), este princípio faz parte das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros, pelo que deve ser considerado um princípio geral de direito da União cujo respeito é garantido pelos tribunais. O referido princípio encontra-se expresso em particular no artigo 2.º, n.º 2, segundo período, do Regulamento (CE, Euratom) n.º 2988/95 do Conselho, de 18 de dezembro de 1995, relativo à proteção dos interesses financeiros das Comunidades Europeias (JO 1995, L 312, p. 1), o qual constitui o quadro normativo geral em matéria de controlos, de medidas e de sanções administrativas que incidam sobre irregularidades que tenham ou poderiam ter tido por efeito prejudicar o orçamento da União ou os orçamentos geridos por esta e que, por conseguinte, é aplicável no caso vertente. De acordo com esta disposição, as autoridades competentes devem aplicar retroativamente a um comportamento constitutivo de uma irregularidade as posteriores alterações das disposições de uma regulamentação setorial da União nas quais se prevejam sanções administrativas mais favoráveis.

55 Perante uma evolução da regulamentação em matéria de sanções administrativas, que conduziria a que, em certos aspetos, a nova regulamentação fosse mais favorável, mas, noutros aspetos, menos favorável do que a anterior, o que importa, para determinar a regulamentação mais clemente, não é proceder a uma análise abstrata, mas sim determinar a regulamentação que, *in concreto*, é a mais favorável à empresa em causa, atendendo à sua situação (v., neste sentido, acórdão de 9 de dezembro de 2014, Riva Fire/Comissão, T-83/10, não publicado, pendente de recurso, EU:T:2014:1034, n.º 85; TEDH, 17 de setembro de 2009, Scoppola c. Itália, CE:ECHR:2009:0917JUD001024903, n.º 109; e TEDH, 18 de julho de 2013, Maktouf e Damjanović c. Bósnia-Herzegovina, CE:ECHR:2013:0718JUD000231208, n.º 65).

56 No presente caso, ao comparar, tendo em conta a situação concreta, as disposições relativas às sanções aplicáveis pelo Regulamento Financeiro e pelo Regulamento de Aplicação, por um lado, nas respetivas versões aplicáveis na data em que ocorreram os factos imputados, e, por outro, nas suas versões aplicáveis a partir de 1 de janeiro de 2016, podem fazer-se as seguintes observações.

57 O artigo 106.º, n.º 7, alínea a), do Regulamento Financeiro, na versão aplicável a partir de 1 de janeiro de 2016, que dispõe que não pode ser excluído dos concursos e das subvenções da União um operador que tiver tomado certas medidas corretivas que demonstrem a sua fiabilidade, constitui claramente uma disposição mais favorável do que a anteriormente aplicável. Com efeito, mesmo que seja de difícil demonstração, a reunião destas condições permite atualmente beneficiar da isenção total da sanção de

exclusão, ao passo que, anteriormente, não determinava necessariamente tal isenção. No caso vertente, esta disposição é relevante *in concreto*, na medida em que, na resposta de 5 de outubro de 2015 que enviou à Comissão, ocorrida no âmbito do processo contraditório e resumida no n.º 7, *supra*, a recorrente invocou expressamente, de maneira circunstanciada, as medidas corretivas que disse ter adotado na sequência dos acontecimentos em causa e na medida em que a Comissão não as considerou irrelevantes, visto que as teve em conta, como decorre do n.º 68 da decisão impugnada, para determinar a duração da exclusão aplicada. Por conseguinte, no contexto da determinação da regulamentação mais clemente, o artigo 106.º, n.º 7, alínea a), do Regulamento Financeiro, na versão aplicável a partir de 1 de janeiro de 2016, constituía uma disposição mais clemente suscetível de beneficiar a recorrente.

58 A este respeito, como foi acima exposto no n.º 9, não só, na decisão impugnada, a Comissão se referiu expressamente, de uma maneira geral, às disposições do Regulamento Financeiro e do Regulamento de Aplicação relativas às sanções aplicáveis na data em que ocorreram os factos imputados como também se afigura que não levou concretamente em conta o artigo 106.º, n.º 7, alínea a), do Regulamento Financeiro, na versão aplicável a partir de 1 de janeiro de 2016, que prevê a impossibilidade de excluir dos contratos e das subvenções da União um operador que tomou certas medidas corretivas que demonstram a sua fiabilidade. Com efeito, embora a decisão impugnada demonstre que, para determinar a duração da exclusão aplicada, foram tidas em conta as medidas corretivas adotadas pela recorrente, nessa decisão não é referido nenhum motivo que justifique por que é que as mesmas foram consideradas insuficientes para preencher os requisitos previstos na dita disposição. Há, pois, que concluir que a Comissão não analisou a questão de saber se devia aplicar ou não esta última disposição. A este respeito, importa precisar que não pode ser acolhido o argumento da Comissão aduzido na sua contestação, nos termos do qual o facto de a recorrente, durante o processo contraditório, não ter reconhecido o caráter doloso, da sua parte, da organização de concursos fictícios denunciada no relatório do OLAF demonstrava que não tinha recuperado a sua fiabilidade. Com efeito, um operador económico objeto de um processo de sanção tem sempre o direito de se defender das acusações que lhe são feitas, e o exercício deste direito não prejudica a apreciação da sua fiabilidade posterior aos factos que lhe são imputados, tendo em conta as medidas corretivas que possa ter adotado. Tal confirma que a tomada em consideração do artigo 106.º, n.º 7, alínea a), do Regulamento Financeiro, na versão aplicável a partir de 1 de janeiro de 2016, poderia conduzir a uma decisão mais favorável à recorrente.

59 Além disso, não se exclui que, num caso como o vertente, a diminuição de cinco para três anos da duração máxima da exclusão, resultante do artigo 106.º, n.º 14, alínea c), do Regulamento Financeiro, na versão aplicável a partir de 1 de janeiro de 2016, pudesse conduzir um gestor orçamental competente — mantendo-se as restantes circunstâncias inalteráveis —, quando aplicasse esta versão do Regulamento Financeiro, a aplicar ao operador em causa uma sanção de exclusão com uma duração inferior à que teria resultado da aplicação das versões anteriores do Regulamento Financeiro e do Regulamento de Aplicação. No caso em apreço, a própria Comissão indicou, no seu ofício de 1 de março de 2016, referido no n.º 17, *supra*, que a diminuição do limite máximo da duração da exclusão tinha sido tida em conta aquando da opção pela aplicação de uma duração de exclusão de 18 meses, em vez de dois anos, como inicialmente previsto. Por conseguinte, o artigo 106.º, n.º 14, alínea c), do Regulamento Financeiro, na versão aplicável a partir de 1 de janeiro de 2016, também constituía *in concreto* uma disposição mais clemente suscetível de beneficiar a recorrente, mesmo que a duração da exclusão prevista pela Comissão no seu ofício de 31 de agosto de 2015 já fosse inferior ao novo limite máximo.

60 Todavia, apesar do indicado pela Comissão no ofício de 1 de março de 2016, referido no n.º 59, *supra*, a tomada em consideração desta disposição também não aparece na decisão impugnada, em particular nos n.os 45 e seguintes na parte intitulada «Duração da exclusão», como, aliás, a Comissão confirmou na audiência.

61 De resto, pode observar-se que, no regime aplicável a partir de 1 de janeiro de 2016, existe efetivamente uma disposição que se afigura menos favorável do que a que estava prevista no regime aplicável à data em que ocorreram os factos imputados. Com efeito, como foi exposto no n.º 14, *supra*, este último não previa a possibilidade de publicar uma decisão sancionatória ou os principais elementos relativos a esta, ao contrário do que resulta da versão do Regulamento Financeiro aplicável a partir de 1 de janeiro de 2016. Todavia, ao abrigo desta última versão, não só tal publicação não é obrigatória como, no caso vertente, a Comissão não previu publicar nem decidiu proceder a tal publicação, o que, aliás, teria sido contrário ao princípio da não retroatividade das sanções administrativas não previstas à data em que ocorreram os factos imputados (v., por analogia, acórdão de 28 de junho de 2005, Dansk Rørindustri e o./Comissão, C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P a C-208/02 P e C-213/02 P, EU:C:2005:408, n.º 202). Por conseguinte, este aspeto não é relevante no presente processo.

62 Resulta assim da apreciação concreta desta situação que a Comissão devia, para respeitar o princípio da aplicação retroativa da lei repressiva mais favorável, aplicar as normas sancionatórias resultantes do Regulamento Financeiro e do Regulamento de Aplicação, nas suas versões aplicáveis a partir de 1 de janeiro de 2016.

63 Por conseguinte, a decisão impugnada deve ser anulada por ter sido adotada, como constatado nos n.os 58 e 60, *supra*, sem terem sido tomadas em consideração as disposições de um regime repressivo mais favorável que, aplicado retroativamente aos factos no caso vertente, poderia ter conduzido a uma decisão mais clemente. Por conseguinte, a análise dos dois outros fundamentos invocados pela recorrente e dos seus pedidos de medidas de organização do processo não se afigura útil.

Quanto às despesas

64 Nos termos do artigo 134.º, n.º 1, do Regulamento de Processo, a parte vencida é condenada nas despesas se a parte vencedora o tiver requerido. Tendo a Comissão sido vencida, há que condená-la nas despesas, em conformidade com os pedidos da recorrente.

Pelos fundamentos expostos,

O TRIBUNAL GERAL (Nona Secção)

decide:

1) É anulada a decisão da Comissão, de 28 de janeiro de 2016, que aplica a NC uma sanção administrativa de exclusão dos processos de adjudicação de contratos e das subvenções financiados pelo orçamento geral da União Europeia, durante 18 meses, e que, consequentemente, a inscreve na base de dados do sistema de deteção precoce e de exclusão prevista no artigo 108.º, n.º 1, do Regulamento (UE, Euratom) n.º 966/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2012, relativo às disposições financeiras aplicáveis ao orçamento geral da União e que revoga o Regulamento (CE, Euratom) n.º 1605/2002.

2) A Comissão Europeia é condenada nas despesas.

Gervasoni Madise Kowalik-Bańczyk

Proferido em audiência pública no Luxemburgo, em 27 de junho de 2017.

Assinaturas