Recopilación de la Jurisprudencia

SENTENCIA DEL TRIBUNAL GENERAL (Sala Sexta)

de 26 de abril de 2023 *

«Contratos públicos de servicios — Procedimiento de licitación — Diálogo competitivo — Suministro de satélites de transición Galileo — Rechazo de la oferta de un licitador — Criterios de exclusión — Falta de ética profesional grave de un licitador — Inexistencia de sentencia firme o de decisión administrativa definitiva — Remisión del caso a la instancia a la que se refiere el artículo 143 del Reglamento financiero — Igualdad de trato — Oferta anormalmente baja — Error manifiesto de apreciación»

En el asunto T-54/21,

OHB System AG, con domicilio social en Bremen (Alemania), representada por los Sres. W. Würfel y F. Hausmann, abogados,

parte demandante,

contra

Comisión Europea, representada por el Sr. G. Wilms, la Sra. L. André y los Sres. J. Estrada de Solà y L. Mantl, en calidad de agentes,

parte demandada,

apoyada por

República Italiana, representada por la Sra. G. Palmieri, en calidad de agente, asistida por los Sres. P. Gentili y G. Santini, avvocati dello stato,

y por

Airbus Defence and Space GmbH, con domicilio social en Taufkirchen (Alemania), representada por los Sres. P.-E. Partsch, F. Dewald y C.-E. Seestädt, abogados,

partes coadyuvantes,

EL TRIBUNAL GENERAL (Sala Sexta),

integrado por la Sra. M. J. Costeira (Ponente), Presidenta, y la Sra. M. Kancheva y el Sr. P. Zilgalvis, Jueces;

* Lengua de procedimiento: alemán.

Secretario: Sr. P. Cullen, administrador;

habiendo considerado el auto de 26 de mayo de 2021, OHB System/Comisión (T-54/21 R, no publicado, EU:T:2021:292);

habiendo considerado los escritos obrantes en autos, en particular:

– el auto de 30 de junio de 2021, OHB System/Comisión (T-54/21, no publicado);

– el auto de 2 de diciembre de 2021, OHB System/Comisión (T-54/21, no publicado, EU:T:2021:878);

– las diligencias de ordenación del procedimiento de 17 de octubre de 2022 y la respuesta de la Comisión presentada en la Secretaría del Tribunal General el 29 de octubre de 2022;

celebrada la vista el 17 de noviembre de 2022;

dicta la siguiente

Sentencia [1]

1 En su recurso basado en el artículo 263 TFUE, la demandante, OHB System AG, solicita la anulación de las decisiones de la Comisión Europea, que le fueron comunicadas mediante escrito de 19 de enero de 2021 y fax de 22 de enero siguiente, de no seleccionar su oferta, presentada en el marco de la licitación mediante diálogo competitivo 2018/S 091-206089 relativa al suministro de satélites de transición Galileo, y de adjudicar el contrato a otros dos licitadores (en lo sucesivo, «decisiones impugnadas»).

Antecedentes del litigio

2 La demandante es una sociedad alemana que tiene por objeto el desarrollo y la implantación de sistemas y proyectos espaciales innovadores, así como la comercialización de productos aeronáuticos, espaciales y telemáticos específicos, incluidos los satélites geoestacionarios y de baja altitud.

3 A tenor del considerando 2 y del artículo 2, apartados 1 y 2, del Reglamento (UE) n.º 1285/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2013, relativo al establecimiento y la explotación de los sistemas europeos de radionavegación por satélite y por el que se derogan el Reglamento (CE) n.º 876/2002 del Consejo y el Reglamento (CE) n.º 683/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo (DO 2013, L 347, p. 1), el objetivo del programa Galileo es crear y explotar un sistema europeo de radionavegación y posicionamiento por satélite destinado específicamente a fines civiles, consistente en una constelación de satélites y una red mundial de estaciones terrestres.

[1] Solo se reproducen los apartados de la presente sentencia cuya publicación considera útil el Tribunal General.

4 A tenor del artículo 12, apartado 1, del Reglamento n.º 1285/2013, la Comisión tendrá la responsabilidad global del programa Galileo y, de conformidad con el artículo 15, apartado 1, del mismo Reglamento, para la fase de despliegue de dicho programa, deberá celebrar un acuerdo de delegación con la Agencia Espacial Europea (AEE), en el que se detallarán las tareas de esta última, en particular en lo que se refiere a la contratación del sistema.

5 En el marco del acuerdo de delegación celebrado entre la Comisión y la AEE para la fase de despliegue del programa Galileo, la AEE se encarga de organizar los procedimientos de contratación pública relativos a dicho programa y la Comisión sigue siendo el poder adjudicador.

6 Mediante anuncio de licitación de 15 de mayo de 2018, publicado en el Suplemento del *Diario Oficial de la Unión Europea* de 15 de mayo de 2018 (DO 2018/S 091-206089) y en la página web «emits.esa.int», la AEE convocó, actuando en nombre y por cuenta de la Comisión, un procedimiento de licitación para el suministro de satélites de transición Galileo a través de un diálogo competitivo (en lo sucesivo, «diálogo competitivo controvertido»). El procedimiento se inició con esta forma, dado que la Comisión ya había identificado y definido sus necesidades, pero aún no había definido los medios concretos que resultaban más adecuados para satisfacerlas.

7 El diálogo competitivo controvertido tenía por objeto la adquisición de un número inicial de cuatro satélites de transición Galileo (número que podía elevarse hasta doce) con características avanzadas para garantizar la transición de la primera a la segunda generación de satélites Galileo. Se decidió obtener fuentes múltiples de aprovisionamiento, de conformidad con el artículo 19, letra d), del Reglamento n.º 1285/2013, en virtud del cual pueden seleccionarse dos adjudicatarios y se pueden firmar dos contratos para el suministro en paralelo de un número provisional de dos satélites respecto a cada uno de ellos.

8 La adjudicación del contrato se basaba en la oferta económicamente más ventajosa en función de dos criterios de adjudicación, el del precio, ponderado al 35 %, y el de la calidad, ponderado globalmente al 65 %. El criterio de la calidad se dividía en cinco subcriterios. El primer subcriterio, ponderado al 10 %, se refería al carácter adecuado y a la pertinencia de los recursos humanos y técnicos y de las instalaciones propuestas por el licitador en cuanto a la solución técnica y programática descrita en la oferta. El segundo subcriterio, ponderado al 25 %, se refería a la comprensión de las exigencias y de los objetivos, incluso en el ámbito de la seguridad, a la calificación y al grado de madurez del diseño del proyecto propuesto, a la adecuación, la calidad y la solidez del diseño del proyecto propuesto y al cumplimiento de las condiciones técnicas. El tercer subcriterio, ponderado al 30 %, se refería a la calidad y a la adecuación del programa de trabajo, al cumplimiento del pliego de condiciones, a la adecuación de la planificación técnica y al enfoque en materia de pruebas y ensayos, al examen de los riesgos y a las propuestas de reducción de riesgos, incluida la diversificación tecnológica. El cuarto subcriterio, ponderado al 25 %, se refería al carácter adecuado de la gestión, del cálculo de los costes y de la planificación de la ejecución de los trabajos. El quinto subcriterio, ponderado al 10 %, se refería al cumplimiento de los requisitos de la licitación y del contrato.

9 El diálogo competitivo controvertido se desarrolló en tres fases. Las dos primeras fases se desarrollaron de conformidad con las disposiciones del Reglamento n.º 1285/2013, del Reglamento (UE, Euratom) n.º 966/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, sobre las normas financieras aplicables al presupuesto general de la Unión y por el que se deroga el Reglamento (CE, Euratom) n.º 1605/2002 del Consejo (DO 2012, L 298, p. 1), y del Reglamento Delegado (UE) n.º 1268/2012 de la Comisión, de 29 de octubre de 2012, sobre las normas de desarrollo del Reglamento n.º 966/2012 (DO 2012, L 362, p. 1). La tercera fase se

desarrolló de conformidad con las disposiciones del Reglamento n.º 1285/2013 y del Reglamento (UE, Euratom) 2018/1046 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de julio de 2018, sobre las normas financieras aplicables al presupuesto general de la Unión, por el que se modifican los Reglamentos (UE) n.º 1296/2013, (UE) n.º 1301/2013, (UE) n.º 1303/2013, (UE) n.º 1304/2013, (UE) n.º 1309/2013, (UE) n.º 1316/2013, (UE) n.º 223/2014 y (UE) n.º 283/2014 y la Decisión n.º 541/2014/UE y por el que se deroga el Reglamento n.º 966/2012 (DO 2018, L 193, p. 1; en lo sucesivo, «Reglamento financiero»).

10 La primera fase del diálogo competitivo controvertido se inició en mayo de 2018 con la publicación por la AEE de una «invitación a presentar una solicitud de participación».

11 A la vista de las solicitudes de participación recibidas, la AEE seleccionó a tres licitadores, a saber, la demandante, Airbus Defence and Space GmbH (en lo sucesivo, «ADS») y Thales Alenia Space Italia (en lo sucesivo, «TASI») (en lo sucesivo, conjuntamente, «licitadores»).

12 La segunda fase comenzó en julio de 2018 y tenía por objeto la identificación y la definición de los medios adecuados para satisfacer las necesidades del poder adjudicador de la mejor manera posible. En un primer momento, la AEE invitó a los licitadores a presentar una «oferta preliminar» y les envió, en particular, las «condiciones especiales de la licitación para la invitación a presentar una oferta preliminar». En un segundo momento, tras un período de diálogo, la AEE invitó a los licitadores a presentar una «oferta revisada» y les envió, en particular, las «condiciones de la licitación para la invitación a presentar una oferta revisada». El 26 de septiembre de 2018, la demandante presentó su oferta preliminar y, el 11 de octubre de 2019, presentó su oferta revisada.

13 La tercera fase se inició en agosto de 2020 y, tras otro período de diálogo, la AEE invitó a los licitadores a presentar su «oferta definitiva» y les envió, en particular, las «condiciones de la licitación para la invitación a presentar la oferta definitiva». El 11 de octubre de 2020, la demandante presentó su oferta definitiva.

14 Entre octubre y diciembre de 2020, un comité de evaluación compuesto por representantes de la AEE, de la agencia del sistema global de navegación por satélite (GNSS) europeo (GSA) y de la Comisión evaluó las ofertas definitivas de los licitadores y presentó los resultados de la evaluación en un informe de evaluación (en lo sucesivo, «informe de evaluación»).

15 Mediante escrito de 23 de diciembre de 2020 dirigido a la Comisión, con copia, en particular, para la AEE (en lo sucesivo, «escrito de 23 de diciembre de 2020»), la demandante solicitó a la Comisión, en esencia, en primer lugar, que suspendiera el diálogo competitivo controvertido por una «sospecha de violación del secreto comercial por parte de un empleado de ADS», en segundo lugar, que investigara esta cuestión y, por último, en su caso, que excluyera a ADS del diálogo competitivo controvertido.

16 En dicho escrito, la demandante informaba a la Comisión, en esencia, de lo siguiente: en primer término, que el Sr. [*confidencial*] [2] (en lo sucesivo, «antiguo empleado») había trabajado para la demandante desde el 22 de diciembre de 2016 hasta finales de noviembre de 2019 y, como director general administrativo, había tenido un amplio acceso a los datos del proyecto y participado en la preparación de la oferta presentada por la demandante en el marco del diálogo competitivo controvertido. En particular, había estado implicado en la «estrategia» de la parte

[2] Datos confidenciales ocultados.

técnica de su oferta y en la «estrategia» relativa al precio y al cálculo del precio. En segundo término, que el 11 de noviembre de 2019, a raíz de una solicitud del antiguo empleado en este sentido, este y la demandante firmaron la resolución anticipada de su contrato de trabajo. En tercer término, que en diciembre de 2019 ADS había contratado al antiguo empleado y, en 2020, este había ocupado un puesto en ADS que lo situaba al frente del departamento encargado de la oferta presentada por ADS en el marco del diálogo competitivo controvertido. Además, existían indicios de que el antiguo empleado había obtenido información sensible de la demandante que podía conferir a ADS una ventaja indebida en el marco del diálogo competitivo controvertido. En cuarto término, que la demandante había pedido un análisis del ordenador que el antiguo empleado utilizaba en sus oficinas, que condujo a documentos que demostraban, antes de nada, que este tenía la intención de cambiar de empleador desde junio de 2019, a continuación, que, en el marco de las negociaciones relativas a su contratación por ADS, había indicado a esta última, en particular, que, al contratarlo, obtendría ventajas en proyectos en los que competía con la demandante y, por último, que existían indicios que demostraban que el antiguo empleado había copiado archivos confidenciales de la demandante. En quinto término, que las circunstancias mencionadas eran objeto de una investigación penal llevada a cabo por la fiscalía competente en Alemania, a raíz de una denuncia presentada por la demandante contra el antiguo empleado en marzo de 2020.

17 Sobre la base del informe de evaluación, la Comisión decidió no seleccionar la oferta de la demandante y seleccionar las ofertas de TASI y de ADS. Las decisiones impugnadas fueron comunicadas a la demandante por la AEE mediante un escrito de 19 de enero de 2021 y un fax de 22 de enero de 2021.

18 Mediante el escrito de 19 de enero de 2021, la AEE informó a la demandante de la decisión de no seleccionar su oferta porque no era la oferta económicamente más ventajosa. Como anexo a dicho escrito, le envió un extracto de la evaluación de su oferta definitiva por el comité de evaluación a la luz de los cinco subcriterios del criterio de la calidad.

19 Posteriormente, la demandante solicitó a la AEE, mediante fax de 20 de enero de 2021, que le remitiera la información sobre los licitadores seleccionados, las características y las ventajas relativas de sus ofertas, el precio total utilizado para determinar la clasificación y la evaluación detallada de su propia oferta.

20 Mediante escrito de 20 de enero de 2021, haciendo referencia al escrito de 23 de diciembre de 2020, la Comisión informó a la demandante de que, en primer lugar, no había motivos suficientes para justificar una suspensión del diálogo competitivo controvertido en aquel momento; en segundo lugar, las alegaciones de apropiación ilegal de los secretos comerciales de la demandante ya eran objeto de una investigación por parte de las autoridades nacionales, en cuyas conclusiones podía basarse y adoptar medidas adicionales, si fuera necesario, y, en tercer lugar, dichas alegaciones no estaban confirmadas por una sentencia firme o una decisión administrativa definitiva, en el sentido del artículo 136, apartado 1, del Reglamento financiero, por lo que no había motivo para excluir a ADS del diálogo competitivo controvertido.

21 Mediante fax de 22 de enero de 2021, la AEE comunicó a la demandante el nombre de los licitadores seleccionados, a saber, TASI y ADS, el precio total y la clasificación final de sus ofertas, así como la clasificación de estas según los cinco subcriterios del criterio de la calidad. Como anexo a tal escrito, la AEE envió a la demandante los resultados detallados de la evaluación de su oferta a la luz de los cinco subcriterios del criterio de la calidad.

22 Las ofertas de los licitadores fueron clasificadas del siguiente modo: la oferta de TASI en primera posición, la oferta de ADS en segunda posición y la oferta de la demandante en tercera posición. Estas ofertas fueron evaluadas con arreglo a los dos criterios de adjudicación indicados en el apartado 8 de la presente sentencia. Por lo que respecta al criterio de la calidad, las ofertas de TASI, ADS y la demandante fueron clasificadas en primera, segunda y tercera posición, respectivamente. En cuanto al criterio del precio, las ofertas de ADS, con un precio total de 707 679 174,75 euros, de TASI, con un precio total de 804 127 000,00 euros, y de la demandante, con un precio total de 822 786 000,00 euros, fueron clasificadas en primera, segunda y tercera posición, respectivamente.

23 Mediante escrito de 28 de enero de 2021, la demandante solicitó a la Comisión, en primer lugar, que excluyera a ADS del diálogo competitivo controvertido, en segundo lugar, que modificara las decisiones impugnadas y le adjudicara el contrato, en tercer lugar, que le concediera acceso al expediente completo del diálogo competitivo controvertido y al informe de evaluación y, en cuarto lugar, que no firmara los contratos hasta que se adoptara una decisión sobre las objeciones que había formulado. En dicho escrito, la demandante sostenía que ADS debía ser excluida, dado que, por una parte, había infringido el principio del secreto del proceso competitivo al involucrar al antiguo empleado en la preparación de su oferta y, por otra parte, su oferta era anormalmente baja.

Pretensiones de las partes

24 La demandante solicita al Tribunal General que:

– Anule las decisiones impugnadas.

– Ordene a la Comisión que le permita acceder al expediente del diálogo competitivo controvertido.

– Condene en costas a la Comisión.

25 La Comisión solicita al Tribunal General que:

– Desestime el recurso por ser parcialmente inadmisible y parcialmente infundado.

– Condene en costas a la demandante.

26 La República Italiana y ADS solicitan al Tribunal General que desestime el recurso.

Fundamentos de Derecho

[*omissis*]

Sobre el fondo

[*omissis*]

Primer motivo, basado en el incumplimiento de los criterios de exclusión establecidos en el artículo 136 del Reglamento financiero y en la infracción de los principios de igualdad de trato y de «competencia secreta»

[*omissis*]

– Primera parte del primer motivo, basada en el incumplimiento de los criterios de exclusión establecidos en el artículo 136 del Reglamento financiero

53 En primer lugar, la demandante sostiene que la decisión de adjudicación de una parte del contrato a ADS infringe los artículos 136 y 167, apartado 1, letra b), del Reglamento financiero, en la medida en que esta última debería haber sido excluida del diálogo competitivo controvertido.

54 Primeramente, la demandante sostiene que ADS debería haber sido excluida del diálogo competitivo controvertido sobre la base del artículo 136, apartado 1, letra c), incisos ii) y v), del Reglamento financiero, debido, por una parte, a la existencia de una presunción de acuerdo contrario a la competencia o de acuerdo tácito entre ADS y el antiguo empleado para falsear la competencia con la demandante en el marco del diálogo competitivo controvertido y, por otra parte, a que, al contratar al antiguo empleado, se presume que ADS intentó obtener información confidencial de la demandante que pudiera otorgarle una ventaja indebida en el diálogo competitivo controvertido.

55 A continuación, la demandante alega que, a falta de sentencia firme o de decisión administrativa definitiva, ADS debería haber sido excluida sobre la base de una calificación jurídica preliminar, prevista en el artículo 136, apartado 2, del Reglamento financiero. Además, sostiene que la Comisión debería haber investigado los hechos y obtenido información de ADS.

56 Por último, la demandante mantiene que ADS debería haber sido excluida sobre la base del artículo 136, apartado 4, letra a), del Reglamento financiero, dado que el antiguo empleado desempeñaba un cargo directivo en ADS y se encontraba en una de las situaciones contempladas en el artículo 136, apartado 1, letra c), del Reglamento financiero.

57 La Comisión y las coadyuvantes rebaten estas alegaciones.

58 Con carácter preliminar, procede señalar que el artículo 167, apartado 1, letra b), del Reglamento financiero establece que los contratos se adjudicarán con arreglo a criterios de adjudicación, siempre que el órgano de contratación haya verificado que el candidato o licitador no ha sido excluido en virtud del artículo 136 del mismo Reglamento ni rechazado de conformidad con el artículo 141 de este.

59 Por lo que respecta a los criterios de exclusión, del artículo 136, apartado 1, del Reglamento financiero resulta que «el ordenador competente excluirá a las personas o entidades a que se refiere el artículo 135, apartado 2, de la participación en los procedimientos de adjudicación regulados por el presente Reglamento […] cuando la persona o entidad se encuentre en una o más de las […] situaciones de exclusión» previstas en el artículo 136, apartado 1, letras a) a h), de dicho Reglamento. En particular, a tenor del artículo 136, apartado 1, letra c), incisos ii) y v), de tal Reglamento, «el ordenador competente excluirá a las personas o entidades a que se refiere el artículo 135, apartado 2, de la participación en los procedimientos de adjudicación regulados por el presente Reglamento […] c) cuando se haya establecido mediante sentencia firme o decisión administrativa definitiva que la persona o entidad es culpable de falta de ética profesional grave

[…], con inclusión de […] ii) [la] celebración con otras personas o entidades de un acuerdo destinado a falsear la competencia [o] v) [la] tentativa de obtener información confidencial que pueda conferirle ventajas indebidas en el procedimiento de adjudicación».

60 Además, en virtud del artículo 136, apartado 4, letra a), del Reglamento financiero, el ordenador competente excluirá a las personas o entidades a las que se refiere el artículo 135, apartado 2, «cuando una persona física o jurídica que sea miembro del órgano de administración, de dirección o de vigilancia de la persona o entidad a que se refiere el artículo 135, apartado 2, o tenga poderes de representación, decisión o control respecto de dicha persona o entidad, se encuentre incursa en una o varias de las situaciones a que se refiere el apartado 1, letras c) a h)[, del citado artículo 136]».

61 Además, el artículo 136, apartado 2, párrafo primero, del Reglamento financiero establece que, «de no existir una sentencia firme o, en su caso, una decisión administrativa definitiva en los supuestos a que se refiere el apartado 1, letras c), d), f), g) y h), del presente artículo, […] el ordenador competente excluirá a las personas o entidades a que se refiere el artículo 135, apartado 2, sobre la base de una calificación jurídica preliminar de una conducta de las contempladas en dichas letras, teniendo en cuenta los hechos y conclusiones que figuren en la recomendación de la instancia a que se refiere el artículo 143 [de este Reglamento]».

62 De las disposiciones antes mencionadas resulta, en particular, que un poder adjudicador excluirá a un licitador de la participación en un procedimiento de licitación cuando dicho licitador se encuentre en una o varias de las situaciones correspondientes a los tres criterios de exclusión mencionados en los anteriores apartados 59 a 61.

63 Así pues, el primer criterio de exclusión, establecido en el artículo 136, apartado 1, letra c), incisos ii) y v), en relación con el artículo 135, apartado 2, letra a), del Reglamento financiero, corresponde a las situaciones en las que se haya establecido mediante sentencia firme o decisión administrativa definitiva que el licitador ha cometido una falta de ética profesional grave por haber llevado a cabo una de las conductas mencionadas en el artículo 136, apartado 1, letra c), incisos ii) y v), del Reglamento financiero, a saber, la celebración con otras personas o entidades de un acuerdo destinado a falsear la competencia o la tentativa de obtener información confidencial que pueda conferirle ventajas indebidas en el procedimiento de licitación.

64 El segundo criterio de exclusión, previsto en el artículo 136, apartado 4, letra a), en relación con los artículos 135, apartado 2, letra a), y 136, apartado 1, letra c), incisos ii) y v), del Reglamento financiero, corresponde a las situaciones en las que se haya establecido mediante sentencia firme o decisión administrativa definitiva que una persona física o jurídica que sea miembro del órgano de administración, de dirección o de vigilancia del licitador o tenga poderes de representación, decisión o control respecto de dicho licitador ha cometido una falta de ética profesional grave por haber llevado a cabo una de las conductas mencionadas en el artículo 136, apartado 1, letra c), incisos ii) y v), del Reglamento financiero.

65 El tercer criterio de exclusión, establecido en el artículo 136, apartado 2, párrafo primero, en relación con los artículos 135, apartado 2, letra a), 136, apartado 1, letra c), incisos ii) y v), y 143, apartado 6, letra a), del Reglamento financiero, corresponde a las situaciones en las que, de no existir una sentencia firme o una decisión administrativa definitiva, se ha establecido mediante una calificación jurídica preliminar, contenida en la recomendación de la instancia a que se refiere el artículo 143 del Reglamento financiero (en lo sucesivo, «instancia»), que el licitador ha cometido una falta de ética profesional grave por haber llevado a cabo una de las conductas

mencionadas en el artículo 136, apartado 1, letra c), incisos ii) y v), de dicho Reglamento. Con arreglo al artículo 135, apartado 4, del Reglamento financiero, el ordenador competente podrá tomar la decisión de excluir a un licitador sobre la base de una calificación jurídica preliminar contemplada en el citado artículo 136, apartado 2, solo si ha obtenido previamente una recomendación de la instancia.

66 En el caso de autos, no concurren los requisitos para la aplicación del primer criterio de exclusión, mencionados en el apartado 63 de la presente sentencia. En efecto, es pacífico entre las partes que, durante el diálogo competitivo controvertido, no existía ninguna sentencia firme ni decisión administrativa definitiva, en el sentido del artículo 136, apartado 1, letra c), del Reglamento financiero, relativa a ADS.

67 Por lo que respecta al segundo criterio de exclusión, de las disposiciones del Reglamento financiero mencionadas en el anterior apartado 64 resulta que el licitador solo puede ser excluido si la falta de ética profesional grave de la persona física o jurídica que sea miembro de su órgano de administración, de dirección o de vigilancia se ha establecido mediante sentencia firme o decisión administrativa definitiva.

68 Pues bien, aun suponiendo que el antiguo empleado pueda ser considerado miembro del órgano de administración, de dirección o de vigilancia de ADS, en el sentido del artículo 136, apartado 4, letra a), del Reglamento financiero, de los autos no se desprende en modo alguno la existencia de una sentencia firme o de una decisión administrativa definitiva relativa al antiguo empleado ni, por otra parte, tal existencia ha sido alegada por la demandante. En efecto, por lo que respecta a la conducta del antiguo empleado, se deduce de los autos que la denuncia presentada por la demandante contra él ante la fiscalía competente en Alemania fue archivada mediante decisión de 10 de diciembre de 2020 y que la «reclamación administrativa» que la demandante había presentado contra esa decisión de archivo fue desestimada mediante decisión de la fiscalía competente el 1 de marzo de 2021.

69 Por tanto, en el caso de autos no se ha demostrado que se hayan infringido los criterios de exclusión primero y segundo, mencionados en los anteriores apartados 63 y 64.

70 Por lo que respecta al tercer criterio de exclusión, es preciso recordar que, como se desprende del apartado 65 de la presente sentencia, un licitador solo puede ser excluido de un procedimiento de licitación sobre la base de una calificación jurídica preliminar de su conducta, a la vista de los hechos o las conclusiones que figuren en la recomendación emitida por la instancia.

71 En el presente asunto, consta que la Comisión no sometió el caso a la instancia. Dicho esto, la cuestión que se plantea es si, al no haberlo hecho, la Comisión incumplió las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 136, apartado 2, párrafo primero, y 143 del Reglamento financiero, infringiendo el tercer criterio de exclusión.

72 Con carácter preliminar, es preciso realizar algunas precisiones acerca de la remisión del caso a la instancia y de la calificación jurídica preliminar sobre cuya base un licitador puede ser excluido de un procedimiento de licitación.

73 En primer lugar, la finalidad subyacente a la remisión del caso a la instancia para obtener una recomendación que contenga eventualmente una calificación jurídica preliminar de la conducta de un licitador sobre cuya base este pueda ser excluido de un procedimiento de licitación es la protección de los intereses financieros de la Unión frente a conductas que constituyen un riesgo

para esos intereses. En efecto, el artículo 135, apartado 1, párrafo primero, del Reglamento financiero dispone que, «a fin de proteger los intereses financieros de la Unión, la Comisión creará y administrará un sistema de detección precoz y exclusión». Según el artículo 135, apartado 1, párrafo segundo, del Reglamento financiero, el objetivo de este sistema es facilitar, en particular, «a) la detección precoz de las personas o entidades a que se refiere el apartado 2 que supongan un riesgo para los intereses financieros de la Unión» y «b) la exclusión de las personas o entidades a que se refiere el apartado 2 que se hallen incursas en alguna de las situaciones de exclusión a que se refiere el artículo 136, apartado 1».

74 En segundo lugar, la calificación jurídica preliminar corresponde exclusivamente a la instancia, «a fin de garantizar una evaluación centralizada de dichas situaciones» en el marco del sistema de detección precoz y exclusión, de conformidad con el artículo 135, apartado 4, del Reglamento financiero.

75 En tercer lugar, la calificación jurídica preliminar se refiere necesariamente a las conductas de los propios licitadores. Como resulta de las disposiciones mencionadas en los apartados 61 y 65 de la presente sentencia, la calificación jurídica preliminar solo puede referirse a los hechos o conclusiones que se contemplan en el artículo 136, apartado 1, letras c), d), f), g) y h), de dicho Reglamento y, por tanto, a las conductas únicamente de las personas o entidades contempladas en el artículo 135, apartado 2, de ese Reglamento.

76 En cuarto lugar, la calificación jurídica preliminar se refiere a hechos o conclusiones demostrados, en esencia, en el marco de auditorías o investigaciones llevadas a cabo por las autoridades competentes de la Unión o, en su caso, de los Estados miembros. A este respecto, procede recordar que el artículo 142, apartado 2, letras b) y c), del Reglamento financiero dispone que la detección precoz de los riesgos que amenacen los intereses financieros de la Unión se basará en la transmisión de información a la Comisión, en particular, mediante un ordenador de esta, una oficina europea creada por ella o una agencia ejecutiva [artículo 142, apartado 2, letra b), del Reglamento financiero] o por una institución de la Unión, una oficina europea o una agencia distinta de las mencionadas en el artículo 142, apartado 2, letra b), del citado Reglamento [artículo 142, apartado 2, letra c), del Reglamento financiero] (véase, por analogía, la sentencia de 16 de mayo de 2019, Transtec/Comisión, T-228/18, EU:T:2019:336, apartado 52).

77 Procede recordar igualmente que el artículo 136, apartado 2, párrafo cuarto, del Reglamento financiero dispone lo siguiente:

«Los hechos y las conclusiones a que se refiere el párrafo primero incluirán, en particular:

a) hechos constatados en el marco de auditorías o investigaciones efectuadas por la Fiscalía Europea respecto de los Estados miembros participantes en la cooperación reforzada en virtud del Reglamento (UE) 2017/1939, el Tribunal de Cuentas, la OLAF o el auditor interno, o cualquier otra comprobación, auditoría o control llevado a cabo bajo la responsabilidad del ordenador;

b) decisiones administrativas no definitivas que pueden incluir medidas disciplinarias adoptadas por el organismo de supervisión competente responsable de verificar la aplicación de las normas de ética profesional;

c) hechos mencionados en decisiones de personas y entidades responsables de la ejecución de los fondos de la Unión en virtud del artículo 62, apartado 1, párrafo primero, letra c);

d) información transmitida de conformidad con el artículo 142, apartado 2, letra d), por entidades responsables de la ejecución de los fondos de la Unión en virtud del artículo 62, apartado 1, párrafo primero, letra b);

e) decisiones de la Comisión en relación con la infracción del Derecho de la Unión en materia de competencia o decisiones de una autoridad nacional competente en relación con la infracción del Derecho de la Unión o nacional en materia de competencia.»

78 En quinto lugar, el poder adjudicador solo debe remitir el caso a la instancia a que se refiere el artículo 143 del Reglamento financiero cuando los hechos demostrados de que disponga constituyan indicios suficientes para establecer una presunción de culpabilidad del licitador. Según ya ha declarado el Tribunal General, del conjunto de disposiciones antes mencionadas resulta que, de no existir sentencia firme o decisión administrativa definitiva relativa a un licitador, el poder adjudicador debe, cuando disponga de indicios suficientes para establecer una presunción de que dicho licitador ha cometido, concretamente, una falta de ética profesional grave, remitir el caso a la instancia a fin de que esta formule una recomendación que incluya, cuando proceda, una calificación jurídica preliminar de los hechos controvertidos (véase, por analogía, la sentencia de 16 de mayo de 2019, Transtec/Comisión, T-228/18, EU:T:2019:336, apartado 53).

79 Además, en primer lugar, procede señalar que el requisito de disponer de indicios suficientes para remitir el caso a la instancia es conforme con las finalidades de un sistema que tiene por objeto, en particular, la detección precoz y la exclusión de los licitadores cuya conducta constituya un riesgo para los intereses financieros de la Unión (véase el apartado 73 de la presente sentencia). En segundo lugar, este requisito se deriva del principio de buena gestión financiera y rendimiento (véase el título II, capítulo 7, del Reglamento financiero), en la medida en que evita retrasar un procedimiento de contratación pública sin una razón válida para ello. En tercer lugar, este requisito es una consecuencia del papel de la instancia, que no está encargada de investigar, sino que debe emitir una recomendación que contenga, en su caso, una calificación jurídica preliminar referida a hechos y conclusiones anteriormente acreditados en el marco de auditorías o investigaciones llevadas a cabo por las autoridades competentes, en particular de la Unión (véase el apartado 76 de la presente sentencia). En cuarto lugar, el requisito de disponer de indicios suficientes resulta del alcance de la calificación jurídica preliminar, en la medida en que esta se refiere a la conducta de un licitador en caso de no existir sentencia firme o decisión administrativa definitiva (véase el apartado 65 de la presente sentencia) y no puede, por tanto, basarse en meras sospechas.

80 Habida cuenta de todo lo anterior, procede comprobar si, en el caso de autos, la Comisión estaba obligada a remitir el caso a la instancia para que emitiera una recomendación que contuviera, en su caso, una calificación jurídica preliminar sobre la conducta de ADS. Así pues, es preciso comprobar si la Comisión disponía de indicios suficientes que permitieran presumir que ADS había cometido una falta de ética profesional grave que amenazara los intereses financieros de la Unión, incluida, en particular, la celebración con otras personas o entidades de un acuerdo destinado a falsear la competencia o la tentativa de obtener información confidencial que pudiera conferirle ventajas indebidas en el diálogo competitivo controvertido.

81 En el presente asunto, se desprende de los autos y de los informes orales de las partes principales que el único elemento de que disponía la Comisión en relación con una supuesta conducta ilícita de ADS era el escrito de 23 de diciembre de 2020. Mediante dicho escrito, la demandante solicitaba a la Comisión, en esencia, en primer lugar, que suspendiera el diálogo competitivo

controvertido por una «sospecha de violación del secreto comercial por parte de un empleado de ADS» que resultaba, a su juicio, de elementos de hecho que ponía en conocimiento de la Comisión, en segundo lugar, que investigara esta cuestión y, por último, en su caso, que excluyera a ADS del diálogo competitivo controvertido (véase el apartado 15 de la presente sentencia).

82 A este respecto, en primer término, procede señalar que las alegaciones formuladas por la demandante en el escrito de 23 de diciembre de 2020, recordadas en el anterior apartado 16, no se refieren a los hechos ni a las conclusiones que se contemplan en el artículo 136, apartado 2, párrafo cuarto, letras a) a e), del Reglamento financiero.

83 En segundo término, procede señalar que, si bien la demandante mencionó un procedimiento de investigación en curso ante las autoridades nacionales competentes en relación con los hechos en cuestión, dicho procedimiento se inició a raíz de una denuncia interpuesta por ella en relación con la supuesta infracción cometida por su antiguo empleado, y no por ADS, de la legislación de la República Federal de Alemania sobre secretos comerciales (véase el apartado 16 de la presente sentencia).

84 Pues bien, como resulta del apartado 75 anterior, la calificación jurídica preliminar prevista en el artículo 136, apartado 2, del Reglamento financiero, y por tanto la remisión del caso a la instancia, solo puede referirse a las conductas de los propios licitadores. Así, la supuesta conducta del antiguo empleado mencionada en el escrito de 23 de diciembre de 2020 no puede constituir un indicio suficiente para remitir el caso a la instancia.

85 En tercer término, es preciso señalar que el escrito de 23 de diciembre de 2020 no iba acompañado de ningún elemento de prueba que pudiera sostener las alegaciones que contenía.

86 De ello se deduce que las alegaciones mencionadas en el escrito de 23 de diciembre de 2020 no podían considerarse hechos o conclusiones que pudieran constituir indicios suficientes para fundamentar una presunción de culpabilidad de ADS que justificara la remisión del caso a la instancia.

87 En este contexto, procede comprobar si, no obstante, la Comisión estaba obligada a investigar las alegaciones mencionadas en el escrito de 23 de diciembre de 2020.

88 A este respecto, por una parte, procede señalar que, en el escrito de 23 de diciembre de 2020, la demandante no mencionaba ninguna conducta de ADS, excepto que había contratado a su antiguo empleado (véase el apartado 16 de la presente sentencia). Pues bien, en principio, el hecho de que, en el transcurso de un procedimiento de licitación, un licitador haya contratado al antiguo empleado de otro licitador no constituye, por sí solo, un indicio de una conducta de ese primer licitador que pueda constituir una falta de ética profesional grave. En cambio, la participación en un procedimiento de licitación no puede constituir un impedimento para el ejercicio, durante dicho procedimiento, de los derechos de los licitadores (y de sus empleados o antiguos empleados) de celebrar contratos de trabajo o de realizar actos a los que resulte aplicable el Derecho laboral.

89 Por otra parte, procede señalar que, en el escrito de 23 de diciembre de 2020, la demandante aludía a determinadas conductas de su antiguo empleado, no de ADS. Más concretamente, mencionaba que había encontrado, en el ordenador de su antiguo empleado, una carta de motivación con fecha de 21 de junio de 2019, dirigida al vicepresidente ejecutivo de ADS, en la que el antiguo empleado

indicaba, en particular, que su paso de la demandante a ADS «[podía] cambiar también las perspectivas y la posición competitiva de [la demandante] contra [ADS] en relación con objetivos de adquisición futuros». La demandante sostenía igualmente, en el escrito de 23 de diciembre de 2020, que el análisis del ordenador del antiguo empleado demostraba que este podía haber copiado la información pertinente que había recibido en el marco de la preparación de su oferta para el diálogo competitivo controvertido, a saber, detalles y conceptos técnicos, estrategias de ofertas, evaluación de la competitividad y estrategias y detalles de precios. En ese mismo escrito, la demandante sostenía también que, desde el mes de abril de 2020, es decir, algunos meses después de haberlo contratado, ADS había puesto al antiguo empleado al frente de la entidad interviniente en el diálogo competitivo controvertido, como «Head of Space Systems Germany», entidad en la que desempeñaba las mismas funciones que había ejercido anteriormente en la plantilla de la demandante.

90 Es preciso constatar que, mediante estas alegaciones, la demandante aducía, en esencia, que su antiguo empleado había violado el secreto comercial en la medida en que había obtenido ilegalmente información sensible sobre ella que podía conferir a ADS una ventaja indebida en el diálogo competitivo controvertido (véase el apartado 16 de la presente sentencia).

91 Sin embargo, tal violación, aun suponiendo que estuviera acreditada, no constituye, en cualquier caso, un indicio de una conducta de ADS y, por tanto, no puede establecer una presunción de culpabilidad de esta.

92 Además, procede señalar que, en el escrito de 23 de diciembre de 2020, la demandante no formuló ninguna alegación concreta para demostrar que ADS había obtenido, en particular a través del antiguo empleado, alguna información sensible y la había utilizado en el marco del diálogo competitivo controvertido. En cambio, la demandante se limitaba en dicho escrito a alegar que ADS había podido obtener información sensible sobre ella, información que podía proporcionarle una ventaja indebida en el diálogo competitivo controvertido (véase el apartado 16 de la presente sentencia). Esta alegación vaga e hipotética no puede constituir un indicio suficiente en el sentido de la jurisprudencia recordada en el anterior apartado 78.

93 En efecto, el escrito de 23 de diciembre de 2020 no contenía ningún dato concreto que permitiera identificar la supuesta información sensible de la demandante que podía haber sido obtenida por el antiguo empleado, transmitida a ADS y utilizada por esta en el diálogo competitivo controvertido, otorgándole así una ventaja indebida. En dicho escrito, la demandante se limitaba a mencionar que el antiguo empleado había estado implicado en la «estrategia» de la parte técnica y en la «estrategia» relativa al precio y al cálculo del precio de su oferta. Estas alegaciones, demasiado genéricas, no proporcionan ninguna indicación concreta que permita identificar la supuesta información sensible que pudiera estar en cuestión.

94 En particular, la demandante no menciona nunca, en el escrito de 23 de diciembre de 2020, ningún elemento técnico de su oferta que haya sido transmitido por su antiguo empleado a ADS y que esta haya utilizado indebidamente en el diálogo competitivo controvertido. Asimismo, la «estrategia» del precio de la oferta de la demandante, que según afirma esta era conocida por el antiguo empleado, no se precisa en modo alguno en dicho escrito.

95 Además, procede señalar que del escrito de 23 de diciembre de 2020 se desprendía que el antiguo empleado había dejado la demandante poco tiempo después de la presentación de su oferta revisada en el marco de la segunda fase del diálogo competitivo controvertido. Así pues, en cualquier caso, el antiguo empleado no podía tener información sobre el diálogo mantenido

entre la demandante y la AEE en la tercera fase, ni sobre el contenido de la oferta definitiva de la demandante, que fue presentada en octubre de 2020, es decir, casi un año después de que el antiguo empleado hubiera dejado la demandante (véanse los apartados 13 y 16 de la presente sentencia). Asimismo, según se desprende de los autos y de las respuestas de la Comisión a las preguntas que le formuló el Tribunal General en la vista oral, las «condiciones de la licitación para la invitación a presentar la oferta definitiva», que fueron enviadas a los licitadores en agosto de 2020 (véase el apartado 13 anterior), contenían modificaciones con respecto a las anteriores «condiciones de la licitación para la invitación a presentar una oferta revisada». En particular, el plazo de entrega de los satélites se redujo casi un año, el plazo para el ejercicio, por el poder adjudicador, de la opción para la adquisición de satélites adicionales al número inicial (véase el anterior apartado 7) se prorrogó catorce meses y se modificó la calificación de algunos satélites para un lanzamiento único o un doble lanzamiento. Tales modificaciones no pueden, por su propia naturaleza, carecer de incidencia en las condiciones técnicas y financieras presentadas por los licitadores en sus ofertas definitivas.

96 De lo anterior resulta que la Comisión no estaba obligada a investigar las alegaciones contenidas en el escrito de 23 de diciembre de 2020 en la medida en que estas, aun suponiendo que fueran fundadas, no podían constituir indicios suficientes para establecer una presunción de culpabilidad de ADS que justificara la remisión del caso a la instancia.

97 Estas apreciaciones no se ponen en tela de juicio por la alegación de la demandante según la cual la AEE no solicitó a ADS información sobre el antiguo empleado hasta el 29 de enero de 2021, es decir, con posterioridad a las decisiones impugnadas. En efecto, más allá del hecho de que dicha solicitud se formulara a raíz de un segundo escrito de la demandante, fechado el 28 de enero de 2021 (véase el apartado 23 de la presente sentencia), y, por lo tanto, él mismo posterior a las decisiones impugnadas, no es menos cierto que el hecho de que se solicitara información a ADS tras la adopción de las decisiones impugnadas no afecta a la legalidad de estas últimas, habida cuenta de que no existía obligación de remitir el caso a la instancia (véase el anterior apartado 86) y de que las alegaciones de la demandante no se referían a un ámbito sujeto a las facultades de investigación de las instituciones, agencias u órganos de la Unión (véase el apartado 96 de la presente sentencia).

98 Además, procede señalar, como hace la Comisión, que la demandante solo informó a esta de sus sospechas en el escrito de 23 de diciembre de 2020, pese a que había solicitado el análisis del ordenador del antiguo empleado ya en noviembre de 2019, como ha reconocido en la demanda, y a que había interpuesto ante las autoridades alemanas competentes una denuncia contra el antiguo empleado en marzo de 2020 (véase el apartado 16 de la presente sentencia). Durante este período, es decir, desde noviembre de 2019 hasta diciembre de 2020, el diálogo competitivo controvertido evolucionó de su segunda a su tercera fase, que comenzó en agosto de 2020, y la demandante presentó su oferta definitiva en octubre de 2020 (véase el apartado 13 de la presente sentencia). Esta conducta de la demandante pone de manifiesto que ella misma no consideró, al menos durante un lago período de tiempo, e incluso al presentar su oferta definitiva, que la conducta del antiguo empleado que se sospechaba pudiera otorgar una ventaja indebida a ADS en el diálogo competitivo controvertido.

99 De todo lo anterior se desprende que la Comisión no incumplió su obligación de remitir el caso a la instancia ni, *a fortiori*, el tercer criterio de exclusión mencionado en el apartado 65 de la presente sentencia.

100 Por tanto, debe desestimarse por infundada la primera parte del primer motivo.

[*omissis*]

Segundo motivo, basado en el incumplimiento de la obligación de examinar las ofertas anormalmente bajas

113 La demandante sostiene, en esencia, que la Comisión infringió el anexo I, capítulo 1, sección 2, puntos 23.1 y 23.2, del Reglamento financiero, en la medida en que no siguió las dos etapas ahí previstas para asegurarse de que la oferta definitiva de ADS no era anormalmente baja, pese a que existían indicios en ese sentido. En efecto, según la demandante, la oferta definitiva de ADS tiene un precio considerablemente inferior al precio de las ofertas definitivas de TASI y de la demandante y, por lo tanto, la Comisión no puede limitarse a indicar que dicha oferta no le parecía anormalmente baja.

114 La Comisión y las coadyuvantes rebaten estas alegaciones.

115 A tenor del anexo I, capítulo 1, sección 2, punto 23.1, párrafo primero, del Reglamento financiero, si, para un contrato determinado, el precio o costes propuestos en la oferta son anormalmente bajos, el órgano de contratación solicitará por escrito los pormenores de los elementos constitutivos del precio o el coste que considere oportunos y concederá al licitador la oportunidad de presentar sus observaciones. A tenor del anexo I, capítulo 1, sección 2, punto 23.2, de dicho Reglamento, el órgano de contratación solo podrá rechazar la oferta en caso de que los documentos aportados no expliquen satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos.

116 De estas disposiciones resulta que la apreciación, por parte del poder adjudicador, de la existencia de ofertas anormalmente bajas se realiza en dos tiempos (véase, por analogía, la sentencia de 4 de julio de 2017, European Dynamics Luxembourg y otros/Agencia Ferroviaria de la Unión Europea, T-392/15, EU:T:2017:462, apartado 87).

117 En un primer momento, el poder adjudicador debe apreciar si las ofertas presentadas «[parecen] anormalmente baj[as]» (véase el punto 23.1 de la sección 2 del capítulo I del anexo I del Reglamento financiero). El uso del verbo «parecer» en el Reglamento financiero implica que el poder adjudicador lleva a cabo una apreciación *prima facie* del carácter anormalmente bajo de una oferta. El Reglamento financiero no impone, por tanto, al poder adjudicador que proceda de oficio a un análisis detallado de la composición de cada oferta para determinar que no constituye una oferta anormalmente baja. Así, en un primer momento, el poder adjudicador debe determinar únicamente si las ofertas presentadas contienen un indicio que pueda suscitar la sospecha de que podrían ser anormalmente bajas (véase, por analogía, la sentencia de 4 de julio de 2017, European Dynamics Luxembourg y otros/Agencia Ferroviaria de la Unión Europea, T-392/15, EU:T:2017:462, apartado 88).

118 En un segundo momento, si existen indicios que puedan suscitar la sospecha de que una oferta pudiera ser anormalmente baja, el poder adjudicador debe proceder a verificar la composición de la oferta para cerciorarse de que no lo es. Al llevar a cabo esta verificación, el poder adjudicador tiene la obligación de dar al licitador que presentó esa oferta la posibilidad de exponer por qué razones considera que su oferta no es anormalmente baja. Seguidamente, el poder adjudicador debe examinar las explicaciones aportadas y determinar si la oferta en cuestión presenta un carácter anormalmente bajo, en cuyo caso tiene la obligación de rechazarla (véase, por analogía, la sentencia de 4 de julio de 2017, European Dynamics Luxembourg y otros/Agencia Ferroviaria de la Unión Europea, T-392/15, EU:T:2017:462, apartado 89).

119 El Reglamento financiero no define el concepto de «oferta anormalmente baja». Sin embargo, ya se ha declarado que el carácter anormalmente bajo de una oferta debe apreciarse en relación con la composición de la oferta y la prestación de que se trate [véase, por analogía, la sentencia de 16 de mayo de 2019, Transtec/Comisión, T-228/18, EU:T:2019:336, apartado 69 (no publicado) y jurisprudencia citada].

120 Además, de la jurisprudencia se desprende que pueden existir indicios que susciten la sospecha de que una oferta podría ser anormalmente baja, en particular, si resulta dudoso, por una parte, que una oferta respete la legislación del país en el que deben prestarse los servicios en materia de retribución del personal, de cotización al régimen de seguridad social, de cumplimiento de las normas de seguridad y de salud en el trabajo y de venta a pérdida, y, por otra parte, que el precio propuesto incluya todos los costes derivados de los aspectos técnicos de la oferta. Igual sucede cuando el precio propuesto en una oferta presentada es considerablemente inferior al de las demás ofertas presentadas o al precio de mercado usual [véase la sentencia de 16 de mayo de 2019, Transtec/Comisión, T-228/18, EU:T:2019:336, apartado 72 (no publicado) y jurisprudencia citada].

121 La demandante alega que la diferencia entre el precio de la oferta definitiva de ADS y los precios de las ofertas definitivas de los demás licitadores constituía un indicio que podía suscitar la sospecha de que la oferta de ADS podía ser anormalmente baja, lo que debería haber llevado a la Comisión a comprobar la composición de dicha oferta para asegurarse de que no lo era.

122 En el presente asunto, se desprende de los autos que la Comisión seleccionó la oferta de ADS sobre la base de la clasificación de las ofertas realizada por el comité de evaluación (véase el apartado 17 de la presente sentencia). Así pues, al haberse seleccionado la oferta de ADS, se deduce implícita pero necesariamente que la Comisión consideró, como lo hizo el comité de evaluación, que no existían indicios de que dicha oferta fuera anormalmente baja y que, por consiguiente, no era necesario solicitar precisiones sobre la composición de la misma. Las alegaciones de la demandante no ponen en cuestión esta conclusión.

123 En primer lugar, es cierto que existe una diferencia entre el precio de la oferta de ADS y el de las ofertas de TASI y de la demandante, que es del 11,99 % y del 13,9 %, respectivamente, es decir, entre 707 679 174,75 euros y, respectivamente, 804 127 000 euros y 822 786 000 euros. No obstante, ya se ha declarado que el mero hecho de que el precio de la oferta del licitador seleccionado sea más bajo que el de la oferta de otro licitador no puede, por sí mismo, acreditar el carácter anormalmente bajo de la oferta del licitador seleccionado. En efecto, una oferta puede ser menos cara que otra sin ser por ello anormalmente baja (véase la sentencia de 26 de enero de 2017, TV1/Comisión, T-700/14, no publicada, EU:T:2017:35, apartado 58 y jurisprudencia citada).

124 Así sucede precisamente en este caso. La diferencia entre el precio de la oferta definitiva de ADS y el de las demás ofertas presentadas no puede constituir, por sí sola, un indicio del carácter anormalmente bajo de la oferta de ADS, habida cuenta de las particularidades del contrato de que se trata.

125 En efecto, por una parte, procede recordar que el procedimiento de licitación se inició mediante diálogo competitivo, dado que la Comisión ya había identificado y definido sus necesidades, pero aún no había definido los medios concretos que resultaban más adecuados para satisfacerlas (véase el apartado 6 de la presente sentencia). Por consiguiente, los precios de las ofertas dependían en gran medida de las diferentes soluciones y medios técnicos propuestos por cada licitador y, por tanto, de los costes respectivos.

126 Por otra parte, el diálogo competitivo controvertido tenía por objeto la adquisición de productos para los que no existía un precio de mercado. Según reconocieron las partes principales en la vista oral, en respuesta a una pregunta formulada por el Tribunal General, de las características particulares de los satélites se desprende que no son bienes para los que pueda encontrarse un precio estándar o un precio de mercado. Además, en el caso de autos, se trataba del suministro de satélites con características avanzadas para garantizar la transición de la primera a la segunda generación de satélites Galileo (véase el apartado 7 de la presente sentencia) y, por tanto, de satélites para los que aún no podía existir un precio de mercado.

127 En segundo lugar, procede constatar que, más allá de la diferencia de precio, la demandante no formula ningún argumento concreto en apoyo de su alegación de que la oferta de ADS debería haberse considerado anormalmente baja. En particular, no aduce una posible inobservancia de la legislación del país en el que debían ejecutarse los servicios ni la no inclusión en el precio propuesto por ADS de todos los costes derivados de los aspectos técnicos de su oferta. En cualquier caso, procede señalar que los elementos que constan en autos no corroboran la alegación de la demandante.

128 En efecto, cabe recordar que la adjudicación del contrato se basaba en la oferta económicamente más ventajosa, de la cual el criterio del precio se ponderaba al 35 %, mientras que el criterio de la calidad se ponderaba al 65 % (véase el apartado 8 de la presente sentencia). Pues bien, la oferta definitiva de ADS fue clasificada en mejor posición que la de la demandante, tanto a la luz del criterio del precio como del criterio de la calidad (véase el apartado 22 de la presente sentencia).

129 Además, de los documentos en los que se describe el diálogo competitivo controvertido, que contienen las condiciones aplicables a cada una de sus tres fases (véanse los apartados 10, 12 y 13 de la presente sentencia), se desprende que las ofertas debían contener una propuesta económica correspondiente a la propuesta técnica, así como elementos económicos detallados, en particular presupuestos financieros individualizados.

130 A este respecto, de los autos se desprende que, en el seno del comité de evaluación, no se planteó ninguna duda sobre la evaluación de la oferta de ADS a la luz del cuarto subcriterio del criterio de la calidad, relativo al carácter adecuado de la gestión, del cálculo de los costes y de la planificación de la ejecución de los trabajos propuestos (véase el apartado 8 de la presente sentencia). En cambio, del escrito de 19 de enero de 2021 y del fax de 22 de enero de 2021, mencionados en los apartados 18 y 21 de la presente sentencia, resulta que, por lo que respecta a este subcriterio, la oferta de ADS fue clasificada en segunda posición.

131 Además, de la respuesta escrita de la Comisión, de 29 de octubre de 2022, a una pregunta formulada por el Tribunal General en el marco de las diligencias de ordenación del procedimiento de 17 de octubre de 2022 y del documento anexo a dicha respuesta, sobre los que la demandante presentó sus observaciones en la vista, se desprende que los elementos económicos de las ofertas de los licitadores fueron presentados por estos en forma de archivos estándar. En primer lugar, estos archivos fueron examinados en el seno del comité de evaluación mediante un programa informático denominado «ESA Costing Software (ECOS)», concebido para la apreciación global de los elementos del precio de las ofertas. A continuación, por lo que respecta, en particular, a la oferta definitiva de ADS, se elaboró un cuadro resumen sobre la base del análisis de dicho programa informático, que contenía veintiuna subcategorías de elementos del precio, en particular los costes de la mano de obra y de diversos elementos técnicos, así como un margen de

beneficio. Por último, los elementos económicos de las ofertas presentadas, incluidos los de la oferta definitiva de ADS, fueron evaluados por un subgrupo del comité de evaluación compuesto por catorce miembros, encargado de evaluar el cuarto subcriterio antes mencionado.

132 Por tanto, en el caso de autos, no se ha acreditado la existencia de indicios que pudieran suscitar la sospecha de la Comisión de que la oferta de ADS podía ser anormalmente baja. Por consiguiente, la Comisión no estaba obligada a proceder a una verificación, en el sentido de la jurisprudencia recordada en el apartado 118 anterior, de la composición de la oferta de ADS para asegurarse de que no era anormalmente baja.

133 Así pues, contrariamente a lo que alega la demandante, la Comisión no incumplió sus obligaciones relativas al examen de las ofertas anormalmente bajas.

134 Por otra parte, en la vista, la demandante mencionó que, mediante su alegación según la cual la Comisión no podía limitarse a indicar que la oferta de ADS no le parecía anormalmente baja, pretendía plantear una falta de motivación.

135 Sin embargo, se ha de señalar que la demandante no desarrolla ninguna alegación autónoma en apoyo de esta supuesta falta de motivación, sino que se limita a reprochar a la Comisión no haber procedido a la verificación de la existencia de ofertas anormalmente bajas, cuestión que no constituye una imputación basada en la existencia de vicios sustanciales de forma, en particular en la falta de motivación de las decisiones impugnadas, sino que se refiere a la fundamentación de dichas decisiones. Pues bien, como resulta del apartado 132 anterior, esta imputación, basada en el incumplimiento por la Comisión de sus obligaciones relativas al examen de las ofertas anormalmente bajas, no puede prosperar.

136 En consecuencia, debe desestimarse el segundo motivo por infundado.

[*omissis*]

Cuarto motivo, basado en el incumplimiento de la obligación de la Comisión de adoptar una decisión autónoma sobre la adjudicación del contrato

216 La demandante sostiene, en esencia, que la Comisión incumplió su obligación de adoptar una decisión autónoma en cuanto a la adjudicación del contrato al limitarse a confirmar los resultados que figuran en el informe de evaluación. Según aquella, la responsabilidad del programa Galileo, atribuida a la Comisión por el artículo 12, apartado 1, del Reglamento n.º 1285/2013, impone a esa institución la obligación de adoptar una decisión autónoma sobre la adjudicación del contrato en el marco del diálogo competitivo controvertido. Además, prosigue, los acuerdos de delegación celebrados entre la Comisión y la AEE en aplicación del artículo 15 de dicho Reglamento no pueden limitar ni modificar esta responsabilidad de la Comisión. Añade la demandante que la Comisión no está vinculada por la propuesta que figura en el informe de evaluación y se considera que debe examinar ella misma las ofertas de los licitadores, con más razón por cuanto, en el caso de autos, existen indicios de una apreciación errónea por parte del comité de evaluación, lo que debería haber llevado a la Comisión a efectuar un control minucioso del mencionado informe.

217 La Comisión, apoyada por ADS, y la República Italiana se oponen a estas alegaciones.

218 En primer lugar, procede desestimar de entrada la alegación de la demandante basada en la responsabilidad de la Comisión en el marco del programa Galileo.

219 Es cierto que la Comisión asume la responsabilidad general del programa Galileo y que, para la fase de despliegue de dicho programa, debe celebrar un acuerdo de delegación con la AEE en el que se precisen las tareas de esta última, en particular en lo que respecta a la adjudicación de los contratos que se refieren al sistema. Precisamente, en el marco del acuerdo de delegación celebrado entre la Comisión y la AEE, esta, actuando en nombre y por cuenta de la Comisión, estaba encargada de organizar el diálogo competitivo controvertido, mientras que la Comisión seguía siendo el poder adjudicador (véanse los apartados 4 y 5 de la presente sentencia).

220 Sin embargo, contrariamente a lo que parece alegar la demandante, la responsabilidad sobre el programa Galileo no puede modificar, ni incrementar, las obligaciones de la Comisión como poder adjudicador, que siguen siendo las previstas, en general, en el título VII del Reglamento financiero y, especialmente, por lo que respecta a los contratos públicos celebrados en el marco del despliegue del programa Galileo, en el capítulo V del Reglamento n.º 1285/2013.

221 En segundo lugar, y en cualquier caso, procede desestimar la alegación de la demandante basada en el supuesto incumplimiento de una obligación de la Comisión de adoptar una decisión autónoma sobre la adjudicación del contrato.

222 Primeramente, debe señalarse que, a tenor del artículo 150, apartados 1 y 2, del Reglamento financiero, las ofertas presentadas en el marco de una licitación serán evaluadas por un comité de evaluación nombrado por el poder adjudicador. Además, este podrá no designar un comité de evaluación únicamente en los casos previstos en el artículo 168, apartado 5, del mismo Reglamento. A continuación, según el anexo I, capítulo 1, sección 2, punto 30.1, de dicho Reglamento, el resultado de la evaluación efectuada por el comité de evaluación será un informe de evaluación que incluirá la propuesta de adjudicación del contrato. Por último, el poder adjudicador adoptará su decisión, bien mediante la aprobación del informe de evaluación, bien, en su caso, exponiendo los motivos por los que no sigue la recomendación recogida en el informe de evaluación, o bien, en su caso, exponiendo las razones por las que ha decidido no adjudicar el contrato, de conformidad con el anexo I, capítulo 1, sección 2, punto 30.3, de dicho Reglamento.

223 De ello se deduce, por una parte, que, en los casos en que un comité de evaluación ha sido nombrado por el poder adjudicador, corresponde a dicho comité evaluar las ofertas presentadas. Por otra parte, si bien es cierto que el poder adjudicador no está vinculado por el informe de evaluación, no lo es menos que, en los casos en que el poder adjudicador decide seguir la propuesta de adjudicación formulada en el referido informe, su decisión de adjudicación puede basarse en este.

224 En el caso de autos, procede señalar que las ofertas definitivas de los licitadores fueron evaluadas por un comité de evaluación compuesto por representantes de la AEE, de la GSA y de la Comisión, que presentó los resultados de su evaluación en un informe de evaluación sobre cuya base la Comisión adoptó las decisiones impugnadas (véanse los apartados 14 y 17 de la presente sentencia). Además, como precisa la Comisión sin que la demandante lo rebata, dicho comité estaba compuesto por un grupo de aproximadamente setenta personas con la experiencia y las cualificaciones adecuadas en relación con el objeto del contrato.

225 Por lo tanto, el hecho de que las decisiones impugnadas estuvieran motivadas por remisión al informe de evaluación, dado que la Comisión hizo suya la opinión del comité de evaluación encargado de evaluar las ofertas presentadas, no obsta en modo alguno a que fueran adoptadas de forma autónoma por la Comisión como poder adjudicador.

[*omissis*]

En virtud de todo lo expuesto,

EL TRIBUNAL GENERAL (Sala Sexta)

decide:

1) Desestimar el recurso.

2) Condenar a OHB System AG a cargar con sus propias costas y con las de la Comisión Europea, incluidas las del procedimiento sobre medidas provisionales.

3) La República Italiana y Airbus Defence and Space GmbH cargarán cada una con sus propias costas.

Costeira Kancheva Zilgalvis

Pronunciada en audiencia pública en Luxemburgo, a 26 de abril de 2023.

Firmas