Sbírka soudních rozhodnutí

ROZSUDEK TRIBUNÁLU (šestého senátu)

26. dubna 2023*

„Veřejné zakázky na služby – Zadávací řízení – Soutěžní dialog – Dodávky přechodových satelitů Galileo – Odmítnutí nabídky uchazeče – Kritéria pro vyloučení – Vážné profesní pochybení uchazeče – Neexistence pravomocného rozsudku nebo konečného správního rozhodnutí – Předložení věci výboru uvedenému v článku 143 finančního nařízení – Rovné zacházení – Mimořádně nízká nabídka – Zjevně nesprávné posouzení“

Ve věci T-54/21,

OHB System AG, se sídlem v Brémách (Německo), zástupci: W. Würfel a F. Hausmann, avocats,

žalobkyně,

proti

Evropské komisi, zástupci: G. Wilms, L. André, J. Estrada de Solà a L. Mantl, jako zmocněnci,

žalované,

podporované:

Italskou republikou, zástupci: G. Palmieri, jako zmocněnkyně, ve spolupráci s: P. Gentili a G. Santini, avvocati dello stato,

jakož i

Airbus Defence and Space GmbH, se sídlem v Taufkirchenu (Německo), zástupci: P.-E. Partsch, F. Dewald a C.-E. Seestädt, avocats,

vedlejšími účastnicemi řízení,

TRIBUNÁL (šestý senát),

ve složení: M. J. Costeira (zpravodajka), předsedkyně, M. Kančeva a P. Zilgalvis, soudci,

za soudní kancelář: P. Cullen, rada,

s přihlédnutím k usnesení ze dne 26. května 2021, OHB System v. Komise (T-54/21 R, nezveřejněné, EU:T:2021:292),

* Jednací jazyk: němčina.

s přihlédnutím k písemné části řízení, zejména k:

– usnesení ze dne 30. června 2021, OHB System v. Komise (T-54/21, nezveřejněné),

– usnesení ze dne 2. prosince 2021, OHB System v. Komise (T-54/21, nezveřejněné, EU:T:2021:878),

– organizačnímu procesnímu opatření ze dne 17. října 2022 a odpovědi Komise došlé kanceláři Tribunálu dne 29. října 2022,

po jednání konaném dne 17. listopadu 2022,

vydává tento

Rozsudek[1]

1 Žalobou podanou na základě článku 263 SFEU se žalobkyně, společnost OHB System AG, domáhá zrušení rozhodnutí Evropské komise, která byla žalobkyni sdělena dopisem ze dne 19. a faxem ze dne 22. ledna 2021, o odmítnutí její nabídky předložené v rámci zadávacího řízení ve formě soutěžního dialogu 2018/S 091–206089 týkajícího se dodávky přechodových satelitů Galileo, jakož i o zadání zakázky dvěma jiným uchazečům (dále jen „napadená rozhodnutí“).

Skutečnosti předcházející sporu

2 Žalobkyně je společností založenou podle německého práva, jejímž předmětem činnosti je vývoj a zavádění inovativních kosmických systémů a projektů, jakož i uvádění zvláštních leteckých, kosmických a telematických výrobků na trh, včetně geostacionárních a nízkoorbitálních satelitů.

3 Podle bodu 2 odůvodnění a čl. 2 odst. 1 a 2 nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) č. 1285/2013 ze dne 11. prosince 2013 o zřízení evropských systémů družicové navigace a jejich využití a o zrušení nařízení Rady (ES) č. 876/2002 a nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 683/2008 (Úř. věst. 2013, L 347, s. 1) je cílem programu Galileo zřídit a provozovat evropský systém družicové navigace a určování polohy, který je navržen speciálně pro civilní účely a sestává z konstelace družic a celosvětové sítě pozemních stanic.

4 Podle čl. 12 odst. 1 nařízení č. 1285/2013 nese Komise celkovou odpovědnost za program Galileo a v souladu s čl. 15 odst. 1 téhož nařízení musí pro zaváděcí fázi tohoto programu uzavřít pověřovací smlouvu s Evropskou kosmickou agenturou (ESA), v níž budou podrobně uvedeny úkoly, které má ESA plnit, zejména při zadávání zakázek.

5 V rámci pověřovací smlouvy uzavřené mezi Komisí a ESA pro zaváděcí fázi programu Galileo, je ESA pověřena organizací zadávacích řízení týkajících se tohoto programu, přičemž Komise zůstává veřejným zadavatelem.

6 Oznámením o zahájení zadávacího řízení ze dne 15. května 2018 zveřejněným v dodatku k *Úřednímu věstníku Evropské unie* ze dne 15. května 2018 (Úř. věst. 2018/S 091–206089) a na internetové stránce „emits.esa.int“ zahájila ESA jednající jménem a na účet Komise zadávací

[1] – Jsou uvedeny pouze body tohoto rozsudku, jejichž zveřejnění Tribunál považuje za účelné.

řízení na dodávky přechodových satelitů Galileo ve formě soutěžního dialogu (dále jen „sporný soutěžní dialog“). Řízení bylo zahájeno v této formě, jelikož Komise již určila a vymezila své potřeby, ale dosud neurčila konkrétní prostředky, které by byly nejvhodnější k jejich uspokojení.

7 Sporný soutěžní dialog se týkal pořízení počátečního počtu čtyř (až dvanácti) přechodových satelitů Galileo s pokročilými vlastnostmi k zajištění přechodu z první generace na druhou generaci satelitů Galileo. Bylo rozhodnuto, že se bude usilovat o zajištění více zdrojů v souladu s čl. 19 písm. d) nařízení č. 1285/2013, podle něhož by mohli být vybráni dva úspěšní uchazeči a podepsány dvě smlouvy na souběžné dodávky předpokládaného počtu dvou satelitů pro každého z nich.

8 Zakázka byla zadána na základě ekonomicky nejvýhodnější nabídky podle dvou kritérií pro zadání zakázky, kritéria ceny s vahou 35 % a kritéria kvality s celkovou vahou 65 %. Kritérium kvality se dělí na pět dílčích kritérií. První dílčí kritérium s vahou 10 % se týkalo vhodnosti a relevance lidských a technických zdrojů a zařízení navržených uchazečem, co se týče technického a programového řešení popsaného v nabídce. Druhé dílčí kritérium s vahou 25 % se týkalo porozumění požadavkům a cílům, včetně oblasti bezpečnosti, kvalifikace a stupně vyspělosti koncepce navrhovaného projektu, vhodnosti, kvality a spolehlivosti koncepce navrhovaného projektu a splnění technických podmínek. Třetí dílčí kritérium s vahou 30 % se týkalo kvality a vhodnosti pracovního programu, souladu se specifikacemi, vhodnosti technického plánování, jakož i přístupu k testům a zkouškám, přezkumu rizik a návrhů na jejich snížení, včetně technologické diverzifikace. Čtvrté dílčí kritérium s vahou 25 %, se týkalo vhodnosti řízení, výpočtu nákladů a plánování provádění prací. Páté dílčí kritérium s vahou 10 % se týkalo dodržování podmínek zadávacího řízení a smlouvy.

9 Sporný soutěžní dialog probíhal ve třech fázích. První dvě fáze proběhly v souladu s ustanoveními nařízení č. 1285/2013, jakož i nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU, Euratom) č. 966/2012 ze dne 25. října 2012, kterým se stanoví finanční pravidla pro souhrnný rozpočet Unie a zrušuje nařízení Rady (ES, Euratom) č. 1605/2002 (Úř. věst. 2012, L 298, s. 1), a nařízení Komise v přenesené pravomoci (EU) č. 1268/2012 ze dne 29. října 2012 o prováděcích pravidlech k nařízení č. 966/2012 (Úř. věst. 2012, L 362, s. 1). Třetí fáze proběhla v souladu s ustanoveními nařízení č. 1285/2013, jakož i nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU, Euratom) 2018/1046 ze dne 18. července 2018, kterým se stanoví finanční pravidla pro souhrnný rozpočet Unie, mění nařízení (EU) č. 1296/2013, (EU) č. 1301/2013, (EU) č. 1303/2013, (EU) č. 1304/2013, (EU) č. 1309/2013, (EU) č. 1316/2013, (EU) č. 223/2014 a (EU) č. 283/2014 a rozhodnutí č. 541/2014/EU a zrušuje nařízení č. 966/2012 (Úř. věst. 2018, L 193, s. 1, dále jen „finanční nařízení“).

10 První fáze sporného soutěžního dialogu začala v květnu 2018, když ESA zveřejnila „výzvu k podávání žádostí o účast“.

11 S ohledem na obdržené žádosti o účast vybrala ESA tři uchazeče, a sice žalobkyni, společnost Airbus Defence and Space GmbH (dále jen „ADS“) a společnost Thales Alenia Space Italia (dále jen „TASI“) (dále společně jen „uchazeči“).

12 Druhá fáze začala v červenci 2018 a týkala se určení a vymezení prostředků, které nejlépe uspokojí potřeby veřejného zadavatele. ESA nejprve vyzvala uchazeče k předložení „předběžné nabídky“ a zaslala jim zejména „zvláštní podmínky zadávacího řízení pro výzvu k předložení předběžné nabídky“. Následně po uplynutí období dialogu vyzvala ESA uchazeče, aby předložili

„revidovanou nabídku“, a zaslala jim zejména „podmínky zadávacího řízení pro výzvu k předložení revidované nabídky“. Dne 26. září 2018 předložila žalobkyně předběžnou nabídku a dne 11. října 2019 předložila revidovanou nabídku.

13 Třetí fáze začala v srpnu 2020 a po dalším období dialogu vyzvala ESA uchazeče, aby předložili „konečné nabídky“, a zaslala jim zejména „podmínky zadávacího řízení pro výzvu k předložení konečné nabídky“. Dne 11. října 2020 předložila žalobkyně konečnou nabídku.

14 Mezi říjnem a prosincem 2020 byly konečné nabídky uchazečů hodnoceny hodnotící komisí složenou ze zástupců ESA, Agentury pro evropský globální navigační družicový systém (GSA) a Komise, která výsledky hodnocení prezentovala v hodnotící zprávě (dále jen „hodnotící zpráva“).

15 Dopisem ze dne 23. prosince 2020, určeným Komisi, jehož kopii zaslala zejména ESA (dále jen „dopis ze dne 23. prosince 2020“), žalobkyně v podstatě požádala Komisi, aby nejprve pozastavila sporný soutěžní dialog z důvodu „podezření, že zaměstnanec společnosti ADS porušil obchodní tajemství“, dále aby tuto otázku prošetřila a nakonec aby vyloučila společnost ADS ze sporného soutěžního dialogu.

16 V tomto dopise žalobkyně v podstatě informovala Komisi o následujícím: zaprvé pan [*důvěrné*] [2] (dále jen „bývalý zaměstnanec“) pracoval pro žalobkyni od 22. prosince 2016 do konce listopadu 2019 a jakožto generální ředitel měl rozsáhlý přístup k údajům o projektu a účastnil se přípravy nabídky předložené žalobkyní v rámci sporného soutěžního dialogu. Konkrétně se podílel na „strategii“ technické části nabídky, jakož i na „strategii“ týkající se ceny a výpočtu ceny. Zadruhé dne 11. listopadu 2019 v návaznosti na svou žádost v tomto smyslu podepsal tento bývalý zaměstnanec s žalobkyní předčasné ukončení své pracovní smlouvy. Zatřetí v prosinci 2019 společnost ADS zaměstnala bývalého zaměstnance, jenž v průběhu roku 2020 zastával pozici ve společnosti ADS, která ho umístila do vedení oddělení odpovědného za nabídku, kterou tato společnost předložila v rámci sporného soutěžního dialogu. Kromě toho existovaly indicie, že bývalý zaměstnanec získal citlivé informace od žalobkyně, které mohly přinést společnosti ADS neoprávněnou výhodu v rámci sporného soutěžního dialogu. Začtvrté žalobkyně nařídila analýzu počítače, který u ní bývalý zaměstnanec používal, přičemž tato analýza vedla k získání dokumentů, které prokazovaly, že měl v úmyslu změnit zaměstnavatele od června 2019, poté v rámci jednání o jeho nástupu ke společnosti ADS posledně uvedené zejména sdělil, že tím, že jej zaměstná, bude mít výhody v projektech, v nichž konkuruje žalobkyni, a nakonec zde byly indicie, které prokazovaly, že bývalý zaměstnanec zkopíroval důvěrné soubory žalobkyně. Zapáté výše uvedené okolnosti byly předmětem trestního vyšetřování vedeného příslušným státním zastupitelstvím v Německu na základě trestního oznámení, které žalobkyně podala v březnu 2020 proti bývalému zaměstnanci.

17 Na základě hodnotící zprávy se Komise rozhodla odmítnout nabídku žalobkyně a vybrat nabídky společností TASI a ADS. Napadená rozhodnutí byla žalobkyni oznámena ESA dopisem ze dne 19. ledna 2021 a faxem ze dne 22. ledna 2021.

18 Dopisem ze dne 19. ledna 2021 informovala ESA žalobkyni o rozhodnutí nepřijmout její nabídku z důvodu, že její nabídka nebyla ekonomicky nejvýhodnější. V příloze k tomuto dopisu jí zaslala výňatek z hodnocení její konečné nabídky hodnotící komisí z hlediska pěti dílčích kritérií kritéria kvality.

[2] – Skryté důvěrné údaje.

19 Následně žalobkyně faxem ze dne 20. ledna 2021 požádala ESA, aby jí sdělila informace o vybraných uchazečích, charakteristiky a relativní výhody jejich nabídek, celkovou cenu použitou ke stanovení pořadí, jakož i podrobné hodnocení její vlastní nabídky.

20 Dopisem ze dne 20. ledna 2021 informovala Komise žalobkyni s odkazem na dopis ze dne 23. prosince 2020, že zaprvé neexistují dostatečné důvody pro pozastavení sporného soutěžního dialogu v této fázi, zadruhé tvrzení o protiprávním přisvojení si obchodního tajemství žalobkyně již byla předmětem šetření vnitrostátních orgánů, ze kterého mohla vycházet, a v případě potřeby přijmout dodatečná opatření, a zatřetí uvedená tvrzení nebyla potvrzena pravomocným rozsudkem nebo konečným správním rozhodnutím ve smyslu čl. 136 odst. 1 finančního nařízení, a tudíž neexistuje důvod pro vyloučení společnosti ADS ze sporného soutěžního dialogu.

21 Faxem ze dne 22. ledna 2021 sdělila ESA žalobkyni jména vybraných uchazečů, a sice společností TASI a ADS, celkovou cenu a konečné pořadí jejich nabídek, jakož i jejich pořadí podle pěti dílčích kritérií kritéria kvality. V příloze k tomuto dopisu zaslala ESA žalobkyni podrobné výsledky hodnocení její nabídky z hlediska pěti dílčích kritérií kritéria kvality.

22 Pořadí nabídek uchazečů bylo následující: na prvním místě nabídka společnosti TASI, na druhém místě nabídka společnosti ADS a na třetím místě nabídka žalobkyně. Tyto nabídky byly hodnoceny s ohledem na dvě kritéria pro zadání zakázky uvedená v bodě 8 výše. Pokud jde o kritérium kvality, na prvním místě se umístila nabídka společností TASI, na druhém místě nabídka společnosti ADS a na třetím místě nabídka žalobkyně. Pokud jde o kritérium ceny, na prvním místě se umístila nabídka ADS s celkovou cenou 707 679 174,75 eura, na druhém místě nabídka společnosti TASI s celkovou cenou 804 127 000 eur a na třetím místě nabídka žalobkyně s celkovou cenou 822 786 000 eur.

23 Dopisem ze dne 28. ledna 2021 požádala žalobkyně Komisi zaprvé o vyloučení společnosti ADS ze sporného soutěžního dialogu, zadruhé o změnu napadených rozhodnutí tím, že jí přidělí zakázku, zatřetí, aby jí poskytla přístup k úplné dokumentaci sporného soutěžního dialogu a hodnotící zprávě, a začtvrté, aby nepodepsala smlouvy do doby, než bude přijato rozhodnutí týkající se námitek, které vznesla. V tomto dopise žalobkyně tvrdila, že by společnost ADS měla být vyloučena, neboť zaprvé zapojením bývalého zaměstnance do přípravy její nabídky porušila zásadu tajnosti soutěže a zadruhé její nabídka byla mimořádně nízká.

Návrhová žádání účastnic řízení

24 Žalobkyně navrhuje, aby Tribunál:

– zrušil napadená rozhodnutí;

– uložil Komisi, aby jí poskytla přístup ke spisu o sporném soutěžním dialogu;

– uložil Komisi náhradu nákladů řízení.

25 Komise navrhuje, aby Tribunál:

– žalobu zčásti odmítl jako nepřípustnou a zčásti zamítl jako neopodstatněnou;

– uložil žalobkyni náhradu nákladů řízení.

26 Italská republika a společnost ADS navrhují, aby Tribunál žalobu zamítl.

Právní otázky

[*omissis*]

K věci samé

[*omissis*]

K prvnímu žalobnímu důvodu, vycházejícímu z porušení kritérií pro vyloučení stanovených v článku 136 finančního nařízení, jakož i zásad rovného zacházení a „tajné soutěže“

[*omissis*]

– K první části prvního žalobního důvodu, vycházející z porušení kritérií pro vyloučení stanovených v článku 136 finančního nařízení

53 Zaprvé žalobkyně tvrdí, že rozhodnutí o zadání části zakázky společnosti ADS porušuje článek 136 a čl. 167 odst. 1 písm. b) finančního nařízení, jelikož tato společnost měla být vyloučena ze sporného soutěžního dialogu.

54 Žalobkyně nejprve tvrdí, že společnost ADS měla být vyloučena ze sporného soutěžního dialogu na základě čl. 136 odst. 1 písm. c) bodů ii) a v) finančního nařízení jednak z důvodu existence domněnky protisoutěžní dohody nebo tiché kartelové dohody mezi ADS a bývalým zaměstnancem s cílem narušit hospodářskou soutěž s žalobkyní v rámci sporného soutěžního dialogu, a jednak z důvodu, že se společnost ADS tím, že zaměstnala bývalého zaměstnance, údajně pokoušela získat důvěrné informace žalobkyně, jež by ji neoprávněně zvýhodnily ve sporném soutěžním dialogu.

55 Žalobkyně dále tvrdí, že v případě neexistence pravomocného rozsudku nebo konečného správního rozhodnutí měla být společnost ADS vyloučena na základě předběžné právní kvalifikace podle čl. 136 odst. 2 finančního nařízení. Navíc tvrdí, že Komise měla prošetřit skutkové okolnosti a získat informace od společnosti ADS.

56 Nakonec žalobkyně tvrdí, že společnost ADS měla být vyloučena na základě čl. 136 odst. 4 písm. a) finančního nařízení, jelikož bývalý zaměstnanec zastává u společnosti ADS řídící funkci a nachází se v jedné ze situací uvedených v čl. 136 odst. 1 písm. c) finančního nařízení.

57 Komise a vedlejší účastnice řízení tyto argumenty zpochybňují.

58 Úvodem je třeba uvést, že čl. 167 odst. 1 písm. b) finančního nařízení stanoví, že veřejné zakázky se zadávají na základě příslušných kritérií pro zadání veřejné zakázky za předpokladu, že veřejný zadavatel ověřil, že zájemce či uchazeč není vyloučen podle článku 136 ani odmítnut podle článku 141 téhož nařízení.

59 Pokud jde o kritéria pro vyloučení, z čl. 136 odst. 1 finančního nařízení vyplývá, že „[p]říslušná schvalující osoba vyloučí osobu nebo subjekt uvedené v čl. 135 odst. 2 z účasti na udělovacím řízení, na něž se vztahuje toto nařízení, […] pokud se tato osoba nebo subjekt nachází v některé z těchto situací zakládajících vyloučení“ uvedených v čl. 136 odst. 1 písm. a) až h) tohoto nařízení. Zejména podle čl. 136 odst. 1 písm. c) bodů ii) a v) uvedeného nařízení „[p]říslušná schvalující osoba vyloučí osobu nebo subjekt uvedené v čl. 135 odst. 2 z účasti na udělovacím řízení, na něž se vztahuje toto nařízení, […] pokud […] c) bylo vydáno pravomocné soudní rozhodnutí nebo konečné správní rozhodnutí, podle něhož se osoba nebo subjekt dopustily vážného profesního pochybení […], včetně zejména [,] ii) uzavření dohody s jinými osobami nebo subjekty s cílem narušit hospodářskou soutěž [nebo] v) pokusu získat důvěrné informace, jež by je neoprávněně zvýhodnily v udělovacím řízení“.

60 Dále podle čl. 136 odst. 4 písm. a) finančního nařízení příslušná schvalující osoba vyloučí osobu nebo subjekt uvedené v čl. 135 odst. 2, pokud se „fyzická nebo právnická osoba, která je členem správního, řídícího nebo dozorčího orgánu osoby nebo subjektu uvedených v čl. 135 odst. 2 nebo která má pravomoc tuto osobu nebo subjekt zastupovat, rozhodovat jejich jménem nebo je kontrolovat, nachází v jedné nebo více ze situací uvedených v odst. 1 písm. c) až h) článku [136]“.

61 Navíc čl. 136 odst. 2 první pododstavec finančního nařízení stanoví, že, „[p]okud v případech uvedených v odst. 1 písm. c), d), f), g) a h) [tohoto článku] neexistuje pravomocný rozsudek nebo případně konečné správní rozhodnutí, příslušná schvalující osoba vyloučí osobu nebo subjekt uvedené v čl. 135 odst. 2 na základě předběžné právní kvalifikace jednání podle [písm. c), d), f), g) a h)] s ohledem na zjištěné skutečnosti nebo jiná zjištění uvedená v doporučení výboru uvedeného v článku 143 [tohoto nařízení]“.

62 Z výše uvedených ustanovení zejména vyplývá, že veřejný zadavatel vyloučí uchazeče z účasti v zadávacím řízení, pokud se uvedený uchazeč nachází v jedné nebo více situacích odpovídajících třem kritériím pro vyloučení uvedeným v bodech 59 až 61 výše.

63 První kritérium pro vyloučení stanovené v čl. 136 odst. 1 písm. c) bodech ii) a v) ve spojení s čl. 135 odst. 2 písm. a) finančního nařízení odpovídá situacím, v nichž bylo vydáno pravomocné soudní rozhodnutí nebo konečné správní rozhodnutí, podle něhož se uchazeč dopustil vážného profesního pochybení tím, že se dopustil jednoho z jednání uvedených v čl. 136 odst. 1 písm. c) bodech ii) a v) finančního nařízení, a sice uzavření dohody s jinými osobami nebo subjekty s cílem narušit hospodářskou soutěž nebo pokusu získat důvěrné informace, jež by ho neoprávněně zvýhodnily v udělovacím řízení.

64 Druhé kritérium pro vyloučení stanovené v čl. 136 odst. 4 písm. a) ve spojení s čl. 135 odst. 2 písm. a) a čl. 136 odst. 1 písm. c) body ii) a v) finančního nařízení odpovídá situacím, v nichž bylo vydáno pravomocné soudní rozhodnutí nebo konečné správní rozhodnutí, podle něhož se fyzická nebo právnická osoba, která je členem správního, řídícího nebo dozorčího orgánu uchazeče nebo která má pravomoc uvedeného uchazeče zastupovat, rozhodovat jeho jménem nebo ho kontrolovat, dopustila vážného profesního pochybení tím, že se dopustila jednoho z jednání uvedených v čl. 136 odst. 1 písm. c) bodech ii) a v) finančního nařízení.

65 Třetí kritérium pro vyloučení stanovené v čl. 136 odst. 2 prvním pododstavci ve spojení s čl. 135 odst. 2 písm. a), čl. 136 odst. 1 písm. c) body ii) a v) a čl. 143 odst. 6 písm. a) finančního nařízení odpovídá situacím, kdy v případě neexistence pravomocného rozsudku nebo konečného správního rozhodnutí bylo na základě předběžné právní kvalifikace obsažené v doporučení výboru uvedeného v článku 143 (dále jen „výbor“) stanoveno, že se uchazeč dopustil vážného

profesního pochybení tím, že se dopustil jednoho z jednání uvedených v čl. 136 odst. 1 písm. c) bodech ii) a v) finančního nařízení. Podle čl. 135 odst. 4 finančního nařízení může veřejný zadavatel rozhodnout o vyloučení uchazeče na základě předběžné kvalifikace uvedené v čl. 136 odst. 2 pouze po obdržení doporučení výboru.

66 V projednávané věci nejsou splněny podmínky použití prvního kritéria pro vyloučení, které jsou uvedeny v bodě 63 výše. Mezi účastnicemi řízení je totiž nesporné, že v okamžiku sporného soutěžního dialogu neexistoval žádný pravomocný rozsudek ani žádné konečné správní rozhodnutí ve smyslu čl. 136 odst. 1 písm. c) finančního nařízení, které by se týkaly společnosti ADS.

67 Pokud jde o druhé kritérium pro vyloučení, z ustanovení finančního nařízení uvedených v bodě 64 výše vyplývá, že uchazeč může být vyloučen pouze tehdy, pokud bylo vážné profesní pochybení fyzické nebo právnické osoby, která je členem jejího správního, řídícího nebo dozorčího orgánu, prokázáno pravomocným rozsudkem nebo konečným správním rozhodnutím.

68 I za předpokladu, že by bývalý zaměstnanec mohl být považován za člena správního, řídícího nebo dozorčího orgánu společnosti ADS ve smyslu čl. 136 odst. 4 písm. a) finančního nařízení, ze spisu nevyplývá existence pravomocného rozsudku nebo konečného správního rozhodnutí týkajícího se bývalého zaměstnance a žalobkyně to ostatně netvrdila. Pokud jde totiž o chování bývalého zaměstnance, ze spisu vyplývá, že trestní oznámení, které proti němu podala žalobkyně u příslušného státního zastupitelství v Německu, bylo rozhodnutím ze dne 10. prosince 2020 odloženo a že „správní stížnost“, kterou žalobkyně podala proti tomuto rozhodnutí o odložení, byla dne 1. března 2021 zamítnuta rozhodnutím příslušného státního zastupitelství.

69 Porušení prvního a druhého kritéria pro vyloučení, které jsou uvedeny v bodech 63 a 64 výše, tudíž není v projednávaném případě prokázáno.

70 Pokud jde o třetí kritérium pro vyloučení, je třeba připomenout, že jak vyplývá z bodu 65 výše, uchazeč může být vyloučen ze zadávacího řízení pouze na základě předběžné právní kvalifikace svého jednání s ohledem na skutečnosti nebo zjištění uvedená v doporučení výboru.

71 V projednávaném případě je nesporné, že Komise tomuto výboru záležitost nepředložila. Vyvstává však otázka, zda Komise tím, že tak neučinila, nesplnila povinnosti, které pro ni vyplývají z čl. 136 odst. 2 prvního pododstavce a článku 143 finančního nařízení, čímž porušila třetí kritérium pro vyloučení.

72 Úvodem je třeba poskytnout několik upřesnění týkajících se předložení záležitosti výboru a předběžné právní kvalifikace, na jejímž základě může být uchazeč vyloučen ze zadávacího řízení.

73 Zaprvé základním účelem předložení záležitosti výboru pro obdržení doporučení, které případně obsahuje předběžnou právní kvalifikaci jednání uchazeče, na jejímž základě může být uchazeč vyloučen ze zadávacího řízení, je ochrana finančních zájmů Unie před jednáními, která představují riziko pro tyto zájmy. Článek 135 odst. 1 první pododstavec finančního nařízení totiž stanoví, že „[n]a ochranu finančních zájmů Unie Komise zřídí a provozuje systém včasného odhalování rizik a vylučování hospodářských subjektů“. Podle čl. 135 odst. 1 druhého pododstavce finančního nařízení je cílem tohoto systému usnadnit zejména „a) včasné odhalení osob nebo subjektů uvedených v odstavci 2, jež ohrožují finanční zájmy Unie“ a „b) vylučování osob nebo subjektů uvedených v odstavci 2, jež se nacházejí v některé ze situací zakládajících vyloučení uvedených v čl. 136 odst. 1.“

74 Zadruhé předběžná právní kvalifikace přísluší výlučně výboru, a to „aby bylo zajištěno centralizované hodnocení těchto situací“ v rámci systému včasného odhalování rizik a vylučování hospodářských subjektů v souladu s čl. 135 odst. 4 finančního nařízení.

75 Zatřetí se předběžná právní kvalifikace nutně týká jednání samotných uchazečů. Jak vyplývá z ustanovení uvedených v bodech 61 a 65 výše, předběžná právní kvalifikace se může týkat pouze skutečností nebo zjištění uvedených v čl. 136 odst. 1 písm. c), d), f), g) a h) tohoto nařízení, a tedy jednání pouze osob nebo subjektů uvedených v čl. 135 odst. 2 uvedeného nařízení.

76 Začtvrté se předběžná právní kvalifikace týká skutečností nebo zjištění, která byla v podstatě zjištěna v rámci auditů či šetření prováděných příslušnými unijními orgány nebo případně příslušnými orgány členských států. V tomto ohledu je třeba připomenout, že čl. 142 odst. 2 písm. b) a c) finančního nařízení stanoví, že včasné odhalování rizik ohrožujících finanční zájmy Unie se zakládá na předávání informací Komisi zejména její schvalující osobou, evropským úřadem jí zřízeným nebo výkonnou agenturou [čl. 142 odst. 2 písm. b) finančního nařízení] nebo orgánem Unie, evropským úřadem nebo agenturou jinými, než jsou uvedeny v čl. 142 odst. 2 písm. b) uvedeného nařízení [čl. 142 odst. 2 písm. c) finančního nařízení] (obdobně viz rozsudek ze dne 16. května 2019, Transtec v. Komise, T-228/18, EU:T:2019:336, bod 52).

77 Je třeba rovněž připomenout, že čl. 136 odst. 2 čtvrtý pododstavec finančního nařízení stanoví:

„Mezi skutečnosti a zjištění uvedené v prvním pododstavci patří zejména:

a) skutečnosti zjištěné při auditech nebo vyšetřování Úřadu evropského veřejného žalobce ve vztahu k členským státům, které se účastní posílené spolupráce podle nařízení (EU) 2017/1939, Účetního dvora, OLAFu nebo interního auditora nebo při jakémkoli jiném auditu či kontrole prováděných na pokyn schvalující osoby;

b) správní rozhodnutí, jež nejsou konečná a která mohou zahrnovat disciplinární opatření přijatá příslušným dozorčím orgánem odpovědným za ověřování dodržování zásad profesní etiky;

c) skutečnosti uvedené v rozhodnutích osob a subjektů vynakládajících finanční prostředky Unie podle čl. 62 odst. 1 prvního pododstavce písm. c);

d) informace předané v souladu s čl. 142 odst. 2 písm. d) subjekty vynakládajícími finanční prostředky Unie podle čl. 62 odst. 1 prvního pododstavce písm. b);

e) rozhodnutí Komise týkající se porušení práva Unie v oblasti hospodářské soutěže nebo rozhodnutí příslušného vnitrostátního orgánu týkající se porušení práva Unie nebo členského státu v oblasti hospodářské soutěže.“

78 Zapáté veřejný zadavatel musí předložit věc výboru uvedenému v článku 143 finančního nařízení pouze v případě, že zjištěné skutečnosti, které má k dispozici, představují dostatečné indicie k prokázání domněnky zavinění uchazeče. Jak již Tribunál rozhodl, ze všech výše uvedených ustanovení vyplývá, že pokud neexistuje pravomocný rozsudek nebo konečné správní rozhodnutí, které by se týkaly uchazeče, musí veřejný zadavatel, má-li k dispozici dostatečné indicie k tomu, aby předpokládal, že se uvedený uchazeč dopustil zejména vážného profesního pochybení, předložit záležitost výboru, aby tento výbor vydal doporučení, které bude případně obsahovat předběžnou právní kvalifikaci sporných skutečností (obdobně viz rozsudek ze dne 16. května 2019, Transtec v. Komise, T-228/18, EU:T:2019:336, bod 53).

79 Kromě toho je třeba zaprvé uvést, že požadavek dostatečných indicií pro předložení záležitosti výboru je v souladu s cíli systému, kterými jsou zejména včasné odhalování a vylučování uchazečů, jejichž jednání představuje riziko pro finanční zájmy Unie (viz bod 73 výše). Zadruhé tento požadavek vyplývá ze zásady řádného finančního řízení a výkonnosti (viz hlava II kapitola 7 finančního nařízení), jelikož zabraňuje zdržování zadávacího řízení bez závažného důvodu. Zatřetí je tento požadavek důsledkem úlohy výboru, který není pověřen vyšetřováním, ale musí vydat doporučení, které případně obsahuje předběžnou právní kvalifikaci, která se týká skutečností a zjištění dříve zjištěných v rámci auditů nebo šetření prováděných příslušnými orgány, zejména Unií (viz bod 76 výše). Začtvrté požadavek mít k dispozici dostatečné indicie vyplývá z rozsahu předběžné právní kvalifikace potud, pokud se týká jednání uchazeče v případě neexistence pravomocného rozsudku nebo konečného rozhodnutí (viz bod 65 výše), a nemůže vycházet z pouhých podezření.

80 S ohledem na vše výše uvedené je třeba ověřit, zda byla Komise v projednávaném případě povinna předložit záležitost výboru, aby vydal doporučení obsahující případně předběžnou právní kvalifikaci jednání společnosti ADS. Je tedy třeba ověřit, zda Komise měla dostatečné indicie umožňující předpokládat, že se společnost ADS dopustila vážného profesního pochybení ohrožujícího finanční zájmy Unie, včetně zejména uzavření dohody s jinými osobami nebo subjekty s cílem narušit hospodářskou soutěž nebo pokusu získat důvěrné informace, jež by ji neoprávněně zvýhodnily ve sporném soutěžním dialogu.

81 V projednávané věci ze spisu a řečí hlavních účastnic řízení vyplývá, že jedinou skutečností, kterou měla Komise k dispozici, jež se týkala údajného protiprávního jednání společnosti ADS, byl dopis ze dne 23. prosince 2020. Tímto dopisem se žalobkyně v podstatě domáhala, aby Komise nejprve pozastavila sporný soutěžní dialog z důvodu „podezření, že zaměstnanec společnosti ADS porušil obchodní tajemství“, které podle ní vyplývá ze skutkových okolností, se kterými Komisi seznámila, dále aby tuto otázku prošetřila a nakonec aby vyloučila společnost ADS ze sporného soutěžního dialogu (viz bod 15 výše).

82 V tomto ohledu je třeba zaprvé poznamenat, že tvrzení, která žalobkyně uvedla v dopise ze dne 23. prosince 2020, připomenutá v bodě 16 výše, nepatří mezi skutečnosti a zjištění uvedená v čl. 136 odst. 2 čtvrtém pododstavci písm. a) až e) finančního nařízení.

83 Zadruhé je třeba uvést, že i když žalobkyně poukázala na šetření probíhající před příslušnými vnitrostátními orgány ohledně předmětných skutečností, uvedené řízení zahájila žalobkyně trestním oznámením ohledně údajného porušení právních předpisů Spolkové republiky Německo týkajících se obchodního tajemství ze strany jejího bývalého zaměstnance, a nikoli společnosti ADS (viz bod 16 výše).

84 Jak přitom vyplývá z bodu 75 výše, předběžná právní kvalifikace podle čl. 136 odst. 2 finančního nařízení, a tedy předložení záležitosti výboru se může týkat pouze jednání samotných uchazečů. Tvrzené jednání bývalého zaměstnance uvedeného v dopise ze dne 23. prosince 2020 tudíž nemůže představovat dostatečnou indicii k tomu, aby byla věc předložena uvedenému výboru.

85 Zatřetí je třeba uvést, že dopis ze dne 23. prosince 2020 nebyl doplněn žádným důkazem, který by mohl podpořit tvrzení, která v něm byla uvedena.

86 Z toho vyplývá, že tvrzení uvedená v dopise ze dne 23. prosince 2020 nemohou být považována za skutečnosti nebo zjištění, které by mohly představovat dostatečné indicie na podporu domněnky zavinění společnosti ADS odůvodňující předložení záležitosti výboru.

87 V této souvislosti je třeba ověřit, zda byla Komise přesto povinna prošetřit tvrzení uvedená v dopise ze dne 23. prosince 2020.

88 V tomto ohledu je třeba uvést, že v dopise ze dne 23. prosince 2020 žalobkyně nezmiňovala žádné vlastní jednání společnosti ADS, s výjimkou skutečnosti, že tato společnost zaměstnávala jejího bývalého zaměstnance (viz bod 16 výše). V zásadě přitom skutečnost, že uchazeč v průběhu zadávacího řízení zaměstnal bývalého zaměstnance jiného uchazeče, nepředstavuje sama o sobě indicii jednání tohoto prvního uchazeče, které by mohlo představovat vážné profesní pochybení. Účast v zadávacím řízení naproti tomu nemůže představovat překážku ve výkonu práv uchazečů (a jejich zaměstnanců nebo bývalých zaměstnanců) uzavírat pracovní smlouvy nebo provádět akty vyplývající z pracovního práva v průběhu uvedeného řízení.

89 Dále je třeba uvést, že v dopise ze dne 23. prosince 2020 žalobkyně zmiňovala určitá jednání nikoliv společnosti ADS, ale svého bývalého zaměstnance. Konkrétně zmínila skutečnost, že na počítači svého bývalého zaměstnance nalezla motivační dopis ze dne 21. června 2019 určený výkonnému místopředsedovi společnosti ADS, ve kterém bývalý zaměstnanec zejména uvedl, že jeho přechod od žalobkyně ke společnosti ADS „může rovněž změnit vyhlídky a soutěžní postavení [žalobkyně] vůči [společnosti ADS] v budoucích akvizičních cílech“. Žalobkyně rovněž v dopise ze dne 23. prosince 2020 tvrdila, že analýza počítače bývalého zaměstnance prokázala, že tento zaměstnanec mohl zkopírovat relevantní údaje, které získal v rámci přípravy její nabídky pro sporný soutěžní dialog, a sice podrobnosti a technické koncepty, strategie nabídek, hodnocení konkurenceschopnosti, cenové strategie a podrobnosti o cenách. V témže dopise žalobkyně rovněž tvrdila, že od dubna 2020, tedy několik měsíců po jeho nástupu, jmenovala společnost ADS bývalého zaměstnance do vedení útvaru, který byl zapojen do sporného soutěžního dialogu, a sice na pozici „Head of Space Systems Germany“, v jejímž rámci zastával stejné funkce, jaké zastával dříve u ní.

90 Je třeba konstatovat, že žalobkyně těmito tvrzeními v podstatě tvrdila, že její bývalý zaměstnanec porušil její obchodní tajemství tím, že od ní protiprávně získal citlivé informace, které mohly poskytnout společnosti ADS neoprávněnou výhodu při sporném soutěžním dialogu (viz bod 16 výše).

91 Takové porušení, i kdyby bylo podložené, však každopádně nepředstavuje indicii o jednání samotné společnosti ADS, a nemůže tak založit domněnku zavinění této společnosti.

92 Mimoto je třeba konstatovat, že v dopise ze dne 23. prosince 2020 žalobkyně nepředložila žádný konkrétní argument, který by prokazoval, že společnost ADS získala, zejména prostřednictvím bývalého zaměstnance, jakoukoliv citlivou informaci a použila ji v rámci sporného soutěžního dialogu. Naproti tomu se žalobkyně v uvedeném dopise omezila na tvrzení, že společnost ADS mohla získat její citlivé informace, které této společnosti mohly poskytnout neoprávněnou výhodu ve sporném soutěžním dialogu (viz bod 16 výše). Toto vágní a hypotetické tvrzení nemůže představovat dostatečnou indicii ve smyslu judikatury připomenuté v bodě 78 výše.

93 Dopis ze dne 23. prosince 2020 totiž neobsahoval žádnou konkrétní skutečnost umožňující identifikovat údajné citlivé informace žalobkyně, které bývalý zaměstnanec mohl získat, předat společnosti ADS a použít ve sporném soutěžním dialogu, čímž by jí neoprávněně zvýhodnil. V uvedeném dopise žalobkyně pouze uvedla, že se bývalý zaměstnanec podílel na „strategii“ technické části nabídky a na „strategii“ týkající se ceny a výpočtu ceny. Tato příliš obecná tvrzení neposkytují žádný konkrétní údaj umožňující identifikovat údajné citlivé informace, které by mohly být dotčeny.

94 Žalobkyně zejména nikde v dopise ze dne 23. prosince 2020 neuvádí žádný technický údaj svojí nabídky, který by byl předán jejím bývalým zaměstnancem společnosti ADS a byl by touto společností neoprávněně použit ve sporném soutěžním dialogu. Stejně tak není v uvedeném dopise nijak upřesněna „strategie“ ceny nabídky žalobkyně, o níž bývalý zaměstnanec věděl.

95 Navíc je třeba uvést, že z dopisu ze dne 23. prosince 2020 vyplývá, že bývalý zaměstnanec odešel od žalobkyně krátce po předložení její revidované nabídky v druhé fázi sporného soutěžního dialogu. Bývalý zaměstnanec tak v žádném případě nemohl mít informace o dialogu, který proběhl mezi žalobkyní a ESA během třetí fáze, ani o obsahu konečné nabídky žalobkyně, která byla předložena v říjnu 2020, tedy téměř rok poté, co bývalý zaměstnanec odešel od žalobkyně (viz body 13 a 16 výše). Navíc, jak vyplývá ze spisu a z odpovědí Komise na otázky, které jí byly položeny Tribunálem na jednání, „podmínky zadávacího řízení pro výzvu k předložení konečné nabídky“, které byly zaslány uchazečům v srpnu 2020 (viz bod 13 výše), obsahovaly změny oproti předchozím „podmínkám zadávacího řízení pro výzvu k předložení revidované nabídky“. Lhůta pro dodání satelitů byla konkrétně zkrácena o téměř jeden rok, lhůta pro to, aby veřejný zadavatel mohl využít opci na nákup dalších satelitů nad rámec původního počtu (viz bod 7 výše) byla prodloužena o čtrnáct měsíců a byla upravena kvalifikace některých satelitů pro jednorázový nebo dvojí start. Takové změny nemohou mít ze své povahy dopad na technické a finanční podmínky předložené uchazeči v jejich konečných nabídkách.

96 Z výše uvedeného vyplývá, že Komise nebyla povinna prošetřit tvrzení obsažená v dopise ze dne 23. prosince 2020, jelikož tato tvrzení, i kdyby byla podložená, nemohla představovat dostatečné indicie k prokázání domněnky zavinění společnosti ADS odůvodňující předložení záležitosti výboru.

97 Tyto závěry nejsou zpochybněny argumentem žalobkyně, podle kterého ESA požádala společnost ADS o informace o bývalém zaměstnanci až 29. ledna 2021, tedy po vydání napadených rozhodnutí. Kromě toho, že tato žádost byla podána v návaznosti na druhý dopis žalobkyně ze dne 28. ledna 2021 (viz bod 23 výše), a tedy sama následovala po napadených rozhodnutích, to nemění nic na tom, že skutečnost, že o informace byla společnost ADS požádána po přijetí napadených rozhodnutí, nemá vliv na legalitu těchto rozhodnutí vzhledem k tomu, že neexistuje povinnosti předložit záležitost výboru (viz bod 86 výše) a že se tvrzení žalobkyně netýkají oblasti podléhající vyšetřovacím pravomocem orgánů, subjektů nebo institucí Unie (viz bod 96 výše).

98 Kromě toho je třeba podobně, jak učinila Komise, konstatovat, že žalobkyně ji informovala o svých podezřeních až v dopise ze dne 23. prosince 2020, ačkoli nařídila analýzu počítače bývalého zaměstnance již v listopadu 2019, jak připouští v žalobě, a že již v březnu 2020 podala trestní oznámení proti bývalému zaměstnanci u příslušných německých orgánů (viz bod 16 výše). Během tohoto období, tedy od listopadu 2019 do prosince 2020, sporný soutěžní dialog pokročil z druhé do třetí fáze, která začala v srpnu 2020, přičemž žalobkyně předložila konečnou nabídku v říjnu 2020 (viz bod 13 výše). Toto chování žalobkyně naznačuje, že se sama přinejmenším po značnou dobu, a dokonce ani při předložení své konečné nabídky, nedomnívala, že by údajné jednání bývalého zaměstnance mohlo neoprávněně zvýhodnit společnost ADS ve sporném soutěžním dialogu.

99 Ze všeho výše uvedeného vyplývá, že Komise neporušila povinnost předložit záležitost výboru, ani *a fortiori* třetí kritérium pro vyloučení uvedené v bodě 65 výše.

100 První část prvního žalobního důvodu tedy musí být zamítnuta jako neopodstatněná.

[*omissis*]

K druhému žalobnímu důvodu, vycházejícímu z porušení povinnosti posoudit mimořádně nízké nabídky

113 Žalobkyně v podstatě tvrdí, že Komise porušila přílohu I kapitolu 1 oddíl 2 body 23.1 a 23.2 finančního nařízení tím, že neprovedla obě fáze, které tam jsou stanoveny, aby se ujistila, že konečná nabídka společnosti ADS nebyla mimořádně nízká, ačkoli o tom existovaly indicie. Konečná nabídka společnosti ADS má totiž výrazně nižší cenu než konečné nabídky společnosti TASI a žalobkyně, a Komise se tedy nemohla omezit na konstatování, že se jí tato nabídka nezdá být mimořádně nízká.

114 Komise a vedlejší účastnice řízení tyto argumenty zpochybňují.

115 Podle přílohy I kapitoly 1 oddílu 2 bodu 23.1 prvního pododstavce finančního nařízení, jeví-li se cena či náklady nabídnuté v zadávacím řízení jako mimořádně nízké, vyžádá si veřejný zadavatel písemně upřesnění hlavních složek této ceny či nákladů, jež považuje za podstatné, a dá uchazeči příležitost poskytnout vysvětlení. Podle přílohy I kapitoly 1 oddílu 2 bodu 23.2 uvedeného nařízení může veřejný zadavatel nabídku odmítnout pouze v případě, že předložený doklad uspokojivě neodůvodňuje nízkou úroveň navrhované ceny či nákladů.

116 Z těchto ustanovení vyplývá, že posouzení existence mimořádně nízkých nabídek provedené zadavatelem probíhá ve dvou fázích (obdobně viz rozsudek ze dne 4. července 2017, European Dynamics Luxembourg a další v. Agentura Evropské unie pro železnice, T-392/15, EU:T:2017:462, bod 87).

117 V prvé řadě musí veřejný zadavatel posoudit, „jeví-li se“ být předložené nabídky mimořádně nízké (viz bod 23.1 oddílu 2 kapitoly I přílohy I finančního nařízení). Použití slovesa „jevit se“ ve finančním nařízení znamená, že veřejný zadavatel provede *prima facie* posouzení mimořádně nízké povahy nabídky. Finanční nařízení tedy nestanoví zadavateli povinnost provést z úřední povinnosti detailní přezkum složení každé nabídky za účelem určení, zda nepředstavuje mimořádně nízkou nabídku. Zadavatel musí nejprve pouze určit, zda předložené nabídky obsahují indicii, která by mohla vzbudit podezření, že by mohly být mimořádně nízké (obdobně viz rozsudek ze dne 4. července 2017, European Dynamics Luxembourg a další v. Agentura Evropské unie pro železnice, T-392/15, EU:T:2017:462, bod 88).

118 Existují-li skutečnosti, které mohou vzbudit podezření, že by nabídka mohla být mimořádně nízká, veřejný zadavatel musí ve druhé řadě ověřit složení nabídky, aby se ujistil, že není mimořádně nízká. Jakmile veřejný zadavatel toto ověření provede, musí uchazeči, který uvedenou nabídku předložil, umožnit, aby vysvětlil, proč se domnívá, že jeho nabídka není mimořádně nízká. Následně musí zadavatel posoudit podaná vysvětlení a určit, zda je dotčená nabídka mimořádně nízká, a v takovém případě ji musí odmítnout (obdobně viz rozsudek ze dne 4. července 2017, European Dynamics Luxembourg a další v. Agentura Evropské unie pro železnice, T-392/15, EU:T:2017:462, bod 89).

119 Pojem „mimořádně nízká nabídka“ není ve finančním nařízení definován. Nicméně již bylo rozhodnuto, že mimořádně nízký charakter nabídky musí být posouzen s ohledem na složení nabídky a na přínos k danému plnění [obdobně viz rozsudek ze dne 16. května 2019, Transtec v. Komise, T-228/18, EU:T:2019:336, bod 69 (nezveřejněný) a citovaná judikatura].

120 Kromě toho z judikatury vyplývá, že indicie, které mohou vzbudit podezření, že nabídka může být mimořádně nízká, mohou existovat zejména tehdy, jeví-li se jako nejisté, že nabídka dodržuje právní předpisy země, v níž mají být služby poskytovány, co se týče odměňování zaměstnanců, přispívání do systému sociálního zabezpečení, dodržování bezpečnostních norem a norem ochrany zdraví při práci a prodeje se ztrátou, a dále že nabídnutá cena zahrnuje veškeré náklady vyplývající z technických aspektů nabídky. Totéž platí, když nabídnutá cena v předložené nabídce je podstatně nižší než cena ostatních předložených nabídek nebo než obvyklá tržní cena [obdobně viz rozsudek ze dne 16. května 2019, Transtec v. Komise, T-228/18, EU:T:2019:336, bod 72 (nezveřejněný) a citovaná judikatura].

121 Žalobkyně tvrdí, že rozdíl mezi cenou konečné nabídky společnosti ADS a cenami konečných nabídek ostatních uchazečů představoval indicii, která by mohla vzbudit podezření, že nabídka společnosti ADS by mohla být mimořádně nízká, což mělo vést Komisi k ověření složení této nabídky, aby se ujistila, že tato nabídka není mimořádně nízká.

122 V projednávané věci ze spisu vyplývá, že Komise vybrala nabídku společnosti ADS na základě pořadí nabídek, které sestavila hodnotící komise (viz bod 17 výše). Vzhledem k tomu, že nabídka společnosti ADS byla přijata, vyplývá z toho implicitně, ale nezbytně, že Komise měla podobně jako hodnotící komise za to, že neexistují indicie, že by uvedená nabídka byla mimořádně nízká, a že v důsledku toho nebylo užitečné požadovat podrobnosti o složení této nabídky. Toto posouzení není zpochybněno argumenty žalobkyně.

123 V první řadě je zajisté pravda, že existuje rozdíl mezi cenou nabídky společnosti ADS a cenami nabídek společnosti TASI a žalobkyně, která činí v prvním případě 11,99 % a v druhém případě 13,9 %, tedy mezi 707 679 174,75 eury a 804 127 000 eury a mezi 707 679 174,75 eury a 822 786 000 eury. Nicméně již bylo rozhodnuto, že pouhá skutečnost, že cena nabídky vybraného uchazeče je nižší než cena nabídky jiného uchazeče, nemůže sama o sobě prokázat mimořádně nízkou povahu nabídky vybraného uchazeče. Nabídka totiž může být levnější než jiná nabídka bez toho, aby byla mimořádně nízká (viz rozsudek ze dne 26. ledna 2017, TV1 v. Komise, T-700/14, nezveřejněný, EU:T:2017:35, bod 58 a citovaná judikatura).

124 Přesně tak je tomu v projednávaném případě. Rozdíl mezi cenou konečné nabídky společnosti ADS a cenou ostatních předložených nabídek nemůže sám o sobě představovat indicii mimořádně nízké povahy nabídky společnosti ADS vzhledem ke zvláštnostem dotčeného trhu.

125 Zaprvé je totiž třeba připomenout, že zadávací řízení bylo zahájeno ve formě soutěžního dialogu, neboť Komise již určila a vymezila své potřeby, ale dosud neurčila nejvhodnější konkrétní prostředky, které by byly nejvhodnější k jejich uspokojení (viz bod 6 výše). Ceny nabídek tudíž byly z velké části závislé na různých technických řešeních a prostředcích navržených jednotlivými uchazeči, a tedy na příslušných nákladech.

126 Zadruhé se sporný soutěžní dialog týkal nákupu výrobků, u nichž tržní cena neexistuje. Jak hlavní účastnice řízení uznaly na jednání v odpovědi na otázku, kterou jim položil Tribunál, ze zvláštních vlastností satelitů vyplývá, že nejsou zbožím, pro které lze nalézt standardní nebo tržní cenu. Navíc se v projednávaném případě jednalo o dodávky satelitů s pokročilými vlastnostmi k zajištění přechodu z první generace na druhou generaci satelitů Galileo (viz bod 7 výše), a tedy satelitů, pro které dosud nemohla existovat tržní cena.

127 V druhé řadě je třeba konstatovat, že kromě rozdílu v ceně žalobkyně nepředkládá konkrétní argument na podporu svého tvrzení, podle kterého by se měla nabídka společnosti ADS jevit jako mimořádně nízká. Zejména netvrdí, že by došlo k případnému porušení právních předpisů země, v níž měly být služby poskytnuty, nebo že by do ceny nabízené společností ADS nebyly zahrnuty veškeré náklady vzniklé technickými aspekty její nabídky. V každém případě je třeba uvést, že skutečnosti, které vyplývají ze spisu, nepotvrzují tvrzení žalobkyně.

128 Je totiž třeba připomenout, že zakázka byla zadána na základě ekonomicky nejvýhodnější nabídky, přičemž kritérium ceny mělo váhu 35 %, zatímco kritérium kvality mělo váhu 65 % (viz bod 8 výše). Konečná nabídka společnosti ADS se přitom umístila lépe než nabídka žalobkyně, a to jak z hlediska kritéria ceny, tak z hlediska kritéria kvality (viz bod 22 výše).

129 Kromě toho z popisných dokumentů sporného soutěžního dialogu, které obsahují podmínky platné pro každou z jeho tří fází, vyplývá (viz body 10, 12 a 13 výše), že nabídky musely obsahovat finanční návrh odpovídající technické nabídce, jakož i podrobné finanční údaje, zejména oddělené finanční nabídky.

130 V tomto ohledu ze spisu vyplývá, že hodnotící komise neměla žádné pochybnosti o hodnocení nabídky společnosti ADS z hlediska čtvrtého dílčího kritéria kritéria kvality týkajícího se vhodnosti řízení, výpočtu nákladů a plánování provádění navrhovaných prací (viz bod 8 výše). Naproti tomu z dopisu ze dne 19. ledna 2021 a faxu ze dne 22. ledna 2021 uvedených v bodech 18 a 21 výše vyplývá, že pokud jde o toto dílčí kritérium, nabídka společnosti ADS se umístila na druhém místě.

131 Navíc z písemné odpovědi Komise ze dne 29. října 2022 na otázku položenou Tribunálem v rámci organizačních procesních opatření ze dne 17. října 2022, jakož i z dokumentu připojeného k této odpovědi, ke kterému se žalobkyně vyjádřila na jednání, vyplývá, že finanční údaje nabídek uchazečů byly jimi předloženy ve formě standardních souborů. Nejprve byly tyto soubory přezkoumány v rámci hodnotící komise pomocí softwaru nazvaného „ESA Costing Software (ECOS)“, který je určen pro celkové posouzení cenových položek v nabídkách. Dále, pokud jde zejména o konečnou nabídku společnosti ADS, byla vypracována souhrnná tabulka na základě analýzy uvedeného softwaru, přičemž tato tabulka obsahovala 21 dílčích kategorií cenových položek, zejména náklady práce a různých technických součástí, jakož i ziskovou marži. Nakonec byly finanční údaje předložených nabídek, včetně údajů konečné nabídky společnosti ADS, posouzeny dílčím panelem hodnotící komise čítajícím čtrnáct členů, který byl pověřen posouzením čtvrtého výše uvedeného dílčího kritéria.

132 V projednávané věci tedy nebyla prokázána existence indicií, které by mohly vzbudit podezření Komise, že by nabídka společnosti ADS mohla být mimořádně nízká. V důsledku toho nebyla Komise povinna ve smyslu judikatury připomenuté v bodě 118 výše ověřit složení nabídky společnosti ADS, aby se ujistila, že tato nabídka nebyla mimořádně nízká.

133 Na rozdíl od toho, co tvrdí žalobkyně, tak Komise neporušila povinnosti týkající se přezkumu mimořádně nízkých nabídek.

134 Kromě toho žalobkyně na jednání uvedla, že argumentem, podle kterého se Komise nemohla omezit na konstatování, že se jí nabídka společnosti ADS nejeví jako mimořádně nízká, se snažila namítnout nedostatek odůvodnění.

135 Je však třeba konstatovat, že žalobkyně neuvádí žádný samostatný argument na podporu tohoto údajného nedostatku odůvodnění, ale omezuje se na to, že Komisi vytýká, že neprovedla ověření existence mimořádně nízkých nabídek, což je otázka, která nespadá pod výtku vycházející z porušení podstatných formálních náležitostí, zejména z nedostatku odůvodnění napadených rozhodnutí, ale která se týká opodstatněnosti těchto rozhodnutí. Jak přitom vyplývá z bodu 132 výše, tato výtka vycházející z toho, že Komise porušila povinnosti týkající se přezkumu mimořádně nízkých nabídek, nemůže obstát.

136 Druhý žalobní důvod tedy musí být zamítnut jako neopodstatněný.

[*omissis*]

Ke čtvrtému žalobnímu důvodu, vycházejícímu z porušení povinnosti Komise přijmout samostatné rozhodnutí o zadání zakázky

216 Žalobkyně v podstatě tvrdí, že Komise nesplnila povinnost přijmout samostatné rozhodnutí o zadání zakázky, když se omezila na potvrzení výsledků uvedených v hodnotící zprávě. Odpovědnost za program Galileo, kterou Komisi ukládá čl. 12 odst. 1 nařízení č. 1285/2013, jí zakládá povinnost přijmout samostatné rozhodnutí, pokud jde o zadání zakázky v rámci sporného soutěžního dialogu. Navíc pověřovací smlouvy uzavřené mezi Komisí a ESA na základě článku 15 uvedeného nařízení nemohou tuto odpovědnost Komise omezit nebo měnit. Mimoto Komise není vázána návrhem uvedeným v hodnotící zprávě a měla sama přezkoumat nabídky uchazečů, a to tím spíše, že v projednávané věci existují indicie o nesprávném posouzení hodnotící komisí, což mělo Komisi vést k tomu, aby provedla pozornou kontrolu uvedené zprávy.

217 Komise, podporovaná společností ADS, a Italská republika tyto argumenty zpochybňují.

218 Zaprvé je třeba bez dalšího odmítnout argument žalobkyně vycházející z odpovědnosti Komise v rámci programu Galileo.

219 Je sice pravda, že Komise nese celkovou odpovědnost za program Galileo a že musí pro zaváděcí fázi tohoto programu uzavřít pověřovací smlouvu s ESA, v níž budou podrobně uvedeny úkoly, které má ESA plnit, zejména při zadávání zakázek. Právě v rámci pověřovací smlouvy, která byla uzavřena mezi Komisí a ESA, byla ESA, jednající jménem a na účet Komise, pověřena organizací sporného soutěžního dialogu, zatímco Komise zůstala veřejným zadavatelem (viz body 4 a 5 výše).

220 Nicméně v rozporu s tím, co zřejmě tvrdí žalobkyně, odpovědnost za program Galileo nemůže změnit, nebo dokonce rozšířit povinnosti Komise jakožto veřejného zadavatele, které jsou i nadále obecně stanovené v hlavě VII finančního nařízení, a zejména pokud jde o veřejné zakázky uzavřené v rámci zavádění programu Galileo v kapitole V nařízení č. 1285/2013.

221 Zadruhé a v každém případě je třeba odmítnout argument žalobkyně vycházející z údajného porušení povinnosti Komise přijmout samostatné rozhodnutí o zadání zakázky.

222 Nejprve je třeba uvést, že podle čl. 150 odst. 1 a 2 finančního nařízení jsou nabídky předložené v rámci zadávacího řízení hodnoceny hodnotící komisí jmenovanou veřejným zadavatelem. Veřejný zadavatel může navíc upustit od jmenování hodnotící komise pouze v případech stanovených v čl. 168 odst. 5 téhož nařízení. Dále z přílohy I kapitoly 1 oddílu 2 bodu 30.1 uvedeného nařízení vyplývá, že výsledky hodnocení provedeného hodnotící komisí jsou uvedeny v hodnotící zprávě obsahující návrh na zadání zakázky. Nakonec veřejný zadavatel rozhodne buď

schválením hodnotící zprávy, nebo případně uvede důvody, proč se neřídil doporučením v hodnotící zprávě, nebo případně uvede důvody, proč se rozhodl zakázku nezadat v souladu s přílohou I kapitolou 1 oddílem 2 bodem 30.3 uvedeného nařízení.

223 Z toho vyplývá, že v případě, kdy hodnotící komise byla jmenována veřejným zadavatelem, přísluší této komisi, aby provedla hodnocení předložených nabídek. Dále, i když je pravda, že veřejný zadavatel není vázán hodnotící zprávou, nic to nemění na tom, že v případech, kdy se zadavatel rozhodne řídit návrhem na zadání zakázky formulovaným v uvedené zprávě, může být jeho rozhodnutí o zadání zakázky založeno na uvedené zprávě.

224 V projednávané věci je třeba konstatovat, že konečné nabídky uchazečů byly hodnoceny hodnotící komisí složenou ze zástupců ESA, GSA a Komise, která předložila výsledky svého hodnocení v hodnotící zprávě, na jejímž základě Komise přijala napadená rozhodnutí (viz body 14 a 17 výše). Navíc, jak upřesňuje Komise, aniž to žalobkyně zpochybňuje, tato komise byla složena ze skupiny přibližně 70 osob s odpovídajícími zkušenostmi a kvalifikací ve vztahu k předmětu zakázky.

225 Skutečnost, že napadená rozhodnutí byla odůvodněna odkazem na hodnotící zprávu a Komise se ztotožnila s názorem hodnotící komise pověřené posouzením předložených nabídek, tudíž nic nemění na skutečnosti, že byla přijata Komisí samostatně jakožto veřejným zadavatelem.

[*omissis*]

Z těchto důvodů

TRIBUNÁL (šestý senát)

rozhodl takto:

1) Žaloba se zamítá.

2) Společnost OHB System AG ponese vlastní náklady řízení a nahradí náklady řízení vynaložené Evropskou komisí, včetně nákladů souvisejících s řízením o předběžném opatření.

3) Italská republika a společnost Airbus Defence and Space GmbH ponesou vlastní náklady řízení.

Costeira Kančeva Zilgalvis

Takto vyhlášeno na veřejném zasedání v Lucemburku dne 26. dubna 2023.

Podpisy.