



## Coletânea da Jurisprudência

### ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Terceira Secção)

14 de julho de 2016\*

«Reenvio prejudicial — Diretiva 2004/18/CE — Contratos de empreitada de obras públicas — Regularidade da obrigação imposta aos proponentes de executar uma determinada percentagem do contrato sem recorrer à subcontratação — Regulamento (CE) n.º 1083/2006 — Disposições gerais relativas ao Fundo Europeu de Desenvolvimento Regional, ao Fundo Social Europeu e ao Fundo de Coesão — Obrigação de os Estados-Membros efetuarem correções financeiras no que respeita às irregularidades detetadas — Conceito de ‘irregularidade’ — Necessidade de uma correção financeira em caso de violação do direito da União em matéria de contratos públicos»

No processo C-406/14,

que tem por objeto um pedido de decisão prejudicial apresentado, nos termos do artigo 267.º TFUE, pelo Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie (Tribunal Administrativo Regional de Varsóvia, Polónia), por decisão de 3 de junho de 2014, que deu entrada no Tribunal de Justiça em 27 de agosto de 2014, no processo

**Wrocław - Miasto na prawach powiatu**

contra

**Minister Infrastruktury i Rozwoju,**

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Terceira Secção),

composto por: L. Bay Larsen, presidente de secção, D. Šváby (relator), J. Malenovský, M. Safjan e M. Vilaras, juízes,

advogado-geral: E. Sharpston,

secretário: A. Calot Escobar,

vistos os autos,

vistas as observações apresentadas:

- em representação da Wrocław - Miasto na prawach powiatu, por W. Szuster, radca prawny,
- em representação do Governo polaco, por B. Majczyna, na qualidade de agente,
- em representação do Governo austríaco, por M. Fruhmann, na qualidade de agente,

\* Língua do processo: polaco.

— em representação da Comissão Europeia, por B.-R. Killmann, A. Tokár e M. Owsiany-Hornung, na qualidade de agentes,

ouvidas as conclusões da advogada-geral na audiência de 17 de novembro de 2015,

profere o presente

### Acórdão

- 1 O pedido de decisão prejudicial tem por objeto a interpretação do artigo 25.º da Diretiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços (JO 2004, L 134, p. 114; retificação no JO 2004, L 351, p. 44), conforme alterada pelo Regulamento (CE) n.º 2083/2005 da Comissão, de 19 de dezembro de 2005 (JO 2005, L 333, p. 28) (a seguir «Diretiva 2004/18»), e do artigo 98.º do Regulamento (CE) n.º 1083/2006 do Conselho, de 11 de julho de 2006, que estabelece disposições gerais sobre o Fundo Europeu de Desenvolvimento Regional, o Fundo Social Europeu e o Fundo de Coesão, e que revoga o Regulamento (CE) n.º 1260/1999 (JO 2006, L 210, p. 25).
- 2 Este pedido foi apresentado no âmbito de um litígio que opõe a Wrocław - Miasto na prawach powiatu (cidade de Wrocław, Polónia) ao Minister Infrastruktury i Rozwoju (Ministro das Infraestruturas e do Desenvolvimento), a propósito de uma decisão que aplica àquela cidade uma correção financeira em razão da alegada violação da Diretiva 2004/18 no âmbito da adjudicação de um contrato de empreitada de obras públicas cofinanciadas por fundos da União Europeia.

### Quadro jurídico

#### *Direito da União*

#### Diretiva 2004/18

- 3 Nos termos do artigo 7.º, alínea c), da Diretiva 2004/18, esta aplicava-se, à data dos factos em causa no processo principal, aos contratos de empreitada de obras públicas não excluídos, cujo valor estimado, sem imposto sobre o valor acrescentado (IVA), fosse igual ou superior a 5 278 000 euros.
- 4 A possibilidade de um proponente poder subcontratar uma parte do contrato a terceiros é evocada, designadamente, no artigo 25.º desta diretiva, nos seguintes termos:

«No caderno de encargos, a entidade adjudicante pode solicitar, ou ser obrigada por um Estado-Membro a solicitar, ao proponente que indique na proposta qual a parte do contrato que tenciona subcontratar com terceiros, bem como quais os subcontratantes propostos.

Esta indicação não interfere na questão da responsabilidade do operador económico principal.»

- 5 Sob a epígrafe «Condições de execução do contrato», o artigo 26.º da Diretiva 2004/18 dispõe:

«As entidades adjudicantes podem fixar condições especiais de execução do contrato desde que as mesmas sejam compatíveis com o direito comunitário e sejam indicadas no anúncio de concurso ou no caderno de encargos. As condições de execução de um contrato podem visar considerações de índole social e ambiental.»

6 Esta disposição é esclarecida pelo considerando 33 desta diretiva, que enuncia que as condições de execução dos contratos serão compatíveis com a referida diretiva «desde que tais condições não sejam direta ou indiretamente discriminatórias e venham indicadas no anúncio de concurso ou no caderno de encargos. Podem, nomeadamente, ter por objetivo fomentar a formação profissional prática, o emprego de pessoas com dificuldades especiais de inserção, a luta contra o desemprego ou a proteção do ambiente. A título de exemplo, poderão citar-se, entre outras, as obrigações — aplicáveis à execução do contrato — de recrutamento de desempregados de longa duração ou de pôr em prática ações de formação para os desempregados ou jovens, de respeitar, na sua substância, as disposições das convenções fundamentais da Organização Internacional do Trabalho (OIT), caso não tenham sido implementadas no direito nacional, ou de recrutamento de um número de pessoas deficientes superior ao exigido pela legislação nacional».

7 A Diretiva 2004/18 fixa igualmente os critérios de seleção qualitativa que permitem determinar os candidatos admitidos a participar no processo de adjudicação de um contrato público. O artigo 48.º desta diretiva, relativo às capacidades técnicas e profissionais, tem a seguinte redação:

«[...]

2. A capacidade técnica dos operadores económicos pode ser comprovada por um ou mais dos meios a seguir indicados, de acordo com a natureza, a quantidade ou a importância e a finalidade das obras, dos produtos ou dos serviços:

[...]

b) Indicação dos técnicos ou dos serviços técnicos envolvidos, integrados ou não na empresa do operador económico, e especialmente dos responsáveis pelo controlo da qualidade e, sempre que se trate de contratos de empreitada de obras públicas, dos técnicos de que o empreiteiro poderá dispor para executar o trabalho;

[...]

i) Indicação da parte do contrato que o prestador de serviços tenciona eventualmente subcontratar;

[...]

3. Um operador económico pode, se necessário e para um contrato determinado, recorrer às capacidades de outras entidades, independentemente da natureza jurídica do vínculo que tenha com elas. Deverá nesse caso provar à entidade adjudicante que, para a realização do contrato, disporá dos meios necessários, por exemplo, através do compromisso de tais entidades de colocar os meios necessários à sua disposição.

[...]

5. Nos processos de adjudicação de contratos públicos de serviços que tenham por objeto fornecimentos que impliquem operações de montagem ou instalação, a prestação de serviços e/ou a execução de obras, a capacidade do operador económico para prestar o serviço ou executar a instalação ou a obra em causa pode ser apreciada em função das suas capacidades, eficiência, experiência e fiabilidade.

6. A entidade adjudicante especificará no anúncio de concurso ou no convite à apresentação de propostas quais os elementos de referência previstos no n.º 2 que pretende obter.»

Regulamento n.º 1083/2006

- 8 Nos termos do considerando 66 do Regulamento n.º 1083/2006:

«Deverão ser especificadas as obrigações dos Estados-Membros no que se refere aos sistemas de gestão e controlo, à certificação das despesas, bem como à prevenção, deteção e correção de irregularidades e infrações ao direito comunitário, a fim de garantir a execução eficaz e correta dos programas operacionais. [...]»

- 9 O artigo 1.º deste regulamento dispõe:

«O presente regulamento estabelece as regras gerais que regem o Fundo Europeu de Desenvolvimento Regional (FEDER), o Fundo Social Europeu (FSE) (a seguir designados ‘fundos estruturais’) e o Fundo de Coesão [...]»

[...]

Para o efeito, o presente regulamento estabelece os princípios e as regras sobre parceria, programação, avaliação, gestão, incluindo a gestão financeira, acompanhamento e controlo com base na partilha de responsabilidades entre os Estados-Membros e a Comissão.»

- 10 O artigo 2.º, ponto 7, do referido regulamento define o conceito de «irregularidade» como «qualquer violação de uma disposição de direito comunitário que resulte de um ato ou omissão de um agente económico que tenha ou possa ter por efeito lesar o Orçamento Geral da União Europeia através da imputação de uma despesa indevida ao Orçamento Geral».
- 11 Nos termos do artigo 9.º, n.º 5, do Regulamento n.º 1083/2006, as operações financiadas pelos fundos estruturais e pelo Fundo de Coesão devem estar em conformidade, designadamente, com as disposições dos atos de direito derivado.
- 12 Sob a epígrafe «Correções financeiras efetuadas pelos Estados-Membros», o artigo 98.º deste regulamento prevê:

«1. A responsabilidade pela investigação de eventuais irregularidades, pelas medidas a tomar sempre que seja detetada uma alteração significativa que afete a natureza ou os termos de execução ou de controlo das operações ou dos programas operacionais, e pelas correções financeiras necessárias incumbe, em primeiro lugar, aos Estados-Membros.

2. Os Estados-Membros efetuam as correções financeiras necessárias no que respeita às irregularidades pontuais ou sistémicas detetadas no âmbito de operações ou de programas operacionais. As correções efetuadas por um Estado-Membro consistem na anulação total ou parcial da participação pública no programa operacional. O Estado-Membro tem em conta a natureza e a gravidade das irregularidades, bem como os prejuízos financeiros daí resultantes para o fundo.

[...]»

### *Direito polaco*

- 13 Resulta da decisão de reenvio que o artigo 36.º, n.º 5, da ustawa — Prawo zamówień publicznych (Lei dos contratos públicos), de 29 de janeiro de 2004 (a seguir «p.z.p.»), na versão aplicável à data dos factos em causa no processo principal, tinha a seguinte redação:

«No caderno de encargos, a entidade adjudicante pode determinar qual a parte do contrato que não deve ser adjudicada a um subcontratado.»

- 14 Posteriormente, esta disposição foi alterada no sentido de que um operador económico pode subcontratar terceiros para a execução do contrato público que lhe foi adjudicado, salvo se, face à especificidade do contrato, a entidade adjudicante determinar, no caderno de encargos, que não podem ser subcontratados terceiros para a execução do contrato ou de parte dele.

### **Litígio no processo principal e questões prejudiciais**

- 15 Em 18 de maio de 2007, os serviços competentes da cidade de Wrocław abriram um concurso limitado para adjudicação de um contrato público relativo à construção parcial de uma via de cintura interna. Este projeto, que representava um custo de cerca de 65 milhões de euros, beneficiou do apoio financeiro da União em aplicação do programa operacional de apoio comunitário à República da Polónia em matéria de infraestruturas e ambiente, no âmbito do objetivo «Convergência», cofinanciado pelo Fundo de Coesão e pelo FEDER.

- 16 Dos sete operadores económicos que pediram para participar no referido procedimento, cinco foram convidados a apresentar uma proposta. O caderno de encargos enviado a esses cinco operadores continha uma cláusula com a seguinte redação:

«O operador económico deve executar, pelos seus próprios meios, no mínimo 25% dos trabalhos abrangidos pelo contrato.»

- 17 Em 1 de agosto de 2008, a cidade de Wrocław celebrou um contrato de empreitada de obras públicas com o operador por ela selecionado.

- 18 No seguimento de um procedimento administrativo posterior à execução deste contrato, iniciado pelas autoridades nacionais responsáveis pela fiscalização da regularidade de determinadas ações cofinanciadas pela União, foi aplicada à cidade de Wrocław uma correção financeira de 8 600 473,38 zlotys polacos (PLN) (cerca de 1 960 000 euros), a título principal, correspondente a 5% das despesas suportadas por financiamentos públicos, em razão da alegada irregularidade da referida cláusula à luz da Diretiva 2004/18, aplicável ao contrato em causa face ao valor do mesmo.

- 19 Segundo a decisão de reenvio, a autoridade competente na última fase deste procedimento administrativo justificou esta correção financeira, por um lado, pelo facto de a cláusula controvertida ter limitado o recurso a subcontratantes sem respeitar o artigo 36.º, n.º 5, da p.z.p. Com efeito, o objetivo desta disposição é assegurar que as partes de um contrato que requerem conhecimentos e competências específicas, e cuja qualidade de execução depende das aptidões particulares do executante, sejam efetivamente efetuadas pelo operador económico cuja capacidade tenha sido avaliada no âmbito do procedimento de adjudicação do contrato. Este objetivo assumiu particular importância porque as disposições nacionais em vigor à data dos factos no processo principal não permitiam aos operadores económicos invocar as capacidades de terceiros para justificar o cumprimento dos critérios de capacidade exigidos para a participação no procedimento de adjudicação de um contrato público.

- 20 Segundo esta autoridade, ao aplicar o artigo 36.º, n.º 5, da p.z.p., a entidade adjudicante estava, assim, obrigada a especificar concretamente que partes do contrato em causa tinham obrigatoriamente de ser executadas pessoalmente pelo adjudicatário. Ora, uma cláusula como a que está em causa no processo principal, que se limita a fixar implicitamente uma percentagem das obras correspondente à parte que devia ser executada pelo adjudicatário, não permite determinar, em violação do objetivo do artigo 36.º, n.º 5, da p.z.p., se a restrição do recurso à subcontratação diz respeito a obras cuja execução exige competências específicas. Esta violação do direito nacional constitui igualmente uma violação do artigo 25.º da Diretiva 2004/18, fazendo a referida autoridade, a este respeito, referência ao acórdão de 18 de março de 2004, Siemens e ARGE Telekom (C-314/01, EU:C:2004:159).
- 21 Por outro lado, apesar da irrelevância da alegada violação do direito da União para a adjudicação do contrato em causa no processo principal, a restrição do recurso à subcontratação tem um impacto negativo sobre o Orçamento Geral da União. Com efeito, esta restrição conduziu a um risco de perturbação do equilíbrio concorrencial, suscetível de se traduzir num aumento dos preços indicados nas propostas, sendo tal risco suficiente para constituir uma irregularidade na aceção do artigo 2.º, ponto 7, do Regulamento n.º 1083/2006.
- 22 Resulta dos elementos dos autos de que o Tribunal de Justiça dispõe que a taxa da correção financeira aplicada no caso em apreço foi determinada com base numa tabela utilizada pela autoridade competente.
- 23 A cidade de Wrocław interpôs recurso da decisão sobre a correção financeira no órgão jurisdicional de reenvio, contestando a justeza das duas partes da fundamentação em que assenta essa decisão. Quanto à licitude da cláusula controvertida do caderno de encargos, alega que o artigo 36.º, n.º 5, da p.z.p., na versão aplicável à data dos factos do processo principal, continha o princípio segundo o qual o adjudicatário deve executar o contrato pelos seus próprios meios, constituindo o recurso a subcontratantes uma exceção, e era a esse título que a entidade adjudicante o podia autorizar, sem a tal ser obrigada. Esta interpretação da disposição em causa parece ser partilhada pelo órgão jurisdicional de reenvio.
- 24 Este último entende que é necessário, para a resolução do litígio, obter do Tribunal de Justiça a interpretação, em primeiro lugar, do artigo 25.º da Diretiva 2004/18, em particular dos conceitos de «parte do contrato», para determinar se esta disposição se opõe a que uma entidade adjudicante fixe uma percentagem máxima da parte do contrato que o futuro adjudicatário poderá subcontratar. Este órgão jurisdicional levanta igualmente a questão de saber se essa restrição poderá estar abrangida pelo artigo 26.º desta diretiva, enquanto condição de execução na aceção desta última disposição.
- 25 O referido órgão jurisdicional considera que resulta do acórdão de 18 de março de 2004, Siemens e ARGE Telekom (C-314/01, EU:C:2004:159), que a Diretiva 2004/18 permite restringir o recurso à subcontratação na execução de contratos públicos, desde que tal não impeça os operadores económicos que pretendam recorrer às capacidades técnicas e económicas de subcontratantes de participar num concurso público. Todavia, esse acórdão deixa em aberto a questão de saber se uma entidade adjudicante está autorizada a exprimir sob a forma de percentagem o volume das obras que o adjudicatário deve executar pessoalmente.
- 26 Além disso, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta se uma cláusula como a que está em causa no processo principal, ao restringir a possibilidade de as pequenas e médias empresas (PME) participarem na realização de obras objeto de um contrato público, não é suscetível de violar o princípio da abertura dos contratos públicos à concorrência não falseada, já que essa abertura abrange todas as empresas, independentemente da sua dimensão, e que, a este respeito, parece dever ser prestada especial atenção às PME. Quanto a esta questão, este órgão jurisdicional faz referência à jurisprudência do Tribunal de Justiça, designadamente ao acórdão de 10 de outubro de 2013, Swm Costruzioni 2 e Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:646, n.º 33).

- 27 Em segundo lugar, o referido órgão jurisdicional entende que é igualmente necessário obter esclarecimentos quanto ao conceito de «irregularidade», na aceção do Regulamento n.º 1083/2006, para que possa determinar se, atendendo às circunstâncias do processo que lhe cabe decidir, a importância de uma eventual violação do direito da União que tenha afetado o procedimento de adjudicação do contrato em causa exige uma correção financeira.
- 28 A este respeito, pergunta se qualquer violação do direito da União em matéria de contratos públicos constitui uma irregularidade desse tipo e deve implicar uma correção financeira, ou se há que ter em conta as circunstâncias concretas de cada caso, designadamente os efeitos da eventual violação desse direito. Quanto às circunstâncias concretas, salienta que, no caso em apreço, a lei aplicável era interpretada no sentido de não excluir uma cláusula como a que está em causa no processo principal, que, apesar de tudo, esta cláusula permitia o recurso a subcontratantes para 75% das obras abrangidas pelo contrato, que não suscitou qualquer contestação e que o concurso deu lugar a uma concorrência sustentada.
- 29 Neste contexto, o Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie (Tribunal Administrativo Regional de Varsóvia) decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:
- «1) É admissível, à luz do artigo 25.º da Diretiva 2004/18 [...], que uma entidade adjudicante determine, no caderno de encargos [de um contrato público], que o adjudicatário deve executar, pelos seus próprios meios, no mínimo 25% das obras abrangidas pelo contrato?
- 2) Em caso de resposta negativa à primeira questão: a aplicação, no âmbito de um procedimento para a adjudicação de um contrato público, do requisito referido na primeira questão gera uma violação das disposições do direito da União Europeia que torna necessária uma correção financeira, nos termos do artigo 98.º do [Regulamento n.º 1083/2006] [...]?»

### **Quanto às questões prejudiciais**

#### *Quanto à primeira questão*

- 30 Com a sua primeira questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, se a Diretiva 2004/18 deve ser interpretada no sentido de que uma entidade adjudicante está autorizada a exigir, mediante uma cláusula contida no caderno de encargos de um contrato de empreitada de obras públicas, que o futuro adjudicatário desse contrato execute, pelos seus próprios meios, uma determinada percentagem das obras objeto do referido contrato.
- 31 Nos termos do artigo 25.º, primeiro parágrafo, da Diretiva 2004/18, a entidade adjudicante pode solicitar, ou ser obrigada por um Estado-Membro a solicitar, ao proponente que indique na proposta qual a parte do contrato que tenciona eventualmente subcontratar com terceiros, bem como quais os subcontratantes propostos.
- 32 Conforme constatou o Tribunal de Justiça no n.º 31 do acórdão de 10 de outubro de 2013, *Swm Costruzioni 2 e Mannocchi Luigino* (C-94/12, EU:C:2013:646), com este artigo, a Diretiva 2004/18 prevê o recurso à subcontratação sem prever limites a este respeito.
- 33 Pelo contrário, o artigo 48.º, n.º 3, desta diretiva, ao prever a possibilidade de os proponentes provarem que satisfazem os níveis mínimos de capacidades técnicas e profissionais fixados pela entidade adjudicante através do recurso às capacidades de terceiros, desde que provem que disporão

efetivamente dos meios necessários para a execução do contrato, que não lhes pertencem, se o mesmo lhes for adjudicado, consagra a possibilidade de os proponentes recorrerem à subcontratação para a execução de um contrato, e isto, de forma, em princípio, ilimitada.

- 34 Não obstante, quando os documentos do contrato impõem aos proponentes que indiquem, nas suas propostas, qual a parte do contrato que tencionam eventualmente subcontratar, bem como quais os subcontratantes propostos, nos termos do artigo 25.º, primeiro parágrafo, da Diretiva 2004/18, a entidade adjudicante pode proibir o recurso a subcontratantes em relação aos quais não pôde verificar as capacidades na fase de análise das propostas e de seleção do adjudicatário, para a execução de partes essenciais do contrato (v., neste sentido, acórdão de 18 de março de 2004, Siemens e ARGE Telekom, C-314/01, EU:C:2004:159, n.º 45).
- 35 No entanto, não é este o alcance de uma cláusula como a que está em causa no processo principal, que impõe restrições ao recurso à subcontratação de uma parte do contrato, fixada de forma abstrata numa percentagem deste, e isto independentemente da possibilidade de verificar as capacidades dos eventuais subcontratantes e sem nenhuma menção à natureza essencial das tarefas em causa. Por tudo o que foi dito, essa cláusula revela-se incompatível com a Diretiva 2004/18, pertinente no âmbito do litígio no processo principal.
- 36 Além disso, como a advogada-geral salientou no n.º 41 das suas conclusões, essa cláusula, no pressuposto de que constitui uma condição especial relativa à execução do contrato na aceção do artigo 26.º da Diretiva 2004/18, não pode ser admitida ao abrigo deste artigo, por força dos seus termos, na medida em que é contrária ao artigo 48.º, n.º 3, desta diretiva e, assim, ao direito da União.
- 37 Por conseguinte, há que responder à primeira questão que a Diretiva 2004/18 deve ser interpretada no sentido de que uma entidade adjudicante não está autorizada a exigir, mediante uma cláusula contida no caderno de encargos de um contrato de empreitada de obras públicas, que o futuro adjudicatário desse contrato execute, pelos seus próprios meios, uma determinada percentagem das obras objeto do referido contrato.

#### *Quanto à segunda questão*

- 38 Com a sua segunda questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, se o artigo 98.º do Regulamento n.º 1083/2006, conjugado com o artigo 2.º, ponto 7, deste regulamento, deve ser interpretado no sentido de que o facto de uma entidade adjudicante ter imposto, no âmbito de um contrato de empreitada de obras públicas relativas a um projeto que beneficia de um apoio financeiro da União, que o futuro adjudicatário execute, pelos seus próprios meios, no mínimo 25% destas obras, em violação da Diretiva 2004/18, constitui, em circunstâncias como as do processo principal, uma «irregularidade» na aceção do referido artigo 2.º, ponto 7, justificando a necessidade de aplicar uma correção financeira nos termos do referido artigo 98.º
- 39 No que diz respeito às circunstâncias concretas deste processo, o órgão jurisdicional de reenvio salienta que a lei nacional aplicável era interpretada no sentido de que não proibia uma cláusula como a que está em causa no processo principal, que esta cláusula autorizava, apesar de tudo, o recurso à subcontratação de 75% das obras objeto do contrato, que a mesma não suscitou contestação por parte dos candidatos convidados a apresentar uma proposta, que só estes tiveram conhecimento disto, e que o concurso deu lugar a uma concorrência sustentada.
- 40 Deste modo, a questão colocada apresenta dois aspetos, relativos, por um lado, ao conceito de «irregularidade» na aceção do artigo 2.º, ponto 7, do Regulamento n.º 1083/2006, e, por outro, ao mecanismo de correção financeira a aplicar pelas autoridades nacionais em caso de irregularidade, em aplicação do artigo 98.º deste regulamento.

- 41 Em primeiro lugar, no que diz respeito ao referido conceito de «irregularidade», este abrange, nos termos do artigo 2.º, ponto 7, do Regulamento n.º 1083/2006, qualquer violação de uma disposição de direito da União que resulte de um ato ou omissão de um agente económico que tenha ou possa ter por efeito lesar o Orçamento Geral da União através da imputação de uma despesa indevida ao Orçamento Geral.
- 42 Importa observar que é a última parte desta definição que suscita as dúvidas do órgão jurisdicional de reenvio, uma vez que, no caso em apreço, a cláusula que deve ser considerada contrária ao direito da União não lhe parece, atendendo à resposta dada à primeira questão, ter tido consequências concretas.
- 43 A este respeito, há que salientar que é verdade que, como a advogada-geral referiu nos n.ºs 53 a 55 das suas conclusões, fazendo referência, designadamente, ao artigo 9.º, n.º 5, do Regulamento n.º 1083/2006 e, por analogia, ao acórdão de 21 de dezembro de 2011, *Chambre de commerce et d'industrie de l'Indre* (C-465/10, EU:C:2011:867, n.ºs 46 e 47), a União só visa financiar, através dos fundos estruturais e do Fundo de Coesão, ações desenvolvidas em total conformidade com o direito da União.
- 44 Resulta, porém, da definição que figura no artigo 2.º, ponto 7, deste regulamento que uma violação do direito da União só constitui uma irregularidade na aceção desta disposição se tiver ou puder ter por efeito lesar o Orçamento Geral da União através da imputação de uma despesa indevida ao Orçamento Geral. Por conseguinte, essa violação deve ser considerada uma irregularidade, desde que seja suscetível, como tal, de ter impacto orçamental. Em contrapartida, não é necessário provar a existência de um impacto financeiro preciso (v., por analogia, acórdão de 21 de dezembro de 2011, *Chambre de commerce et d'industrie de l'Indre*, C-465/10, EU:C:2011:867, n.º 47).
- 45 Consequentemente, deve considerar-se que o incumprimento das regras de adjudicação de contratos públicos constitui uma irregularidade na aceção do artigo 2.º, ponto 7, do Regulamento n.º 1083/2006, desde que não se possa excluir a possibilidade de esse incumprimento ter tido impacto no orçamento do fundo em causa.
- 46 Em segundo lugar, no que diz respeito ao mecanismo de correção financeira previsto no artigo 98.º do Regulamento n.º 1083/2006, importa concluir que, em conformidade com os seus n.ºs 1 e 2, este artigo obriga os Estados-Membros a proceder a uma correção financeira quando uma irregularidade tenha sido detetada.
- 47 No entanto, o n.º 2, primeiro parágrafo, deste artigo impõe igualmente à autoridade nacional competente que determine o montante da correção a aplicar atendendo a três critérios, nomeadamente, a natureza da irregularidade detetada, a sua gravidade e os prejuízos financeiros daí resultantes para o fundo em causa.
- 48 Quando se trata, como no processo principal, de uma irregularidade pontual e não sistemática, esta última exigência implica necessariamente uma análise caso a caso, atendendo a todas as circunstâncias de cada caso concreto pertinentes à luz de um destes três critérios.
- 49 Por conseguinte, embora, como a advogada-geral sublinhou no n.º 60 das suas conclusões, tal não exclua que uma primeira abordagem possa ser feita com base numa tabela que respeite o princípio da proporcionalidade, também é verdade que a determinação do montante final da correção a aplicar deve ter em conta todas as particularidades que caracterizam a irregularidade detetada em relação aos elementos tomados em consideração para a fixação desta tabela, que podem justificar a aplicação de uma correção mais severa ou, pelo contrário, reduzida.

- 50 Assim, circunstâncias como a conformidade com a lei nacional de uma cláusula como a que está em causa no processo principal, a obrigação de executar pelos seus próprios meios uma parte limitada do contrato e o facto de existir apenas um risco, eventualmente reduzido, de impacto financeiro são suscetíveis de influenciar o montante final da correção financeira a aplicar.
- 51 Por conseguinte, há que responder à segunda questão que o artigo 98.º do Regulamento n.º 1083/2006, conjugado com o artigo 2.º, ponto 7, deste regulamento, deve ser interpretado no sentido de que o facto de uma entidade adjudicante ter imposto, no âmbito de um contrato de empreitada de obras públicas relativas a um projeto que beneficia de um apoio financeiro da União, que o futuro adjudicatário execute, pelos seus próprios meios, no mínimo 25% destas obras, em violação da Diretiva 2004/18, constitui uma «irregularidade» na aceção do referido artigo 2.º, ponto 7, justificando a necessidade de aplicar uma correção financeira nos termos do referido artigo 98.º, desde que não se possa excluir a possibilidade de esse incumprimento ter tido impacto no orçamento do fundo em causa. O montante desta correção deve ser determinado tendo em conta todas as circunstâncias concretas pertinentes à luz dos critérios referidos no n.º 2, primeiro parágrafo, do artigo 98.º do referido regulamento, a saber, a natureza da irregularidade detetada, a sua gravidade e os prejuízos financeiros daí resultantes para o fundo em causa.

### Quanto às despesas

- 52 Revestindo o processo, quanto às partes na causa principal, a natureza de incidente suscitado perante o órgão jurisdicional de reenvio, compete a este decidir quanto às despesas. As despesas efetuadas pelas outras partes para a apresentação de observações ao Tribunal de Justiça não são reembolsáveis.

Pelos fundamentos expostos, o Tribunal de Justiça (Terceira Secção) declara:

- 1) A Diretiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos de empreitada de obras públicas, contratos públicos de fornecimento e contratos públicos de serviços, conforme alterada pelo Regulamento (CE) n.º 2083/2005 da Comissão, de 19 de dezembro de 2005, deve ser interpretada no sentido de que uma entidade adjudicante não está autorizada a exigir, mediante uma cláusula contida no caderno de encargos de um contrato de empreitada de obras públicas, que o futuro adjudicatário desse contrato execute, pelos seus próprios meios, uma determinada percentagem das obras objeto do referido contrato.
- 2) O artigo 98.º do Regulamento (CE) n.º 1083/2006 do Conselho, de 11 de julho de 2006, que estabelece disposições gerais sobre o Fundo Europeu de Desenvolvimento Regional, o Fundo Social Europeu e o Fundo de Coesão, e que revoga o Regulamento (CE) n.º 1260/1999, conjugado com o artigo 2.º, ponto 7, deste regulamento, deve ser interpretado no sentido de que o facto de uma entidade adjudicante ter imposto, no âmbito de um contrato de empreitada de obras públicas relativas a um projeto que beneficia de um apoio financeiro da União, que o futuro adjudicatário execute, pelos seus próprios meios, no mínimo 25% destas obras, em violação da Diretiva 2004/18, constitui uma «irregularidade» na aceção do referido artigo 2.º, ponto 7, justificando a necessidade de aplicar uma correção financeira nos termos do referido artigo 98.º, desde que não se possa excluir a possibilidade de esse incumprimento ter tido impacto no orçamento do fundo em causa. O montante desta correção deve ser determinado tendo em conta todas as circunstâncias concretas pertinentes à luz dos critérios referidos no n.º 2, primeiro parágrafo, do artigo 98.º do referido regulamento, a saber, a natureza da irregularidade detetada, a sua gravidade e os prejuízos financeiros daí resultantes para o fundo em causa.

Assinaturas

