Coletânea da Jurisprudência

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL GERAL (Quarta Secção Alargada)

2 de outubro de 2024*

«Contratos públicos — Regulamento Financeiro — Exclusão por um período de dois anos dos procedimentos de adjudicação de contratos e de concessão de subvenções financiadas pelo orçamento geral da União e pelo FED — Publicação da exclusão — Inscrição na base de dados do sistema de deteção precoce e de exclusão — Falta grave em matéria profissional — Decisões de uma autoridade nacional da concorrência — Suspensão pelo juiz nacional — Dever de fundamentação — Direito a uma tutela jurisdicional efetiva — Medidas corretivas — Competência de plena jurisdição — Erro manifesto de apreciação — Erro de apreciação — Proporcionalidade»

No processo T-126/23,

VC, representada por J. Rodríguez Cárcamo e S. Centeno Huerta, advogados,

recorrente,

contra

Agência Europeia para a Segurança e a Saúde no Trabalho (EU-OSHA), representada por E. Ortega Urretavizcaya, na qualidade de agente, assistida por M. Troncoso Ferrer, L. Lence de Frutos e F.-M. Hislaire, advogados,

recorrida,

O TRIBUNAL GERAL (Quarta Secção Alargada),

composto por: S. Papasavvas, presidente, R. da Silva Passos, S. Gervasoni (relator), N. Półtorak e I. Reine, juízes,

secretário: A. Juhász-Tóth, administradora,

vistos os autos,

tendo em conta o pedido da recorrente de omitir alguns dos seus dados, entre os quais a sua denominação,

tendo em conta o pedido de medidas provisórias apresentado pela recorrente,

* Língua do processo: espanhol.

visto o Despacho de 13 de março de 2023, VC/EU-OSHA (T-126/23 R, não publicado), que ordenou a suspensão da execução da decisão impugnada até à adoção do despacho que põe termo ao processo de medidas provisórias no Tribunal Geral,

visto o Despacho de 14 de julho de 2023, VC/EU-OSHA (T-126/23 R, não publicado, EU:T:2023:405), relativo a esse despacho e que ordenou a suspensão da execução da decisão impugnada, na medida em que a referida decisão prevê no seu artigo 4.º a publicação no sítio Internet da Comissão Europeia de determinadas informações relativas à exclusão da recorrente da participação em determinados procedimentos,

visto o recurso interposto pela recorrente contra esse despacho e o Despacho de 27 de julho de 2023, VC/EU-OSHA [C-456/23 P (R) -R, não publicado, EU:C:2023:612], adotado com base no artigo 160.º, n.º 7, do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça, que ordena a suspensão da execução dos artigos 1.º a 3.º e 5.º da decisão impugnada até à adoção do despacho que for proferido o mais cedo entre o que põe termo ao processo de medidas provisórias e o que se pronuncia sobre o recurso,

visto o Despacho de 24 de outubro de 2023, VC/EU-OSHA [C-456/23 P (R), não publicado, EU:C:2023:831], que anulou o Despacho de 14 de julho de 2023, VC/EU-OSHA (T-126/23 R, não publicado, EU:T:2023:405), na parte em que tinha indeferido o pedido de suspensão da execução dos artigos 1.º a 3.º e 5.º da decisão impugnada, e, pronunciando-se sobre esse pedido, indeferia igualmente o referido pedido,

vista a remessa do presente processo à Quarta Secção Alargada do Tribunal Geral,

vista a designação de outro juiz para completar a secção por impedimento de um dos seus membros,

visto o pedido de medida de organização do processo apresentado pela recorrente em 23 de abril de 2024, as observações da EU-OSHA sobre esse pedido apresentadas em 10 de maio de 2024 e a retirada pela recorrente do seu pedido em 13 de maio de 2024,

após a audiência de 16 de maio de 2024,

profere o presente

Acórdão

1 Através do seu recurso interposto ao abrigo do artigo 263.º TFUE, a recorrente, VC, pede a anulação da Decisão da Agência Europeia para a Segurança e a Saúde no Trabalho (EU-OSHA), de 13 de janeiro de 2023, que ordena a sua exclusão da participação em procedimentos de adjudicação de contratos públicos, em procedimentos relativos a subvenções, prémios, atribuições e instrumentos financeiros, regidos pelo orçamento geral da União Europeia, bem como em procedimentos de adjudicação relativos ao Fundo Europeu de Desenvolvimento (FED), regidos pelo Regulamento (UE) 2018/1877 do Conselho, de 26 de novembro de 2018, relativo ao regulamento financeiro aplicável ao 11.º Fundo Europeu de Desenvolvimento e que revoga o Regulamento (UE) 2015/323 (JO 2018, L 307, p. 1), por um período de dois anos, com efeitos a partir de 18 de janeiro de 2023 (artigos 1.º e 2.º), a inscrição do seu nome na base de dados do

sistema de deteção precoce e de exclusão durante o período de exclusão (artigo 3.º) e a publicação no sítio Internet da Comissão Europeia de determinadas informações relativas à exclusão (artigo 4.º) (a seguir «decisão impugnada»).

Antecedentes do litígio e factos posteriores à interposição do recurso

2 Em 11 de maio de 2021, a EU-OSHA publicou o anúncio de concurso público EUOSHA/2021/OP/F/SE/0144 para a prestação de serviços de tecnologias da informação e da comunicação e de serviços Internet. Esse contrato público dividia-se em três lotes.

3 No mesmo dia, a Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC, Comissão Nacional dos Mercados e da Concorrência, Espanha) adotou uma decisão que declara que a recorrente participou numa infração única e continuada ao direito da concorrência e que a sanciona com uma coima e uma proibição de celebrar contratos com a administração espanhola (a seguir «decisão da CNMC»). Segundo a CNMC, a recorrente participou, entre março de 2009 e maio de 2017, com várias outras empresas, numa rede colaborativa, na qual os participantes trocaram informações comercialmente sensíveis e encetaram estratégias comuns destinadas a eliminar a concorrência em certos concursos públicos para a prestação de serviços de consultoria às administrações espanholas e a outros organismos públicos.

4 Em 21 de junho de 2021, a recorrente apresentou uma proposta para o segundo lote do contrato em causa, relativo ao fornecimento de serviços de assistência e consultoria em gestão de projeto.

5 Após ter tomado conhecimento da decisão da CNMC, a EU-OSHA pediu à recorrente, em 29 de julho de 2021, que lhe especificasse as razões da falta de menção dessa decisão na sua declaração sob compromisso de honra e se tinha tomado medidas corretivas para sanar a infração constatada.

6 A recorrente respondeu, em 24 de agosto de 2021, que não tinha declarado a decisão da CNMC, uma vez que esta, por um lado, não era definitiva porquanto a Audiencia Nacional (Audiência Nacional, Espanha) não se tinha pronunciado sobre o recurso interposto dessa decisão nem sobre o pedido de medidas provisórias e, por outro, não continha uma proibição efetiva de participar em contratos públicos na falta de determinação do alcance da proibição pelo ministro da Economia e das Finanças espanhol.

7 Em 10 de fevereiro de 2022, o gestor orçamental competente pediu à instância convocada por força do artigo 143.º do Regulamento (UE, Euratom) 2018/1046 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 18 de julho de 2018, relativo às disposições financeiras aplicáveis ao orçamento geral da União, que altera os Regulamentos (UE) n.º 1296/2013 (UE) n.º 1301/2013 (UE) n.º 1303/2013, UE n.º 1304/2013 (UE) n.º 1309/2013 (UE) n.º 1316/2013 (UE) n.º 223/2014 e (UE) n.º 283/2014, e a Decisão n.º 541/2014/UE, e revoga o Regulamento (UE, Euratom) n.º 966/2012 (JO 2018, L 193, p. 1, a seguir «Regulamento Financeiro»), que formulasse uma recomendação sobre a exclusão ou a sanção financeira da recorrente.

8 A Audiencia Nacional (Audiência Nacional) ordenou, em 11 de abril de 2022, a suspensão da execução da decisão da CNMC (a seguir «decisão nacional de suspensão»).

9 Em 13 de julho de 2022, a instância convocada nos termos do artigo 143.º do Regulamento Financeiro (a seguir «instância») notificou a recorrente da qualificação preliminar da conduta desta última na aceção do artigo 136.º, n.º 2, do Regulamento Financeiro.

10 A recorrente apresentou as suas observações sobre esta qualificação preliminar em 22 de agosto de 2022.

11 Em 8 de dezembro de 2022, a instância enviou a sua recomendação à EU-OSHA. Considerando que a conduta da recorrente devia ser considerada uma «falta grave em matéria profissional», recomendou a sua exclusão e a publicação desta exclusão.

12 Através da decisão impugnada, notificada à recorrente em 17 de janeiro de 2023, a EU-OSHA seguiu a referida recomendação e ordenou:

– a exclusão da recorrente da participação nos procedimentos de adjudicação de contratos públicos e nos relativos às subvenções, prémios, atribuições e instrumentos financeiros regidos pelo orçamento geral da União, bem como nos procedimentos de adjudicação relativos ao FED regidos pelo Regulamento 2018/1877, por um período de dois anos, com efeitos a partir de 18 de janeiro de 2023 (artigos 1.º e 2.º);

– a inscrição do nome da recorrente na base de dados do sistema de deteção precoce e de exclusão referida no artigo 142.º, n.º 1, do Regulamento Financeiro, durante o período de exclusão (artigo 3.º);

– a publicação no sítio Internet da Comissão, três meses após a notificação da referida decisão, de determinadas informações relativas à exclusão da recorrente da participação nos procedimentos de adjudicação, em conformidade com o artigo 140.º do Regulamento Financeiro (artigo 4.º);

– a notificação dessa decisão à recorrente (artigo 5.º).

13 Após a interposição do recurso no presente processo, a recorrente pediu à EU-OSHA, em 21 de novembro de 2023, a revisão da decisão impugnada com base no artigo 136.º, n.º 8, do Regulamento Financeiro.

Pedidos das partes

14 A recorrente conclui pedindo ao Tribunal Geral que se digne:

– anular a decisão impugnada;

– a título subsidiário, substituir a medida de exclusão por uma sanção financeira e/ou anular o artigo 4.º da decisão impugnada;

– condenar a EU-OSHA nas despesas.

15 A EU-OSHA conclui pedindo ao Tribunal Geral que se digne:

– negar provimento ao recurso;

– condenar a recorrente nas despesas.

Questão de direito

16 A recorrente invoca cinco fundamentos de recurso. O primeiro fundamento critica a não execução da decisão nacional de suspensão e o segundo fundamento contesta a apreciação das medidas corretivas adotadas pela recorrente. O terceiro fundamento é relativo à violação do princípio da proporcionalidade através da adoção da sanção de exclusão. O quarto fundamento contesta a publicação da exclusão. Com o quinto fundamento, invocado a título subsidiário, a recorrente acusa a EU-OSHA de não ter avaliado a aplicação de uma sanção financeira como alternativa à exclusão.

Quanto ao primeiro fundamento, relativo à inobservância da decisão nacional de suspensão

Quanto à primeira parte, relativa à violação do artigo 106.º, n.º 2, do antigo Regulamento Financeiro, do artigo 136.º, n.º 2, do Regulamento Financeiro, do artigo 4.º, n.º 3, TUE e do artigo 325.º, n.º 1, TFUE

17 A recorrente afirma que resulta do artigo 106.º 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 do Conselho (JO 2012, L 298, p. 1), conforme 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) (a seguir «antigo regulamento financeiro»), e do artigo 136.º do Regulamento Financeiro, — tanto na medida em que impõem, no seu n.º 1, a exclusão das entidades que tenham cometido uma falta grave em matéria profissional declarada por uma decisão nacional definitiva como na medida em que permitem, no seu n.º 2, essa exclusão a partir de uma qualificação preliminar pelas autoridades da União com base numa decisão nacional não definitiva -, que as autoridades da União devem igualmente respeitar as decisões adotadas a título cautelar pelos tribunais nacionais relativamente a decisões administrativas nacionais não definitivas, em especial quando, como no caso em apreço, as referidas autoridades não exercem elas próprias nenhuma atividade de investigação. Assim, em caso de suspensão da decisão que serve de fundamento exclusivo à qualificação preliminar acima referida, essa decisão já não pode ser utilizada para efetuar a referida qualificação. A recorrente sublinha que a decisão nacional de suspensão, mesmo sem fazer referência a um exame do *fumus boni juris*, põe em causa a validade e a legalidade da decisão da CNMC. Salienta igualmente a semelhança entre o objetivo prosseguido pela exclusão decidida pela decisão impugnada e o prosseguido pela medida de proibição de adjudicação de contratos decidida pela CNMC, que corresponde a uma sanção característica do domínio dos contratos públicos e que foi suspensa pela decisão nacional de suspensão.

18 Além disso, a recorrente baseia-se no artigo 325.º TFUE, relativo à luta contra a fraude, e no artigo 4.º, n.º 3, TUE, que estabelece o princípio da cooperação leal, para sublinhar a contradição manifesta entre a decisão nacional de suspensão e a decisão impugnada, que resulta de uma evidente falta de coordenação entre as autoridades competentes na proteção dos interesses financeiros da União, invocada por estas disposições.

19 Importa recordar, a título preliminar, que as normas processuais se aplicam, em princípio, a todos os processos pendentes no momento da sua entrada em vigor, diferentemente do que sucede com as regras materiais, que são habitualmente interpretadas no sentido de que não se aplicam, em princípio, a situações ocorridas antes da sua entrada 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.º 22, e de 26 de março de 2015, Comissão/Moravia Gas Storage, C-596/13 P, EU:C:2015:203, n.º 33]. Por conseguinte, as regras aplicáveis ao procedimento de exclusão em causa são as do Regulamento Financeiro, que entrou em vigor em 2018, ao passo que as regras materiais aplicáveis a esta exclusão são as do antigo Regulamento Financeiro, em vigor à data da infração única e continuada que deu origem à exclusão e que caducou em 2017.

20 De resto, importa observar que o artigo 106.º do antigo Regulamento Financeiro e o artigo 136.º do Regulamento Financeiro são idênticos nas suas disposições relevantes para o caso em apreço.

21 Assim, por força do seu n.º 1, alínea c), ii), uma pessoa ou entidade é excluída da participação nos procedimentos de adjudicação de contratos regidos pelo Regulamento Financeiro se tiver sido determinado, por decisão judicial transitada em julgado ou por decisão administrativa definitiva de que a pessoa ou entidade cometeu uma falta grave em matéria profissional por ter violado disposições legislativas ou regulamentares aplicáveis ou regras deontológicas da profissão à qual pertence, ou por ter adotado qualquer comportamento ilícito que tenha um impacto sobre a sua credibilidade profissional, sempre que tal comportamento denote uma intenção dolosa ou negligência grave, nomeadamente em caso de celebração de um acordo com outras pessoas ou entidades com o objetivo de distorcer a concorrência.

22 Do mesmo modo, nos termos do seu n.º 2, primeiro e segundo parágrafos, na falta de uma decisão judicial transitada em julgado ou, se aplicável, de uma decisão administrativa definitiva nos termos do n.º 1, alínea c), o gestor orçamental competente exclui uma pessoa ou entidade com base numa qualificação jurídica preliminar da conduta dessa pessoa ou entidade, tendo em conta os factos apurados ou outros resultados constantes da recomendação da instância. A qualificação jurídica preliminar não prejudica a apreciação final da conduta da pessoa ou entidade em causa realizada pelas autoridades competentes dos Estados-Membros ao abrigo do direito nacional. A entidade adjudicante reavalia a sua decisão de excluir a pessoa ou a entidade e/ou de lhe aplicar uma sanção financeira imediatamente após a notificação da decisão judicial transitada em julgado ou da decisão administrativa definitiva. Caso a decisão judicial transitada em julgado ou a decisão administrativa definitiva não estabeleça o período da exclusão, o gestor orçamental competente determina esse período com base nos factos e nos resultados apurados, tendo em conta a recomendação da instância.

23 Por força do seu n.º 2, terceiro parágrafo, caso a decisão judicial transitada em julgado ou decisão administrativa definitiva declare que a pessoa ou entidade não é culpada da conduta objeto de qualificação jurídica preliminar que motivou a sua exclusão, o gestor orçamental competente põe termo sem demora à exclusão e/ou reembolsa, se for caso disso, as sanções financeiras aplicadas. Por outro lado, ao abrigo do seu n.º 2, quarto parágrafo, os factos e resultados a que se refere o primeiro parágrafo incluem, em especial, os factos apurados no contexto de auditorias ou inquéritos realizados pelo Tribunal de Contas Europeu, pelo Organismo Europeu de Luta Antifraude (OLAF) ou pelo auditor interno, ou de qualquer outra averiguação, auditoria ou controlo efetuados sob a responsabilidade do gestor orçamental competente, bem como as

decisões da Comissão relativas à violação do direito da União no domínio da concorrência ou das decisões de uma autoridade nacional competente relativas à violação do direito da concorrência da União ou nacional.

24 Resulta destas disposições que uma entidade é excluída da participação nos procedimentos em causa quando se prove que cometeu uma falta grave em matéria profissional por sentença transitada em julgado ou por decisão administrativa definitiva, ou, na falta de uma decisão judicial transitada em julgado ou de uma decisão administrativa definitiva, com base numa qualificação jurídica preliminar da sua conduta pela autoridade competente da União à luz de factos apurados ou de constatações efetuadas, nomeadamente, pelas decisões de uma autoridade nacional da concorrência.

25 Daqui resulta que a inexistência de sentença ou de decisão transitada em julgado que declare o comportamento faltoso em causa não obsta à adoção de uma medida de exclusão pela autoridade competente da União para proteger os interesses financeiros da União (v., neste sentido, Acórdãos de 9 de fevereiro de 2022, Elevolution — Engenharia/Comissão, T-652/19, não publicado, EU:T:2022:63, n.º 76, e de 21 de dezembro de 2022, Vialto Consulting/Comissão, T-537/18, não publicado, EU:T:2022:852, n.º 142).

26 Daqui deduz-se igualmente a vontade do legislador da União em permitir à autoridade competente da União efetuar a sua própria apreciação dos atos praticados pelo operador económico em causa, sem esperar que um órgão jurisdicional tenha proferido a sua sentença (v., por analogia, Acórdão de 19 de junho de 2019, Meca, C-41/18, EU:C:2019:507, n.º 31). É o que acontece com a eficácia do regime de exclusão, que implica que seja aplicado o mais rapidamente possível, sem que seja necessário aguardar por uma decisão definitiva (v., neste sentido, Acórdão de 9 de fevereiro de 2022, Elevolution — Engenharia/Comissão, T-652/19, não publicado, EU:T:2022:63, n.º 77).

27 Os elementos que podem ser tomados em consideração a este respeito são, aliás, especificados, sem que a enumeração seja exaustiva, tanto no artigo 106.º, n.º 2, quarto parágrafo, do antigo Regulamento Financeiro, como no artigo 136.º, n.º 2, quarto parágrafo, do Regulamento Financeiro (v. n.º 23, *supra*), e baseiam-se, designadamente, nas atividades de inquérito de outras entidades da União ou dos Estados-Membros, pelo que é irrelevante se a própria autoridade da União em causa não procede a um inquérito antes de adotar a sua eventual decisão de exclusão.

28 Assim, no caso em apreço, incumbia à EU-OSHA, na falta de decisão definitiva, uma vez que tinha sido interposto recurso da decisão da CNMC e estava pendente na data da decisão impugnada, proceder à sua própria apreciação da conduta da recorrente com base na decisão da CNMC, que figura entre os elementos enumerados pelas disposições relevantes (v. n.º 23, *supra*), mas também dos outros elementos pertinentes do contexto, entre os quais, em especial, a suspensão da referida decisão. Com efeito, a hipótese regulada pelo artigo 106.º, n.º 2, do antigo Regulamento Financeiro e pelo artigo 136.º, n.º 2, do Regulamento Financeiro é precisamente aquela em que a decisão suscetível de servir de fundamento à exclusão não é definitiva, quer porque o prazo do recurso que pode ser interposto contra a mesma não terminou, quer porque esse recurso foi interposto, quer ainda porque foi suspenso, como no caso em apreço. Considerar, como sustenta a recorrente, que uma decisão suspensa já não pode servir de fundamento a uma decisão de exclusão equivaleria a privar de efeito a hipótese prevista nas disposições aplicáveis, bem como no artigo 106.º, n.º 7, alínea c), do antigo Regulamento Financeiro e no artigo 136.º, n.º 6, alínea a), do Regulamento Financeiro, que incitam as pessoas ou entidades que não foram objeto de uma sentença transitada em julgado a adotar medidas corretivas destinadas a demonstrar a sua

fiabilidade apesar da decisão que declara uma violação do direito da concorrência (v., neste sentido e por analogia, Acórdão de 19 de junho de 2019, Meca, C-41/18, EU:C:2019:507, n.º 40; v., igualmente, n.º 55, *infra*).

29 Ora, importa observar, em primeiro lugar, que a EU-OSHA, seguindo nesse aspeto as conclusões que figuram na recomendação da instância, teve efetivamente em conta a suspensão da decisão da CNMC, em resposta ao argumento da recorrente baseado nessa suspensão. Nos considerandos 35 a 37 da decisão impugnada, começou por recordar este argumento, antes de expor as razões pelas quais, em seu entender, essa suspensão não prejudicava, no caso em apreço, a aplicação das regras da União. Mais especificamente, a EU-OSHA considerou que a decisão nacional de suspensão, na falta de tomada de posição sobre um *fumus boni juris*, não suscitava dúvidas quanto à validade e à legalidade da decisão da CNMC e se baseava em considerações alheias ao presente procedimento administrativo, que correspondiam a um objetivo diferente do que esteve na origem da sanção nacional. Acrescentou que essa decisão de suspensão não era, por definição, definitiva e, por conseguinte, não a vinculava.

30 Importa também salientar, em segundo lugar, que a EU-OSHA considerou corretamente que a suspensão da decisão da CNMC não obstava a que as conclusões dessa decisão fossem tomadas em consideração para demonstrar a existência de uma falta grave em matéria profissional da recorrente e adotar uma medida de exclusão.

31 Com efeito, por um lado, os factos imputados à recorrente não assentam em meras suposições ou presunções, mas foram apurados com base em elementos resultantes de um inquérito realizado pela CNMC (v., neste sentido, Acórdão de 21 de dezembro de 2022, Vialto Consulting/Comissão, T-537/18, não publicado, EU:T:2022:852, n.º 143; v., igualmente, por analogia, Acórdão de 21 de dezembro de 2023, Infraestruturas de Portugal e Futrifer Indústrias Ferroviárias, C-66/22, EU:C:2023:1016, n.º 78).

32 Por outro lado, não resulta da decisão nacional de suspensão nenhuma tomada de posição sobre o mérito da decisão da CNMC. As constatações e considerações desta última relativamente à violação do direito da concorrência pela recorrente não são, portanto, de modo nenhum postas em causa, nem mesmo postas em dúvida pelo juiz nacional. Este baseia a sua decisão de suspensão em considerações retiradas unicamente das consequências da coima aplicada e da proibição de contratar na prossecução das atividades da recorrente. Esta última admite, aliás, que o juiz nacional não examinou expressamente a existência de *fumus boni juris*. Na medida em que a recorrente alega que o juiz nacional reconheceu implícita mas necessariamente a plausibilidade das alegações da recorrente que contestam a decisão da CNMC, uma vez que, segundo a jurisprudência nacional, a concessão de uma medida provisória pressupõe essa plausibilidade, importa salientar que tais considerações implícitas não são, em todo o caso, suficientes para pôr em causa as conclusões e considerações explícitas da decisão da CNMC.

33 Além disso, é irrelevante que a decisão nacional de suspensão suspenda, além do pagamento da coima aplicada pela decisão da CNMC, também a proibição de a recorrente celebrar contratos em Espanha, imposta também por essa decisão. É certo que se trata de uma proibição que se assemelha à exclusão decretada pela decisão impugnada, tanto mais que, segundo as afirmações da recorrente, certas proibições de adjudicação de contratos não são decretadas ou aplicadas quando o operador em causa tenha adotado medidas corretivas ou de conformidade destinadas a reparar os danos causados pela sua conduta ilegal. No entanto, o motivo da suspensão da proibição de adjudicar contratos é, como resulta do n.º 32 *supra*, independente das constatações e considerações da decisão da CNMC e não é, deste modo, suscetível de as pôr em causa. Assim,

mesmo que, como sustenta a recorrente, a diferença de objeto entre o procedimento de exclusão previsto pela regulamentação da União e o processo nacional não seja suficiente, enquanto tal, para excluir a tomada em consideração da decisão nacional de suspensão pela EU-OSHA. (v. n.º 28, *supra*), não deixa de ser verdade que, no caso em apreço, os motivos da suspensão da decisão da CNMC não põem em causa a materialidade dos factos em que a decisão impugnada se baseou para decidir a exclusão da recorrente. Além disso, não resulta da decisão nacional de suspensão nenhuma informação quanto à adoção de medidas corretivas pela recorrente e quanto à justificação da suspensão através da adoção de tais medidas.

34 Por outro lado, resulta da ponderação corretamente efetuada pela EU-OSHA no presente processo, entre a decisão da CNMC e a decisão nacional de suspensão, que não lhe pode ser imputada nem uma contradição entre os fundamentos da decisão impugnada e os da decisão nacional de suspensão, nem uma falta de coordenação com as autoridades nacionais que viole o princípio da cooperação leal previsto no artigo 4.º, n.º 3, TUE e a luta contra a fraude regulada pelo artigo 325.º TFUE.

35 Daqui resulta que a primeira parte do primeiro fundamento deve ser julgada improcedente.

Quanto à segunda parte, relativa à violação do artigo 47.º da Carta e do artigo 19.º, n.º 1, TUE

36 A recorrente alega que, ao privar a decisão nacional de suspensão de qualquer relevância, a decisão impugnada põe em causa a tutela jurisdicional que obteve do juiz nacional e, por conseguinte, viola o artigo 47.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (a seguir «Carta»), lido em conjugação com o artigo 19.º, n.º 1, TUE. O respeito pelos processos judiciais nacionais é ainda mais necessário no caso dos «processos mistos», como o processo de exclusão em que as autoridades da União tomam as suas decisões com base em decisões nacionais. A recorrente acrescenta que o direito de pedir uma reapreciação da decisão de exclusão ou a possibilidade de apresentar observações perante a instância ou o gestor orçamental competente constituem garantias administrativas que não permitem substituir as garantias de fiscalização da legalidade dos atos lesivos e de respeito pelas decisões judiciais características da tutela jurisdicional efetiva.

37 Segundo jurisprudência constante, o princípio da tutela jurisdicional efetiva dos direitos conferidos aos particulares pelo direito da União, a que se refere o artigo 19.º, n.º 1, segundo parágrafo, TUE, constitui, com efeito, um princípio geral do direito da União que decorre das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros, que foi consagrado pelos artigos 6.º e 13.º da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, assinada em Roma, em 4 de novembro de 1950, e que é atualmente afirmado no artigo 47.º da Carta (v. Acórdão de 27 de fevereiro de 2018, Associação Sindical dos Juízes Portugueses, C-64/16, EU:C:2018:117, n.º 35 e jurisprudência referida).

38 Resulta igualmente da jurisprudência que os efeitos da interposição de um recurso administrativo ou judicial estão intimamente ligados ao exercício e à salvaguarda dos direitos fundamentais relativos à tutela jurisdicional, cujo respeito é igualmente assegurado pela ordem jurídica da União e que uma regulamentação que ignore totalmente os efeitos da interposição de um recurso administrativo ou judicial sobre a possibilidade de participar num procedimento de adjudicação de um contrato poderia violar os direitos fundamentais dos interessados (v., por analogia, Acórdão de 9 de fevereiro de 2006, La Cascina e o., C-226/04 e C-228/04, EU:C:2006:94, n.º 38).

39 Ora, não se pode considerar que, no caso em apreço, a decisão nacional de suspensão tenha sido ignorada e que tenha sido violada a tutela jurisdicional do recorrente.

40 Com efeito, por um lado, como resulta dos n.os 29 a 33, *supra*, essa decisão foi devidamente tida em conta pela instância e, posteriormente, pela EU-OSHA na decisão impugnada. Em especial, a EU-OSHA considerou, com razão, que, na falta de tomada de posição na decisão nacional de suspensão sobre o mérito da decisão da CNMC, podia basear-se nas conclusões dessa decisão para concluir pela existência de uma falta grave em matéria profissional e adotar uma medida de exclusão (v. n.os 30 e 32, *supra*). Além disso, por força das disposições aplicáveis, na falta de sentença transitada em julgado ou de decisão definitiva, a sanção de exclusão só pode ser decidida com base numa qualificação jurídica preliminar da conduta controvertida pela instância, tendo em conta todos os elementos relevantes, entre os quais a suspensão da decisão da CNMC (v. n.os 22, 23 e 28, *supra*), qualificação jurídica preliminar sobre a qual a recorrente teve, além disso, oportunidade de apresentar as suas observações (ver n.º 10, *supra*) em aplicação do artigo 143.º, n.º 5, do Regulamento Financeiro. Trata-se, é certo, como sublinha a recorrente, de garantias de natureza administrativa, mas não deixa de ser verdade que as mesmas permitem assegurar que a decisão judicial nacional seja devidamente tida em conta. Importa também sublinhar que a decisão impugnada, que exclui a recorrente dos contratos adjudicados pelas administrações da União, não põe de modo nenhum em causa os efeitos da decisão nacional de suspensão, na medida em que esta suspende a proibição de celebrar contratos com a administração espanhola.

41 Por outro lado, como resulta dos n.os 24 a 26, *supra*, resulta das disposições aplicáveis que, na falta de uma sentença transitada em julgado ou de uma decisão definitiva, como no caso em apreço, a autoridade da União não está vinculada pelas decisões administrativas ou judiciais tomadas a nível nacional e, deste modo, dispõe da faculdade de excluir uma pessoa ou uma entidade, no presente processo a recorrente, com base numa qualificação jurídica preliminar da sua conduta, dos procedimentos de adjudicação dos contratos públicos da União.

42 Ora, o exercício desta faculdade não viola o artigo 47.º da Carta. Com efeito, a existência, não contestada pela recorrente e confirmada pelo presente recurso, de uma via de recurso para contestar a decisão impugnada perante o juiz da União permite precisamente assegurar a tutela jurisdicional da recorrente. Em especial, o Tribunal Geral é competente no caso em apreço, tanto para anular a decisão impugnada como para reapreciar essa decisão, ao abrigo da sua competência de plena jurisdição prevista no artigo 143.º, n.º 9, do Regulamento Financeiro (Acórdão de 9 de fevereiro de 2022, Elevolution — Engenharia/Comissão, T-652/19, não publicado, EU:T:2022:63, n.º 80; v., igualmente, n.º 127, *infra*). Além disso, a tutela jurisdicional provisória é garantida pelo juiz das medidas provisórias do Tribunal Geral, que pode ordenar a suspensão da execução da decisão impugnada, designadamente se considerar, como no presente processo, que não se pode excluir, à primeira vista, que a EU-OSHA devia ter retirado as consequências da decisão nacional de suspensão (Despacho de 14 de julho de 2023, VC/EU-OSHA, T-126/23 R, não publicado, EU:T:2023:405, n.º 51).

43 Por conseguinte, não há que reconhecer à decisão nacional de suspensão o mesmo efeito que o reconhecido às sentenças transitadas em julgado ou às decisões definitivas que obrigam as autoridades da União a excluir a pessoa ou entidade em causa, em conformidade com o artigo 136.º, n.º 1, do Regulamento Financeiro ou, se for caso disso, a admitir a sua participação nos processos de adjudicação de contratos públicos da União. Se o poder de exclusão das autoridades da União ficasse paralisado simplesmente devido à interposição de um recurso suspensivo contra a decisão nacional suscetível de servir de fundamento à exclusão ou à suspensão dessa decisão, tal privaria de efeito útil o referido poder (v., neste sentido e por analogia, Acórdão de 19 de junho de 2019, Meca, C-41/18, EU:C:2019:507, n.os 37 e 38).

44 Importa acrescentar que, na hipótese de a decisão nacional de suspensão ser seguida de uma sentença transitada em julgado que anule a decisão da CNMC, o artigo 136.º, n.º 2, terceiro parágrafo, do Regulamento Financeiro prevê que o gestor orçamental põe termo sem demora à exclusão, dando assim pleno efeito à decisão judicial nacional e garantindo, na mesma ocasião, a tutela jurisdicional do recorrente, associada, no presente processo, à decisão judicial nacional que vincula, neste caso, a autoridade da União.

45 Daqui resulta que a segunda parte do primeiro fundamento deve ser julgada improcedente, pelo que este fundamento deve igualmente ser julgado improcedente.

Quanto ao segundo fundamento, relativo às medidas corretivas adotadas pela recorrente

46 Segundo a recorrente, a decisão impugnada contém erros graves de apreciação e viola o artigo 106.º, n.º 7, alínea a), do antigo Regulamento Financeiro e o artigo 136.º, n.º 6, alínea a), do Regulamento Financeiro uma vez que, com base nos elementos que comunicou à EU-OSHA, esta última devia ter concluído que tinha tomado medidas corretivas suficientes. Ora, a EU-OSHA exigiu à recorrente, para cada uma das medidas corretivas, um nível de prova excessivo e desproporcionado, sem lhe dar possibilidade de corrigir ou de completar as informações pedidas. A recorrente lamenta, a este respeito, a falta de apreciação autónoma dessas medidas pela instância e o facto de esta última ter apoiado a avaliação da CNMC, apesar de se basear em documentos diferentes. Considera, além disso, que o amplo poder de apreciação no que respeita à adjudicação de um contrato público não pode ser transposto para uma decisão sancionatória que ultrapassa o âmbito de um processo de concurso específico e gera um prejuízo significativo que não resultaria de uma simples não adjudicação de um contrato.

47 A recorrente acrescenta que, na medida em que o Tribunal Geral tem competência de plena jurisdição para reapreciar a decisão impugnada ao abrigo do artigo 143.º, n.º 9, do Regulamento Financeiro, baseada no artigo 261.º TFUE, comunica no âmbito da presente instância novos documentos que comprovam a fiabilidade das medidas corretivas. Sublinha, a este respeito, que as medidas corretivas não são elementos constitutivos da infração para os quais o Tribunal Geral não é competente. Segundo a recorrente, em todo o caso, independentemente desta competência de plena jurisdição, esses documentos serão relevantes para fiscalizar a legalidade da decisão impugnada uma vez que dizem respeito a medidas corretivas adotadas antes da decisão impugnada.

48 Em conclusão, a recorrente sublinha, na réplica, que não praticou nenhuma prática anticoncorrencial desde 2018, o que demonstra que o sistema que implementou, no seu conjunto, atesta a fiabilidade exigida. Por uma questão de exaustividade, apresenta, em anexo à réplica, documentos que comprovam essa fiabilidade.

49 Há que salientar, a título preliminar, que a recorrente não contesta perante o Tribunal Geral ter cometido a infração declarada e punida pela decisão da CNMC. Também não contesta que a sua exclusão decidida na sequência dessa declaração de infração ao direito espanhol em matéria da concorrência e ao artigo 101.º TFUE reveste o caráter de sanção.

50 Todavia, a recorrente contesta a sua exclusão no caso em apreço com fundamento numa falta grave em matéria profissional, pelo facto de ter adotado medidas corretivas que demonstram a sua fiabilidade, em conformidade com o artigo 106.º, n.º 7, alínea c), do antigo Regulamento

Financeiro e com o artigo 136.º, n.º 6, alínea a), do Regulamento Financeiro, disposições sucessivamente aplicáveis no caso em apreço, atendendo à data de adoção das medidas corretivas em causa.

51 Antes de examinar os argumentos da recorrente que contestam a apreciação pela EU-OSHA das medidas corretivas adotadas, há que clarificar a natureza da competência bem como a intensidade da fiscalização que pode ser exercida pelo Tribunal Geral sobre as apreciações em causa, igualmente em litígio entre as partes.

Quanto à natureza da competência e à intensidade da fiscalização do Tribunal Geral sobre as medidas corretivas

52 Ao abrigo do artigo 143.º, n.º 9, do Regulamento Financeiro:

«O Tribunal de Justiça da União Europeia tem competência de plena jurisdição para rever uma decisão em que o gestor orçamental exclui uma pessoa ou entidade a que se refere o artigo 135.º, n.º 2, e/ou impõe uma sanção financeira a um destinatário, podendo, nomeadamente, anular a exclusão, reduzir ou aumentar o período de exclusão e/ou anular, reduzir ou aumentar a sanção financeira aplicada […]»

53 Deste modo, o legislador da União fez uso da faculdade conferida pelo artigo 261.º TFUE, que dispõe que «[n]o que respeita às sanções neles previstas, os regulamentos adotados em conjunto pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho, e pelo Conselho, por força das disposições dos Tratados, podem atribuir plena jurisdição ao Tribunal de Justiça da União Europeia».

54 Por conseguinte, o artigo 143.º, n.º 9, do Regulamento Financeiro deve ser interpretado à luz do artigo 261.º TFUE, pelo que o alcance desta competência de plena jurisdição está estritamente limitado à determinação da sanção, com exclusão de qualquer alteração dos elementos constitutivos do comportamento que justifica a referida sanção (v., por analogia, Acórdão de 21 de janeiro de 2016, Galp Energía España e o./Comissão, C-603/13 P, EU:C:2016:38, n.ºs 76 e 77 e jurisprudência referida).

55 Ora, no presente processo, contrariamente ao que sustenta a recorrente, há que considerar que o exame das medidas corretivas faz parte da apreciação dessa conduta. Nos termos do artigo 106.º, n.º 7, alínea c), do antigo Regulamento Financeiro e do artigo 136.º, n.º 6, alínea a), do Regulamento Financeiro, o gestor orçamental competente «não exclui» uma pessoa ou entidade se esta «tiver tomado as medidas corretivas […] suficientes para demonstrar a sua fiabilidade». Esta disposição estabelece assim uma impossibilidade de excluir dos concursos públicos um operador que tenha tomado certas medidas corretivas que demonstram a sua fiabilidade (Acórdão de 27 de junho de 2017, NC/Comissão, T-151/16, EU:T:2017:437, n.º 58). Com efeito, em conformidade com o objetivo de proteção dos interesses financeiros da União prosseguido pela sanção de exclusão (v., neste sentido, Acórdão de 21 de dezembro de 2022, Vialto Consulting/Comissão, T-537/18, não publicado, EU:T:2022:852, n.ºs 159 e 164; v. igualmente n.º 25, *supra*), não há que excluir um operador faltoso que se tenha tornado fiável. Neste caso, a falta grave em matéria profissional inicialmente constatada foi corrigida ao ponto de já não poder fundamentar uma exclusão. A apreciação que deve ser feita das medidas corretivas equivale, portanto, a verificar a persistência da falta grave em matéria profissional, deduzida no caso vertente da infração constatada por uma autoridade nacional, e a possibilidade de esta se repetir, o que faz parte da apreciação da conduta do operador em causa e das circunstâncias de facto que lhe estão diretamente associadas e não da apreciação da sua sanção.

56 A este respeito, é indiferente que as medidas corretivas sejam geralmente tomadas após a ocorrência da infração verificada pela autoridade nacional. Com efeito, como resulta dos n.os 26 a 28, *supra*, tal declaração de infração por uma autoridade nacional constitui apenas uma condição prévia que pode conduzir, na sequência da apreciação da autoridade da União (v., neste sentido, Acórdão de 15 de fevereiro de 2023, RH/Comissão, T-175/21, não publicado, EU:T:2023:77, n.º 29), a que esta última qualifique a conduta como falta grave em matéria profissional. O comportamento que deve ser distinguido da sanção para efeitos de determinar o âmbito de aplicação da competência de plena jurisdição não se limita, em matéria de contratos públicos, tendo em conta, nomeadamente, o procedimento em duas fases previsto pelo Regulamento Financeiro, à infração constatada por uma autoridade nacional e aos seus elementos constitutivos, mas inclui outros elementos, eventualmente posteriores a essa infração e suscetíveis de levar a autoridade da União a deduzir daqui a fiabilidade do operador em causa apesar da referida infração.

57 Daqui resulta que o Tribunal Geral não pode exercer a sua competência de plena jurisdição, conforme prevista no artigo 143.º, n.º 9, do Regulamento Financeiro, para efeitos da apreciação do presente fundamento. Assim, não pode substituir a apreciação da EU-OSHA das medidas corretivas em causa pela sua própria apreciação e limitar-se-á a uma fiscalização da legalidade da referida apreciação.

58 Há que especificar, por um lado, atendendo às diferentes posições expressas pelas partes sobre este ponto, que essa fiscalização da legalidade se limita à verificação do cumprimento das regras de direito, nomeadamente de processo e de fundamentação, da exatidão material dos factos, bem como da inexistência de erro manifesto de apreciação e de desvio de poder (v. Acórdão de 15 de fevereiro de 2023, RH/Comissão, T-175/21, não publicado, EU:T:2023:77, n.º 30 e jurisprudência referida). A este propósito, no que respeita ao exame, por parte do juiz da União, da existência de um erro manifesto de apreciação que vicia um ato de uma instituição, importa especificar que, para apurar se essa instituição cometeu um erro manifesto na apreciação de factos complexos, suscetível de justificar a anulação do referido ato, os elementos de prova apresentados pelo recorrente devem ser suficientes para retirar plausibilidade às apreciações dos factos considerados nesse ato (v., neste sentido, Acórdãos de 12 de dezembro de 1996, AIUFFASS e AKT/Comissão, T-380/94, EU:T:1996:195, n.º 59, e de 28 de fevereiro de 2012, Grazer Wechselseitige Versicherung/Comissão, T-282/08, EU:T:2012:91, n.º 158). Sob reserva deste exame da plausibilidade, não compete ao Tribunal Geral substituir a apreciação de factos complexos feita pelo autor dessa decisão pela sua própria apreciação [Acórdãos de 15 de outubro de 2009, Enviro Tech (Europe), C-425/08, EU:C:2009:635, n.º 47, e de 12 de fevereiro de 2008, BUPA e o./Comissão, T-289/03, EU:T:2008:29, n.º 221].

59 Com efeito, na medida em que as instituições dispõem de uma margem de apreciação para apreciar se uma conduta pode ser qualificada de falta grave em matéria profissional (Acórdão de 15 de fevereiro de 2023, RH/Comissão, T-175/21, não publicado, EU:T:2023:77, n.º 30; v., igualmente, por analogia, Acórdãos de 4 de julho de 2008, Entrance Services/Parlamento, T-333/07, não publicado, EU:T:2008:250, n.º 59, e de 9 de fevereiro de 2022, Companhia de Seguros Índico/Comissão, T-672/19, não publicado, EU:T:2022:64, n.º 50 e jurisprudência referida) e em que a apreciação das medidas corretivas faz parte integrante da apreciação desse comportamento (v. n.º 55, *supra*), deve igualmente ser-lhes reconhecida uma margem de apreciação para apreciar as medidas corretivas.

60 Importa acrescentar, em resposta à recorrente, que as potenciais consequências da decisão de exclusão, que ultrapassam o âmbito de um procedimento de concurso específico e são suscetíveis de causar um prejuízo significativo à entidade excluída, são elementos a tomar em consideração no exercício da margem de apreciação de que dispõe a instituição e não podem implicar, enquanto tais, que se ponha em causa tal margem de apreciação.

61 Deve-se igualmente precisar, por outro lado, os elementos que podem ser tidos em conta pelo Tribunal Geral para exercer a fiscalização da legalidade da apreciação feita pela EU-OSHA sobre as medidas corretivas adotadas pela recorrente, tendo em conta as divergências entre as partes quanto a este aspeto.

62 Resulta da jurisprudência proferida em matéria de concorrência que o alcance da fiscalização da legalidade prevista no artigo 263.º TFUE abrange todos os elementos das decisões da Comissão relativas aos processos nos termos dos artigos 101.º e 102.º TFUE, cuja fiscalização é assegurada pelo Tribunal Geral, à luz dos fundamentos invocados pelos recorrentes e tendo em conta todos os elementos apresentados por estes últimos, quer sejam anteriores ou posteriores à decisão impugnada, quer tenham sido previamente apresentados no âmbito do procedimento administrativo ou, pela primeira vez, no âmbito do recurso submetido ao Tribunal Geral, na medida em que sejam relevantes para a fiscalização da legalidade da decisão da Comissão [Acórdãos de 21 de janeiro de 2016, Galp Energía España e o./Comissão, C-603/13 P, EU:C:2016:38, n.º 72, e de 14 de setembro de 2022, Google e Alphabet/Comissão (Google Android), T-604/18, pendente de recurso, EU:T:2022:541, n.º 89].

63 Contrariamente ao que alega a recorrente, não se pode deduzir dessa jurisprudência que, no caso em apreço, o Tribunal Geral deva ter em conta documentos que a recorrente lhe apresenta no âmbito da presente instância sem terem sido previamente apresentados durante o procedimento administrativo na EU-OSHA.

64 Com efeito, nos termos do artigo 2.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho, de 16 de dezembro de 2002, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos [101.º] e [102.º TFUE] (JO 2003, L 1, p. 1), em caso de litígio sobre a existência de uma infração às regras da concorrência, cabe à Comissão apresentar a prova das infrações por ela verificadas e apresentar os elementos probatórios adequados a demonstrar, de forma juridicamente bastante, a existência dos factos constitutivos de uma infração (v. Acórdão de 8 de setembro de 2016, Lundbeck/Comissão, T-472/13, não publicado, EU:T:2016:449, n.º 105 e jurisprudência referida). É então possível à empresa em causa provar o contrário, inclusivamente com base em elementos que não foram apresentados durante o procedimento administrativo (v. Acórdão de 9 de junho de 2016, PROAS/Comissão, C-616/13 P, EU:C:2016:415, n.º 43 e jurisprudência referida).

65 Em contrapartida, ao prever que uma pessoa ou uma entidade não está excluída se tiver tomado medidas corretivas suficientes para demonstrar a sua fiabilidade, o artigo 106.º, n.º 7, alínea c), do antigo Regulamento Financeiro e depois o artigo 136.º, n.º 6, alínea a), do Regulamento Financeiro impõem à pessoa ou entidade em causa o ónus de demonstrar que as medidas corretivas adotadas são suscetíveis de impedir a sua exclusão (v. também artigo 106.º, n.º 10, do antigo Regulamento Financeiro e artigo 137.º, n.º 1, do Regulamento Financeiro). Daqui se deduz que, sob pena de privar de efeito o ónus da prova imposto por estas disposições, não se pode admitir que o operador em causa apresente ao Tribunal Geral elementos de prova não comunicados durante o procedimento de exclusão, a fim de obter a anulação da decisão que decretou a sua exclusão na

falta de apresentação por esse operador de provas consideradas suficientes para demonstrar a sua fiabilidade. Por maioria de razão, o Tribunal Geral não se pode pronunciar, no âmbito da presente instância, sobre medidas corretivas não apresentadas à EU-OSHA.

66 Tanto assim é que o artigo 136.º, n.º 8, do Regulamento Financeiro regula a hipótese de medidas corretivas ou de elementos apresentados após a decisão de exclusão, prevendo nesse caso que a referida decisão será revista sem demora pelo gestor orçamental competente. Ora, seria prejudicial para a boa administração da justiça e para o equilíbrio institucional que o Tribunal Geral se pronunciasse sobre novas medidas corretivas ou novos elementos de prova apresentados, sendo caso disso, simultaneamente ao gestor orçamental e que poderiam levar este último a rever a decisão impugnada no decurso da instância (v., neste sentido, Acórdão de 13 de maio de 2020, Agmin Italy/Comissão, T-290/18, não publicado, EU:T:2020:196, n.ºs 46 e 47). Tal risco é, aliás, real no caso em apreço uma vez que a recorrente apresentou à EU-OSHA, em 21 de novembro de 2023, no decurso da presente instância, um pedido de revisão ao abrigo do artigo 136.º, n.º 8, do Regulamento Financeiro, anexando-lhe elementos que figuram em anexo à petição e à réplica sem terem sido previamente submetidos à EU-OSHA.

67 A situação seria diferente na hipótese de a EU-OSHA não ter permitido à recorrente, no decurso do processo que lhe foi submetido, apresentar todos os elementos que pretendia invocar para demonstrar que as medidas corretivas que adotou demonstravam a sua fiabilidade (v., neste sentido e por analogia, Acórdão de 7 de junho de 2023, TC/Parlamento, T-309/21, pendente de recurso, EU:T:2023:315, n.º 131 e jurisprudência referida). Contudo, não é o que se verifica no presente caso.

68 Com efeito, as alegações da recorrente segundo as quais a EU-OSHA não lhe deu possibilidade de corrigir ou de completar as informações relativas às medidas corretivas que adotou não têm fundamento. Como resulta dos autos, a EU-OSHA convidou a recorrente, por carta de 29 de julho de 2021. (v. n.º 5, *supra*), a indicar-lhe se tinham sido tomadas medidas corretivas e, na sequência da comunicação dessas medidas, pediu-lhe, notificando a qualificação preliminar da referida autoridade de 13 de julho de 2022 (v. n.º 9, *supra*), para transmitir-lhe as provas documentais relevantes de modo que permita à instância «avaliar o conteúdo dessas medidas, com base na respetiva duração de aplicação e nos elementos comprovativos da forma como são aplicadas e em que medida». Por outro lado, a autoridade especificou, na sua qualificação, que a recorrente poderia igualmente informá-la de outras eventuais medidas corretivas adotadas após 24 de agosto de 2021 e demonstrar de que maneira e em que medida estas foram aplicadas e se são suficientes para demonstrar a sua fiabilidade.

69 Daqui resulta que, para examinar os argumentos da recorrente que contestam a apreciação pela EU-OSHA das suas medidas corretivas, apenas serão tidos em conta os elementos de prova comunicados a esta última antes da adoção da decisão impugnada.

Quanto às medidas corretivas adotadas

70 Nos termos do artigo 106.º, n.º 8, alínea a), do antigo Regulamento Financeiro e, posteriormente, do artigo 136.º, n.º 7, alínea a), do Regulamento Financeiro, idênticos quanto a este ponto, as medidas corretivas podem incluir, nomeadamente, «medidas para identificar a origem das situações que motivaram a exclusão e medidas técnicas, organizativas e de pessoal concretas […] suscetíveis de corrigir o comportamento e evitar que volte a repetir-se».

71 Como resulta dos termos destas disposições, que exigem, designadamente, «medidas concretas suscetíveis de corrigir o comportamento», a pessoa ou entidade em causa não se pode limitar a demonstrar a adoção de novas regras internas ou a criação de novas entidades, mas deve demonstrar a sua execução e eficácia, únicas capazes de «corrigir» um comportamento que efetivamente ocorreu, a ponto de justificar uma exclusão. Por conseguinte, ao exigir essas provas, a EU-OSHA não pode ser acusada de impor à recorrente um nível de prova excessivo e desproporcionado. É tanto mais assim quanto importa recordar que o motivo de exclusão em causa se baseia num elemento essencial da relação entre o adjudicatário do contrato em causa e a entidade adjudicante, a saber, a fiabilidade da primeira, na qual assenta a confiança que o segundo lhe confere (v. Acórdão de 21 de dezembro de 2023, Infraestruturas de Portugal e Futrifer Indústrias Ferroviárias, C-66/22, EU:C:2023:1016, n.º 76 e jurisprudência referida).

72 No caso em apreço, a recorrente apresentou elementos destinados a demonstrar que adotou as seguintes medidas corretivas:

– um inquérito interno;

– a cessação de funções das pessoas envolvidas na conduta em causa;

– um programa de conformidade;

– acompanhamento e atualização do programa de conformidade;

– a melhoria do canal de denúncia;

– a existência de comités de gestão e de prevenção dos riscos;

– a adoção de políticas e procedimentos em matéria de ética;

– e a formação dos trabalhadores.

73 Importa sublinhar, a título preliminar, que essas medidas, algumas das quais foram adotadas antes da decisão da CNMC, foram todas examinadas pela EU-OSHA, sem mencionar, aliás, as considerações da CNMC, que já tinha tido em conta algumas delas. Pode deduzir-se daqui que, contrariamente ao que alega a recorrente, a EU-OSHA procedeu a uma apreciação autónoma e não se limitou a retomar as considerações da CNMC. Esta apreciação autónoma, justificada pelo poder de apreciação próprio da autoridade da União em relação às autoridades nacionais (v. n.os 26 a 28, *supra*), implica então, contrariamente ao que sustenta a EU-OSHA, que as medidas corretivas já analisadas pela CNMC não sejam excluídas da análise.

– *Quanto ao inquérito interno*

74 Segundo os considerandos 57 a 61 da decisão impugnada, a EU-OSHA considera que o plano de ação comunicado pela recorrente para comprovar a abertura de um inquérito interno não fornece nenhuma informação sobre a data do inquérito, o procedimento seguido, o âmbito do inquérito, os recursos consagrados neste ou a pessoa que o conduziu e o seu nível de autoridade. Do mesmo modo, a EU-OSHA considera que a recorrente também não deu conta dos resultados do inquérito e, em especial, das medidas tomadas na sua sequência, do nível de responsabilidade garantido, das consequências retiradas e, por último, da comunicação dos seus resultados aos trabalhadores e à direção. A EU-OSHA conclui que, embora a realização de um inquérito interno

possa ser um meio adequado para identificar a origem da conduta em causa, no caso concreto a falta de informações sobre os aspetos acima referidos impede que seja considerada uma medida corretiva de pleno direito.

75 A recorrente sublinha que o plano de ação fornecido à instância era apenas uma apresentação das informações essenciais que serviram para conduzir o inquérito interno, que esse inquérito durou pelo menos três meses, permitiu obter informações sobre os procedimentos e as pessoas afetadas pela conduta objeto do inquérito e foi seguido de planos de ação específicos destinados a corrigir a conduta em causa, bem como pela adoção de medidas disciplinares contra os responsáveis identificados.

76 Há que recordar que, por força do artigo 106.º, n.º 8, alínea a), do antigo Regulamento Financeiro e depois do artigo 136.º, n.º 7, alínea a), do Regulamento Financeiro, as medidas corretivas suscetíveis de evitar uma exclusão devem, quando visem identificar a origem da situação que motivou a exclusão, ser seguidas de medidas concretas suscetíveis de corrigir o comportamento e evitar que volte a repetir-se.

77 Daqui resulta que uma medida limitada à identificação da dificuldade na origem da exclusão, como um inquérito interno, não pode, por si só, ser considerada uma medida corretiva suficiente.

78 Daqui resulta igualmente que, mesmo admitindo, como sustenta a recorrente, que o inquérito interno em causa tenha durado pelo menos três meses, há que examinar as outras medidas corretivas adotadas para verificar se, consideradas em conjunto com esse inquérito, deviam ter sido consideradas pela EU-OSHA no sentido de demonstrar a fiabilidade da recorrente.

– *Quanto à cessação de funções das pessoas envolvidas na conduta em causa*

79 A EU-OSHA entendeu, nos considerandos 62 e 63 da decisão impugnada, que o despedimento ou a demissão de pessoas envolvidas na conduta em causa são ações positivas se forem o resultado direto de processos disciplinares ligados à referida conduta, o que não foi demonstrado no caso em apreço.

80 A recorrente sublinha que a cessação de funções de duas pessoas envolvidas na conduta em causa foi mencionada na decisão da CNMC e alega que a EU-OSHA cometeu um erro grave de apreciação ao considerar que essa medida era insuficiente por não ser o resultado de um processo disciplinar, apesar de o efeito dissuasivo da referida medida resultar da sua comunicação junto dos trabalhadores. Em todo o caso, a recorrente transmite, em anexo à petição, documentos adicionais destinados a comprovar a cessação das funções do sócio responsável pela conduta controvertida.

81 Há que salientar que não resulta dos documentos apresentados pela recorrente nenhum nexo entre a cessação de funções das pessoas em causa e a conduta em causa. É certo que, por força da decisão da CNMC, na qual a recorrente se baseou principalmente, pelo menos um membro do pessoal da recorrente cessou as suas funções em 31 de dezembro de 2018. Contudo, não figura nenhuma indicação quanto ao motivo e à natureza dessa cessação de funções, demissão ou despedimento, o que não permite estabelecer um nexo com a conduta em causa. Este nexo com a conduta em causa é, aliás, tanto menos plausível quanto decorreram cerca de dois anos entre o início do inquérito interno e a cessação de funções.

82 Ora, só esse nexo é suscetível de produzir o efeito dissuasivo, que pode evitar a repetição da conduta em causa, alegado pela recorrente.

83 Por conseguinte, a EU-OSHA considerou, sem cometer um erro manifesto de apreciação, que a cessação de funções das pessoas envolvidas na conduta em causa não constituía uma medida corretiva suficiente no caso em apreço.

– *Quanto ao programa de conformidade*

84 Segundo os considerandos 64 a 71 da decisão impugnada, não está demonstrado que o programa de conformidade instituído na sequência do inquérito interno, que consiste num plano de conformidade específico para os procedimentos por negociação sem publicação (maio de 2017) e num novo plano de ação para o reforço da conformidade no setor público (novembro de 2017), tenha sido efetivamente executado. Por outro lado, a EU-OSHA duvida ainda da eficácia dos controlos efetuados pelo «sócio de controlo especial», instituído pelo plano de maio de 2017.

85 A recorrente sublinha, por um lado, que o plano de conformidade específico para os procedimentos por negociação sem publicação de maio de 2017 e o novo plano de ação para o reforço da conformidade no setor público de novembro de 2017 se tornaram definitivos e, por outro, que um «sócio de controlo especial» controla mensalmente os projetos de assessoria ao setor público, o que é comprovado por três relatórios de controlo desse sócio comunicados à EU-OSHA, bem como pela totalidade dos relatórios de controlo elaborados em 2018, comunicados em anexo à petição. Acrescenta igualmente ter posto em prática medidas destinadas a evitar que a conduta em causa se repita, o que é demonstrado pelos documentos comunicados em anexo à petição.

86 Há que salientar, em primeiro lugar, que os documentos comunicados pela recorrente para elaborar o seu plano de ação de novembro de 2017 são um «documento interno» com esta data e que pormenoriza diversas medidas, que não contém nem indicação do seu autor, nem sequer menção da denominação da recorrente, e uma apresentação esquemática que retoma essas medidas, com a mesma data e a denominação da recorrente. Tais documentos, ambos datados da data de adoção do plano, não permitem retirar plausibilidade às dúvidas da EU-OSHA quanto à execução efetiva do plano de novembro de 2017, tanto mais que a recorrente poderia, para dissipar essas dúvidas, ter apresentado documentos comprovativos da realização das fases posteriores previstas nesse plano e detalhadas nos dois documentos, designadamente comunicando o «relatório que continha as conclusões, a metodologia utilizada e a descrição da avaliação realizada», cuja apresentação estava prevista no plano.

87 Importa observar, em segundo lugar, quanto ao plano de conformidade de maio de 2017, que é igualmente apresentado sob a forma de um «documento interno», sem indicação do seu autor, nem menção da denominação da recorrente. Os únicos documentos comprovativos da sua aplicação dizem respeito a uma das medidas previstas no plano que é o controlo mensal efetuado pelo «sócio de controlo especial». No entanto, os relatórios de controlo mensal comunicados, incluindo os comunicados no âmbito da presente instância, apenas dizem respeito ao ano de 2018, quando o plano não previa nenhuma data final desse controlo, não permitindo retirar plausibilidade às dúvidas da EU-OSHA relativamente ao prosseguimento do referido controlo além de 2018 e até à data da adoção da decisão impugnada.

88 Daqui resulta que a EU-OSHA pôde considerar, sem cometer um erro manifesto de apreciação, que os dois planos elaborados no âmbito do programa de conformidade adotado na sequência do inquérito interno não correspondiam a medidas corretivas suficientes.

– *Quanto ao acompanhamento e à atualização do programa de conformidade*

89 A EU-OSHA entendeu, nos considerandos 78 e 79 da decisão impugnada, que a recorrente não tinha apresentado elementos de prova substanciais quanto às atividades efetivas de acompanhamento das medidas adotadas no âmbito do programa de conformidade.

90 A recorrente considera que o exemplo de atualização das medidas adotadas no âmbito do programa de conformidade, datado de 29 de abril de 2019, comunicado à EU-OSHA e que atesta o acompanhamento desse programa, é prova suficiente e comunica no âmbito da presente instância, na hipótese de o Tribunal o considerar necessário, duas mensagens de correio eletrónico do diretor de riscos aos trabalhadores em causa informando-os da atualização, designadamente, dos modelos de contratos relativos às relações de negócios mais comuns.

91 A este respeito, basta observar que a recorrente se limitou a comunicar à EU-OSHA uma mensagem de correio eletrónico de 29 de abril de 2019, que anunciava um aditamento à «política da empresa sobre os presentes e equiparados», sem incluir na mensagem de correio eletrónico o anexo que continha o documento atualizado. Na falta de outros documentos que possam ser tidos em conta, uma vez que não tinham sido apresentados à EU-OSHA, esta simples mensagem de correio eletrónico não permite pôr em causa a constatação da insuficiência de prova do acompanhamento e da atualização do programa de conformidade da recorrente porquanto incide sobre um único aspeto desse programa e, além disso, sobre um aspeto não diretamente afetado pela conduta em causa, pelo que não se pode, deste modo, considerar que «corrige» a falta na origem da sua exclusão.

92 Por conseguinte, a EU-OSHA não cometeu um erro manifesto de apreciação ao considerar que a atualização e o acompanhamento do programa de conformidade não foram demonstrados de forma suficiente de modo que caracterizassem medidas corretivas da falta na origem da exclusão.

– *Quanto às denúncias*

93 Nos considerandos 72 a 74 da decisão impugnada, a EU-OSHA saudou as melhorias introduzidas no canal de denúncia interna, sublinhando que a existência de um mecanismo de denúncia confidencial e de um processo eficaz e fiável de investigação sobre as alegações de má conduta é, em princípio, uma das medidas corretivas mais eficazes. Não obstante, constatou a insuficiência das provas apresentadas pela recorrente para comprovar a implementação e a eficácia das melhorias introduzidas no seu canal de denúncia.

94 A recorrente indica que o seu canal de denúncia foi externalizado junto de uma empresa terceira para o melhorar, o que é demonstrado por documentos apresentados à EU-OSHA, que atestam o procedimento de tratamento das denúncias, a avaliação anual da utilização desse procedimento e a sua promoção na empresa, aos quais acrescem os dados que figuram no seu relatório de impacto de 2021 disponível no seu sítio Internet.

95 Pode deduzir-se das provas apresentadas pela recorrente que foi efetivamente adotado e promovido na empresa um novo procedimento de denúncia em julho de 2018.

96 Em contrapartida, a mensagem de correio eletrónico enviada aos trabalhadores da recorrente em 22 de maio de 2019 para os convidar a responder a um questionário no âmbito do inquérito anual sobre a ética não permite, na falta de comunicação do questionário anexado, demonstrar a existência de um acompanhamento anual da execução do novo procedimento. Quanto aos dados

relativos às denúncias recebidas e ao seguimento que lhes foram dados relativamente ao ano de 2021, conforme mencionados na petição, não estão de forma nenhuma demonstrados, a não ser através de uma remissão para o sítio Internet da recorrente. Ora, embora essa remissão seja, em princípio, admissível (v. Despacho de 13 de dezembro de 2023, Hamoudi/Frontex, T-136/22, não publicado, pendente de recurso, EU:T:2023:821, n.º 51 e jurisprudência referida), os dados que figuram no sítio Internet da recorrente não podem ser tidos em conta no presente processo uma vez que não foram comunicados à EU-OSHA, nem em substância, nem por remissão para o sítio Internet, quando o ónus da prova incumbe à recorrente. Em todo o caso, há que observar que o relatório de impacto de 2021, disponível no sítio Internet da recorrente, se limita a indicar o número de denúncias recebidas em 2021 (18), o facto de incidirem, nomeadamente, sobre «a integridade» e de todas terem sido resolvidas à data do relatório, sem outras precisões, o que não permite demonstrar o alegado aumento significativo do número de denúncias, nem fornece indicações concretas sobre o seguimento dado às mesmas.

97 Daqui resulta que a recorrente não forneceu elementos que permitam retirar plausibilidade à constatação, pela EU-OSHA, da prova insuficiente da implementação e da eficácia do novo procedimento de denúncia.

– *Quanto aos comités de gestão e de prevenção de riscos*

98 Segundo os considerandos 75 a 77 da decisão impugnada, a alegada existência de um comité de gestão de riscos e de um comité de prevenção de riscos não está de forma nenhuma comprovada, nem a experiência e a antiguidade dos seus membros e as atividades levadas a cabo por estes comités.

99 A recorrente sublinha que o manual das políticas do grupo prevê a existência de um supervisor de riscos, com uma certa antiguidade e experiência e que presta contas à direção.

100 Basta observar, a este respeito, que, atendendo ao seu conteúdo, a saber, as orientações que, aliás, não mencionam os comités de gestão e comités de prevenção de riscos, nem a sua data de adoção, em 2016, ou seja, durante o período da infração, o documento comunicado pela recorrente não pode demonstrar que esses comités constituem, considerados juntamente com outras medidas, um dispositivo corretivo suscetível de demonstrar a fiabilidade da recorrente.

101 Por conseguinte, não se pode considerar que ocorreu um erro manifesto de apreciação no que respeita à apreciação, pela EU-OSHA, da eficácia dos comités de gestão e de prevenção de riscos da recorrente.

– *Quanto aos procedimentos e políticas em matéria de ética*

102 A EU-OSHA considerou, nos considerandos 80 a 87 da decisão impugnada, que os elementos fornecidos pela recorrente não permitiam demonstrar a aplicação efetiva do código de ética na empresa, nem a autonomia deste comité, nem as questões efetivamente tratadas ou as medidas tomadas em relação ao pessoal pelo referido comité. Quanto às outras políticas adotadas pela recorrente, nada indica se são seguidas e aplicadas na empresa.

103 A recorrente sublinha que o código de ética foi aprovado publicamente pelo presidente-diretor-geral do grupo e que pode ser consultado no seu sítio Internet. Além disso, transmite ao Tribunal Geral uma versão atualizada do código de ética, bem como uma série de

comunicações dirigidas ao pessoal em 2019, recordando a importância do cumprimento do código de ética. A recorrente recorda, por outro lado, as funções do comité de ética e a abertura do último inquérito em 2019, que permite conhecer as questões tratadas por este comité e as medidas que adota. Quanto às outras medidas adotadas, a saber, o manual das políticas do grupo, o manual de conformidade e de luta contra a corrupção e a política de conformidade, bem como o guia de conformidade em matéria de concorrência, a recorrente invoca a respetiva comunicação ao seu pessoal, completando as provas fornecidas a este respeito, e, no que respeita especificamente ao manual das políticas do grupo, alega falta de fundamentação por não haver uma explicação relativamente ao caráter insuficiente desta medida na decisão impugnada.

104 Há que salientar, quanto ao código de ética, que os elementos apresentados pela recorrente, que atestam a sua existência, não permitem retirar plausibilidade à constatação, pela EU-OSHA, da falta de prova da aplicação efetiva desse código, quando tais provas podiam ter sido fornecidas, baseadas nomeadamente nas ações levadas a cabo pelo comité de ética instituído pelo código de ética.

105 Quanto ao comité de ética especificamente, os elementos comunicados pela recorrente, relativos principalmente às regras que regem esse comité, não permitem demonstrar as suas ações concretas, nomeadamente para efeitos de assegurar a plena aplicação do código de ética. É certo que a recorrente apresentou uma mensagem de correio eletrónico que atesta a abertura pelo comité de ética de um inquérito de ética junto de todo o pessoal para avaliar o conhecimento do código e identificar potenciais melhorias. No entanto, além do facto de a recorrente não ter junto o questionário anexo a essa mensagem de correio eletrónico (v. n.º 96, *supra*), não foi comunicado nenhum elemento quanto aos resultados desse inquérito e ao seguimento que lhes foi dado.

106 Por último, quanto aos manuais, guias e políticas adotados pela recorrente para promover a ética, a prova da sua existência uma vez efetivamente apresentada, ou mesmo da sua difusão, não permite pôr em causa a constatação, pela EU-OSHA, da falta de prova da sua aplicação efetiva. Aliás, a multiplicação dos documentos divulgados não é necessariamente suscetível de favorecer essa efetiva execução. No que respeita mais especificamente ao manual das políticas do grupo, a propósito do qual a recorrente alega falta de fundamentação da decisão impugnada, há que especificar que a EU-OSHA o teve em conta e se pronunciou a seu respeito juntamente com outras políticas da empresa nos considerandos 81 a 83 da decisão impugnada, tendo considerado que era insuficiente a sua simples apresentação sem prova adicional da sua execução.

107 Por conseguinte, a EU-OSHA não cometeu um erro manifesto na sua apreciação da aplicação na recorrente dos procedimentos e políticas em matéria de ética.

– *Quanto à formação dos trabalhadores*

108 Segundo os considerandos 88 a 90 da decisão impugnada, os elementos comunicados pela recorrente não permitem avaliar a incidência global provável da sua proposta de formação no comportamento dos seus trabalhadores, perante a falta de prova relativamente à taxa de presença nas formações e aos seus efeitos nos conhecimentos efetivos dos trabalhadores.

109 A recorrente alega que tanto o programa de formação implementado antes do inquérito da CNMC como o especificamente criado na sequência desse inquérito manifestam inequivocamente a sua vontade de se conformar com a regulamentação, sublinhando a existência, no seu âmbito, de um serviço dedicado à formação interna e o caráter obrigatório das formações em causa, comprovado por diversos documentos apresentados ao Tribunal.

110 Não é contestado que algumas das formações em causa foram especificamente instituídas para evitar a repetição da condução em causa, o que, de resto, é demonstrado pelos documentos apresentados pela recorrente, os quais indicam ou retomam o conteúdo dessas formações.

111 No entanto, esses documentos não identificam os beneficiários das formações em causa nem demonstram a sua eficácia. É certo que o seu alegado caráter obrigatório contribui para uma maior difusão dos ensinamentos em causa, mas não permite, enquanto tal, conhecer a taxa exata de participação, nem sobretudo quais as categorias de beneficiários em causa quando o facto de visar certas categorias é determinante para o seu efeito útil, nem ainda menos a equiparação dos ensinamentos prestados, o que podia ter sido comprovado através da apresentação de provas relativas à realização de testes no término das sessões de formação e aos resultados desses testes.

112 Deste modo, a EU-OSHA não cometeu um erro manifesto de apreciação ao considerar que as formações implementadas pela recorrente não constituíam uma medida corretiva suficiente.

113 Resulta de todas as considerações expostas que a EU-OSHA não cometeu um erro manifesto na sua apreciação das medidas corretivas adotadas pela recorrente, quer sejam tomadas isoladamente ou mesmo em conjunto, e na sua sucessão cronológica, tendo em conta a insuficiência de provas da sua aplicação e da sua eficácia, comum a todas as medidas.

114 Esta conclusão não é posta em causa pelo argumento, adiantado pela recorrente na réplica, de que deixou de ser punida após a decisão da CNMC relativa a factos que remontam a 2017, o que comprova a sua fiabilidade desde esta data. Com efeito, a inexistência de uma sanção por parte de uma autoridade da concorrência não implica a não prática de atos ilícitos, nem, *a fortiori*, a eficácia das medidas corretivas adotadas.

115 Por conseguinte, o segundo fundamento deve ser julgado improcedente.

Quanto ao terceiro fundamento, relativo ao caráter desproporcionado da decisão de exclusão

116 A recorrente invoca a violação do artigo 106.º, n.ºs 3 e 7, alíneas a) e d), do antigo Regulamento Financeiro e do artigo 136.º, n.º 3, alínea a), do Regulamento Financeiro, lidos em conjugação com o princípio da proporcionalidade e alega que a análise do caráter proporcionado da sanção imposta por estas disposições está viciada de erros manifestos de apreciação.

117 Quanto à circunstância agravante relativa à gravidade da situação e à incidência da conduta, a recorrente considera que não se trata, no caso em apreço, de uma situação grave e que a incidência alegadamente elevada da conduta não podia ser acolhida. Sublinha, a este respeito, a inexistência de prejuízo direto para os interesses financeiros da União, a inexistência de corrupção ou de fraude, o alcance territorial limitado da conduta em causa, a participação de um único sócio da recorrente, o tempo decorrido desde os factos e a inexistência de circunstâncias agravantes relativas à incidência da conduta na concorrência no Regulamento Financeiro, sendo apenas tida em conta a incidência financeira. Ora, segundo a recorrente, o facto de a autorizar a participar nos procedimentos de concurso das instituições e dos órgãos da União não pode ter incidência no orçamento da União, na medida em que a conduta em causa teve lugar num setor não regido pela regulamentação dos contratos públicos da União.

118 Quanto ao alegado papel de instigador da conduta em causa, a recorrente sustenta que a EU-OSHA cometeu um erro de apreciação grave ao pressupor que a CNMC considerou que tinha desempenhado um papel motor na infração e que, em todo o caso, tal circunstância não está prevista no Regulamento Financeiro, uma vez que este último apenas refere o caráter intencional e o grau de negligência, os quais não foram demonstrados no caso em apreço.

119 Na réplica, a recorrente critica o aditamento pela EU-OSHA na sua contestação de novas circunstâncias agravantes que não tinham sido consideradas na decisão impugnada e daqui deduz o caráter inadmissível das respetivas alegações.

120 Por último, a recorrente reitera que, tendo em conta as medidas corretivas que tomou, que tornariam pouco provável a repetição da conduta em causa, a sanção de exclusão é desproporcionada.

121 Nos termos do artigo 106.º, n.º 3, do antigo Regulamento Financeiro, bem como do artigo 136.º, n.º 3, alínea a), do Regulamento Financeiro, as decisões do gestor orçamental são tomadas em conformidade com o princípio da proporcionalidade, tendo em conta, nomeadamente, a gravidade da situação, incluindo o impacto nos interesses financeiros e na reputação da União, o tempo decorrido desde a verificação da conduta em causa, a duração da conduta e a sua eventual repetição, o caráter intencional da conduta ou o grau de negligência e quaisquer outras circunstâncias atenuantes, como a cooperação da pessoa ou entidade com a respetiva autoridade competente e a contribuição dessa pessoa ou entidade para a investigação. Do mesmo modo, o artigo 106.º, n.º 7, alínea c), do antigo Regulamento Financeiro e depois o artigo 136.º, n.º 6, alínea c), do Regulamento Financeiro dispõem que uma pessoa ou uma entidade não está excluída se essa exclusão for desproporcionada. Além disso, segundo o artigo 106.º, n.º 14, alínea c), do antigo Regulamento Financeiro e, em seguida, o artigo 139.º, n.º 1, alínea b), ii), do Regulamento Financeiro, a duração da exclusão não excede três anos na hipótese de essa exclusão se basear, como no caso em apreço, no artigo 106.º, n.º 1, alínea c), do antigo Regulamento Financeiro ou no artigo 136.º, n.º 1, alínea c), do Regulamento Financeiro, e na falta de uma sentença judicial transitada em julgado ou decisão administrativa definitiva.

122 Por outro lado, resulta de jurisprudência constante em matéria de direito sancionatório que, por força do princípio da proporcionalidade, os atos das instituições não devem ir além do adequado e necessário para alcançar o objetivo prosseguido. A gravidade das infrações deve ser determinada em função de vários elementos e não se deve atribuir a nenhum desses elementos uma importância desproporcionada relativamente aos outros elementos de apreciação. O princípio da proporcionalidade implica, neste contexto, que a sanção seja fixada proporcionalmente aos elementos tidos em conta para apreciar a gravidade da infração e que esses elementos sejam aplicados de forma coerente e objetivamente justificada (Acórdão de 9 de fevereiro de 2022, Companhia de Seguros Índico/Comissão, T-672/19, não publicado, EU:T:2022:64, n.º 80; v., igualmente, neste sentido e por analogia, Acórdão de 17 de maio de 2011, Arkema France/Comissão, T-343/08, EU:T:2011:218, n.º 63 e jurisprudência referida).

123 Na sua apreciação da proporcionalidade de uma eventual exclusão, a EU-OSHA entendeu dever tomar em consideração a apreciação feita pela CNMC da participação da recorrente num cartel, que constitui uma infração grave às regras da concorrência nacionais e da União (considerando 99 da decisão impugnada) e, embora admitindo a inexistência de um prejuízo direto para os interesses financeiros da União, considerou que essa infração constituía uma

forma de falta grave em matéria profissional que comportava igualmente riscos para o orçamento da União (considerando 101 da decisão impugnada). A EU-OSHA concluiu daqui que a exclusão da recorrente não era desproporcionada no presente processo.

124 Quanto à duração da exclusão, a EU-OSHA considerou uma exclusão de dois anos, inferior à duração máxima de três anos, baseando-se nas três circunstâncias agravantes que são a longa duração da conduta controvertida (99 meses), a incidência dessa conduta (mais de 80 contratos em causa e o facto de a recorrente deter a taxa de cobertura mais elevada na rede em causa) e o papel motor desempenhado pela recorrente (considerando 112 da decisão impugnada), tendo igualmente em conta o tempo decorrido desde o comportamento em causa (mais de cinco anos), a inexistência de prejuízo direto para os interesses financeiros da União e a adoção de medidas corretivas no bom sentido, ainda que insuficientes para demonstrar a fiabilidade da recorrente (considerandos 113 a 115 da decisão impugnada).

125 No caso em apreço, a argumentação pela qual a recorrente contesta a proporcionalidade da decisão de exclusão por um período de dois anos atendendo às circunstâncias do presente processo deve ser interpretada no sentido de que convida o Tribunal Geral a apreciar, no exercício do seu poder de plena jurisdição, a proporcionalidade da sanção de exclusão e a sua duração atendendo às circunstâncias alegadas (v., neste sentido, Acórdão de 29 de junho de 2022, LA International Cooperation/Comissão, T-609/20, EU:T:2022:407, n.º 158). Com efeito, também à luz do pedido apresentado a título subsidiário, pelo qual a recorrente pede ao Tribunal Geral que substitua a medida de exclusão por uma sanção financeira, o presente fundamento deve ser entendido no sentido de que pede ao Tribunal, caso considere que a sanção de exclusão é desproporcionada, que a substitua por uma medida menos severa, o que foi confirmado pela recorrente na audiência em resposta a uma questão feita pelo Tribunal.

126 Efetivamente, o exercício da competência de plena jurisdição não equivale a uma fiscalização oficiosa e o processo é contraditório. Assim, a competência de plena jurisdição não obriga o Tribunal Geral a proceder oficiosamente a uma nova instrução completa do processo, independentemente das alegações formuladas pela recorrente (v., neste sentido, Acórdãos de 8 de novembro de 2018, «Pro NGO!»/Comissão, T-454/17, EU:T:2018:755, n.º 83; v., igualmente, por analogia, Acórdão de 26 de janeiro de 2017, Duravit e o./Comissão, C-609/13 P, EU:C:2017:46, n.ºs 32, 33 e 36). No entanto, para cumprir as exigências de uma fiscalização de plena jurisdição na aceção do artigo 47.º da Carta no que respeita às sanções, o juiz da União deve examinar todas as alegações, de direito ou de facto, destinadas a demonstrar que a sanção não é adequada à gravidade e à duração do comportamento faltoso (v., por analogia, Acórdão de 26 de setembro de 2018, Infineon Technologies/Comissão, C-99/17 P, EU:C:2018:773, n.º 195 e jurisprudência referida). Ora, ao contestar a proporcionalidade da sua exclusão, a recorrente contesta precisamente essa adequação no caso em apreço.

127 Daqui resulta que há que examinar o presente fundamento, que tem por objeto a sanção aplicada à recorrente no presente processo, bem como todos os argumentos invocados em seu apoio relativos à apreciação das circunstâncias agravantes e atenuantes tomadas em conta, fazendo uso da competência de plena jurisdição do Tribunal Geral em conformidade com o artigo 143.º, n.º 9, do Regulamento Financeiro. (v., igualmente, n.ºs 52 a 54, *supra*).

128 Daqui resulta igualmente que, contrariamente ao que sustenta a EU-OSHA, o Tribunal Geral tem legitimidade, ao abrigo da sua competência de plena jurisdição, para alterar o ato recorrido, tendo em conta todas as circunstâncias de facto, a fim de, por exemplo, alterar a duração da exclusão

(Acórdão de 29 de junho de 2022, LA International Cooperation/Comissão, T-609/20, EU:T:2022:407, n.º 157) e não se pode limitar a exercer uma fiscalização restrita da apreciação das circunstâncias agravantes e atenuantes em causa.

129 No que respeita, primeiro, à circunstância agravante relativa à gravidade da situação, há que observar, antes de mais, que resulta da utilização da expressão «incluindo», que precede a menção «incidência nos interesses financeiros e na reputação da União» nas disposições aplicáveis (v. n.º 121, *supra*), que esta incidência não é a única que pode ser tida em conta na apreciação desta circunstância agravante. Por conseguinte, a gravidade da conduta em causa pode ser igualmente tida em conta. (v., neste sentido, Acórdãos de 29 de junho de 2022, LA International Cooperation/Comissão, T-609/20, EU:T:2022:407, n.º 159, e de 21 de dezembro de 2022, Vialto Consulting/Comissão, T-537/18, não publicado, EU:T:2022:852, n.º 160), como foi feito na decisão impugnada (considerandos 99 e 101).

130 Em seguida, deve considerar-se que a conduta da recorrente pode ser qualificada de grave. Com efeito, a recorrente não contesta que a CNMC, autora da decisão que esteve na origem da presente exclusão, qualificou de «grave» a infração ao direito da concorrência na qual a recorrente participou. A recorrente também não contesta que a sua conduta podia, sem as medidas corretivas, constituir uma «falta grave em matéria profissional» na aceção das disposições aplicáveis no caso em apreço. É certo que, como sublinha com pertinência a recorrente, essas qualificações não bastam para caracterizar a «gravidade da situação», sem a qual qualquer falta grave em matéria profissional seria considerada sancionada de forma proporcionada por uma exclusão. Contudo, no presente processo, como resulta da decisão impugnada e sem que os dados em causa sejam contestados pela recorrente, tal gravidade é corroborada pelo elevado número de contratos afetados pela infração (80) e pelo facto de a recorrente deter a taxa de cobertura mais elevada na rede em questão [considerando 112, alíneas b) e c), da decisão impugnada]. A este respeito, é indiferente que as pessoas diretamente responsáveis tenham desde então cessado funções na recorrente, uma vez que essa cessação, posterior ao fim do comportamento ilícito e cujo nexo com esse comportamento não está demonstrado, não põe em causa o referido comportamento nem a sua gravidade. O mesmo se aplica ao tempo decorrido desde os factos, igualmente invocado pela recorrente, que, embora possa ser tido em conta (v. n.º 139, *infra*), não afeta a gravidade intrínseca do comportamento. Quanto à inexistência de corrupção ou de fraude, não permite, enquanto tal, deduzir que todos os outros comportamentos, ainda que menos graves, não têm a gravidade exigida para justificar uma medida de exclusão.

131 Por último, pode observar-se que a inexistência de prejuízo direto para os interesses financeiros da União, invocada pela recorrente, foi igualmente tida em conta pela EU-OSHA (considerandos 101 e 113 da decisão impugnada). Todavia, na medida em que o comportamento em causa constitui uma falta grave em matéria profissional, implica riscos para o orçamento da União uma vez que se pode repetir no âmbito de futuros concursos da União se a recorrente optar por participar no mesmo (v. considerandos 101 e 107 da decisão impugnada). Com efeito, resulta das disposições aplicáveis no caso em apreço que a sua finalidade é evitar que entidades não fiáveis, nomeadamente por terem violado o direito da concorrência, possam celebrar contratos públicos da União (v. n.ºs 21 a 24 e 71, *supra*). Daqui resulta, por outro lado, que é indiferente no caso em apreço, tendo em conta, nomeadamente, a sua gravidade intrínseca, o alcance territorial limitado da conduta em causa.

132 Em segundo lugar, quanto ao seu alegado papel de instigadora, a recorrente faz uma leitura errada da decisão da CNMC. Com efeito, resulta das passagens dessa decisão relativas à determinação da sanção (páginas 271 e 272) que a CNMC, por um lado, teve em conta as circunstâncias previstas no artigo 64.º, n.º 1, da ley 15/2007 de defensa de la competencia (Lei n.º 15/2007 relativa à Proteção da Concorrência), de 3 de julho de 2007 (BOE n.º 159, de 4 de julho de 2007, p. 28848), relativas à duração da infração, ao número de concursos em causa e ao volume de negócios no mercado afetado pela infração e, por outro lado e além disso, a circunstância agravante prevista no artigo 64.º, n.º 2, alínea b), desta mesma lei, relativa à posição de responsável ou de instigador da infração. O papel particular desempenhado pela recorrente na infração, na aceção desta disposição, foi, deste modo, efetivamente reconhecido pela CNMC. Além disso, tal papel é suficiente para caracterizar, pelo menos, uma certa negligência, expressamente mencionada nas disposições aplicáveis entre as circunstâncias agravantes (v. n.º 121, *supra*).

133 No que respeita, em terceiro lugar, à circunstância atenuante que constituem as medidas corretivas adotadas pela recorrente, há que especificar, a título preliminar, que essas medidas corretivas, consideradas no bom sentido, foram tidas em conta no presente processo pela EU-OSHA, não para deduzir daqui uma fiabilidade suficiente da recorrente que permitisse não a excluir (v. segundo fundamento; v. igualmente considerandos 102 e 103 da decisão impugnada), mas para limitar a duração da exclusão nos termos do artigo 106.º, n.º 3, do antigo Regulamento Financeiro e depois do artigo 136.º, n.º 3, do Regulamento Financeiro (considerandos 114 e 115 da decisão impugnada). Trata-se, assim, no caso em apreço, de analisar as medidas corretivas adotadas pela recorrente na medida em que contribuem, não para a determinação do comportamento faltoso, mas para a determinação da sua sanção, justificando assim que o Tribunal Geral exerça a sua competência de plena jurisdição. Ao fazê-lo, mesmo que sejam as mesmas medidas corretivas que são alegadas, foram tidas em conta pela EU-OSHA para fins diferentes na sua análise, e aliás com base em disposições diferentes, por um lado, para verificar a existência de um comportamento que justifica a exclusão [artigo 106.º, n.º 7, alínea c), do antigo Regulamento Financeiro e artigo 136.º, n.º 6, alínea a), do Regulamento Financeiro], por outro, para determinar a duração da exclusão (artigo 106.º, n.º 3, do antigo Regulamento Financeiro e do artigo 136.º, n.º 3, do Regulamento Financeiro) (v., neste sentido, Acórdão de 20 de março de 2024, Westpole Belgium/Parlamento, T-640/22, não publicado, EU:T:2024:188, n.ºs 83 a 86), o que implica igualmente um exame diferente, pelo Tribunal Geral, dessas duas apreciações.

134 Para exercer a sua competência de plena jurisdição no caso em apreço, o Tribunal Geral tem, portanto, legitimidade para a ter em conta elementos de prova comunicados pela primeira vez no âmbito da presente instância sem terem sido previamente comunicados à EU-OSHA (v., neste sentido e por analogia, Acórdãos de 16 de novembro de 2000, Stora Kopparbergs Bergslags/Comissão, C-286/98 P, EU:C:2000:630, n.º 57, e de 12 de julho de 2011, Fuji Electric/Comissão, T-132/07, EU:T:2011:344, n.ºs 209 e 210), sob reserva, todavia, do cumprimento das regras de admissibilidade fixadas pelo Regulamento de Processo do Tribunal Geral.

135 Assim, nos termos do artigo 85.º do Regulamento de Processo, há que julgar inadmissíveis as provas apresentadas em anexo à réplica. Com efeito, todos estes elementos de prova podiam ter sido apresentados anteriormente, quer tenham uma data anterior à da petição inicial (anexos C.1 e C.3), quer, embora apresentando uma data posterior, indiquem um relatório anual e uma declaração anual (anexos C.2 e C.4), cuja versão dos anos anteriores podia ter sido apresentada, quer porque são uma captura de ecrã que podia ter sido tirada anteriormente (anexo C.5). Além disso, tendo a EU-OSHA acusado a recorrente, desde a decisão impugnada, de insuficiência da prova de execução das medidas corretivas alegadas, execução que os elementos de prova visam

demonstrar, os referidos elementos não constituem provas contrárias cuja admissibilidade é admitida mesmo na fase da réplica [v. Acórdão de 5 de outubro de 2020, HeidelbergCement e Schwenk Zement/Comissão, T-380/17, EU:T:2020:471, n.os 161 e 162 (não publicado) e jurisprudência referida].

136 Em contrapartida, há que declarar admissíveis, pelos motivos enunciados no n.º 134, *supra*, os elementos de prova comunicados pela primeira vez no âmbito da presente instância, em anexo à petição, sem terem sido previamente comunicados à EU-OSHA.

137 Ora, resulta da análise desses elementos de prova que corroboram dados já demonstrados por provas anteriormente comunicadas à EU-OSHA (anexo A.31, no que diz respeito à cessação das funções do sócio responsável), que se referem a novas medidas corretivas (realização de auditorias internas aleatórias e criação da função de "consultor especial em matéria de riscos" estabelecida nos anexos A.32 a A.34) e que atestam mesmo a existência de determinadas medidas, ou mesmo o início da aplicação de algumas delas (anexos A.35 a A.48, relativamente à atualização do programa de conformidade, procedimentos e políticas em matéria de ética, bem como à formação dos trabalhadores).

138 Pode deduzir-se daqui, à semelhança do que concluiu a EU-OSHA, que as medidas corretivas adotadas pela recorrente vão no bom sentido. No entanto, uma redução da sanção, neste caso da duração da exclusão, com base nessas medidas corretivas só deve ser efetuada com a maior prudência para não ser entendida como um incentivo à prática de faltas graves em matéria profissional especulando sobre uma possível redução da sanção devido a uma alteração posterior do comportamento da pessoa ou entidade em causa (v., neste sentido e por analogia, Acórdão de 18 de julho de 2005, Scandinavian Airlines System/Comissão, T-241/01, EU:T:2005:296, n.º 228).

139 À luz de todas as constatações e circunstâncias acima referidas, bem como da circunstância agravante não contestada da duração da conduta em causa e da circunstância atenuante também não contestada do tempo decorrido desde o comportamento em causa, há que considerar que a medida de exclusão de dois anos, adotada pela EU-OSHA e inferior à duração máxima de três anos prevista pelas disposições relevantes do Regulamento Financeiro, constitui uma sanção proporcionada para evitar que entidades não fiáveis possam celebrar contratos públicos da União e para preservar as finanças da União.

140 Por conseguinte, o terceiro fundamento deve ser julgado improcedente.

Quanto ao quarto fundamento, relativo à publicação da exclusão

141 A recorrente sustenta que, ao decidir publicar a sanção de exclusão, a EU-OSHA violou o seu dever de fundamentação, cometeu um erro manifesto de apreciação e violou o princípio da proporcionalidade.

142 Em primeiro lugar, a fundamentação da publicação da exclusão é estereotipada e não preenche, consequentemente, os requisitos do Regulamento Financeiro, que exige uma fundamentação relativamente à necessidade da publicação nas circunstâncias do caso em apreço e ao efeito dissuasivo da publicação.

143 Em segundo lugar, a recorrente alega o caráter manifestamente infundado da publicação decidida no presente processo à luz dos critérios fixados pelo artigo 140.º do Regulamento Financeiro, que prevê a publicação em caso de necessidade de reforçar o efeito dissuasivo da exclusão e exclui a

referida publicação em caso de prejuízo desproporcionado causado ao operador económico em causa. A este respeito, sublinha a inexistência de prejuízo direto causado aos interesses financeiros da União, a existência de vários casos de exclusão muito mais repreensíveis do que o que justificou a sua própria exclusão, o alcance territorial limitado dos factos controvertidos, a adoção de medidas corretivas que vão no bom sentido, o facto de o comportamento ter cessado há mais de cinco anos e o risco particularmente reduzido de repetir o comportamento em causa, nomeadamente tendo em conta a alteração da legislação espanhola e o facto de o sócio responsável pelo referido comportamento ter cessado funções. A recorrente contesta, além disso, o poder de apreciação ilimitado da EU-OSHA em matéria de publicação, tendo em conta a necessidade de cumprir os limites expressamente fixados pelo artigo 140.º do Regulamento Financeiro.

144 Em terceiro lugar, a publicação é totalmente desproporcionada, tendo em conta a existência de uma única circunstância agravante e o prejuízo irremediável causado pela publicação à reputação da recorrente e de todas as entidades que operam sob a marca do grupo. A recorrente acrescenta que a publicação da decisão da CNMC no sítio Internet desta última e na imprensa espanhola confirma o caráter inútil da publicação da decisão impugnada.

145 Há que especificar que a disposição aplicável ao caso em apreço, tendo em conta a data da publicação da decisão impugnada, é o artigo 140.º do Regulamento Financeiro, que é semelhante ao artigo 106.º, n.º 16, do antigo Regulamento Financeiro e tem a seguinte redação:

«Publicação da exclusão e das sanções financeiras

1. A fim de reforçar, se necessário, o efeito dissuasivo da exclusão e/ou da sanção financeira, a Comissão publica no seu sítio Web, sob reserva da decisão do gestor orçamental competente, as seguintes informações relativas à exclusão e, se for caso disso, à sanção financeira, nos casos referidos no artigo 136.º, n.º 1, alíneas c) a h):

a) O nome da pessoa ou entidade em causa a que se refere o artigo 135.º, n.º 2;

b) A situação de exclusão;

c) O período de exclusão e/ou o montante da sanção financeira.

Se a decisão sobre a exclusão e/ou a sanção financeira tiver sido tomada com base na qualificação preliminar a que se refere o artigo 136.º, n.º 2, a publicação menciona que não existe decisão judicial transitada em julgado nem, se for caso disso, decisão administrativa definitiva. Nesses casos, as informações sobre os recursos, sobre a sua situação e os seus resultados, bem como sobre qualquer decisão revista do gestor orçamental competente, são publicadas sem demora. Caso tenha sido aplicada uma sanção financeira, a publicação menciona igualmente se essa sanção já foi paga.

A decisão de publicar as informações é tomada pelo gestor orçamental competente, quer na sequência da decisão judicial transitada em julgado ou, se for caso disso, da decisão administrativa definitiva, quer na sequência da recomendação da instância […], consoante o caso. Essa decisão produz efeitos três meses após a sua notificação à pessoa ou entidade em causa a que se refere o artigo 135.º, n.º 2.

As informações publicadas são removidas logo que termine a situação de exclusão. No caso de uma sanção financeira, a publicação é removida seis meses após o pagamento da sanção.

[…]

2. As informações referidas no n.º 1 do presente artigo não são publicadas nas seguintes circunstâncias:

[…]

b) Caso a publicação possa causar danos desproporcionados à pessoa ou entidade em causa a que se refere o artigo 135.º, n.º 2, ou seja desproporcionada com base nos critérios de proporcionalidade estabelecidos no artigo 136.º, n.º 3, e tendo em conta o montante da sanção financeira;

[…]»

146 No caso em apreço, a EU-OSHA decidiu, no artigo 4.º da decisão impugnada, publicar a exclusão imposta à recorrente no sítio Internet da Comissão durante todo o período dessa exclusão. Considerou que o comportamento da recorrente na origem da sua exclusão era «particularmente prejudicial e repreensível», tendo esta «dado provas de uma violação grave das normas que regulam o funcionamento do mercado, devido à participação intensa e contínua em práticas colusivas destinadas a restringir e falsear a concorrência». Por outro lado, indicou publicar a exclusão para reforçar o seu efeito dissuasivo (considerandos 119 a 121 da decisão impugnada).

147 Antes de mais, há que considerar que a decisão de publicação da exclusão da recorrente está suficientemente fundamentada.

148 Com efeito, os considerandos 119 a 121 da decisão impugnada revelam de forma clara e inequívoca o raciocínio da EU-OSHA, baseado na gravidade do comportamento da recorrente e no objetivo prosseguido de reforçar o efeito dissuasivo da exclusão (v. n.º 146, *supra*), permitindo assim, em conformidade com jurisprudência constante, à recorrente conhecer as justificações da medida tomada e ao Tribunal Geral exercer a sua fiscalização (v., neste sentido, Acórdão de 1 de julho de 2008, Chronopost e La Poste/UFEX e o., C-341/06 P e C-342/06 P, EU:C:2008:375, n.º 88 e jurisprudência referida). Além disso, tendo em conta a especificação relativa à especial gravidade do comportamento da recorrente, que deve ser lida à luz, nomeadamente, dos considerandos 40 a 44 da decisão impugnada, que especificam a qualificação dos factos do caso em apreço como falta grave em matéria profissional, não se pode considerar que essa fundamentação apresenta um caráter estereotipado. O mesmo se aplica à menção, sem outra precisão, da necessidade de reforçar o efeito dissuasivo da exclusão, na medida em que essa necessidade é inerente à especial gravidade do incumprimento cometido (v., neste sentido, Acórdão de 21 de dezembro de 2022, Vialto Consulting/Comissão, T-537/18, não publicado, EU:T:2022:852, n.º 160).

149 Quanto ao mérito da publicação, há que especificar, a título preliminar, que, perante uma falta grave em matéria profissional, a exclusão e a publicação são complementares, uma vez que visam, *in fine*, o mesmo objetivo de levar todas as pessoas interessadas a renunciar a uma eventual transgressão das regras (v., neste sentido, Acórdão de 21 de dezembro de 2022, Vialto Consulting/Comissão, T-537/18, não publicado, EU:T:2022:852, n.ºs 152 e 171). Enquanto complemento da sanção de exclusão, há que considerar que, em conformidade com a

jurisprudência relativa à fiscalização da legalidade das sanções, a fiscalização exercida sobre a proporcionalidade da publicação não pode ser restringida, mas deve ser uma fiscalização aprofundada, tanto de direito como de facto (v., neste sentido e por analogia, Acórdão de 9 de junho de 2021, DI/BCE, T-514/19, EU:T:2021:332, n.º 197 e jurisprudência referida; v. igualmente n.º 128, *supra*).

150 No entanto, a exclusão e a publicação não são equivalentes nos seus efeitos, sendo a exclusão essencialmente punitiva, ao passo que a publicação é dissuasiva e preventiva. Daqui resulta que a decisão de publicação deve ser objeto de uma análise de proporcionalidade específica, mesmo que os factos na origem da medida de publicação e da sanção de exclusão possam ser comuns e estudados concomitantemente e que os critérios de apreciação da sua proporcionalidade sejam em parte comuns (v., neste sentido, Acórdão de 21 de dezembro de 2022, Vialto Consulting/Comissão, T-537/18, não publicado, EU:T:2022:852, n.ºs 171 e 173).

151 No caso em apreço, no que respeita, primeiro, à necessidade de reforçar o efeito dissuasivo da exclusão, há que recordar que esta necessidade é inerente à gravidade da conduta em causa (v. n.º 148, *supra*). Ora, como resulta do exame da proporcionalidade da exclusão, a recorrente não contesta, no âmbito da presente instância, a prática da infração punida pela CNMC, nem os elementos que demonstram a sua gravidade intrínseca (v. n.º 130, *supra*; v. igualmente n.º 49, *supra*), que não é posta em causa pela existência de casos de exclusão mais repreensíveis. Além disso, resulta da análise das medidas corretivas adotadas pela recorrente que, embora estas vão no bom sentido, não permitem concluir que a fiabilidade da recorrente foi restabelecida (v. n.ºs 113 e 138, *supra*), fiabilidade que também não pode ser deduzida apenas do tempo decorrido desde a cessação da infração. Por outro lado, nem o alegado alcance territorial limitado dos factos controvertidos, nem a inexistência de prejuízo direto causado aos interesses financeiros da União, nem a alegada alteração da legislação espanhola que suprime o tipo de contrato público afetado pela conduta em causa são determinantes para efeitos da apreciação da necessidade de reforçar o efeito dissuasivo da exclusão na aceção do artigo 140.º, n.º 1, do Regulamento Financeiro, uma vez que esta dissuasão visa evitar a repetição da conduta em causa no âmbito das futuras relações da pessoa ou da entidade em causa com as instituições e os órgãos da União. Quanto ao alegado risco especialmente reduzido de que a recorrente repita a conduta em causa, além de a recorrente o apoiar apenas pela alteração da legislação espanhola e pela medida corretiva que consiste na cessação das funções do sócio responsável pela conduta em causa, ambas afastadas *supra*, importa recordar que a dissuasão visa não só a empresa em causa, mas também terceiros (v., por analogia, Acórdão de 29 de novembro de 2005, Union Pigments/Comissão, T-62/02, EU:T:2005:430, n.º 174). Daqui resulta que a EU-OSHA não cometeu um erro de apreciação ao considerar que era necessário reforçar o efeito dissuasivo da exclusão através da sua publicação.

152 Segundo, quanto à ofensa à reputação da recorrente, há que considerar que este dano é inerente à publicação da exclusão e não constitui, no presente processo, um dano desproporcionado na aceção do artigo 140.º, n.º 2, alínea b), do Regulamento Financeiro.

153 Com efeito, antes dessa publicação, a decisão da CNMC foi disponibilizada no seu sítio Internet e a imprensa espanhola divulgou essa decisão. Além disso, o impacto da publicação decidida pela EU-OSHA será limitado pela menção, imposta pelo artigo 140.º, n.º 1, segundo parágrafo, do Regulamento Financeiro, do caráter não definitivo da decisão da CNMC, tendo em conta, no caso em apreço, o recurso interposto contra essa decisão na Audiencia Nacional (Audiência Nacional) e a suspensão ordenada por este último órgão jurisdicional. Essa publicidade dada ao

caráter não definitivo da decisão da CNMC, que ultrapassa o âmbito nacional, é mesmo suscetível de atenuar os efeitos produzidos pela difusão da decisão da CNMC no sítio Internet desta última e pela sua reprodução na imprensa espanhola.

154 Daqui resulta que o quarto fundamento deve ser julgado improcedente.

155 O mesmo aconteceria se, como pediu a recorrente na audiência, o Tribunal Geral exercesse a sua competência de plena jurisdição para decidir sobre o presente fundamento. Com efeito, sem que seja necessário pronunciar-se sobre a admissibilidade deste pedido e sobre a possibilidade de o Tribunal Geral substituir a apreciação da EU-OSHA pela sua própria apreciação no que respeita à publicação da exclusão nos termos do artigo 143.º, n.º 9, do Regulamento Financeiro, há que considerar que, na falta de elementos adicionais apresentados pela recorrente em apoio do seu pedido e à luz dos elementos acima examinados, a publicação da exclusão da recorrente é justificada.

Quanto ao quinto fundamento, relativo à falta de avaliação da aplicação de uma sanção financeira como alternativa à exclusão

156 A título subsidiário, a recorrente acusa, primeiro, a EU-OSHA de não ter avaliado a aplicação de uma sanção financeira como alternativa à decisão de exclusão, em conformidade com o artigo 106.º, n.º 13, alínea a), do antigo Regulamento Financeiro, que é aplicável no caso em apreço. Daqui deduz, na réplica, que a decisão impugnada está viciada por uma falta de fundamentação manifesta a este respeito.

157 Segundo, a recorrente pede, na hipótese de o Tribunal Geral não dar seguimento a esta acusação, que substitua a sanção de exclusão, ao abrigo da sua competência de plena jurisdição, por uma sanção financeira razoável à luz das circunstâncias do caso concreto, estimada entre 2 % e 10 % do valor do contrato. Sublinha a admissibilidade deste pedido, apoiado, no caso em apreço, pelo argumento específico da aplicação da disposição mais favorável em matéria de sanções.

158 Importa especificar, a título preliminar, que, tendo em conta a improcedência dos primeiro, segundo, terceiro e quarto fundamentos, há que examinar o presente fundamento invocado a título subsidiário na hipótese de improcedência dos outros fundamentos que contestam a sanção de exclusão.

159 Há que salientar, e, de resto, não é contestado entre as partes, que a disposição aplicável no presente processo é a do antigo Regulamento Financeiro.

160 Com efeito, só esta disposição prevê a possibilidade de o gestor orçamental competente substituir a sanção de exclusão por uma sanção financeira quando uma exclusão seja desproporcionada para qualquer operador económico, como a recorrente, ao passo que o artigo 138.º, n.º 1, do Regulamento Financeiro só permite tal substituição em relação a certos operadores económicos, os «destinatário[s] com o[s] qua[is] tenha assumido um compromisso jurídico». Assim, em conformidade com a jurisprudência, perante uma evolução da regulamentação relativa às sanções administrativas, que leva a que, em certos aspetos, a nova regulamentação seja menos severa, mas noutros aspetos mais severos do que a antiga, há que aplicar a regulamentação mais favorável (v., neste sentido, Acórdão de 27 de junho de 2017, NC/Comissão, T-151/16, EU:T:2017:437, n.º 55 e jurisprudência referida), ou seja, no presente processo, a do antigo Regulamento Financeiro.

161 Nos termos do artigo 106.º, n.º 13, alínea a), do antigo Regulamento Financeiro:

«13. A fim de assegurar um efeito dissuasivo, a entidade adjudicante pode, tendo em conta, se for caso disso, a recomendação da instância a que se refere o artigo 108.º, impor uma sanção financeira a um operador económico que tenha tentado obter acesso a fundos da União participando ou pedindo para participar num concurso público apesar de, sem o ter declarado nos termos do n.º 10 do presente artigo, se encontrar numa das seguintes situações de exclusão:

a) No que respeita às situações referidas no n.º 1, alíneas c), d), e) e f), do presente artigo, em alternativa a uma decisão de exclusão do operador económico, se essa exclusão for desproporcionada em função dos critérios a que se refere o n.º 3 do presente artigo».

162 Em primeiro lugar, pode deduzir-se dos termos desta disposição, que prevê uma faculdade de substituição, que a EU-OSHA não estava, no presente processo, obrigada a examinar a hipótese de substituição da sanção de exclusão por uma sanção financeira. Tanto mais que resulta do exposto que a EU-OSHA considerou, com razão, que a exclusão não constituía uma sanção desproporcionada. Consequentemente, não pode ser acusada de falta de fundamentação a este respeito.

163 Em segundo lugar, quanto ao pedido dirigido ao Tribunal Geral para que ele próprio proceda a essa substituição no âmbito da sua competência de plena jurisdição, há que constatar que deve ser julgado improcedente, sem que seja necessário pronunciar-se sobre a sua admissibilidade, contestada pela EU-OSHA. Com efeito, a recorrente limita-se a invocar a aplicação do artigo 106.º, n.º 13, alínea a), do antigo Regulamento Financeiro, sem alegar as razões pelas quais a sanção de exclusão devia, no caso em apreço, ser substituída por uma sanção financeira. Além disso, e em todo o caso, resulta da análise do terceiro fundamento que a sanção de exclusão aplicada no presente processo é adequada e não deve, deste modo, ser substituída por uma sanção financeira.

164 Por conseguinte, o quinto fundamento deve ser julgado improcedente.

165 Resulta de todas as considerações precedentes que há que negar provimento ao presente recurso.

Quanto às despesas

166 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 recorrente sido vencida, há que condená-la nas despesas, incluindo nas do processo de medidas provisórias, em conformidade com os pedidos da EU-OSHA.

Pelos fundamentos expostos,

O TRIBUNAL GERAL (Quarta Secção Alargada),

decide:

1) É negado provimento ao recurso.

2) VC é condenada nas despesas, incluindo as despesas relativas ao processo de medidas provisórias.

Papasavvas da Silva Passos Gervasoni

Półtorak Reine

Proferido em audiência pública no Luxemburgo, em 2 de outubro de 2024.

Assinaturas