

POVT

PROGRAMA OPERACIONAL TEMÁTICO
VALORIZAÇÃO DO TERRITÓRIO
2007-2013



1998/2014/DGAI- DATA: 24-02-2014

S 000422 120214

Exmo. Senhor, Diretor Geral da
Administração Interna
Avenida D. Carlos I, nº 134
1249-104 LISBOA

OFÍCIO CIRCULAR N.º

N/ Refª	Data	Unidade de Assessoria Jurídica
---------	------	-----------------------------------

Assunto: Orientações a remeter aos Beneficiários do POVT e aos Organismos Intermédios, sobre as situações suscetíveis de aplicação de correcção financeira que têm vindo a ser detectadas em sede de auditoria pelas autoridades nacionais e comunitárias

Tendo em conta que as autoridades de auditoria nacionais (Inspeção-Geral de Finanças e Instituto Financeiro de Desenvolvimento Regional) e comunitárias (Comissão Europeia e Tribunal de Contas Europeu) têm vindo a fazer uma análise rigorosa e aprofundada a um conjunto de situações que a seguir iremos descrever, aplicando ou recomendando a aplicação, a cada uma dessas situações, de correções financeiras previstas na Tabela anexa à Nota COCOF 07/0037/03-PT (cfr. anexo I), aprovada pela Comissão Europeia, que correspondem geralmente a 25% do montante declarado a cofinanciamento, a Autoridade de Gestão do POVT considera importante alertar os Beneficiários para a necessidade de evitar este tipo de situações nos procedimentos de contratação pública que são submetidos ao POVT, recomendando as práticas enumeradas nos pontos abaixo.

Sublinhe-se, de todo o modo, que, atendendo às inúmeras situações que se enquadram nos pontos da Tabela COCOF, a presente Circular não tem um carácter totalmente exaustivo e detalhado, mas visa apenas evidenciar as situações que, pela frequência com que têm vindo a ser detectadas, merecem um especial alerta por parte da Autoridade de Gestão do POVT.

1. Decisão de Abertura do Procedimento/Decisão de Contratar

A primeira situação que importa realçar tem que ver com o cumprimento do **artigo 36.º do Código dos Contratos Públicos** (adiante CCP), o qual refere que o procedimento de formação de qualquer contrato se inicia com a Decisão de Contratar, a qual cabe ao órgão competente para autorizar a despesa inerente ao contrato a celebrar.

Tendo presente o citado normativo, alertamos para a necessidade de **todas as entidades** que submetem os seus procedimentos de contratação pública a cofinanciamento comunitário do POVT - independentemente da sua natureza e de estarem ou não sujeitas às regras de realização da despesa previstas no artigo 16.º e seguintes do DL 197/99 - **iniciarem os seus procedimentos pela Decisão de Contratar**, dando, assim, cumprimento escrupuloso à obrigação que decorre do disposto no referido normativo.



Para além disso, o órgão competente para autorizar a despesa deve ainda proceder à **aprovação das peças patenteadas no procedimento**, do **preço base** e ainda à **designação do júri** por referência ao procedimento em concreto (cfr. artigos 40.º e 67.º e seguintes do CCP).

Caso não fique demonstrado o cumprimento de tais normativos, as Autoridades de Auditoria têm vindo a aplicar uma **correção financeira de 5%** sobre a despesa apresentada a cofinanciamento.

2. Publicitação de Elementos Essenciais nos Jornais Oficiais (nacional e comunitário)

Uma segunda situação que tem vindo a ser evidenciada pelas autoridades de auditoria está relacionada com a **falta de publicitação de certos elementos essenciais nos Jornais Oficiais** (quer no Diário da República, quer ainda no Jornal Oficial da União Europeia), designadamente no que diz respeito à falta de menção da designação do procedimento; descrição do objeto do contrato; prazo de execução ou conclusão do contrato; preço base; critério de adjudicação; prazo para apresentação de propostas.

Tais elementos são considerados como essenciais pois delimitam os interesses de potenciais concorrentes não só na decisão de apresentar as suas propostas aos procedimentos mas, sobretudo, porque servem para averiguar o interesse de potenciais concorrentes em consultar as restantes peças de procedimento.

Nessa medida, caso se verifique a falta de publicitação de certos elementos essenciais nos referidos Jornais Oficiais, as Autoridades de Auditoria têm vindo a aplicar uma correção financeira, consoante os casos, de **25%**, de **10%** ou de **5%** sobre o montante da despesa apresentada, em função da gravidade da situação.

3. Fórmula de Avaliação do fator «preço»

Uma outra situação que importa registar encontra-se relacionada com a fórmula de avaliação do fator «preço» sendo que, a propósito desta matéria, podemos evidenciar alguns pontos importantes que têm vindo a ser assinalados pelas autoridades de auditoria.

Em primeiro lugar, nos termos e para os efeitos do disposto no artigo 139.º, n.º 4 do CCP, na elaboração do modelo de avaliação das propostas **não podem ser utilizados quaisquer dados que dependem, direta ou indiretamente, dos atributos das propostas a apresentar**. Assim, a título de exemplo, deve ser evitada a avaliação do fator "preço" em função do mais baixo/alto preço proposto pelos concorrentes ou por referência a preços médios.

Por outro lado, **não podem ser utilizadas fórmulas não lineares de preços médios**, que valorizam o fator «preço» na fase de adjudicação, pontuando de forma idêntica o critério do preço quando as propostas apresentam preços diferentes, i.e. **não pode ser adotado um critério de adjudicação relativo ao preço com patamares/intervalos de preço que atribua a mesma pontuação a proposta de preços diferentes**.

Por seu turno, a fórmula de avaliação do fator «preço» deve permitir a avaliação de qualquer proposta de preço, quer a mesma se situe abaixo ou acima do «preço anormalmente baixo».

Por fim, não podem ser adotadas fórmulas de avaliação do fator «preço» que leve a que as propostas apresentadas sejam avaliadas, em função de um modelo de avaliação/fórmula diferente, consoante o preço proposto se situe acima ou abaixo de um determinado valor de referência (em regra, o valor de referência utilizado é o do «preço anormalmente baixo», mas também temos vindo a detetar a utilização de outros valores de referência, como, por exemplo, a utilização de valores de 10% ou 5% do preço base).

Saliente-se que todas as propostas devem ser avaliadas de acordo com as mesmas regras e, por conseguinte, de acordo com o mesmo modelo de avaliação/fórmula de avaliação do fator «preço» fixado nas peças do procedimento. Só dessa forma se garante que está a ser dado o mesmo tratamento a todas as propostas.

Neste caso, considera-se ainda que utilizar fórmulas diferenciadas para avaliar o fator «preço» pode ter um efeito dissuasor na apresentação de preços baixos (pois, em regra, na avaliação do fator «preço» não se potencia de igual modo e de acordo com as mesmas regras de avaliação, as propostas de preços baixos), colocando, assim, em risco o funcionamento pleno dos mercados.

Caso sejam detetadas quaisquer uma das situações acima expostas, as Autoridades de Auditoria têm vindo a aplicar, consoante os casos, uma correção financeira de 25%, de 10% ou de 5% sobre o montante da despesa apresentada, em função da gravidade da situação.

4. Utilização de fatores de avaliação de propostas relacionado com a capacidade técnica do concorrente

Uma outra situação que importa registar encontra-se relacionada com a utilização de fatores de avaliação das propostas relacionados com a capacidade técnica do concorrente. Referimo-nos, em concreto, à utilização, para efeitos de avaliação do fator “valia técnica da proposta”, do subfactor relativo à certificação dos concorrentes no domínio do Sistema de Gestão da Qualidade, HSST, Ambiente e Responsabilidade Social.

De facto, tais certificações encontram-se relacionadas com as competências/padrões de qualidade dos concorrentes, constituindo, não um atributo da proposta, mas “situações, qualidades, características ou outros elementos de facto relativos aos concorrentes”, o que contraria o disposto no artigo 75.º, n.º 1 do CCP. Nesse sentido, as referidas certificações integram o conceito de capacidade técnica dos concorrentes e não podem ser utilizadas no critério de adjudicação (para avaliação das propostas).

Caso sejam utilizados, no critério de adjudicação, fatores relativos a certificações dos concorrentes no domínio do Sistema de Gestão da Qualidade, HSST, Ambiente e Responsabilidade Social, as Autoridades de Auditoria

têm vindo a aplicar, consoante os casos e a sua gravidade, uma correção financeira de **25%**, de **10%** ou de **5%** sobre o montante da despesa declarada a cofinanciamento.

5. Utilização de referências a normas/homologações/certificações e a especificações técnicas sem a menção de «ou tipo e/ou equivalente» (artigo 49.º, n.º 2 do CCP)

Uma outra situação que cumpre salientar tem que ver com a fixação de **normas/homologações/certificações e a especificações técnicas** nas peças do procedimento (sobretudo no caderno de encargos – cláusulas gerais e/ou no caderno de encargos - cláusulas técnicas e/ou especiais) **desacompanhadas da expressão «ou equivalente»** (tal sucede, por exemplo, no caso em que são exigidas certificações de conformidade com as normas ISO, normas LNEC e normas portuguesas ("NP")).

Tal situação deve ser evitada pois poderá conduzir a algum tipo de discriminação (na medida em que pode privilegiar uns operadores económicos em detrimento de outros) quando não se encontra previsto nas peças do procedimento, de forma expressa e inequívoca, a possibilidade de os candidatos/concorrentes apresentarem documentos equivalentes para efeitos de garantia da qualidade, podendo ainda provocar um efeito dissuasor à apresentação de propostas.

Nessa medida, recomenda-se que a utilização de tais normas/homologações/certificações e especificações técnicas seja **sempre acompanhada da expressão «ou equivalente»**, deixando-se bem claro no procedimento que a entidade adjudicante autoriza a apresentação de documentos e/ou certificações equivalentes para estes efeitos (salvaguardando-se também desta forma que, em especial no caso de concursos públicos com publicidade internacional, os operadores económicos situados nos outros Estados-membros podem demonstrar as suas valências ao nível dos sistemas de controlo de qualidade).

Caso sejam utilizadas normas/homologações/certificações e especificações técnicas desacompanhadas da expressão «ou equivalente», as Autoridades de Auditoria têm vindo a aplicar, consoante os casos e a sua gravidade, uma correção financeira de **10%** ou de **5%** sobre o montante da despesa apresentada.

6. Exigência de cumprimento de requisitos mínimos no âmbito do procedimento de ajuste direto e no Concurso Público

Importa ainda alertar para o facto de, no quadro jurídico atual, **não pode ser exigido o cumprimento de requisitos mínimos relacionadas com a capacidade técnica do concorrente** (designadamente ao nível de certificados ISO/LNEC e/ou experiência da equipa técnica a afetar à execução do contrato), quer no âmbito do **procedimento de Ajuste Direto**, quer ainda no âmbito do **Concurso Público**, uma vez que o cumprimento de tais requisitos apenas pode ser exigido no **Concurso Limitado por Prévia Qualificação** (cfr. nesse sentido, os artigos 164.º, n.º 1., alíneas. h) e j), e n.º 2, e 165.º, n.º 1, 2 e 3 do CCP), uma vez que tal procedimento é o único que comporta uma fase prévia de qualificação dos candidatos (ver ainda Decisões do Tribunal de Contas – Secção Regional da Madeira – Decisão 1/FP/2012 e Decisão 5/FP/2012).



Assim sendo, caso seja exigido o cumprimento de requisitos mínimos de qualificação dos concorrentes no âmbito de procedimentos de Ajuste Direto e/ou Concurso Público, será aplicada uma correção financeira, consoante os casos, **de 10% ou de 5%** sobre o montante da despesa apresentada.

7. A exigência do cumprimento de requisitos de capacidade técnica na fase de habilitação do adjudicatário

Uma outra situação que importa alertar tem que ver com a impossibilidade de ser exigido nas peças do procedimento o cumprimento de **requisitos mínimos de capacidade técnica** (designadamente no que diz respeito à **experiência** mínima do concorrente e/ou da equipa técnica a afetar à execução do contrato; **certificados ISO/LNEC**) na fase de habilitação do adjudicatário.

É que tais requisitos consubstanciam **exigências que não se relacionam com os requisitos legalmente exigidos para o exercício da atividade** (analisada através dos documentos de habilitação), mas que se relacionam com **requisitos de capacidade técnica**, os quais, ao abrigo do quadro jurídico atual, constante do CCP, apenas podem ser exigidos no âmbito de um Concurso Limitado por Prévia Qualificação, para efeitos de **qualificação prévia dos candidatos** (ver, a este propósito, o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 30.01.2013, proferido no âmbito do processo n.º 993/12).

Nessa medida, para efeitos de comprovação da habilitação do adjudicatário para a execução do contrato apenas podem ser exigidos os **documentos de habilitação a que se refere o disposto no artigo 81.º do CCP**.

Assim, caso sejam exigidos requisitos de capacidade técnica na fase de habilitação do adjudicatário, será aplicada uma correção financeira, consoante os casos e a gravidade da situação, **de 25%, de 10% ou de 5%** sobre o montante da despesa apresentada.

8. Recurso à modalidade de Concurso de Conceção-Construção

Por fim, é ainda importante alertar para o recurso à **modalidade de concurso de conceção-construção**, ao abrigo do artigo 43.º, n.º 3 do Código dos Contratos Públicos (adiante abreviadamente designado de CCP), pois, tendo em conta os meios e conhecimentos acrescidos que exige aos concorrentes, designadamente na área do planeamento e projeto, e ainda pelo facto de o risco por erros e omissões do projeto se transferir para o empreiteiro, tal modalidade de concurso é considerada como limitadora da concorrência.

Assim, tendo presente que o recurso a tal mecanismo só deve ocorrer a **título excecional e desde que devidamente fundamentado** recomenda-se que, sempre que a Entidade Adjudicante considere que os requisitos ínsitos à aplicação de tal normativo se encontram preenchidos, **faça constar da decisão de abertura do procedimento/decisão de contratar a respetiva fundamentação**, que permita à Autoridade de Gestão e a qualquer entidade de auditoria verificar da legalidade da adoção de tal procedimento.

Para esse efeito, a entidade Adjudicante deve demonstrar, de forma inequívoca, **em função das especificidades próprias e concretas de cada um dos procedimentos de contratação submetidos a cofinanciamento** (não servindo, para este efeito a alusão genérica e abstrata a circunstâncias que nada têm que ver com a obra), **em que medida é que o adjudicatário deve assumir**, nos termos do caderno de encargos, **obrigações de resultado** relativas à utilização da obra a realizar (não sendo suficiente, para este efeito, fazer remissões genéricas para determinadas cláusulas do caderno de encargos) **e/ou de que forma a complexidade técnica** do processo construtivo da empreitada a executar requer, em razão da tecnicidade própria dos concorrentes, a especial ligação destes à conceção da obra.

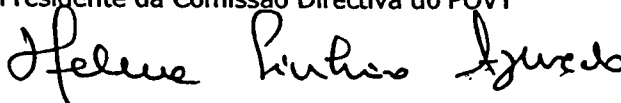
Nessa conformidade, caso não sejam demonstrados, de forma explícita e inequívoca, os requisitos legais referidos, as Autoridades de Auditoria têm vindo a aplicar uma correção financeira de **25%** sobre a despesa apresentada.

Em face do acima exposto e tendo em conta os últimos desenvolvimentos verificados nas auditorias realizadas aos procedimentos de contratação pública submetidos a cofinanciamento do POVT, a Autoridade de Gestão do POVT recomenda que os Beneficiários cumpram escrupulosamente os normativos e as orientações acima identificadas, sob pena de aplicação de correcções financeiras aos procedimentos de contratação em que as situações elencadas se verifiquem.

Por fim, a Autoridade de Gestão do POVT aproveita o presente Ofício Circular para dar a conhecer a todos os Beneficiários e Organismos Intermédios a **Tabela de Correções Financeiras**, aprovada Comissão Europeia, através da Decisão C (2013) 9527 final de 19.12.2013 (cfr. anexo II), a qual, de acordo com as orientações emanadas pela Comissão Europeia, já se encontra em vigor **desde 19 de dezembro de 2013**, existindo um **período transitório** para os casos detetados antes dessa data mas ainda sem decisão definitiva, em que se aplica a regra mais favorável.

Com os melhores cumprimentos,

A Presidente da Comissão Directiva do POVT



Helena Pinheiro de Azevedo



COMISSÃO EUROPEIA

ORIENTAÇÕES PARA A DETERMINAÇÃO DAS CORRECÇÕES FINANCEIRAS A APLICAR ÀS DESPESAS CO-FINANCIADAS PELOS FUNDOS ESTRUTURAIS E PELO FUNDO DE COESÃO EM CASO DE INCUMPRIMENTO DAS REGRAS EM MATÉRIA DE CONTRATOS PÚBLICOS

Esta nota tem por objectivo estabelecer orientações para determinar as correcções financeiras a aplicar às irregularidades detectadas na aplicação dos regulamentos comunitários relativo aos processos de adjudicação de contratos públicos co-financiados pelos Fundos Estruturais e pelo Fundo de Coesão durante os períodos de programação 2000-2006 e 2007-2013.

Quando detectam tais irregularidades durante as auditorias efectuadas, os serviços da Comissão devem determinar os montantes das correcções financeiras aplicáveis. Se, na sequência da proposta de correcção apresentada pela Comissão, o Estado-Membro não aceitar fazer a correcção por si próprio, em conformidade com o n.º 1 do artigo 39.º do Regulamento (CE) n.º 1260/1999 ou com o artigo 98.º do Regulamento (CE) n.º 1083/2006, a correcção é aplicada por uma decisão da Comissão com base no n.º 3 do artigo 39.º do Regulamento (CE) n.º 1260/1999 ou no artigo 99.º do Regulamento (CE) n.º 1083/2006. Estas orientações destinam-se a ajudar os serviços da Comissão a garantir uma abordagem comum no tratamento dos casos de irregularidades.

As autoridades de supervisão dos Estados-Membros podem igualmente detectar irregularidades do mesmo tipo aquando das suas actividades de controlo. Nesse caso, os Estados-Membros são obrigados a efectuar as correcções necessárias em conformidade com o n.º 1 do artigo 39.º do Regulamento (CE) n.º 1260/1999 ou com o artigo 98.º do Regulamento (CE) n.º 1083/2006.

Recomenda-se às autoridades responsáveis nos Estados-Membros que sigam os mesmos critérios e as mesmas tabelas para corrigir as irregularidades detectadas pelos seus serviços aquando dos controlos previstos nos artigos 4.º e 10.º do Regulamento (CE) n.º 438/2001 e nos artigos 60.º, alínea b), e 62.º, n.º 1, alíneas a) e b), do Regulamento(CE) n.º 1083/2006, bem como aquando de outros tipos de controlos, sem prejuízo da possibilidade de aplicar medidas mais restritivas.

As situações incluídas no quadro anexo são os casos mais frequentemente detectados. Outros casos, que não figuram no quadro, serão tratados de acordo com os mesmos princípios. Os montantes e as tabelas fixados têm em conta a regulamentação comunitária pertinente e os documentos de orientação relativos às correcções financeiras, nomeadamente as disposições seguintes:

- Directivas comunitárias relativas à coordenação dos processos de celebração dos contratos públicos seguintes:
 - 92/50/CEE - Contratos públicos de serviços,
 - 93/36/CEE - Contratos públicos de fornecimento,
 - 93/37/CEE – Empreitadas de obras públicas,

- 93/38/CEE – Contratos públicos nos sectores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações
- 98/4/CE que altera a Directiva 93/38/CEE,
- 97/52/CE que altera as Directivas 92/50/CEE, 93/36/CEE e 93/37/CEE,
- 92/13/CEE – Recursos em matéria de contratos de direito público pelas entidades que operam nos sectores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações,
- 89/665/CEE - Recursos em matéria de adjudicação de contratos públicos de fornecimentos e de obras,
- 2004/17/CEE – Contratos públicos nos sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais,
- 2004/18/CEE – Contratos públicos de obras, de fornecimentos e de serviços,
- 2005/51/CE que altera o anexo XX da Directiva 2004/17/CE e o anexo VIII da Directiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho sobre os contratos públicos
- Directiva 2001/78/CE da Comissão, de 13 de Setembro de 2001, sobre a utilização dos formulários-tipo aquando da publicação dos anúncios de concursos públicos,

E ainda:

- Regulamento (CE) n.º 1564/2005 da Comissão, de 7 de Setembro de 2005, que estabelece os formulários-tipo para publicação de anúncios no âmbito dos processos de adjudicação de contratos públicos em conformidade com as Directivas 2004/17/CE e 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho.
- Decisão 2005/15/CE sobre as normas de execução do procedimento previsto no artigo 30.º da Directiva 2004/17 /CE do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos nos sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais.
- As regras e os princípios enunciados no Tratado relativos, nomeadamente, à livre circulação de mercadorias (artigo 28.º do Tratado CE), ao direito de estabelecimento (artigo 43.º), à livre prestação de serviços (artigo 49.º), à não discriminação e à igualdade de tratamento, à transparência, à proporcionalidade e ao reconhecimento mútuo.

O artigo 12º do Regulamento (CE) n.º 1260/1999 prevê que as operações que sejam objecto de financiamento pelos Fundos devem observar o disposto no Tratado e nos actos adoptados por força deste, bem como as políticas e acções comunitárias, incluindo as que se referem à adjudicação de contratos públicos. Disposições idênticas para o período de programação 2007-2013 estão previstas no artigo 9.º, n.ºs 2 e 5, do Regulamento (CE) n.º 1083/2006.

Em conformidade com o artigo 1.º, n.º 2, do Regulamento (CE, Euratom) n.º 2988/95 do Conselho, de 18 de Dezembro de 1995, relativo à protecção dos interesses financeiros das Comunidades Europeias:

«Constitui irregularidade¹ qualquer violação de uma disposição de direito comunitário que resulte de um acto ou omissão de um agente económico que tenha ou possa ter por efeito lesar o orçamento geral das Comunidades ou orçamentos geridos pelas Comunidades, quer pela diminuição ou supressão de receitas provenientes de recursos próprios cobradas directamente por conta das Comunidades, quer por uma despesa indevida».

No que se refere aos Fundos Estruturais, o artigo 39.º, n.º 1, do Regulamento (CE) n.º 1260/99, estipula que «os Estados-Membros efectuarão as correcções financeiras necessárias em relação à irregularidade individual ou sistémica» detectada. As correcções «consistirão numa supressão total ou parcial da participação comunitária». Para o período de programação 2007-2013 estão previstas disposições idênticas no artigo 98.º, n.º 2, do Regulamento (CE) n.º 1083/2006. Em conformidade com o artigo 39.º, n.ºs 2 e 3, se o Estado-Membro não efectuar as correcções financeiras necessárias, a própria Comissão pode decidir proceder às correcções financeiras requeridas, suprimindo total ou parcialmente a participação dos Fundos na intervenção em causa. Ao fixar o montante da correcção, a Comissão atenderá, segundo o princípio da proporcionalidade, à natureza da irregularidade ou da alteração, assim como à importância e às consequências financeiras das falhas verificadas nos sistemas de gestão ou de controlo dos Estados-Membros. Para o período de programação 2007-2013 estão previstas disposições idênticas no artigo 99.º do Regulamento (CE) n.º 1083/2006.

Segundo o artigo 4.º do Regulamento (CE) n.º 448/2001,

«1. O montante das correcções financeiras efectuadas pela Comissão a título do n.º 3 do artigo 39.º do Regulamento (CE) n.º 1260/1999, relativas às irregularidades individuais ou sistémicas, será avaliado, quando possível e praticável, com base em processos individuais e será igual ao montante da despesa erradamente considerada para os fundos, tendo em conta o princípio da proporcionalidade.

2. Quando não for possível ou praticável quantificar com precisão o montante da despesa irregular ou quando for desproporcionado suprimir integralmente a despesa em questão e, por conseguinte, a Comissão fixar correcções financeiras com base na extrapolação ou numa base forfetária, o procedimento será o seguinte:

a) em caso de extrapolação, recorrerá a uma amostra representativa de operações com características homogéneas;

b) no caso de uma base forfetária, apreciará a importância da infracção às regras, bem como a extensão e as consequências financeiras da irregularidade constatada.»

Disposições idênticas foram adoptadas para o Fundo de Coesão para o período de programação 2000-2006 (ver artigo H, n.º 2, do anexo II do Regulamento (CE) n.º 1164/94 e Regulamento (CE)

¹ É necessário notar que uma definição de irregularidade – extraída do artigo 1.º, n.º 2, do Regulamento (CE, Euratom) n.º 2988/95, mas adaptada, por razões de clareza jurídica, ao domínio das políticas estruturais – foi introduzida pelo Regulamento (CE) n.º 2035/2005 da Comissão, de 12 de Dezembro de 2005, que altera o Regulamento (CE) n.º 1681/94 relativo às irregularidades e à recuperação dos montantes pagos indevidamente no âmbito do financiamento das políticas estruturais, assim como à organização de um sistema de informação nesse domínio.

n.º 1386/2002), bem como pelo artigo 99.º do Regulamento (CE) n.º 1083/2006 para os Fundos estruturais e o Fundo de Coesão para o período de programação 2007-2013.

Pela Decisão C/2001/476 da Comissão foram adoptadas orientações que definem os princípios, os critérios e as tabelas indicativas a aplicar pelos serviços da Comissão para a determinação das correcções financeiras previstas no artigo 39.º, n.º 3, do Regulamento (CE) n.º 1260/1999.

Os mesmos princípios foram adoptados, para o Fundo de Coesão, pela Decisão da Comissão C/2002/2871.

De acordo com estes princípios,

«O objectivo das correcções financeiras consiste em estabelecer uma situação em que a totalidade das despesas declaradas para co-financiamento dos Fundos estruturais esteja em conformidade com a regulamentação nacional e comunitária aplicável.»

«O montante da correcção será estabelecido, sempre que possível, com base em processos individuais e será igual ao montante das despesas indevidamente imputadas aos Fundos nos casos em questão. No entanto, nem sempre é possível ou viável efectuar correcções quantificadas em termos de operações individuais ou, por vezes, pode ser desproporcionado anular a totalidade da despesa em causa. Nesses casos, a Comissão tem de determinar as correcções com base numa extrapolação ou em taxas forfetárias.»

Além disso, de acordo com as orientações:

"Quando as correcções financeiras não são quantificáveis, devido a dependerem de demasiadas variáveis ou a terem efeitos difusos, devem ser aplicadas correcções forfetárias.

As correcções forfetárias são determinadas em função da gravidade da infracção determinada e das implicações financeiras da irregularidade."

Os montantes e a tabela das correcções financeiras definidos no quadro anexo são aplicados aos casos individuais detectados com irregularidades por não conformidade com as regras dos contratos públicos. Quando são detectadas irregularidades sistémicas ou repetidas na aplicação das regras dos contratos públicos, podem ser aplicadas correcções financeiras forfetárias e/ou por extrapolação (na acepção do artigo 4.º do Regulamento n.º 448/2001 ou do artigo 99.º do Regulamento (CE) n.º 1083/2006) à totalidade das operações e/ou dos programas afectados pelas irregularidades.

Os montantes e a tabela das correcções financeiras definidos no quadro anexo poderão ser aumentados, no caso de serem apresentados à Comissão pedidos de pagamentos irregulares após a data em que esta tenha informado explicitamente o Estado-Membro, mediante parecer fundamentado adoptado com base no artigo 226.º do Tratado, de uma infracção à regulamentação sobre os contratos públicos.

1. CONTRATOS SUJEITOS ÀS DIRECTIVAS COMUNITÁRIAS SOBRE OS CONTRATOS PÚBLICOS

N.º	Irregularidade		Correcção recomendada
1	Incumprimento dos procedimentos em matéria de publicidade	O contrato foi adjudicado sem respeitar as disposições das directivas comunitárias sobre os contratos públicos em matéria de publicidade, com excepção dos casos adiante referidos no n.º 2. Trata-se de um incumprimento flagrante de uma das condições do co-financiamento comunitário.	100% do montante do contrato posto em causa (Nota n.º 1)
2	Incumprimento dos procedimentos em matéria de publicidade	O contrato foi adjudicado sem respeitar as directivas comunitárias sobre os contratos públicos em matéria de publicidade, mas teve um grau de publicidade que permitia aos operadores económicos situados no território de outro Estado-Membro ter acesso ao contrato em causa.	25% do montante do contrato posto em causa
3	Contratos adjudicados sem concurso sem haver uma urgência imperiosa resultante de acontecimentos imprevisíveis ou, para obras e serviços adicionais,	O contrato principal foi adjudicado respeitando as directivas comunitárias sobre os contratos públicos, seguindo-se-lhe um ou vários contratos adicionais (formalizado(s) ou não por escrito) adjudicado(s) sem respeitar as disposições das directivas relativas aos contratos públicos, nomeadamente as relativas ao recurso ao processo por negociação sem publicação de um anúncio de concurso devido a uma urgência imperiosa resultante de acontecimentos imprevisíveis ou para a adjudicação de fornecimentos, trabalhos ou serviços complementares.	100% do montante do(s) contrato(s) posto(s) em causa. Se o total dos contratos adicionais (formalizados ou não por escrito) adjudicados sem respeitar as disposições das directivas relativas aos contratos públicos não ultrapassar os limiares das

N.º	Irregularidade		Correcção recomendada (Nota n.º 1)
	na ausência de uma circunstância imprevista. (Nota n.º 2)		directivas nem 50% do montante do contrato principal, o montante da correcção pode ser reduzido a 25%.
4	Trabalhos ou serviços adicionais superiores ao limite das directivas, efectuados em circunstâncias imprevistas. (Nota n.º 2)	<p>O contrato principal foi adjudicado respeitando as disposições das directivas comunitárias, mas foi seguido de um ou vários contratos adicionais ultrapassando em mais de 50% o montante do contrato inicial.</p> <p>Os trabalhos adicionais não constituem, em si, uma obra distinta, na acepção do artigo 1.º, alínea c), da Directiva 93/37, ou do artigo 1.º, número 2, alíneas a) e b), da Directiva 2004/18, ou um serviço distinto, na acepção do artigo 1.º, alínea a), da Directiva 92/50 ou do artigo 1.º, número 2, alíneas a) e b), da Directiva 2004/18.</p> <p>Se os trabalhos ou serviços adicionais ultrapassarem os limiares das directivas e constituírem por si próprios uma obra ou serviço distinto, é necessário levar em conta o valor global constituído pela totalidade dos trabalhos ou dos serviços adicionais, com vista à aplicação das directivas relativas aos contratos públicos.</p> <p>Quando os trabalhos ou os serviços adicionais constituem uma obra ou serviço distinto ultrapassando os limiares das directivas, é aplicável o n.º 1 supra.</p> <p>Quando os trabalhos ou os serviços adicionais constituem uma obra ou serviço distinto, mas não ultrapassam os limiares das directivas, é aplicável o n.º 21 infra.</p>	100% do montante que ultrapassa 50% do contrato inicial

N.º	Irregularidade		Correcção recomendada (Nota n.º 1)
5	Ausência de menção do conjunto dos critérios de selecção e de adjudicação no caderno de encargos ou no anúncio de concurso	O contrato foi adjudicado respeitando as regras de publicidade das directivas relativas aos contratos públicos, mas o caderno de encargos ou o anúncio de concurso não mencionam todos os critérios de selecção e/ou de adjudicação, ou estes não estão suficientemente descritos.	25% do montante do contrato. Este montante pode ser reduzido a 10% ou a 5%, em função da gravidade.
6	Aplicação de critérios de adjudicação ilegais	O contrato foi feito com a aplicação de critérios de adjudicação ilegais (por exemplo: utilização de um critério de selecção para a adjudicação do contrato, incumprimento dos critérios definidos pela entidade adjudicante no anúncio de concurso ou no caderno de encargos ou aplicação incorrecta e/ou discriminatória dos critérios de adjudicação).	25% do montante do contrato. Este montante pode ser reduzido a 10% ou a 5%, em função da gravidade.
7	Critérios de selecção e/ou de adjudicação ilegais fixados no processo de concurso	Casos em que certos operadores possam ter sido dissuadidos de apresentar uma proposta devido a restrições ilegais fixadas no concurso ou no caderno de encargos correspondente (por exemplo, a obrigação de ter já um estabelecimento ou um representante no país ou na região, assim como a fixação de normas técnicas demasiado específicas que privilegiem um único operador ou o facto de ter uma experiência na região, etc.).	25% do montante do contrato (Uma correcção financeira de 100% do montante do contrato pode ser aplicada nos casos mais graves em que haja a intenção deliberada de excluir certos candidatos.)

N.º	Irregularidade		Correcção recomendada (Nota n.º 1)
8	Definição insuficiente ou discriminatória do objecto do concurso	O caderno de encargos ou o anúncio de concurso contém uma descrição discriminatória ou insuficiente (para permitir aos candidatos determinar o objecto do concurso e às entidades adjudicantes adjudicar o contrato).	25% do montante do contrato. Este montante pode ser reduzido a 10% ou a 5%, em função da gravidade.
9	Negociação durante o processo de adjudicação	O contrato foi adjudicado por concurso público ou limitado, mas a entidade adjudicante negocia com os candidatos durante o processo de adjudicação, exceptuando os casos onde as negociações tenham tido por único objectivo clarificar ou completar o conteúdo das suas propostas ou precisar as obrigações das autoridades contratantes.	25% do montante do contrato. Este montante pode ser reduzido a 10% ou a 5%, em função da gravidade.
10	Diminuição do objecto físico contratual (Nota n.º 2)	O contrato foi feito respeitando as directivas sobre os contratos públicos, mas seguido de uma diminuição do objecto físico contratual sem redução proporcional do montante do contrato. (Esta correcção é aplicável mesmo nos casos em que o montante da redução for utilizado para realizar outros trabalhos.)	Montante que representa a redução do objecto físico Mais 25% do montante do objecto físico final
11	Diminuição do objecto físico contratual (Nota n.º 2)	O contrato foi feito respeitando as directivas sobre os contratos públicos, mas seguido de uma diminuição do objecto físico contratual com redução proporcional, já efectuada, do montante do contrato. (Esta correcção é aplicável mesmo nos casos em que o montante da redução for	25% do montante do objecto físico final

N.º	Irregularidade	Correcção recomendada (Nota n.º 1)
12	<p>Má aplicação de certos elementos auxiliares</p>	<p>utilizado para realizar contratos complementares irregulares.)</p> <p>O contrato foi efectuado respeitando as disposições das directivas relativas aos contratos públicos, mas não respeitando certos elementos não fundamentais, como a publicação do anúncio de adjudicação do contrato.</p> <p>Nota: Se este tipo de irregularidade tiver apenas um carácter formal sem potencial incidência financeira, não será aplicada qualquer correcção.</p>
		<p>2%, 5% ou 10% do montante do contrato, conforme a gravidade da irregularidade e/ou no caso em que esta irregularidade seja prequente.</p>

2. CONTRATOS NÃO ABRANGIDOS, OU APENAS PARCIALMENTE, PELAS DIRECTIVAS COMUNITÁRIAS RELATIVAS AOS CONTRATOS PÚBLICOS

(CONTRATOS PÚBLICOS CUJO MONTANTE É INFERIOR AOS LIMIARES DE APLICAÇÃO DAS DIRECTIVAS COMUNITÁRIAS E

CONTRATOS PÚBLICOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS REFERIDOS NO ANEXO I B DA DIRECTIVA 92/50/CEE, ANEXO XVI B DA DIRECTIVA 93/38/CEE, DE ANEXO II B DA DIRECTIVA 2004/18/CE E ANEXO XVII B DA DIRECTIVA 2004/17/CE)

O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE) confirmou, na sua jurisprudência, que as regras e princípios do Tratado se aplicam também aos contratos públicos não abrangidos pelo âmbito de aplicação das directivas relativas aos contratos públicos.

Ao celebrarem contratos públicos abrangidos pelo âmbito de aplicação do Tratado, as entidades adjudicantes dos Estados-Membros são obrigadas a respeitar as regras e princípios do Tratado CE. Estes princípios incluem a livre circulação de mercadorias (artigo 28.º do Tratado CE), o direito de estabelecimento (artigo 43.º), a livre prestação de serviços (artigo 49.º) e os princípios da não-discriminação e da igualdade de tratamento, da transparência, da proporcionalidade e do reconhecimento mútuo. *(Comunicação interpretativa da Comissão n.º 2006/C 179/02 sobre o direito comunitário aplicável à adjudicação de contratos não abrangidos, ou apenas parcialmente, pelas directivas comunitárias relativas aos contratos públicos)*

Segundo a jurisprudência do TJCE, os princípios de igualdade de tratamento e de não-discriminação baseada na nacionalidade implicam uma obrigação de transparência que «consiste em garantir, a favor de todos os potenciais concorrentes, um grau de publicidade adequado para garantir a abertura à concorrência dos contratos de serviços, bem como o controlo da imparcialidade dos processos de adjudicação». *(Comunicação interpretativa da Comissão n.º 2006/C 179/02 sobre o direito comunitário aplicável à adjudicação de contratos não abrangidos, ou apenas parcialmente, pelas directivas comunitárias relativas aos contratos públicos)*

O incumprimento destas regras e princípios representa riscos para os Fundos comunitários. Devem, por conseguinte, ser aplicadas correcções financeiras às irregularidades detectadas nos contratos não abrangidos, ou apenas parcialmente, pelas directivas comunitárias. A tabela a aplicar em função do tipo de irregularidade é a seguinte:

N.º	Irregularidade	Irregularidade	Correcção recomendada
21	Incumprimento de um grau adequado de publicidade e de transparência (Nota n.º 3)	Contrato adjudicado sem um concurso adequado, o que implica incumprimento do princípio da transparência.	25% do montante do contrato
22	Contratos adjudicados sem concurso no caso de não existir urgência imperiosa resultante de acontecimentos imprevisíveis Ou, para obras ou serviços adicionais, na ausência de circunstâncias imprevisíveis. (Nota n.º 2)	O contrato principal foi adjudicado após um concurso adequado, seguido de um ou vários contratos adicionais (formalizado(s) ou não por escrito) adjudicados sem um concurso adequado, nomeadamente sem haver uma urgência imperiosa resultante de acontecimentos imprevisíveis ou (no caso de contratos de obras ou serviços) de circunstâncias imprevisíveis que justifiquem tais contratos.	25% do montante do(s) contrato(s) adjudicado(s) sem concurso
23	Aplicação de critérios de selecção e/ou de adjudicação ilegais	Aplicação de critérios ilegais, dissuasivos para certos candidatos, devido a restrições ilegais estabelecidas no processo de concurso (por exemplo: a obrigação de ter um estabelecimento ou um representante no país ou na região, assim como o estabelecimento de normas técnicas demasiado específicas que privilegiem um único operador).	10% do montante do contrato. Este montante pode ser reduzido a 5%, em função da gravidade.

24	<p>Violação do princípio da igualdade de tratamento</p>	<p>Contratos adjudicados respeitando as regras de publicidade, mas cujo processo de adjudicação viola o princípio da igualdade de tratamento entre os operadores (por exemplo, se a entidade adjudicante escolheu de maneira arbitrária os candidatos com quem negocia ou se reserva um tratamento privilegiado a um dos candidatos convidados para a negociação).</p>	<p>10% do montante do contrato. Este montante pode ser reduzido a 5%, em função da gravidade.</p>
----	--	--	--

Nota n.º 1: O montante da correção financeira é calculado em função do montante declarado à Comissão relativo ao contrato afectado pela irregularidade. A percentagem da tabela adequada aplica-se ao montante das despesas declaradas à Comissão para o contrato em questão. Exemplo prático: O montante das despesas declaradas à Comissão para um contrato de obras celebrado com a aplicação de critérios de adjudicação ilegais é de € 10.000.000. A taxa de correção aplicável é de 25%, de acordo com a tabela n.º 6. O montante a deduzir da declaração de despesas à Comissão é de € 2.500.000. Consequentemente, o co-financiamento comunitário é reduzido em função da taxa de co-financiamento da medida ao abrigo da qual o contrato em questão foi financiado.

Nota n.º 2) Na aplicação destas orientações para a determinação de correções financeiras devido a não conformidade com a regulamentação relativa aos contratos públicos, pode ser aplicado um grau limitado de flexibilidade às modificações do contrato após a sua adjudicação, desde que (1) a autoridade contratante não altere a economia geral do convite à apresentação de propostas ou do caderno de encargos, modificando um elemento essencial do contrato adjudicado, (2) as modificações não tivessem tido, se incluídas no convite à apresentação de propostas ou no caderno de encargos, um impacto substancial nas propostas recebidas. Os elementos essenciais da adjudicação do contrato dizem respeito, nomeadamente, ao valor do contrato, à natureza dos trabalhos, ao prazo de execução, às condições de pagamento e aos materiais utilizados. É sempre necessário fazer uma análise numa base casuística.

Nota n.º 3) O conceito de "grau de publicidade adequado" deve ser interpretado à luz da Comunicação interpretativa da Comissão n.º 2006/C 179/02 sobre o direito comunitário aplicável à adjudicação de contratos não abrangidos, ou apenas parcialmente, pelas directivas comunitárias relativas aos contratos públicos, nomeadamente:

- a) Os princípios de igualdade de tratamento e de não-discriminação implicam uma **obrigação de transparência** que consiste em garantir, a favor de todos os potenciais concorrentes, um grau de publicidade adequado para garantir a abertura do contrato à concorrência. A obrigação de transparência exige que uma empresa localizada noutra Estado-Membro possa ter acesso às informações adequadas relativas ao contrato antes de este ser adjudicado, por forma a que, se essa empresa o desejar, possa manifestar o seu interesse na obtenção desse contrato.
- b) Em certos casos, devido a circunstâncias particulares, como, por exemplo, um volume económico muito reduzido, a adjudicação de um dado contrato não apresentaria qualquer interesse para os operadores económicos situados em outros Estados-Membros. Nesse caso, os efeitos sobre as liberdades fundamentais deveriam ser considerados como demasiado aleatórios e demasiado indirectos para justificar a aplicação de normas derivadas do direito comunitário primário e, por conseguinte, não há motivo para correções financeiras. Compete a cada entidade adjudicante determinar se a adjudicação de contrato prevista apresenta ou não um interesse potencial para os operadores económicos situados em outros Estados-Membros. Do ponto de vista da Comissão, a decisão tem de se fundamentar numa **avaliação das circunstâncias específicas de cada caso**, como sejam o objecto do contrato, o seu valor, as particularidades do sector em questão (dimensão e estrutura do mercado, das práticas comerciais, etc.) e também da localização geográfica do lugar de execução.



EUROPEAN
COMMISSION

Brussels, 19.12.2013
C(2013) 9527 final

COMMISSION DECISION

of 19.12.2013

on the setting out and approval of the guidelines for determining financial corrections to be made by the Commission to expenditure financed by the Union under shared management, for non-compliance with the rules on public procurement

COMMISSION DECISION

of 19.12.2013

on the setting out and approval of the guidelines for determining financial corrections to be made by the Commission to expenditure financed by the Union under shared management, for non-compliance with the rules on public procurement

THE EUROPEAN COMMISSION,

Having regard to the Treaty on the Functioning of the European Union,

Whereas:

- (1) The purpose of these guidelines is to provide guidance to the relevant Commission services on the principles, criteria and scales that should be applied in respect of financial corrections made by the Commission concerning expenditure financed by the Union under shared management, for non-compliance with the applicable rules on public procurement, as specified in the guidelines.
- (2) In accordance with Article 80(4) of the Regulation (EU, EURATOM) No 966/2012 of the European Parliament and of the Council of 25 October 2012 on the financial rules applicable to the general budget of the Union¹, the Commission is required to: (i) make financial corrections on Member States in order to exclude from Union financing expenditure incurred in breach of applicable law; (ii) base its financial corrections on the identification of amounts unduly spent, and the financial implications for the budget and, where such amounts cannot be identified precisely, the Commission may apply extrapolated or flat-rate corrections in accordance with the sector-specific rules; (iii) when deciding on the amount of a financial correction, take account of the nature and gravity of the breach of applicable law and the financial implications for the budget, including the case of deficiencies in management and control systems.
- (3) In accordance with Articles 99 and 100 of Council Regulation (EC) N° 1083/2006 of 11 July 2006, laying down general provisions on the European Regional Development Fund, the European Social Fund and the Cohesion Fund², the Commission may make financial corrections by cancelling all or part of the contribution made by the Union to an operational programme. Similar provisions exist in other sector-specific rules, namely Articles 97 and 98 of Council Regulation (EC) N° 1198/2006 of 27 July 2006 laying down general provisions on the European Fisheries Fund³, Article 44 of Council Decision 2007/435/EC of 25 June 2007 establishing the European Fund for the Integration of third-country nationals for the period 2007 to 2013 as part of the General Programme 'Solidarity and Management of Migration Flows'⁴, Article 46 of Decision 573/2007/EC of 23 May 2007 of the European Parliament and the Council establishing the European Refugee Fund (ERF III) for the period 2008 to 2013 as part of the General Programme 'Solidarity and Management of Migration Flows'⁵, Article

¹ OJ L 298, 26.10.2012, p. 1-96.

² OJ L 210, 31.7.2006, p. 25-78.

³ OJ L 223, 15.8.2006, p. 1-44.

⁴ OJ L 168, 28.6.2007, p. 18-36.

⁵ OJ L 144, 6.6.2007, p. 1-21.

48 of Decision 574/2007/EC of 23 May 2007 of the European Parliament and the Council establishing the External Borders Fund for the period 2007 to 2013 as part of the General Programme 'Solidarity and Management of Migration Flows'⁶, Article 46 of Decision 575/2007/EC of the European Parliament and the Council establishing the European Return Fund for the period 2008 to 2013 as part of the General Programme 'Solidarity and Management of Migration Flows'⁷ and Article 31 of Council Regulation (EC) No 1290/2005 of 21 June 2005 on the Financing of the Common Agricultural Policy⁸. As for the European Union Solidarity Fund, Article 80(4) of the Regulation (EU, EURATOM) No 966/2012 of the European Parliament and of the Council of 25 October 2012 on the financial rules applicable to the general budget of the Union⁹ is also applicable, in line with Article 5(3) of the Council Regulation (EC) No 2012/2002 of 11 November 2002 establishing the Fund¹⁰.

- (4) These guidelines will be applicable to all shared management Funds included in the multiannual financial framework 2014-2020, including those not constituting continuation of the existing Funds such as the instrument for financial support for police cooperation, preventing and combating crime, and crisis management within the Internal Security Fund.
- (5) These guidelines are an update of the guidelines on financial corrections for non-compliance with public procurement rules for programming periods 2000-2006 and 2007-2013¹¹. These updated guidelines reflect the experience drawn from the application of the previous guidelines and intends to bring clarification on the level of corrections to be applied in line with the principle of proportionality and taking into account the case-law of the Court of Justice of the European Union. These guidelines contribute also to address the European Parliament 2010 discharge recommendation to harmonise the treatment of public procurement errors for the following policy areas: Agriculture and Natural Resources, Cohesion, Energy and Transport and to promote an increased harmonisation of European Court of Auditors' and Commission's quantification of irregularities in public procurement.
- (6) These guidelines should be used by the Commission to ensure equal treatment between Member States, transparency and proportionality when applying financial corrections in relation to expenditure financed by the Union. The purpose of financial corrections is to restore a situation where all of the expenditure declared for financing by the Union is legal and regular, in line with the applicable national and Union rules.

⁶ OJ L 144, 6.6.2007, p. 22-44.

⁷ OJ L 144, 6.6.2007, p. 45-65.

⁸ OJ L 209, 11.8.2005, p. 1-25.

⁹ OJ L 298, 26.10.2012, p. 1-96.

¹⁰ OJ L 311, 14.11.2002, p. 3-8.

¹¹ Ref. COCOF 07/0037/03-EN of 29/11/2007 applicable to the European Regional Development Fund, Cohesion Fund and European Social Fund; Ref. EFFC/24/2008 of 1/4/2008, applicable to European Fisheries Fund; and "SOLID/2011/31 REV" of 11/01/2012, i.e. the guidelines for the financial corrections to be applied for irregularities in the application of the Union regulations on public procurement to contracts co-financed by the four Funds of the General Programme "Solidarity and Management of Migration Flows" during the programming period 2007-2013.

HAS DECIDED AS FOLLOWS:

Article 1

This Decision sets out in the Annex the guidelines for determining financial corrections to be made to expenditure financed by the Union under shared management for the programming periods 2007-2013 and 2014-2020, for non-compliance with the rules on public procurement.

Article 2

The guidelines set out in the Annex replace the guidelines on financial corrections for non-compliance with public procurement rules for programming periods 2000-2006 and 2007-2013, as specified above in recital 5.

The guidelines set out in the Annex shall be applied by the Commission when making financial corrections related to irregularities detected after the date of adoption of this Decision.

Done at Brussels, 19.12.2013

For the Commission
Johannes HAHN
Member of the Commission

EN

ANNEX

Guidelines

**for determining financial corrections to be made to expenditure financed by the Union
under shared management, for non-compliance with the rules on public procurement**

Table of Contents

1.	Introduction	4
1.1.	Purpose and scope of the guidelines	4
1.2.	Legal basis and reference documents	5
1.2.1.	<i>Guidelines on financial corrections</i>	6
1.2.2.	<i>Union law applicable to contract awards not (or not fully) subject to the Public Procurement Directives</i>	6
1.3.	Criteria to consider when deciding which rate of correction to apply	7
2.	Main types of irregularities and corresponding rates of financial corrections	9
2.1.	Contract notice and tender specifications	9
2.2.	Evaluation of tenders	15
2.3.	Contract implementation	18

1. Introduction

1.1. Purpose and scope of the guidelines

Guidelines for the financial corrections should be applied primarily in the case of irregularities which constitute breaches of public procurement rules applicable to contracts financed from the Union budget and subject to the shared management method. These public procurement rules are laid out in the Directives on public procurement as specified in section 1.2 (hereinafter - the 'Directives') and in the relevant national law.

The rates of corrections provided in section 2 are also applicable to contracts not (or not fully) subject to the Directives¹. The range of rates between 5% and 100% established in section 2 are the same as the ones set out in the Commission Decision of 19 October 2011 on the approval of guidelines on the principles, criteria and indicative scales to be applied in respect of financial corrections made by the Commission under Articles 99 and 100 of Council Regulation (EC) No 1083/2006¹ (hereafter – the "Decision on financial corrections"). For Articles 97 and 98 of Council Regulation (EC) N°1198/2006 of 27 July 2006, the same range of rates of correction was reproduced, *mutatis mutandis*, in the "Guidelines on financial corrections principles, criteria and indicative scales to be applied in respect of financial corrections made by the Commission under Council Regulation (EC) No 1198/2006", applicable to the European Fisheries Fund (hereafter - the "EFF guidelines"). For Article 44 of Council Decision 2007/435/EC of 25 June 2007, Article 46 of Decision No 573/2007/EC of the European Parliament and of the Council of 23 May 2007, Article 48 of Decision No 574/2007/EC of the European Parliament and of the Council of 23 May 2007 and Article 46 of Decision No 575/2007/EC of the European Parliament and of the Council of 23 May 2007, a similar approach was also applied with the Commission Decision C(2011)9771 of 22 December 2011 on the approval of guidelines on the principles, criteria and indicative scales to be applied in respect of financial corrections made by the Commission under the four Funds of the General Programme "Solidarity and Management of Migration Flows" (hereafter "the IF, ERFIII, EBF and RF Decision on financial corrections").

These guidelines replace and update the previous guidelines on the same subject (see recital 5 of this Decision). The updated guidelines reflect the experience drawn from the application of the previous guidelines and intends to bring clarification on the level of corrections to be applied in line with the principle of proportionality and taking into account the relevant case-law. The main differences compared to previous guidance are: 1) clarification on the level of corrections to be applied for some cases, introducing clearer criteria; 2) inclusion of further irregularities not specified in previous guidance but corresponding to cases where irregularities were detected during Union audits and for which financial corrections have been made; 3) harmonization of the level of corrections covering contracts subject to Directives and to Treaty principles. Furthermore, the scope of the guidelines has been widened as the new guidelines apply also to other expenditure than that of the Structural Funds or the Cohesion Fund.

These guidelines should be applied when making financial corrections related to irregularities detected after the date of their adoption. In relation to audit findings and financial corrections of

¹ C(2011) 7321 final.

the Structural Funds, Cohesion Fund, EFF and the four Funds of the General Programme "Solidarity and Management of Migration Flows" for which the contradictory procedure with the Member State is on-going as at the date of adoption of these guidelines, the Commission will apply the previous existing guidelines (mentioned in recital 5 of this Decision) or these guidelines, ensuring that the rate of correction is the one more favourable to the Member State.

These guidelines also address the need to correct tender evaluations affected by conflicts of interests in respect of which a specific type of irregularity is introduced in section 2 (see irregularity n° 21).

These guidelines also contribute to address the European Parliament 2010 discharge recommendation to harmonise the treatment of public procurement errors for the following policy areas: Agriculture and Natural Resources, Cohesion, Energy and Transport and to promote an increased harmonisation of the European Court of Auditors' and the Commission's quantification of irregularities in public procurement. The Commission will invite the European Court of Auditors to apply these guidelines in the context of their audit work, in order to address the above-mentioned European Parliament's recommendation.

The types of irregularities described in section 2 are the most frequently found types of irregularities. Other irregularities not indicated in that section should be dealt with in accordance with the principle of proportionality and, where possible, by analogy to the types of irregularities identified in these guidelines.

Where the Commission detects irregularities related to the non-compliance with public procurement rules, it determines the amount of the financial correction applicable in accordance with these guidelines. The amount of the financial correction is calculated in view of the expenditure amount declared to the Commission and related to the contract (or part of it) affected by the irregularity. The percentage of the suitable scale applies to the amount of the affected expenditure declared to the Commission for the contract in question. The same correction rate should be applied also to any future expenditure related to the same affected contract, before such expenditure is certified to the Commission. Practical example: The amount of the expenditure declared to the Commission for a works contract concluded after the application of illegal criteria is EUR 10 000 000. If the applicable correction rate is 25%, the amount to be deducted from the expenditure statement to the Commission is EUR 2 500 000. Accordingly, the Union financing is reduced on the basis of the relevant financing rate. If afterwards the national authorities intend to declare further expenditure concerning the same contract and affected by the same irregularity, that expenditure should be subject to the same correction rate. In the end, the entire value of the payments related to the contract are corrected on the basis of the same correction rate.

The Member States also detect irregularitiesⁱⁱ; in such event, they are required to make the necessary corrections. The competent authorities in the Member States are recommended to apply the same criteria and rates when correcting irregularities detected by their own services, unless they apply stricter standards.

1.2. Legal basis and reference documents

These guidelines take into account Article 80(4) of the Regulation (EU, EURATOM) No 966/2012 on the financial rules applicable to the general budget of the Union, sector-specific rules applicable to the Union co-financing subject to the shared management method, the Directivesⁱⁱⁱ,

and the reference documents specified in sections 1.2.1 and 1.2.2, namely the Decision on financial corrections, the EFF guidelines and the Commission interpretative communication n° 2006/C 179/02 on the "Community law applicable to contract awards not (or not fully) subject to the provisions of the Public Procurement Directives".

In section 2, reference is made to Directive 2004/17/EC of the European Parliament and of the Council of 31 March 2004 coordinating the procurement procedures of entities operating in the water, energy, transport and postal services sectors² and Directive 2004/18/EC of the European Parliament and of the Council of 31 March 2004 on the coordination of procedures for the award of public works contracts, public supply contracts and public service contracts³. If a public procurement procedure or contract is governed by a prior or subsequent Directive, the correction will be made in line with section 2, where possible, or by analogy to the cases described in that section. Furthermore, the various national public procurement provisions transposing the mentioned Directives should also be considered as a reference when analysing the irregularities at stake.

1.2.1. Guidelines on financial corrections

The Decision on financial corrections applies to the programming period 2007-2013^{iv} and sets out the general framework and the scales of flat-rate financial corrections applied by the Commission under shared management method for the European Regional Development Fund, the European Social Fund and the Cohesion Fund. The EFF guidelines also reflect the same approach set out in the Decision on financial corrections. The present guidelines follow the same reasoning and scale of corrections. The IF, ERFIII, EBF and RF Decision on financial corrections reflects this approach in regard to the four Funds of the General Programme "Solidarity and Management of Migration Flows". The document VI/5330/97 fixes the Guidelines for the calculation of financial consequences when preparing the decision regarding the Clearance of the Accounts of EAGGF Guarantee.

1.2.2. Union law applicable to contract awards not (or not fully) subject to the Public Procurement Directives

As set out in Commission interpretative communication No 2006/C 179/02 on the Community law applicable to contract awards not (or not fully) subject to the provisions of the Public Procurement Directives (hereinafter "the interpretative communication"), the Court of Justice of the European Union has confirmed that "the rules and the principles of the EC Treaty apply also to contracts that fall outside the scope of the Directives".

According to points 1.1 and 1.2 of the interpretative communication, contracting entities from Member States have to comply with the rules and principles of the Treaty on the Functioning of the European Union whenever they conclude public contracts falling into the scope of the Treaty. These principles include the free movement of goods (Article 34 TFEU), the right of establishment (Article 49 TFEU), the freedom to provide services (Article 56 TFEU), non-discrimination and equal treatment, transparency, proportionality and mutual recognition."

The Court of Justice has developed a set of basic standards for the award of public contracts which are derived directly from the rules and principles of the EC Treaty. The principles of equal

² OJ L 134, 30.4.2004, p. 1-113.

³ OJ L 134, 30.4.2004, p. 114-240.

treatment and non-discrimination on grounds of nationality imply an obligation of transparency. This obligation, according to the case-law of the Court of Justice^v, "consists in ensuring, for the benefit of any potential tenderer, a degree of advertising sufficient to enable the services market to be opened up to competition and the impartiality of the procedures to be reviewed".

The concept of "sufficient degree of advertising"^{vi} must be interpreted in the light of the principles enshrined in the Treaty, as interpreted by the Court of Justice and summed up in the interpretative communication.

In light of judgments of the Court of Justice in cases C-412/04⁴, joined cases C-147/06 and C-148/06⁵, and C-507/03⁶, within the context of an infringement procedure, when claiming non-compliance with the rules and principles of the Treaty "it is for the Commission to establish that"

- notwithstanding the fact that a contract is not (or not fully) subject to the provisions of the Directives, the contract at stake "was of certain interest to an undertaking located in a different Member State to that of the relevant contracting authority, and

- that that undertaking was unable to express its interest in that contract because it did not have access to adequate information before the contract was awarded"^{vii}.

According to paragraph 34 of the judgment in Case C-507/03, "a mere statement by [the Commission] (...) that a complaint was made to it in relation to the contract in question is not sufficient to establish that the contract was of certain cross-border interest and that there was therefore a failure to fulfil obligations".

In this context, when detecting cases of apparent non-respect of principles of transparency and non-discrimination in contracts not (or not fully) subject to the provisions of the Directives, there is a need to determine whether there are elements that would substantiate cross-border interest, including the following:

- the subject-matter of the contract,
- its estimated value, the specifics of the sector concerned (size and structure of the market, commercial practices, etc.),
- the geographic location of the place of performance,
- evidence of tenders from other Member States or expressed interest by companies from a different Member State.

Regardless of the existence of a certain cross-border interest^{viii} in relation to a given contract not (or not fully) subject to the provisions of the Directives, there is a need to examine whether the expenditure declared for that contract complies with the national rules on public procurement.

If cross-border interest exists or there is non-compliance with national legislation, the Commission may propose the application of a financial correction based on the criteria

⁴ *Commission v. Italy* [2008] ECR I-619.

⁵ *SECAP SpA and Santorso Soc. V. Comune di Torino* [2008] ECR I-3565.

⁶ *Commission v. Ireland* [2007] ECR I-9777.

established below in section 1.3 and on the scales of corrections defined in section 2. When assessing the cases of non-compliance with national public procurement law the Commission shall take into consideration the national interpretative rules by the competent national authorities.

1.3. Criteria to consider when deciding which rate of correction to apply

These guidelines set out a range of corrections of 5%, 10%, 25% and 100% that are applied to the expenditure of a contract. They take into account the seriousness of the irregularity and the principle of proportionality. These rates of corrections are applied when it is not possible to quantify precisely the financial implications for the contract in question.

The seriousness of an irregularity related to non-compliance with the rules on public procurement and the related financial impact to the Union budget is assessed taking into account the following factors: level of competition, transparency and equal treatment. When the non-compliance at stake has a deterrent effect to potential tenderers or when the non-compliance leads to the award of a contract to a tender other than the one that should have been awarded, this is a strong indicator that the irregularity is serious.

When the irregularity is only of a formal nature without any actual or potential financial impact, no correction will be made.

Where a number of irregularities are detected in the same tender procedure, the rates of correction are not cumulated, the most serious irregularity being taken as an indication to decide the rate of correction (5 %, 10%, 25% or 100%).

After a correction of a certain type of irregularities has been implemented and the Member State does not take the appropriate corrective measures in regard to other tender procedures affected by the same type of irregularities, the rates of financial corrections may be increased to a higher level of correction (i.e. 10%, 25% or 100%).

A financial correction of 100% may be applied in the most serious cases when the irregularity favours certain tenderer(s)/ candidate(s) or where the irregularity relates to fraud, as established by a competent judicial or administrative body.

2. MAIN TYPES OF IRREGULARITIES AND CORRESPONDING RATES OF FINANCIAL CORRECTIONS

2.1. Contract notice and tender specifications

No	Type of irregularity	Applicable law / reference document	Description of the irregularity	Rate of correction
1.	Lack of publication of contract notice.	Articles 35 and 58 of Directive 2004/18/EC Article 42 of Directive 2004/17/EC Section 2.1 of the Commission interpretative communication n° 2006/C 179/02	The contract notice was not published in accordance with the relevant rules (e.g. publication in the Official Journal of the European Union (OJEU) where this is required by the Directives ^{ix}).	100% 25% if publication of a contract notice(s) is required by the Directives and the contract notice(s) was(not published in the OJEU but it was published in a way that ensures that an undertaking located in another Member State has access to appropriate information regarding the public procurement before it is awarded, so that it would be in a position to submit a tender or express its interest to participate in obtaining that contract. In practice, this means that either the contract notice was published at national level (following the national legislation or rules in that regard) or the basic standards for the publication of contract notice was respected. For more details on these standards, see section 2.1 of the Commission interpretative

No	Type of irregularity	Applicable law / reference document	Description of the irregularity	Rate of correction
2.	Artificial splitting of works/services/supplies contracts.	<p>Article 9(3) of Directive 2004/18/EC</p> <p>Article 17(2) of Directive 2004/17/EC</p>	<p>A works project or proposed purchase of a certain quantity of supplies and/or services is subdivided resulting in its coming outside the scope of the Directives, i.e., preventing its publication in OJEU for the whole set of works, services or supplies at stake.</p>	<p>communication n° 2006/C 179/02.</p> <p>100%</p> <p>25% if publication of a contract notice is required by the Directives and the contract notice was not published in the OJEU but it was published in a way that ensures that an undertaking located in another Member State has access to appropriate information regarding the public procurement before it is awarded, so that it would be in a position to submit a tender or express its interest to participate in obtaining that contract. In practice, this means that either the contract notice was published at national level (following the national legislation or rules in that regard) or the basic standards for the publication of contract notice was respected. For more details on these standards, see section 2.1 of the Commission interpretative communication n° 2006/C 179/02.</p>

No	Type of irregularity	Applicable law / reference document	Description of the irregularity	Rate of correction
3.	<p>Non-compliance with</p> <ul style="list-style-type: none"> - time limits for receipt of tenders; <p>or</p> <ul style="list-style-type: none"> - time limits for receipt of requests to participate^x. 	<p>Article 38 of Directive 2004/18/EC</p> <p>Article 45 of Directive 2004/17/EC</p>	<p>The time limits for receipt of tenders (or receipt of requests to participate) were lower than the time limits in the Directives.</p>	<p>25% if reduction in time limits \geq 50%</p> <p>10% if reduction in time limits \geq 30%</p> <p>5% if any other reduction in time limits (this correction rate may be reduced to between 2% and 5%, where the nature and gravity of the deficiency is not considered to justify a 5% correction rate).</p>
4.	<p>Insufficient time for potential tenderers/candidates to obtain tender documentation</p>	<p>Article 39(1) of Directive 2004/18/EC</p> <p>Article 46(1) of Directive 2004/17/EC</p>	<p>Time for potential tenderers/candidates to obtain tender documentation is too short, thus creating an unjustified obstacle to the opening up of public procurement to competition.</p> <p>Corrections are applied on a case by case basis. In determining the level of the correction, account will be taken of possible mitigating factors related to the specificity and complexity of the contract, in particular a possible administrative burden or difficulties in providing</p>	<p>25% if the time that potential tenderers/candidates have to obtain tender documentation is less than 50% of time limits for receipt of tenders (in line with relevant provisions).</p> <p>10% if the time that potential tenderers/candidates have to obtain tender documentation is less than 60% of time limits for receipt of tenders (in line with relevant provisions).</p> <p>5% if the time that potential</p>

No	Type of irregularity	Applicable law / reference document	Description of the irregularity	Rate of correction
			the tender documentation.	tenders/candidates have to obtain tender documentation is less than 80% of time limits for receipt of tenders (in line with relevant provisions).
5.	Lack of publication of - extended time limits for receipt of tenders; or - extended time limits for receipt of requests to participate ^{xi} .	Article 2 and Article 38(7) of Directive 2004/18/EC Articles 10 and 45(9) of Directive 2004/17/EC	The time limits for receipt of tenders (or receipt of requests to participate) were extended without publication in accordance with the relevant rules (i.e., publication in the OJEU if the public procurement is covered by the Directives).	10% The correction can be decreased to 5% depending on the seriousness of the irregularity.
6.	Cases not justifying the use of the negotiated procedure <u>with</u> prior publication of a contract notice.	Article 30(1) of Directive 2004/18/EC	Contracting authority awards a public contract by negotiated procedure, after publication of a contract notice, but such procedure is not justified by the relevant provisions.	25% The correction can be reduced to 10% or 5% depending on the seriousness of the irregularity.
7.	For the award of contracts in the field of defence and security falling under directive 2009/81/EC specifically,	Directive 2009/81/EC	Contracting authority awards a public contract in the area of defence and security by means of a competitive dialogue or negotiated	100%. The correction can be decreased to 25%, 10% or 5% depending on the

No	Type of irregularity	Applicable law / reference document	Description of the irregularity	Rate of correction
	inadequate justification for the lack of publication of a contract notice		procedure without publication of a contract notice whereas the circumstances do not justify the use of such a procedure.	seriousness of the irregularity.
8.	Failure to state: - the selection criteria in the contract notice; and/or - the award criteria (and their weighting) in the contract notice or in the tender specifications.	Articles 36, 44, 45 to 50 and 53 of Directive 2004/18/EC and Annexes VII-A (public contract notices: points 17 and 23) and VII-B (public works concessions notices: point 5) thereof. Articles 42, 54 and 55 and Annex XIII of Directive 2004/17/EC	The contract notice does not set out the selection criteria. And/or When neither the contract notice nor the tender specifications describe in sufficient detail the award criteria as well as their weighting.	25% The correction can be decreased to 10% or 5% if the selection/award criteria were stated in the contract notice (or in the tender specifications, as regards award criteria) but with insufficient detail.
9.	Unlawful and/or discriminatory selection and/or award criteria laid down in the contract notice or tender documents	Articles 45 to 50 and 53 of Directive 2004/18/EC Articles 54 and 55 of Directive 2004/17/EC	Cases in which operators have been deterred from bidding because of unlawful selection and/or award criteria laid down in the contract notice or tender documents. For example: - obligation to already have an establishment or representative in the country or region;	25% The correction can be decreased to 10% or 5% depending on the seriousness of the irregularity.

No	Type of irregularity	Applicable law / reference document	Description of the irregularity	Rate of correction
			- tenderers' possession of experience in the country or region.	
10.	Selection criteria not related and proportionate to the subject-matter of the contract	Article 44 (2) of Directive 2004/18/EC Article 54(2) of Directive 2004/17/EC	When it can be demonstrated that the minimum capacity levels of ability for a specific contract are not related and proportionate to the subject-matter of the contract, thus not ensuring equal access for tenderers or having the effect of creating unjustified obstacles to the opening up of public procurement to competition.	25% The correction can be decreased to 10% or 5% depending on the seriousness of the irregularity.
11.	Discriminatory technical specifications	Article 23(2) of Directive 2004/18/EC Article 34(2) of Directive 2004/17/EC	Setting technical standards that are too specific, thus not ensuring equal access for tenderers or having the effect of creating unjustified obstacles to the opening up of public procurement to competition.	25% The correction can be decreased to 10% or 5% depending on the seriousness of the irregularity.
12.	Insufficient definition of the subject-matter of the contract	Article 2 of Directive 2004/18/EC Article 10 of Directive 2004/17/EC	The description in the contract notice and/or the tender specifications is insufficient for potential tenderers/candidates to determine the subject-matter of the contract.	10% The correction can be decreased to 5% depending on the seriousness of the irregularity.

No	Type of irregularity	Applicable law / reference document	Description of the irregularity	Rate of correction
		Cases C-340/02 (Commission/France) and C-299/08 (Commission/France)		In case the implemented works were not published, the corresponding amount is subject to a correction of 100%

2.2. Evaluation of tenders

No	Type of irregularity	Legal basis / reference document	Description of irregularity	Rate of correction
13.	Modification of selection criteria after opening of tenders, resulting in incorrect acceptance of tenders.	Article 2 and Article 44 (1) of Directive 2004/18/EC Article 10 and Article 54(2) of Directive 2004/17/EC	The selection criteria were modified during the selection phase, resulting in acceptance of tenderers that should not have been accepted if the published selection criteria had been followed.	25% The correction can be decreased to 10% or 5% depending on the seriousness of the irregularity.
14.	Modification of selection criteria after opening of tenders, resulting in incorrect rejection of tenderers	Articles 2 and 44 (1) of Directive 2004/18/EC Articles 10 and 54(2) of	The selection criteria were modified during the selection phase, resulting in rejection of tenderers that should have been accepted if the published selection criteria had been followed.	25% The correction can be decreased to 10% or 5% depending on the seriousness of the irregularity.

No	Type of irregularity	Legal basis / reference document	Description of irregularity	Rate of correction
15.	Evaluation of tenderers/candidates using unlawful selection or award criteria	Directive 2004/17/EC Article 53 of Directive 2004/18/EC Article 55 of Directive 2004/17/EC	During the evaluation of tenderers/candidates, the selection criteria were used as award criteria, or the award criteria (or respective sub-criteria or weightings) stated in the contract notice or tender specifications were not followed, resulting in the application of unlawful selection or award criteria. Example: Sub-criteria used for the award of the contract are not related to the award criteria in the contract notice/tender specifications.	25% The correction can be decreased to 10% or 5% depending on the seriousness of the irregularity.
16.	Lack of transparency and/or equal treatment during evaluation	Articles 2 and 43 of Directive 2004/18/EC Articles 10 of Directive 2004/17/EC	The audit trail concerning in particular the scoring given to each bid is unclear/unjustified/lacks transparency or is non-existent. And/or The evaluation report does not exist or does not contain all the elements required by the relevant provisions.	25% The correction can be reduced to 10% or 5% depending on the seriousness of the irregularity.
17.	Modification of a tender during evaluation	Article 2 of Directive 2004/18/EC Article 10 of Directive	The contracting authority allows a tenderer/candidate to modify its tender during evaluation of offers	25% The correction can be reduced to 10% or 5% depending on the seriousness of the

No	Type of irregularity	Legal basis / reference document	Description of irregularity	Rate of correction
		2004/17/EC		irregularity.
18.	Negotiation during the award procedure	Article 2 of Directive 2004/18/EC Article 10 of Directive 2004/17/EC	In the context of an open or restricted procedure, the contracting authority negotiates with the bidders during the evaluation stage, leading to a substantial modification of the initial conditions set out in the contract notice or tender specifications.	25% The correction can be reduced to 10% or 5% depending on the seriousness of the irregularity.
19.	Negotiated procedure with prior publication of a contract notice with substantial modification of the conditions set out in the contract notice or tender specifications ^{xiii}	Article 30 of Directive 2004/18/EC	In the context of a negotiation procedure with prior publication of a contract notice, the initial conditions of the contract were substantially altered, thus justifying the publication of a new tender.	25% The correction can be reduced to 10% or 5% depending on the seriousness of the irregularity.
20.	Rejection of abnormally low tenders	Article 55 of Directive 2004/18/EC	Tenders appear to be abnormally low in relation to the goods, works or services but the contracting authority, before rejecting those tenders, does not request in writing details of the constituent elements of the tender which it	25%

No	Type of irregularity	Legal basis / reference document	Description of irregularity	Rate of correction
		Article 57 of Directive 2004/17/EC	considers relevant.	
21.	Conflict of interest	Article 2 of Directive 2004/18/EC Article 10 of Directive 2004/17/EC	When a conflict of interest has been established by a competent judicial or administrative body, either from the part of the beneficiary of the contribution paid by the Union or the contracting authority.	100%

2.3. Contract implementation

No	Type of irregularity	Legal basis / reference document	Description of irregularity	Rate of correction
22.	Substantial modification of the contract elements set out in the contract notice or tender specifications ^{xiii}	Article 2 of Directive 2004/18/EC Article 10 of Directive 2004/17/EC Case	The essential elements of the award of the contract include but are not limited to price ^{xiv} , nature of the works, the completion period, the terms of payment, and the materials used. It is always necessary to make an analysis on a case-by-case basis of what is an essential	25% of the amount of the contract plus the value of the additional amount of the contract resulting from the substantial

No	Type of irregularity	Legal basis / reference document	Description of irregularity	Rate of correction
		<p>law:</p> <p>Case C-496/99 P, CAS Succhi di Frutta SpA, [2004] ECR I-3801 paragraphs 116 and 118</p> <p>Case C-340/02, <i>Commission v. France</i> [2004] ECR I-9845</p> <p>Case C-91/08, <i>Wall AG</i>, [2010] ECR I-2815</p>	<p>element.</p>	<p>modification of the contract elements.</p>
23.	Reduction in the scope of the contract	<p>Article 2 of Directive 2004/18/EC</p> <p>Article 10 of Directive 2004/17/EC</p>	<p>The contract was awarded in compliance with the Directives, but was followed by a reduction in the scope of the contract.</p>	<p>Value of the reduction in the scope</p> <p>Plus</p> <p>25% of the value of the final scope (only when the reduction in the scope of the contract is substantial).</p>

No	Type of irregularity	Legal basis / reference document	Description of irregularity	Rate of correction
24.	Award of additional works/services/supplies contracts (if such award constitutes a substantial modification of the original terms of the contract ^{xv}) without competition in the absence of one of the following conditions - extreme urgency brought about by unforeseeable events; - an unforeseen circumstance ^{xvi} for complementary works, services, supplies.	Point 1(c) and point 4(a) of Article 31 of Directive 2004/18/EC	The main contract was awarded in accordance with the relevant provisions, but was followed by one or more additional works/services/supplies contracts (whether or not formalised in writing) awarded without complying with the provisions of the Directives, i.e., the provisions related to the negotiated procedures without publication for reasons of extreme urgency brought about by unforeseeable events or for award of complementary supplies, works and services.	100% of the value of the supplementary contracts. Where the total of additional works/services/supplies contracts (whether or not formalised in writing) awarded without complying with the provisions of the Directives does not exceed the thresholds of the Directives and 50% of the value of the original contract, the correction may be reduced to 25%.
25.	Additional works or services exceeding the limit laid down in the relevant provisions	Last subparagraph of §4(a) of Article 31 of Directive 2004/18/EC	The main contract was awarded in accordance with the provisions of the Directives, but was followed by one or more supplementary contracts exceeding the value of the original contract by more than 50% ^{xvii} .	100% of the amount exceeding 50% of the value of the original contract

ENDNOTES:

ⁱ Public contracts below the thresholds for application of the Directives and public contracts for services listed in Annex I B to Directive 92/50/EEC, Annex XVI B to Directive 93/38/EEC, Annex II B to Directive 2004/18/EC and Annex XVII B to Directive 2004/17/EC.

ⁱⁱ In the context of the Structural Funds and Cohesion Fund, the following is noted.

The “*Guidance document on management verifications to be carried out by Member States on operations co-financed by the Structural Funds and the Cohesion Fund for the 2007 – 2013 programming period*” (COCOF note 08/0020/04 of 5 June 2008), sets out the Commission’s view on how the management verifications should be organised in order to prevent and detect irregularities in the area of public procurement. As stated in this document, “*verifications should be carried out as soon as possible after the particular process has occurred as it is often difficult to take corrective action at a later date*”.

The Member State has the obligation to ensure that operations are selected for funding in accordance with applicable EU and national rules (Articles 60(a)-(b) and 61(b)ii of Council Regulation (EC) No 1083/2006), including those related to public procurement:

- a) When the national ex-ante control detects that the tender procedure used for a public contract is in breach of public procurement rules and this contract has not been signed yet, the managing authority should recommend the beneficiary to launch a new tender procedure in full compliance with the mentioned rules if the launching of a new tender does not entail significant additional costs. In case no new tender is launched, the managing authority shall correct the irregularity, by applying these guidelines or stricter rules defined at national level.
- b) If an irregularity is detected after the contract has been signed and the operation has been approved for funding (at any stage of the project’s cycle), the managing authority shall correct the irregularity, by applying these guidelines or stricter rules defined at national level.

ⁱⁱⁱ Depending on the date when the contract procedure was launched, the following Directives are relevant: 86/665/EEC, 92/50/EEC, 93/36/EEC, 93/37/EEC, 93/38/EEC, 92/13/EEC, 2001/78/EC, 2004/17/EC, 2004/18/EC. This is only an indicative list.

^{iv} For the period 2000-2006, the “Guidelines on the principles, criteria and indicative scales to be applied by the Commission departments in determining financial corrections under Article 39(3) of Regulation (EC) No 1260/1999” were adopted by Commission Decision C/2001/476. A similar document was adopted for the Cohesion Fund (see Commission Decision C/2002/2871).

^v Cases C-324/98 *Telaustria* [2000] ECR I-10745, paragraph 62, C-231/03 *Coname*, [2005] ECR I-7287, paragraphs 16 to 19 and C-458/03 *Parking Brixen*, [2005] ECR I-8585, paragraph 49.

^{vi} The concept of “sufficient degree of advertising” implies, in particular, the following considerations:

- a) The principles of equal treatment and non-discrimination imply an obligation of transparency, which consists in ensuring, for the benefit of any potential bidder, a degree of advertising sufficient to enable the contract to be subject to competition. The obligation of transparency requires that an undertaking located in another

Member State can have access to appropriate information regarding the contract before it is awarded, so that, if it so wishes, it would be in a position to express its interest in obtaining the contract.

b) For individual cases where, because of particular circumstances such as a very modest economic interest at stake, a contract award would be of no interest to economic operators located in other Member States. In such a case the effects on the fundamental freedoms are to be regarded as too uncertain and indirect to warrant the application of standards derived from primary Community law and consequently there is no ground for application of financial corrections.

It is the responsibility of the individual contracting entities to decide whether an intended contract award might potentially be of interest to economic operators located in other Member States. In the view of the Commission, this decision has to be based on an evaluation of the individual circumstances of the case, such as the subject-matter of the contract, its estimated value, the specifics of the sector concerned (size and structure of the market, commercial practices, etc.) and the geographic location of the place of performance.

vii See the judgment in Case C-507/03, *Commission v. Ireland*, [2007] ECR I-9777, paragraph 32.

viii Case T-384/10, *Spain/Commission (GIASA)*, OJ C 225, 3.8.2013, p. 63–63.

ix For contracts not (or not fully) subject to the Directives, there is a need to determine the existence of a certain cross-border interest or a breach of national legislation on public procurement. On this matter, see section 1.2.2 of the present guidelines. If there is cross-border interest or a breach of national law, there is a need to determine what level of publicity should have been applied in that case. In this context, as stated in section 2.1.1 of the Commission interpretative communication n° 2006/C 179/02, the obligation of transparency requires that an undertaking located in another Member State has access to appropriate information regarding the contract before it is awarded, so that, if it so wishes, it would be in a position to submit a tender or to express its interest in obtaining that contract. In practice, this implies that either the contract notice was published at national level (following the national legislation or rules in that regard) or the basic standards for the advertising of contracts were respected. See more details on these standards on section 2.1 of the mentioned Commission interpretative communication.

x These time limits are applicable to restricted procedures and negotiated procedures with publication of a contract notice.

xi These time limits are applicable to restricted procedures and negotiated procedures with publication of a contract notice.

xii A limited degree of flexibility can be applied to the modifications of a contract after its award even where such possibility as well as for the relevant detailed rules for implementation are not provided for in a clear and precise manner in the tender notice or in the tender documents (see point 118 of ECJ Case C-496/99, *Succhi di frutta*). When this possibility is not foreseen in the tender documentation, contract modifications are admitted if they are not substantial. A modification is considered substantial if:

- (a) the contracting authority introduces conditions, which, had they been part of the initial tender procedure, would have allowed for the admission of tenderers other than those initially admitted;
- (b) the modification allows award of a tender to a tenderer other than the one initially accepted;

-
- (c) the contracting authority extends the scope of the contract to encompass works/services/supplies not initially covered;
 - (d) the modification changes the economic balance in favour of the contractor in a manner not provided for in the initial contract.

^{xiii} See endnote xii above.

^{xiv} For the moment the only modification of the initial price not considered as substantial by the Court concerns the reduction of the price by 1,47 and 2,94% (see points 61 and 62 of the Case C-454/06, *Pressetext*). In cases T-540/10 and T-235/11, the General Court has accepted financial corrections for modifications of less than 2% of the initial price.

^{xv} See endnote xii above.

^{xvi} The concept of "unforeseen circumstances" should be interpreted having regard to what a diligent contracting authority should have foreseen (e.g. new requirements resulting from the adoption of new EU or national legislation or technical conditions, which could not have been foreseen despite technical investigations underlying the design, and carried out according to the state of the art). Additional works/services/supplies caused by insufficient preparation of the tender/project cannot be considered "unforeseen circumstances". See cases T-540/10 and T-235/11 (referred to above)

^{xvii} There is no limit in the case of Directive 2004/17/EC. For the calculation of the 50% threshold, contracting authorities shall take into account the additional works/services. The value of these additional works/services cannot be compensated by the value of the cancelled works/services. The amount of cancelled works/services has no impact on the calculation of 50% threshold.