Samling af Afgørelser

RETTENS DOM (Sjette Afdeling)

26. april 2023*

»Offentlige tjenesteydelseskontrakter – udbudsprocedure – konkurrencepræget dialog – levering af Galileoovergangssatellitter – afvisning af en tilbudsgivers bud – udelukkelseskriterier – en tilbudsgivers alvorlige forsømmelser i forbindelse med udøvelsen af erhvervet – ingen endelig dom eller administrativ afgørelse – henvisning til det panel, der er omhandlet i finansforordningens artikel 143 – ligebehandling – unormalt lavt bud – åbenbart urigtigt skøn«

I sag T-54/21,

OHB System AG, Bremen (Tyskland), ved advokaterne W. Würfel og F. Hausmann,

sagsøger,

mod

Europa-Kommissionen ved G. Wilms, L. André, J. Estrada de Solà og L. Mantl, som befuldmægtigede,

sagsøgt,

støttet af

Den Italienske Republik ved G. Palmieri, som befuldmægtiget, bistået af avvocati dello stato P. Gentili og G. Santini,

og af

Airbus Defence and Space GmbH, Taufkirchen (Tyskland), ved advokaterne P.-E. Partsch, F. Dewald og C.-E. Seestädt,

intervenienter,

har

RETTEN (Sjette Afdeling),

sammensat af afdelingsformanden, M.J. Costeira (refererende dommer), og dommerne M. Kancheva og P. Zilgalvis,

* Processprog: tysk.

justitssekretær: fuldmægtig P. Cullen,

under henvisning til kendelse af 26. maj 2021, OHB System mod Kommissionen (T-54/21 R, ikke trykt i Sml., EU:T:2021:292),

på grundlag af den skriftlige forhandling, navnlig:

– kendelse af 30. juni 2021, OHB System mod Kommissionen (T-54/21, ikke trykt i Sml.)

– kendelse af 2. december 2021, OHB System mod Kommissionen, (T-54/21, ikke trykt i Sml., EU:T:2021:878)

– foranstaltninger med henblik på sagens tilrettelæggelse af 17. oktober 2022 og Kommissionens svar indleveret til Rettens Justitskontor den 29. oktober 2022,

og efter retsmødet den 17. november 2022,

afsagt følgende

Dom[1]

1 Med sit søgsmål i henhold til artikel 263 TEUF har sagsøgeren, OHB System AG, nedlagt påstand om annullation af Europa-Kommissionens afgørelser, som blev meddelt sagsøgeren ved skrivelse af 19. og telefax af 22. januar 2021, om ikke at antage sagsøgerens bud, der blev afgivet i forbindelse med udbuddet i form af konkurrencepræget dialog 2018/S 091-206089 om levering af Galileoovergangssatellitter, samt om at tildele kontrakten til to andre tilbudsgivere (herefter »de anfægtede afgørelser«).

Sagens baggrund

2 Sagsøgeren er et tysk selskab, hvis formål er udvikling og gennemførelse af innovative rumsystemer og -projekter samt markedsføring af særlige luftfarts-, rum- og telematikprodukter, herunder geostationære satellitter og satellitter i lav bane.

3 I henhold til anden betragtning til og artikel 2, stk. 1 og 2, i Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) nr. 1285/2013 af 11. december 2013 om etablering og drift af de europæiske satellitbaserede navigationssystemer og om ophævelse af Rådets forordning (EF) nr. 876/2002 og Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 683/2008 (EUT 2013, L 347, s. 1) har Galileoprogrammet til formål at etablere og drive et europæisk system for satellitbaseret navigation og positionsbestemmelse, der er rettet specifikt mod civile formål, som omfatter en konstellation af satellitter og et globalt net af jordstationer.

4 I henhold til artikel 12, stk. 1, i forordning nr. 1285/2013 har Kommissionen det overordnede ansvar for Galileoprogrammet, og den skal i overensstemmelse med samme forordnings artikel 15, stk. 1, for etablerings- og ibrugtagningsfasen for dette program indgå en

[1] – Der gengives kun de præmisser i denne dom, som Retten finder det relevant at offentliggøre.

uddelegeringsaftale med Den Europæiske Rumorganisation (ESA), der udspecificerer sidstnævntes opgaver, navnlig for så vidt angår udformningen, udviklingen og indkøbet af systemet.

5 ESA har inden for rammerne af den uddelegeringsaftale, der er indgået mellem Kommissionen og ESA for etablerings- og ibrugtagningsfasen for Galileoprogrammet, ansvaret for at tilrettelægge de offentlige udbudsprocedurer vedrørende dette program, og Kommissionen er fortsat den ordregivende myndighed.

6 Ved udbudsbekendtgørelse af 15. maj 2018, der blev offentliggjort i *Supplement til Den Europæiske Unions Tidende* af 15. maj 2018 (EUT 2018/S 091-206089) og på internetsiden »emits.esa.int«, iværksatte ESA på Kommissionens vegne og for dennes regning en udbudsprocedure vedrørende levering af Galileoovergangssatellitter i form af en konkurrencepræget dialog (herefter »den omtvistede konkurrencepræget dialog«). Proceduren blev iværksat i denne form, eftersom Kommissionen allerede havde identificeret og defineret sine behov, men endnu ikke havde defineret de præcise midler, der var bedst egnede til at opfylde kravene.

7 Den omtvistede konkurrencepræget dialog vedrørte erhvervelsen af et indledende antal på fire (og op til 12) Galileoovergangssatellitter, der havde egenskaber, der var udviklet med henblik på at sikre overgangen fra den første til den anden generation af Galileosatellitter. Det blev besluttet at anvende flere leverandører i overensstemmelse med artikel 19, litra d), i forordning nr. 1285/2013, hvorefter to tilbudsgivere kunne vælges, og to kontrakter kunne indgås med henblik på samtidig levering af et forventet antal på to satellitter for hver.

8 Tildelingen af kontrakten var baseret på det økonomisk mest fordelagtige bud på grundlag af to tildelingskriterier, nemlig prisen, der var vægtet med 35%, og kvaliteten, der samlet var vægtet med 65%. Kvalitetskriteriet var opdelt i fem underkriterier. Det første underkriterium, som var vægtet med 10%, vedrørte egnetheden og relevansen af de menneskelige og tekniske ressourcer og de af tilbudsgiveren foreslåede anlæg med hensyn til den tekniske og programmatiske løsning, der var beskrevet i buddet. Det andet underkriterium, som var vægtet med 25%, vedrørte forståelsen af kravene og målene, herunder med hensyn til sikkerhed, kvalificering og modenheden af det foreslåede projekts udformning, egnetheden, kvaliteten og robustheden af det foreslåede projekts udformning og overholdelsen af de tekniske krav. Det tredje underkriterium, som var vægtet med 30%, vedrørte kvaliteten og egnetheden af arbejdsprogrammet, overholdelsen af udbudsbetingelserne, den tekniske planlægnings egnethed og tilgangen til tests og prøvninger, risikovurdering og forslag til risikobegrænsning, herunder teknologisk diversificering. Det fjerde underkriterium, som var vægtet med 25%, vedrørte hensigtsmæssigheden af forvaltningen, beregningen af omkostningerne og planlægningen af arbejdernes udførelse. Det femte underkriterium, som var vægtet med 10%, vedrørte overholdelsen af udbudsbetingelserne og kontrakten.

9 Den omtvistede konkurrencepræget dialog forløb i tre faser. De to første faser forløb i overensstemmelse med bestemmelserne i forordning nr. 1285/2013 og i Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU, Euratom) nr. 966/2012 af 25. oktober 2012 om de finansielle regler vedrørende Unionens almindelige budget og om ophævelse af Rådets forordning (EF, Euratom) nr. 1605/2002 (EUT 2012, L 298, s. 1) og Kommissionens delegerede forordning (EU) nr. 1268/2012 af 29. oktober 2012 om gennemførelsesbestemmelser til Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU, Euratom) nr. 966/2012 (EUT 2012, L 362, s. 1). Den tredje fase fandt sted i overensstemmelse med bestemmelserne i forordning nr. 1285/2013 og Europa-Parlamentets og

Rådets forordning (EU, Euratom) 2018/1046 af 18. juli 2018 om de finansielle regler vedrørende Unionens almindelige budget, om ændring af forordning (EU) nr. 1296/2013, (EU) nr. 1301/2013, (EU) nr. 1303/2013, (EU) nr. 1304/2013, (EU) nr. 1309/2013, (EU) nr. 1316/2013, (EU) nr. 223/2014, (EU) nr. 283/2014 og afgørelse nr. 541/2014/EU og om ophævelse af forordning (EU, Euratom) nr. 966/2012 (EUT 2018, L 193, s. 1, herefter »finansforordningen«).

10 Den første fase af den omtvistede konkurrenceprægede dialog begyndte i maj 2018 med ESA's offentliggørelse af en »opfordring til at indgive en ansøgning om deltagelse«.

11 På baggrund af de modtagne ansøgninger om deltagelse udvalgte ESA tre tilbudsgivere, nemlig sagsøgeren, Airbus Defence and Space GmbH (herefter »ADS«) og Thales Alenia Space Italia (herefter »TASI«) (herefter under ét »tilbudsgiverne«).

12 Den anden fase begyndte i juli 2018 og vedrørte identifikationen og fastlæggelsen af de midler, der bedst kunne opfylde den ordregivende myndigheds behov. I første omgang opfordrede ESA tilbudsgiverne til at afgive et »foreløbigt bud« og sendte dem bl.a. »udbudsbetingelserne for opfordringen til at afgive et foreløbigt bud«. Dernæst opfordrede ESA efter en dialogperiode tilbudsgiverne til at afgive et »revideret bud« og sendte dem bl.a. »udbudsbetingelserne for opfordringen til at afgive et revideret bud«. Den 26. september 2018 afgav sagsøgeren sit foreløbige bud, og den 11. oktober 2019 afgav selskabet sit reviderede bud.

13 Den tredje fase begyndte i august 2020, og efter en anden dialogperiode opfordrede ESA tilbudsgiverne til at afgive deres »endelige bud« og tilsendte dem bl.a. »udbudsbetingelserne for opfordringen til at afgive det endelige bud«. Den 11. oktober 2020 indgav sagsøgeren sit endelige bud.

14 I perioden fra oktober til december 2020 blev tilbudsgivernes endelige bud vurderet af et evalueringsudvalg, der bestod af repræsentanter for ESA, Det Europæiske GNSS-Agentur (GSA) og Kommissionen, som fremlagde bedømmelsesresultaterne i en evalueringsrapport (herefter »evalueringsrapporten«).

15 Ved skrivelse af 23. december 2020 til Kommissionen med bl.a. ESA i kopi (herefter »skrivelsen af 23. december 2020«) anmodede sagsøgeren i det væsentlige Kommissionen om først at suspendere den omtvistede konkurrenceprægede dialog på grund af en »mistanke om krænkelse af selskabets forretningshemmeligheder fra en af ADS' ansattes side«, dernæst at undersøge spørgsmålet og endelig i givet fald at udelukke ADS fra den omtvistede konkurrenceprægede dialog.

16 I denne skrivelse underrettede sagsøgeren Kommissionen i det væsentlige om følgende: For det første havde M [*fortroligt*] [2] (herefter »den tidligere ansatte«) arbejdet for sagsøgeren fra den 22. december 2016 til udgangen af november 2019 og havde som driftsdirektør haft vid adgang til oplysninger vedrørende projektet og havde deltaget i udarbejdelsen af det bud, som sagsøgeren havde afgivet i forbindelse med den omtvistede konkurrenceprægede dialog. Han havde navnlig været involveret i »strategien« for den tekniske del af selskabets bud og i »strategien« vedrørende pris og beregning af prisen. For det andet havde den tidligere ansatte og sagsøgeren den 11. november 2019, efter at den førstnævnte havde anmodet herom, underskrevet en førtidig opsigelse af den pågældendes ansættelseskontrakt. For det tredje havde ADS i december 2019 ansat den tidligere ansatte, og i 2020 havde han haft en stilling hos ADS, som placerede ham i

[2] – Fortrolige oplysninger udeladt.

spidsen for den afdeling, der havde ansvaret for det bud, som ADS afgav i forbindelse med den omtvistede konkurrenceprægede dialog. Endvidere forelå der indicier for, at den tidligere ansatte havde fået følsomme oplysninger fra sagsøgeren, som kunne give ADS en uberettiget fordel i forbindelse med den omtvistede konkurrenceprægede dialog. For det fjerde havde sagsøgeren anordnet en undersøgelse af den computer, som den tidligere ansatte anvendte hos sagsøgeren, idet denne analyse havde ført til dokumenter, som godtgjorde, at han først og fremmest havde haft til hensigt at skifte arbejdsgiver siden juni 2019, dernæst i forbindelse med forhandlingerne om ADS' ansættelse af ham havde han bl.a. meddelt denne sidstnævnte, at selskabet ved at ansætte ham ville opnå fordele i projekter, hvor det konkurrerede med sagsøgeren, og endelig var der indicier for, at den tidligere ansatte havde kopieret fortrolige filer hos sagsøgeren. For det femte var de ovennævnte omstændigheder genstand for en strafferetlig efterforskning, der blev foretaget af den kompetente anklagemyndighed i Tyskland, efter at sagsøgeren i marts 2020 havde indgivet en klage over den tidligere ansatte.

17 På grundlag af evalueringsrapporten besluttede Kommissionen ikke at antage sagsøgerens bud og at antage TASI's og ADS' bud. De anfægtede afgørelser blev meddelt sagsøgeren af ESA ved skrivelse af 19. januar 2021 og ved telefax af 22. januar 2021.

18 Ved skrivelse af 19. januar 2021 underrettede ESA sagsøgeren om afgørelsen om ikke at antage sagsøgerens bud med den begrundelse, at det ikke var det økonomisk mest fordelagtige bud. Som bilag til denne skrivelse tilsendte ESA sagsøgeren et uddrag af evalueringsudvalgets vurdering af selskabets endelige bud i lyset af de fem underkriterier for kvalitetskriteriet.

19 Efterfølgende anmodede sagsøgeren ved telefax af 20. januar 2021 ESA om at meddele selskabet oplysningerne fra de valgte tilbudsgivere, deres buds egenskaber og relative fordele, den samlede pris, der blev anvendt til at fastlægge klassificeringen, og en detaljeret bedømmelse af sagsøgerens eget bud.

20 Ved skrivelse af 20. januar 2021 oplyste Kommissionen under henvisning til skrivelsen af 23. december 2020 sagsøgeren om, for det første, at der ikke var tilstrækkeligt grundlag for at suspendere den omtvistede konkurrenceprægede dialog på dette tidspunkt, for det andet, at udsagnene om ulovlig tilegnelse af sagsøgerens forretningshemmeligheder allerede var genstand for en undersøgelse foretaget af de nationale myndigheder, hvis konklusioner Kommissionen kunne støtte sig på og om nødvendigt træffe yderligere foranstaltninger, og for det tredje var de pågældende udsagn ikke blevet fastslået ved en endelig dom eller en endelig administrativ afgørelse i henhold finansforordningens artikel 136, stk. 1, og der forelå således ingen begrundelse for at udelukke ADS fra den konkurrenceprægede dialog.

21 Ved telefax af 22. januar 2021 meddelte ESA sagsøgeren navnene på de valgte tilbudsgivere, dvs. TASI og ADS, den samlede pris og den endelige placering af deres bud samt deres placering i henhold til de fem underkriterier for kvalitetskriteriet. Som bilag til denne skrivelse fremsendte ESA til sagsøgeren de detaljerede resultater af evalueringen af selskabets bud i lyset af de fem underkriterier for kvalitetskriteriet.

22 Tilbudsgivernes bud blev placeret som følger: TASI's bud på førstepladsen, ADS' bud på andenpladsen og sagsøgerens bud på tredjepladsen. Disse bud blev bedømt på grundlag af de to tildelingskriterier, der er nævnt i præmis 8 ovenfor. For så vidt angår kvalitetskriteriet blev TASI's, ADS' og sagsøgerens bud placeret på henholdsvis første-, anden- og tredjepladsen. Hvad

angår priskriteriet blev ADS' bud med en samlet pris på 707 679 174,75 EUR, TASI's bud med en samlet pris på 804 127 000,00 EUR og sagsøgerens bud med en samlet pris på 822 786 000,00 EUR placeret på henholdsvis første-, anden- og tredjepladsen.

23 Ved skrivelse af 28. januar 2021 anmodede sagsøgeren Kommissionen om for det første at udelukke ADS fra den omtvistede konkurrenceprægede dialog, for det andet at ændre de anfægtede afgørelser ved at tildele selskabet kontrakten, for det tredje at give selskabet adgang til samtlige sagsakter vedrørende den omtvistede konkurrenceprægede dialog og evalueringsrapporten og for det fjerde ikke at underskrive kontrakterne, indtil der var truffet afgørelse vedrørende de indsigelser, som sagsøgeren havde rejst. I denne skrivelse gjorde sagsøgeren gældende, at ADS måtte udelukkes, dels fordi selskabet havde tilsidesat princippet om konkurrencemæssige hemmeligheder ved at inddrage den tidligere ansatte i udarbejdelsen af buddet, dels fordi selskabets bud var unormalt lavt.

Parternes påstande

24 Sagsøgeren har nedlagt følgende påstande:

– De anfægtede afgørelser annulleres.

– Kommissionen tilpligtes at give sagsøgeren aktindsigt i sagsakterne vedrørende den omtvistede konkurrenceprægede dialog.

– Kommissionen tilpligtes at betale sagsomkostningerne.

25 Kommissionen har nedlagt følgende påstande:

– Frifindelse, idet søgsmålet delvist ikke kan antages til realitetsbehandling, delvist er ugrundet.

– Sagsøgeren tilpligtes at betale sagsomkostningerne.

26 Den Italienske Republik og ADS har nedlagt påstand om, at Kommissionen frifindes.

Retlige bemærkninger

[*udelades*]

Realiteten

[*udelades*]

Det første anbringende om tilsidesættelse af udelukkelseskriterierne i finansforordningens artikel 136 samt ligebehandlingsprincippet og princippet om »konkurrencemæssige hemmeligheder«

[*udelades*]

– Det første anbringendes første led om tilsidesættelse af udelukkelseskriterierne i finansforordningens artikel 136

53 Sagsøgeren har for det første gjort gældende, at afgørelsen om at tildele en del af kontrakten til ADS er i strid med finansforordningens artikel 136 og artikel 167, stk. 1, litra b), for så vidt som dette selskab burde have været udelukket fra den omtvistede konkurrenceprægede dialog.

54 Sagsøgeren har først gjort gældende, at ADS burde have været udelukket fra den omtvistede konkurrenceprægede dialog på grundlag af finansforordningens artikel 136, stk. 1, litra c), nr. ii) og v), som følge dels af eksistensen af en formodning for konkurrencebegrænsende aftale eller et stiltiende kartel mellem ADS og den tidligere ansatte med henblik på at fordreje konkurrencen med sagsøgeren i forbindelse med den omtvistede konkurrenceprægede dialog, dels af den omstændighed, at ADS ved at ansætte den tidligere ansatte formodes at have forsøgt at indhente fortrolige oplysninger hos sagsøgeren, der kunne give selskabet uretmæssige fordele i forbindelse med den omtvistede konkurrenceprægede dialog.

55 Dernæst har sagsøgeren gjort gældende, at ADS i mangel af en endelig dom eller en endelig administrativ afgørelse burde have været udelukket på grundlag af en foreløbig juridisk vurdering i henhold til finansforordningens artikel 136, stk. 2. Sagsøgeren har endvidere anført, at Kommissionen burde have undersøgt de faktiske omstændigheder og indhentet oplysninger hos ADS.

56 Endelig har sagsøgeren gjort gældende, at ADS burde have været udelukket på grundlag af finansforordningens artikel 136, stk. 4, litra a), eftersom sagsøgerens tidligere ansatte varetager en ledende stilling hos ADS, og at han befinder sig i en af de situationer, der er omhandlet i finansforordningens artikel 136, stk. 1, litra c).

57 Kommissionen og intervenienterne har bestridt disse argumenter.

58 Det skal indledningsvis bemærkes, at finansforordningens artikel 167, stk. 1, litra b), fastsætter, at kontrakter tildeles på grundlag af tildelingskriterier, forudsat at den ordregivende myndighed har verificeret, at kandidaten eller tilbudsgiveren ikke er udelukket i henhold til artikel 136 eller afvist i henhold til artikel 141 i samme forordning.

59 Hvad angår udelukkelseskriterierne fremgår det af finansforordningens artikel 136, stk. 1, at »[d]en ansvarlige anvisningsberettigede udelukker en person eller enhed som omhandlet i artikel 135, stk. 2, fra at deltage i tildelingsprocedurer, der er omfattet af denne forordning […] hvis personen eller enheden befinder sig i en eller flere […] udelukkelsessituationer«, der er fastsat i forordningens artikel 136, stk. 1, litra a)-h). Det fremgår navnlig af den pågældende forordnings artikel 136, stk. 1, litra c), nr. ii) og v), at »[d]en ansvarlige anvisningsberettigede udelukker en person eller enhed som omhandlet i artikel 135, stk. 2, fra at deltage i tildelingsprocedurer, der er omfattet af denne forordning […] hvis […] c) det ved en endelig dom eller en endelig administrativ afgørelse er fastslået, at personen eller enheden har begået alvorlige forsømmelser […] herunder navnlig ii) indgåelse af aftaler med andre personer eller enheder med det formål at forvride konkurrencen [eller] v) forsøg på at indhente fortrolige oplysninger, der kan give vedkommende uretmæssige fordele i forbindelse med tildelingsproceduren«.

60 Endvidere følger det af finansforordningens artikel 136, stk. 4, litra a), at »den ansvarlige anvisningsberettigede skal udelukke en person eller enhed omhandlet i artikel 135, stk. 2, hvis en fysisk eller juridisk person, der er medlem af en i artikel 135, stk. 2, omhandlet persons eller

enheds administrations-, ledelses- eller tilsynsorgan eller har repræsentations-, beslutnings- eller kontrolbeføjelser i forhold til denne person eller enhed, befinder sig i en eller flere af de situationer, der er omhandlet i […] artikel [136] stk. 1, litra c)-h)«.

61 Endvidere fastsætter finansforordningens artikel 136, stk. 2, første afsnit, at »[i] mangel af en endelig dom eller, hvor dette er relevant, en endelig administrativ afgørelse i de tilfælde, som er omhandlet i [denne artikels] stk. 1, litra c), d), f), g) og h), eller i det tilfælde, som er omhandlet i stk. 1, litra e), udelukker den ansvarlige anvisningsberettigede en person eller en enhed som omhandlet i artikel 135, stk. 2, på grundlag af en foreløbig juridisk vurdering af adfærd som omhandlet i [litra c), d), f), g) og h)] nævnte litraer under hensyntagen til konstaterede faktiske omstændigheder eller andre forhold i henstillingen fra det i [denne forordnings] artikel 143 omhandlede panel«.

62 Det følger bl.a. af ovennævnte bestemmelser, at en ordregivende myndighed skal udelukke en tilbudsgiver fra at deltage i en udbudsprocedure, når den pågældende tilbudsgiver befinder sig i en eller flere af de situationer, der svarer til de tre udelukkelseskriterier, som er nævnt i præmis 59-61 ovenfor.

63 Det første udelukkelseskriterium, der er fastsat i finansforordningens artikel 136, stk. 1, litra c), nr. ii) og v), sammenholdt med finansforordningens artikel 135, stk. 2, litra a), svarer således til de situationer, hvor det ved en endelig dom eller en endelig administrativ afgørelse er blevet fastslået, at tilbudsgiveren har begået alvorlige forsømmelser i forbindelse med udøvelsen af erhvervet ved at udvise en af de former for adfærd som er omhandlet i finansforordningens artikel 136, stk. 1, litra c), nr. ii) og v), dvs. indgåelse af aftaler med andre personer eller enheder med det formål at forvride konkurrencen eller forsøg på at indhente fortrolige oplysninger, der kan give vedkommende uretmæssige fordele i forbindelse med udbudsproceduren.

64 Det andet udelukkelseskriterium, der er fastsat i finansforordningens artikel 136, stk. 4, litra a), sammenholdt med artikel 135, stk. 2, litra a), og artikel 136, stk. 1, litra c), nr. ii) og v), svarer til de situationer, hvor det ved en endelig dom eller en endelig administrativ afgørelse er blevet fastslået, at en fysisk eller juridisk person, som er medlem af tilbudsgiverens administrations-, ledelses- eller tilsynsorgan, eller som har repræsentations-, beslutnings- eller kontrolbeføjelser med hensyn til den pågældende tilbudsgiver, har begået alvorlige forsømmelser i forbindelse med udøvelsen af erhvervet ved at udvise en af de former for adfærd som er omhandlet i finansforordningens artikel 136, stk. 1, litra c), nr. ii) og v).

65 Det tredje udelukkelseskriterium, der er fastsat i finansforordningens artikel 136, stk. 2, første afsnit, sammenholdt med artikel 135, stk. 2, litra a), artikel 136, stk. 1, litra c), nr. ii) og v), og artikel 143, stk. 6, litra a), svarer til de situationer, hvor det i mangel af en endelig dom eller en endelig forvaltningsafgørelse er blevet fastslået ved en foreløbig juridisk vurdering i henstillingen fra det panel, der er omhandlet i finansforordningens artikel 143 (herefter »panelet«), at tilbudsgiveren har begået alvorlige forsømmelser i forbindelse med udøvelsen af erhvervet ved at udvise en af de former for adfærd, der er omhandlet i den pågældende forordnings artikel 136, stk. 1, litra c), nr. ii) og v). I henhold til finansforordningens artikel 135, stk. 4, kan den ordregivende myndighed kun træffe en afgørelse om at udelukke en tilbudsgiver på grundlag af en foreløbig vurdering som omhandlet i artikel 136, stk. 2, efter at have modtaget en henstilling fra panelet.

66 I det foreliggende tilfælde er betingelserne for anvendelse af det første udelukkelseskriterium, der er nævnt i præmis 63 ovenfor, ikke opfyldt. Det er mellem parterne nemlig ubestridt, at der på tidspunktet for den omtvistede konkurrenceprægede dialog hverken forelå en endelig dom eller nogen endelig administrativ afgørelse som omhandlet i finansforordningens artikel 136, stk. 1, litra c), vedrørende ADS.

67 Hvad angår det andet udelukkelseskriterium følger det af de bestemmelser i finansforordningen, der er nævnt i præmis 64 ovenfor, at tilbudsgiveren kun kan udelukkes, hvis de alvorlige forsømmelser i forbindelse med udøvelsen af erhvervet hos den fysiske eller juridiske person, der er medlem af dennes administrations-, ledelses- eller tilsynsorgan, er blevet fastslået ved en endelig dom eller en endelig administrativ afgørelse.

68 Selv om det antages, at den tidligere ansatte kan anses for at være medlem af ADS' administrations-, ledelses- eller tilsynsorgan som omhandlet i finansforordningens artikel 136, stk. 4, litra a), fremgår eksistensen af en endelig dom eller en endelig administrativ afgørelse vedrørende den tidligere ansatte på ingen måde af sagsakterne og er i øvrigt ikke blevet gjort gældende af sagsøgeren. Hvad angår den tidligere ansattes adfærd fremgår det nemlig af sagsakterne, at den klage, som sagsøgeren indgav til den kompetente anklagemyndighed i Tyskland, blev henlagt ved afgørelse af 10. december 2020, og at den »administrative klage«, som sagsøgeren havde indgivet over denne afgørelse om henlæggelse, blev afslået ved afgørelse truffet af den kompetente anklagemyndighed den 1. marts 2021.

69 Det er i det foreliggende tilfælde derfor ikke godtgjort, at det første og det andet udelukkelseskriterium, der er nævnt i præmis 63 og 64 ovenfor, er blevet tilsidesat.

70 Hvad angår det tredje udelukkelseskriterium skal det bemærkes, således som det fremgår af præmis 65 ovenfor, at en tilbudsgiver ikke kan udelukkes fra en udbudsprocedure blot på grundlag af en foreløbig juridisk vurdering af vedkommendes adfærd under hensyntagen til konstaterede faktiske omstændigheder eller forhold i henstillingen fra panelet.

71 I den foreliggende sag er det ubestridt, at Kommissionen ikke har forelagt sagen for dette panel. Når dette er sagt, er spørgsmålet, om Kommissionen ved ikke at gøre dette har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til finansforordningens artikel 136, stk. 2, første afsnit, og artikel 143, i strid med det tredje udelukkelseskriterium.

72 Indledningsvis er der behov for nogle præciseringer vedrørende henvisningen af sagen til panelet og den foreløbige juridiske vurdering, på grundlag af hvilken en tilbudsgiver kan udelukkes fra en udbudsprocedure.

73 For det første er det underliggende formål med at henvise sagen til panelet med henblik på at opnå en henstilling, der i givet fald indeholder en foreløbig juridisk vurdering af en tilbudsgivers adfærd, på grundlag af hvilken denne kan udelukkes fra en udbudsprocedure, beskyttelsen af Unionens finansielle interesser mod adfærd, der udgør en risiko for disse interesser. Det fastsættes i finansforordningens artikel 135, stk. 1, første afsnit, at »[m]ed henblik på at beskytte Unionens finansielle interesser opretter og anvender Kommissionen et system for tidlig opdagelse og udelukkelse«. Ifølge finansforordningens artikel 135, stk. 1, andet afsnit, skal formålet med sådan et system være bl.a. at lette »a) tidlig opdagelse af personer eller enheder omhandlet i stk. 2, som udgør en risiko for Unionens finansielle interesser« og »b) udelukkelse af personer eller enheder omhandlet i stk. 2, som befinder sig i en af de udelukkelsessituationer, der er omhandlet i artikel 136, stk. 1«.

74 For det andet tilkommer den foreløbige juridiske vurdering udelukkende panelet, og dette »for at sikre en centraliseret vurdering i disse situationer« inden for rammerne af systemet for tidlig opdagelse og udelukkelse i henhold til finansforordningens artikel 135, stk. 4.

75 For det tredje vedrører den foreløbige juridiske vurdering nødvendigvis tilbudsgivernes egen adfærd. Som det fremgår af de bestemmelser, der er nævnt i præmis 61 og 65 ovenfor, kan den foreløbige juridiske vurdering kun vedrøre faktiske omstændigheder eller forhold, der er omhandlet i denne forordnings artikel 136, stk. 1, litra c), d), f), g) og h), og dermed adfærd, der alene udvises af de personer eller enheder, som er omhandlet i den pågældende forordnings artikel 135, stk. 2.

76 For det fjerde vedrører den foreløbige juridiske vurdering faktiske omstændigheder eller forhold, der i det væsentlige er fastslået i forbindelse med revisioner eller undersøgelser, der er blevet foretaget af Unionens kompetente myndigheder eller i givet fald af medlemsstaternes kompetente myndigheder. Det skal i denne forbindelse bemærkes, at finansforordningens artikel 142, stk. 2, litra b) og c), bestemmer, at tidlig opdagelse af risici, der truer Unionens finansielle interesser, skal baseres på fremsendelse af oplysninger til Kommissionen af en anvisningsberettiget i Kommissionen, i et europæisk kontor oprettet af Kommissionen eller i et gennemførelsesorgan [finansforordningens artikel 142, stk. 2, litra b)] eller af en anden EU-institution, et andet europæisk kontor eller et andet organ end dem, der er omhandlet i artikel 142, stk. 2, litra b) [finansforordningens artikel 142, stk. 2, litra c)] (jf. analogt dom af 16.5.2019, Transtec mod Kommissionen, T-228/18, EU:T:2019:336, præmis 52).

77 Det skal ligeledes bemærkes, at finansforordningens artikel 136, stk. 2, fjerde afsnit, bestemmer følgende:

»De i første afsnit omhandlede faktiske omstændigheder og forhold omfatter navnlig:

a) faktiske omstændigheder, der konstateres i forbindelse med revisioner eller undersøgelser, som foretages af EPPO, for så vidt angår de medlemsstater, der deltager i et forstærket samarbejde i henhold til forordning (EU) 2017/1939, Revisionsretten, OLAF eller den interne revisor, eller andre tjek, revisioner eller kontroller, som er foretaget under den anvisningsberettigedes ansvar

b) ikkeendelige administrative afgørelser, der kan omfatte disciplinære foranstaltninger, som træffes af det kompetente tilsynsorgan med ansvar for at verificere anvendelsen af erhvervsetiske standarder

c) faktiske omstændigheder, der er omhandlet i afgørelser, som træffes af personer eller enheder, der gennemfører EU-midler i henhold til artikel 62, stk. 1, første afsnit, litra c)

d) oplysninger fremsendt i overensstemmelse med artikel 142, stk. 2, litra d), af enheder, der gennemfører EU-midler i henhold til artikel 62, stk. 1, første afsnit, litra b)

e) Kommissionens afgørelser vedrørende overtrædelse af EU-konkurrenceret eller en national kompetent myndigheds afgørelser vedrørende overtrædelse af EU-konkurrenceret eller national konkurrenceret.«

78 For det femte skal den ordregivende myndighed kun henvise sagen til det panel, der er omhandlet i finansforordningens artikel 143, når de faktiske omstændigheder, som den råder over, udgør tilstrækkelige indicier til at godtgøre, at tilbudsgiveren har gjort sig skyldig i alvorlige forsømmelser. Som Retten allerede har fastslået, følger det af samtlige ovennævnte bestemmelser, at i mangel af en endelig dom eller en endelig administrativ afgørelse med hensyn til en tilbudsgiver skal en ordregivende myndighed, når den råder over tilstrækkelige indicier for at begrunde en formodning for, at den nævnte tilbudsgiver bl.a. har begået en alvorlig fejl, indbringe sagen for panelet med henblik på, at denne kan vedtage en henstilling, i givet fald med en foreløbig juridisk vurdering af de omtvistede faktiske omstændigheder (jf. analogt dom af 16.5.2019, Transtec mod Kommissionen, T-228/18, EU:T:2019:336, præmis 53).

79 Det skal endvidere for det første bemærkes, at kravet om at råde over tilstrækkelige indicier for at henvise sagen til panelet er i overensstemmelse med formålene med et system, der bl.a. tilsigter tidlig opdagelse og udelukkelse af tilbudsgivere, hvis adfærd udgør en risiko for Unionens finansielle interesser (jf. præmis 73 ovenfor). For det andet følger dette krav af princippet om forsvarlig økonomiske forvaltning (jf. finansforordningens afsnit II, kapitel 7), for så vidt som det undgås at forsinke en udbudsprocedure uden gyldig grund. For det tredje er dette krav en konsekvens af den rolle, som panelet spiller, hvor panelet ikke har til opgave at foretage undersøgelser, men skal udarbejde en henstilling, der i givet fald indeholder en foreløbig juridisk vurdering vedrørende faktiske omstændigheder og forhold, der tidligere er blevet fastslået i forbindelse med revisioner eller undersøgelser udført af de kompetente myndigheder, navnlig i Unionen (jf. præmis 76 ovenfor). For det fjerde følger kravet om tilstrækkelige indicier af rækkevidden af den foreløbige juridiske vurdering, for så vidt som den vedrører en tilbudsgivers adfærd i tilfælde af, at der ikke foreligger en endelig dom eller en endelig afgørelse (jf. præmis 65 ovenfor), og kan således ikke støtte sig på den blotte mistanke.

80 Henset til samtlige ovenstående betragtninger skal det undersøges, om Kommissionen i det foreliggende tilfælde var forpligtet til at henvise sagen til panelet med henblik på, at denne udarbejdede en henstilling, der i givet fald indeholdt en foreløbig juridisk vurdering vedrørende ADS' adfærd. Det skal således efterprøves, om Kommissionen rådede over tilstrækkelige indicier til at antage, at ADS havde gjort sig skyldig i alvorlige forsømmelser i forbindelse med udøvelsen af erhvervet, der truede Unionens finansielle interesser, herunder navnlig indgåelsen af en aftale med andre personer eller enheder med det formål at forvride konkurrencen eller forsøg på at indhente fortrolige oplysninger, der kan give vedkommende uretmæssige fordele i forbindelse med den omtvistede konkurrenceprægede dialog.

81 I det foreliggende tilfælde fremgår det af sagsakterne og hovedparternes mundtlige indlæg, at den eneste oplysning, som Kommissionen rådede over vedrørende ADS' påståede ukorrekte adfærd, var skrivelsen af 23. december 2020. Med denne skrivelse anmodede sagsøgeren i det væsentlige Kommissionen om først at suspendere den omtvistede konkurrenceprægede dialog med den begrundelse, at der forelå en »mistanke om krænkelse af selskabets forretningshemmeligheder fra en af ADS' ansattes side«, der ifølge sagsøgeren hidrørte fra faktiske omstændigheder, som sagsøgeren havde gjort Kommissionen bekendt med, dernæst at undersøge spørgsmålet og endelig i givet fald udelukke ADS fra den omtvistede konkurrenceprægede dialog (jf. præmis 15 ovenfor).

82 Det skal i denne forbindelse for det første bemærkes, at de udsagn, som sagsøgeren fremsatte i skrivelsen af 23. december 2020, og som er nævnt i præmis 16 ovenfor, ikke henhører under de faktiske omstændigheder og forhold, der er omhandlet i finansforordningens artikel 136, stk. 2, fjerde afsnit, litra a)-e).

83 Det skal for det andet bemærkes, at selv om sagsøgeren henviste til en undersøgelsesprocedure, der verserede for de kompetente nationale myndigheder vedrørende de omhandlede faktiske omstændigheder, fulgte den pågældende procedure af en klage fra sagsøgeren vedrørende en påstået overtrædelse begået af en tidligere ansat hos sagsøgeren og ikke af ADS af Forbundsrepublikken Tysklands lovgivning om forretningshemmeligheder (jf. præmis 16 ovenfor).

84 Som det fremgår af præmis 75 ovenfor, kan den foreløbige juridiske vurdering i finansforordningens artikel 136, stk. 2, og dermed henvisningen af sagen til panelet, imidlertid kun vedrøre tilbudsgivernes egen adfærd. Følgelig kan den påståede adfærd fra den tidligere ansattes side, der er nævnt i skrivelsen af 23. december 2020, ikke udgøre et tilstrækkeligt indicium med henblik på henvisning af sagen til det pågældende panel.

85 For det tredje skal det bemærkes, at skrivelsen af 23. december 2020 ikke var ledsaget af noget bevis, der kunne underbygge de heri nævnte udsagn.

86 Det følger heraf, at de udsagn, der blev fremsat i skrivelsen af 23. december 2020, ikke kunne anses for fastslåede faktiske omstændigheder eller forhold, der kan udgøre tilstrækkelige indicier til at støtte en formodning om ADS' skyld, som kan begrunde, at sagen skulle henvises til panelet.

87 Det skal i denne sammenhæng undersøges, om Kommissionen imidlertid var forpligtet til at undersøge de udsagn, der var blev fremsat i skrivelsen af 23. december 2020.

88 Det skal i denne forbindelse for det første bemærkes, at sagsøgeren i skrivelsen af 23. december 2020 ikke nævnte nogen adfærd i forhold til ADS bortset fra den omstændighed, at ADS havde ansat sagsøgerens tidligere ansatte (jf. præmis 16 ovenfor). Den omstændighed, at en tilbudsgiver under en udbudsprocedure ansætter en anden tilbudsgivers tidligere ansatte, udgør imidlertid principielt ikke i sig selv et indicium for, at denne første tilbudsgiver har udvist en adfærd, der kan udgøre alvorlige forsømmelser i forbindelse med udøvelsen af erhvervet. Deltagelsen i en udbudsprocedure kan derimod ikke være til hinder for, at tilbudsgivere (og deres ansatte eller tidligere ansatte) under proceduren kan udøve deres rettigheder til at indgå ansættelseskontrakter eller udføre handlinger, der henhører under arbejdsretten.

89 For det andet bemærkes, at sagsøgeren i skrivelsen af 23. december 2020 nævnte visse handlinger foretaget ikke af ADS, men af sagsøgerens tidligere ansatte. Sagsøgeren nævnte nærmere bestemt den omstændighed, at den på sin tidligere ansattes computer havde fundet en motiveret ansøgning af 21. juni 2019, der var tilstillet ADS' vicedirektør, hvori den tidligere ansatte bl.a. anførte, at vedkommendes skifte fra sagsøgeren til ADS »også k[unne] ændre [sagsøgerens] udsigter og konkurrencemæssige stilling mod [ADS] med henblik på fremtidige erhvervelser«. Sagsøgeren anførte ligeledes i skrivelsen af 23. december 2020, at undersøgelsen af den tidligere ansattes computer påviste, at denne kunne have kopieret de relevante oplysninger, som denne havde modtaget i forbindelse med udarbejdelsen af sit bud til den omtvistede konkurrenceprægede dialog, dvs. tekniske detaljer og koncepter, tilbudsstrategier, konkurrencestrategier, prisstrategier og detailpriser. I samme skrivelse gjorde sagsøgeren ligeledes gældende, at ADS i april 2020, dvs. nogle måneder efter at have ansat den tidligere ansatte, havde udnævnt denne til at stå i spidsen for den enhed, der var involveret i den omtvistede konkurrenceprægede dialog, nemlig »Head of Space Systems Germany«, hvori han bestred de samme funktioner som dem, han tidligere havde varetaget hos sagsøgeren.

90 Det må konstateres, at sagsøgeren med disse udsagn i det væsentlige gjorde gældende, at selskabets tidligere ansatte havde krænket forretningshemmeligheder idet han ulovligt havde indhentet følsomme oplysninger fra sagsøgeren, som kunne give ADS en uretmæssig fordel i forbindelse med den omtvistede konkurrenceprægede dialog (jf. præmis 16 ovenfor).

91 En sådan krænkelse udgør imidlertid, selv hvis den anses for underbygget, under alle omstændigheder ikke et indicium for ADS' egen adfærd og kan derfor ikke godtgøre en formodning for selskabets skyld.

92 Det skal endvidere fastslås, at sagsøgeren i skrivelsen af 23. december 2020 ikke fremførte noget konkret argument med henblik på at godtgøre, at ADS bl.a. via den tidligere ansatte havde indhentet nogen form for følsomme oplysninger og havde anvendt den i forbindelse med den omtvistede konkurrenceprægede dialog. Sagsøgeren begrænsede sig derimod i den pågældende skrivelse til at gøre gældende, at ADS kunne have fået følsomme oplysninger fra selskabet, som kunne give virksomheden en uberettiget fordel i forbindelse med den omtvistede konkurrenceprægede dialog (jf. præmis 16 ovenfor). Denne vage og hypotetiske påstand kan ikke udgøre et tilstrækkeligt indicium som omhandlet i den retspraksis, der er nævnt i præmis 78 ovenfor.

93 Skrivelsen af 23. december 2020 indeholdt nemlig ikke noget konkret element, der gjorde det muligt at identificere de angiveligt følsomme oplysninger fra sagsøgeren, som kunne være opnået af den tidligere ansatte, og som blev fremsendt til ADS og anvendt af denne i forbindelse med den omtvistede konkurrenceprægede dialog, hvilket således gav selskabet en uretmæssig fordel. I den nævnte skrivelse begrænsede sagsøgeren sig til at nævne, at den tidligere ansatte havde været involveret i »strategien« for den tekniske del, dels »strategien« for prisen og beregningen af prisen for sagsøgerens bud. Disse for generelle udsagn indeholder ingen konkrete oplysninger, der gør det muligt at identificere de påståede følsomme oplysninger, der kan være tale om.

94 Navnlig nævner sagsøgeren på intet tidspunkt i skrivelsen af 23. december 2020 noget teknisk element i selskabets bud, som var blevet fremsendt af selskabets tidligere ansatte til ADS, og som dette selskab uretmæssigt havde anvendt i den omtvistede konkurrenceprægede dialog. Ligeledes er »strategien« for prisen på sagsøgerens tilbud, som den tidligere ansatte havde kendskab til, på ingen måde præciseret i den nævnte skrivelse.

95 Det bemærkes endvidere, at det fremgik af skrivelsen af 23. december 2020, at den tidligere ansatte havde forladt sagsøgeren kort tid efter afgivelsen af det reviderede bud i forbindelse med den omtvistede konkurrenceprægede dialogs anden fase. Den tidligere ansatte var således under alle omstændigheder ikke i stand til at få oplysninger om den dialog, der havde fundet sted mellem sagsøgeren og ESA under den tredje fase, eller om indholdet af sagsøgerens endelige bud, som var blevet afgivet i oktober 2020, dvs. næsten et år efter, at den tidligere ansatte havde forladt sagsøgeren (jf. præmis 13 og 16 ovenfor). Endvidere, og som det fremgår af sagsakterne og af Kommissionens svar på spørgsmål, som Retten stillede den i retsmødet, indeholdt »udbudsbetingelserne for opfordringen til at afgive det endelige bud«, som blev sendt til tilbudsgiverne i august 2020 (jf. præmis 13 og 16 ovenfor), nogle ændringer i forhold til de tidligere »udbudsbetingelser for opfordringen til at afgive et revideret bud«. Navnlig blev fristen for levering af satellitterne afkortet med næsten et år, fristen for udøvelsen af optionen på at erhverve andre satellitter ud over det oprindelige antal (jf. præmis 7 ovenfor) blev forlænget med fjorten måneder, og kvalifikationen af visse satellitter til en enkelt- eller dobbeltlancering blev ændret. Sådanne ændringer kan efter deres art ikke være uden betydning for de tekniske og finansielle betingelser, som tilbudsgiverne har angivet i deres endelige bud.

96 Det følger af det ovenstående, at Kommissionen ikke var forpligtet til at undersøge de udsagn, der var indeholdt i skrivelsen af 23. december 2020, for så vidt som disse, såfremt de var underbyggede, ikke kunne udgøre tilstrækkelige indicier til at godtgøre en formodning om ADS' skyld, der kunne begrunde, at sagen skulle henvises til panelet.

97 Disse vurderinger drages ikke i tvivl af sagsøgerens argument om, at ESA først anmodede ADS om oplysninger om den tidligere ansatte den 29. januar 2021, dvs. efter de anfægtede afgørelser. Ud over den omstændighed, at denne anmodning blev fremsat i forlængelse af en anden skrivelse fra sagsøgeren af 28. januar 2021 (jf. præmis 23 ovenfor) og følgelig selv lå senere end de anfægtede afgørelser, forholder det sig nemlig således, at den omstændighed, at der over for ADS blev anmodet om oplysninger efter vedtagelsen af de anfægtede afgørelser, er uden betydning for lovligheden af disse, henset til, at der ikke består en pligt til at henvise sagen til panelet (jf. præmis 86 ovenfor), og den omstændighed, at sagsøgerens påstande ikke vedrørte et område, der er undergivet EU-institutioners, agenturers eller -organers undersøgelsesbeføjelser (jf. præmis 96 ovenfor).

98 Det skal endvidere i lighed med det af Kommissionen anførte fastslås, at sagsøgeren først underrettede Kommissionen om sin mistanke i skrivelsen af 23. december 2020, selv om den havde beordret undersøgelsen af den tidligere ansattes computer i november 2019, således som sagsøgeren har medgivet i stævningen, og at sagsøgeren havde indgivet en klage til de kompetente tyske myndigheder over den tidligere ansatte i marts 2020. I denne periode, dvs. fra november 2019 til december 2020, overgik den omtvistede konkurrenceprægede dialog fra den anden til den tredje fase, som begyndte i august 2020, idet sagsøgeren indgav sit endelige bud i oktober 2020 (jf. præmis 13 ovenfor). Denne adfærd fra sagsøgerens side viser, at selskabet selv i det mindste i en lang periode og endog i forbindelse med afgivelsen af sit endelige bud ikke fandt, at den formodede adfærd fra den tidligere ansattes side kunne give ADS en uberettiget fordel i forbindelse med den omtvistede konkurrenceprægede dialog.

99 Det følger af det ovenstående, at Kommissionen hverken tilsidesatte sin forpligtelse til at henvise sagen til panelet eller så meget desto mindre det tredje udelukkelseskriterium, der er nævnt i præmis 65 ovenfor.

100 Det første anbringendes første led må derfor forkastes som ugrundet.

[*udelades*]

Det andet anbringende om tilsidesættelse af forpligtelsen til at undersøge unormalt lave bud

113 Sagsøgeren har i det væsentlige gjort gældende, at Kommissionen tilsidesatte punkt 23.1 og 23.2 i kapitel 1, afdeling 2, i bilag I til finansforordningen, for så vidt som den ikke fulgte de to faser, der var fastsat deri for at sikre sig, at ADS' endelige bud ikke var unormalt lavt, selv om der forelå indicier i denne retning. ADS' endelige bud havde nemlig en pris, der var væsentligt lavere end prisen på de endelige bud fra TASI og sagsøgeren, og Kommissionen kunne derfor ikke begrænse sig til at anføre, at dette bud ikke forekom den at være unormalt lavt.

114 Kommissionen og intervenienterne har bestridt disse argumenter.

115 Det fremgår af punkt 23.1, første afsnit, i kapitel 1, afdeling 2, i bilag I til finansforordningen, at hvis prisen eller omkostningerne vedrørende en bestemt kontrakt forekommer at være unormalt lave, skal den ordregivende myndighed skriftligt anmode om de oplysninger om

sammensætningen af den pågældende pris eller de pågældende omkostninger, som den anser for relevante, og give tilbudsgiveren lejlighed til at fremsætte sine bemærkninger. I henhold til punkt 23.2, i kapitel 1, afdeling 2, i bilag I til den pågældende forordning må den ordregivende myndighed kun afvise tilbuddet, hvis den foreslåede lave pris eller de foreslåede lave omkostninger ikke på tilfredsstillende måde kan begrundes ud fra den fremlagte dokumentation.

116 Det følger af disse bestemmelser, at den ordregivende myndigheds vurdering af forekomsten af unormalt lave bud foretages i to faser (jf. analogt dom af 4.7.2017, European Dynamics Luxembourg m.fl. mod Den Europæiske Unions Jernbaneagentur, T-392/15, EU:T:2017:462, præmis 87).

117 I første omgang skal den ordregivende myndighed bedømme, om de indgivne bud »forekommer« at være unormalt lave (jf. punkt 23.1, i afdeling 2, kapitel I, i bilag I til finansforordningen). Brugen af verbet »forekommer« i finansforordningen indebærer, at den ordregivende myndighed foretager en umiddelbar bedømmelse af et buds unormalt lave karakter. Finansforordningen pålægger således ikke den ordregivende myndighed af egen drift at foretage en nærmere undersøgelse af sammensætningen af hvert enkelt bud med henblik på at godtgøre, at det ikke udgør et unormalt lavt bud. I første omgang skal den ordregivende myndighed således udelukkende afgøre, om de indgivne bud indeholder holdepunkter, der kan vække mistanke om, at de kan være unormalt lave (jf. analogt dom af 4.7.2017, European Dynamics Luxembourg m.fl. mod Den Europæiske Unions Jernbaneagentur, T-392/15, EU:T:2017:462, præmis 88).

118 I anden omgang skal den ordregivende myndighed, hvis der foreligger holdepunkter, der kan vække mistanke om, at et bud kan være unormalt lavt, foretage en kontrol af det pågældende buds sammensætning med henblik på at sikre sig, at dette ikke er unormalt lavt. I denne forbindelse har den ordregivende myndighed pligt til at give tilbudsgiveren for dette bud mulighed for at påvise, hvorfor han ikke mener, at buddet er unormalt lavt. Den ordregivende myndighed skal dernæst vurdere de afgivne forklaringer og afgøre, om det pågældende bud er unormalt lavt, i hvilket tilfælde den er forpligtet til at afvise det (jf. analogt dom af 4.7.2017, European Dynamics Luxembourg m.fl. mod Den Europæiske Unions Jernbaneagentur, T-392/15, EU:T:2017:462, præmis, 89).

119 Begrebet »unormalt lavt bud« er ikke defineret i finansforordningen. Det er dog allerede blevet fastslået, at et buds unormalt lave karakter skulle vurderes i forhold til buddets sammensætning og i forhold til den pågældende ydelse (jf. dom af 16.5.2019, Transtec mod Kommissionen, T-228/18, ikke trykt i Sml., EU:T:2019:336, præmis 69 og den deri nævnte retspraksis).

120 Det følger endvidere af retspraksis, at der kan foreligge holdepunkter, der kan vække mistanke om, at et tilbud kan være unormalt lavt, hvis det anses for usikkert for det første, om et bud overholder lovgivningen om aflønning af personale i det land, hvor tjenesteydelserne skal leveres, om bidrag til den sociale sikringsordning og overholdelse af sundheds- og sikkerhedsstandarderne på arbejdspladsen samt salg med tab, og for det andet, om de foreslåede priser medtager alle de udgifter, der følger af det antagne buds tekniske aspekter. Dette gælder også, når den pris, der foreslås i et tilbud, der indgives, er væsentligt lavere end andre indgivne tilbuds priser eller den sædvanlige markedspris (jf. dom af 16.5.2019, Transtec mod Kommissionen, T-228/18, ikke trykt i Sml., EU:T:2019:336, præmis 72 og den deri nævnte retspraksis).

121 Sagsøgeren har gjort gældende, at forskellen mellem prisen på ADS' endelige bud og prisen de øvrige tilbudsgiveres endelige bud udgjorde et holdepunkt, der kunne vække mistanke om, at ADS' bud kunne være unormalt lavt, hvilket burde have fået Kommissionen til at kontrollere buddets sammensætning for at sikre sig, at buddet ikke var unormalt lavt.

122 I det foreliggende tilfælde fremgår det af sagsakterne, at Kommissionen valgte ADS' bud på grundlag af evalueringsudvalgets indplacering af buddene (jf. præmis 17 ovenfor). Da ADS' bud blev antaget, følger det implicit, men nødvendigvis heraf, at Kommissionen i lighed med evalueringsudvalget fandt, at der ikke forelå indicier for, at det nævnte bud var unormalt lavt, og at det derfor ikke var hensigtsmæssigt at anmode om præciseringer vedrørende dette buds sammensætning. Denne vurdering kan ikke drages i tvivl af sagsøgerens argumenter.

123 For det første er det ganske vist korrekt, at der er en forskel mellem prisen på ADS' bud og prisen på TASI's og sagsøgerens bud, som er på henholdsvis 11,99% og 13,9%, dvs. mellem 707 679 174,75 EUR og henholdsvis 804 127 000 EUR og 822 786 000 EUR. Det er imidlertid allerede blevet fastslået, at den omstændighed alene, at prisen på den valgte tilbudsgivers bud er lavere end prisen på en anden tilbudsgivers bud, ikke i sig selv kan godtgøre, at den valgte tilbudsgivers bud er unormalt lavt. Et bud kan således være billigere end et andet uden dermed at være unormalt lavt (jf. dom af 26.1.2017, TV1 mod Kommissionen, T-700/14, ikke trykt i Sml., EU:T:2017:35, præmis 58 og den deri nævnte retspraksis).

124 Dette er netop tilfældet i den foreliggende sag. Forskellen mellem prisen på ADS' endelige bud og prisen på de øvrige afgivne bud kan ikke i sig selv udgøre et indicium for, at ADS' bud var unormalt lavt, henset til de særlige forhold på det omhandlede marked.

125 Det skal nemlig for det første bemærkes, at udbudsproceduren blev iværksat i form af en konkurrencepræget dialog, eftersom Kommissionen allerede havde identificeret og defineret sine behov, men endnu ikke havde defineret de præcise midler, der var bedst egnede til at opfylde disse behov (jf. præmis 6 ovenfor). Følgelig afhang priserne på tilbuddene i vidt omfang af de forskellige tekniske løsninger og midler, som hver tilbudsgiver havde foreslået, og dermed af de respektive omkostninger.

126 For det andet vedrørte den omtvistede konkurrenceprægede dialog indkøb af produkter, for hvilke der ikke fandtes en markedspris. Som hovedparterne har erkendt under retsmødet som svar på et spørgsmål fra Retten, følger det af satellitternes særlige karakteristika, at disse ikke er varer, for hvilke der kan findes en standardpris eller en markedspris. Endvidere var der i det foreliggende tilfælde tale om levering af satellitter, der havde egenskaber, som var udviklet med henblik på at sikre overgangen fra den første til den anden generation af Galileosatellitter (jf. præmis 7 ovenfor), og således satellitter, for hvilke der endnu ikke kunne foreligge en markedspris.

127 For det andet må det konstateres, at sagsøgeren ud over prisforskellen ikke har fremført noget konkret argument til støtte for sin påstand om, at ADS' bud forekom unormalt lavt. Sagsøgeren har navnlig ikke gjort gældende, at der eventuelt foreligger en manglende overholdelse af lovgivningen i det land, hvor tjenesteydelserne skulle udføres, eller at alle de omkostninger, der er forbundet med de tekniske aspekter af selskabets bud, ikke er blevet medregnet i den pris, som ADS har tilbudt. Det skal under alle omstændigheder bemærkes, at de oplysninger, der fremgår af sagsakterne, ikke understøtter sagsøgerens påstand.

128 Det skal nemlig bemærkes, at tildelingen af kontrakten var baseret på det økonomisk mest fordelagtige bud, hvis priskriterium blev vægtet med 35%, mens kvalitetskriteriet blev vægtet med 65%. ADS' endelige bud blev placeret bedre end sagsøgerens, såvel i forhold til priskriteriet som i forhold til kvalitetskriteriet (jf. præmis 22 ovenfor).

129 Endvidere fremgår det af den omtvistede konkurrenceprægede dialogs beskrivende dokumenter, der indeholder de betingelser, som gjaldt for den første af disse tre faser (jf. præmis 10, 12 og 13 ovenfor), at buddene skulle indeholde et finansielt forslag, der svarede til det tekniske forslag, samt detaljerede økonomiske oplysninger bl.a. vedrørende de særskilte økonomiske overslag.

130 Det fremgår i denne forbindelse af sagsakterne, at der ikke i evalueringsudvalget blev rejst tvivl om vurderingen af ADS' bud i forhold til kvalitetskriteriets fjerde underkriterium om, hvorvidt driften, beregningen af omkostningerne og planlægningen af udførelsen af de foreslåede arbejder var hensigtsmæssig. Det fremgår derimod af skrivelsen af 19. januar 2021 og telefaxen af 22. januar 2021, der er nævnt i præmis 18 og 21 ovenfor, at ADS' bud for så vidt angår dette underkriterium blev placeret på andenpladsen.

131 Det fremgår endvidere af Kommissionens skriftlige svar af 29. oktober 2022 på et spørgsmål stillet af Retten som led i foranstaltninger med henblik på sagens tilrettelæggelse af 17. oktober 2022 og af det dokument, der er vedlagt som bilag til dette svar, og som sagsøgeren har fremsat sine bemærkninger til i retsmødet, at tilbudsgivernes buds økonomiske elementer blev fremlagt af disse i form af standardiserede filer. For det første blev disse filer i evalueringsudvalget undersøgt ved hjælp af software benævnt »ESA Costing Software (ECOS)«, der var udformet med henblik på en samlet vurdering af priselementerne i buddene. Hvad dernæst navnlig angår ADS' endelige bud blev der udarbejdet en sammenfattende tabel på grundlag af dette softwares analyse, idet denne tabel indeholdt 21 underkategorier af priselementer, bl.a. udgifter til arbejdskraft og forskellige tekniske elementer samt en fortjenstmargen. Endelig blev de økonomiske elementer i de indgivne bud, herunder dem i ADS' endelige bud, vurderet af et underpanel i evalueringsudvalget, der bestod af 14 medlemmer, som havde til opgave at vurdere det fjerde underkriterium, der er nævnt ovenfor.

132 I det foreliggende tilfælde er det derfor ikke blevet godtgjort, at der foreligger indicier, der kan vække Kommissionens mistanke om, at ADS' bud kunne være unormalt lavt. Kommissionen var følgelig ikke forpligtet til at foretage en kontrol som omhandlet i den retspraksis, hvortil der henvises i præmis 118 ovenfor, af sammensætningen af ADS' bud med henblik på at sikre sig, at buddet ikke var unormalt lavt.

133 I modsætning til, hvad sagsøgeren har gjort gældende, har Kommissionen således ikke tilsidesat sine forpligtelser vedrørende undersøgelsen af unormalt lave bud.

134 I øvrigt har sagsøgeren i retsmødet nævnt, at selskabet med sit argument om, at Kommissionen ikke kunne begrænse sig til at anføre, at ADS' bud ikke forekom den at være unormalt lavt, tilsigtede at gøre en begrundelsesmangel gældende.

135 Det må imidlertid konstateres, at sagsøgeren ikke har fremført noget selvstændigt argument til støtte for denne angivelige begrundelsesmangel, men har begrænset sig til at foreholde Kommissionen, at den ikke har foretaget en efterprøvelse af, om der forelå unormalt lave bud, et spørgsmål, som ikke henhører under et klagepunkt om tilsidesættelse af væsentlige formforskrifter, navnlig en manglende begrundelse af de anfægtede afgørelser, men som

henhører under disse afgørelsers materielle indhold. Som det fremgår af præmis 132 ovenfor, kan dette klagepunkt om Kommissionens tilsidesættelse af sine forpligtelser vedrørende undersøgelsen af unormalt lave bud imidlertid ikke tiltrædes.

136 Det andet anbringende skal derfor forkastes som ugrundet.

[*udelades*]

Det fjerde anbringende om tilsidesættelse af Kommissionens forpligtelse til at vedtage en selvstændig afgørelse om tildeling af kontrakten

216 Sagsøgeren har i det væsentlige gjort gældende, at Kommissionen har tilsidesat sin forpligtelse til at vedtage en selvstændig afgørelse om tildeling af kontrakten, idet den har begrænset sig til at bekræfte resultaterne i evalueringsrapporten. Det ansvar for Galileoprogrammet, der er pålagt Kommissionen ved artikel 12, stk. 1, i forordning nr. 1285/2013, medfører en forpligtelse for denne til at træffe en selvstændig afgørelse om tildeling af kontrakten inden for rammerne af den omtvistede konkurrenceprægede dialog. Endvidere kan de uddelegeringsaftaler, der er indgået mellem Kommissionen og ESA i henhold til den pågældende forordnings artikel 15, ikke begrænse eller ændre Kommissionens ansvar. Desuden er Kommissionen ikke bundet af det forslag, der fremgår af evalueringsrapporten, og den skal selv undersøge tilbudsgivernes bud, så meget desto mere som der i det foreliggende tilfælde foreligger indicier for, at evalueringsudvalget har foretaget en fejlagtig vurdering, hvilket burde have foranlediget Kommissionen til at foretage en grundig kontrol af den nævnte rapport.

217 Kommissionen, støttet af ADS og Den Italienske Republik, har bestridt disse argumenter.

218 For det første skal sagsøgerens argument om Kommissionens ansvar inden for rammerne af Galileoprogrammet uden videre forkastes.

219 Det er ganske vist korrekt, at Kommissionen påtager sig det generelle ansvar for Galileoprogrammet, og at den for så vidt angår fasen for gennemførelsen af dette program skal indgå en uddelegeringsaftale med ESA, der præciserer denne sidstnævntes opgaver, navnlig for så vidt angår indgåelse af kontrakter vedrørende systemet. Det er netop inden for rammerne af uddelegeringsaftalen, der blev indgået mellem Kommissionen og ESA, at ESA, som handlede på Kommissionens vegne og for dennes regning, havde til opgave at organisere den omtvistede konkurrenceprægede dialog, mens Kommissionen fortsat var den ordregivende myndighed (jf. præmis 4 og 5 ovenfor).

220 I modsætning til, hvad sagsøgeren synes at gøre gældende, kan ansvaret for Galileoprogrammet imidlertid ikke ændre og heller ikke skærpe Kommissionens forpligtelser som ordregivende myndighed, som er de forpligtelser, der generelt er fastsat i finansforordningens afsnit VII og navnlig for så vidt angår offentlige kontrakter, der indgås i forbindelse med iværksættelsen af Galileoprogrammet, i kapitel V i forordning nr. 1285/2013.

221 For det andet skal sagsøgerens argument om en angivelig tilsidesættelse af en forpligtelse for Kommissionen til at vedtage en selvstændig afgørelse vedrørende tildelingen af kontrakten under alle omstændigheder forkastes.

222 Det skal indledningsvis bemærkes, at i henhold til finansforordningens artikel 150, stk. 1 og 2, vurderes de bud, der afgives i forbindelse med et udbud, af et evalueringsudvalg, der udpeges af den ordregivende myndighed. Endvidere kan den ordregivende myndighed kun fravige udpegningen af et evalueringsudvalg i de tilfælde, der er omhandlet i samme forordnings artikel 168, stk. 5. Det fremgår dernæst af kapitel 1, afdeling 2, punkt 30.1, i bilag I til den pågældende forordning, at den evaluering, der foretages af evalueringsudvalget, skal udmunde i en evalueringsrapport, der indeholder forslaget til tildeling af kontrakten. Endelig skal den ordregivende myndighed træffe sin afgørelse enten ved at godkende evalueringsrapporten eller i givet fald ved at angive begrundelsen for ikke at følge henstillingen i evalueringsrapporten, eller i givet fald ved at angive begrundelsen for, at den har besluttet ikke at tildele kontrakten i overensstemmelse med punkt 30.3, i kapitel 1, afdeling 2, i bilag I til den pågældende forordning.

223 Heraf følger for det første, at det i de tilfælde, hvor et evalueringsudvalg er blevet udpeget af den ordregivende myndighed, tilkommer dette udvalg at vurdere de afgivne bud. Selv om det for det andet ganske vist er korrekt, at den ordregivende myndighed ikke er bundet af evalueringsrapporten, forholder det sig ikke desto mindre således, at i de tilfælde, hvor den ordregivende myndighed beslutter at følge det forslag om tildeling, der er formuleret i den nævnte rapport, kan dens tildelingsafgørelse basere sig på den nævnte rapport.

224 I det foreliggende tilfælde skal det fastslås, at tilbudsgivernes endelige bud blev vurderet af et evalueringsudvalg, der bestod af repræsentanter for ESA, GSA og Kommissionen, som fremlagde resultaterne af vurderingen i en evalueringsrapport, på grundlag af hvilken Kommissionen vedtog de anfægtede afgørelser (jf. præmis 14 og 17 ovenfor). Som Kommissionen har præciseret, uden at sagsøgeren har bestridt dette, bestod dette udvalg endvidere af en gruppe på ca. 70 personer, der havde den fornødne erfaring og kvalifikationer i forhold til kontraktens genstand.

225 Den omstændighed, at de anfægtede afgørelser er blevet begrundet med en henvisning til evalueringsrapporten, idet Kommissionen tilsluttede sig vurderingen fra det evalueringsudvalg, der har til opgave at bedømme de afgivne bud, ændrer ikke ved den omstændighed, at de blev vedtaget selvstændigt af Kommissionen i dennes egenskab af ordregivende myndighed.

[*udelades*]

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RETTEN (Sjette Afdeling):

1) Europa-Kommissionen frifindes.

2) OHB System AG bærer sine egne omkostninger og betaler de af Kommissionen afholdte omkostninger, herunder omkostningerne i forbindelse med sagen om foreløbige forholdsregler.

3) Den Italienske Republik og Airbus Defence and Space GmbH bærer hver deres egne omkostninger.

Costeira Kancheva Zilgalvis

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 26. april 2023.

Underskrifter