Kohtulahendite kogumik

ÜLDKOHTU OTSUS (kuues koda)

26. aprill 2023 *

Teenuste riigihanked – Hankemenetlus – Võistlev dialoog – Galileo üleminekuperioodi satelliitide hange – Ühe pakkuja pakkumuse tagasilükkamine – Menetlusest kõrvalejätmise kriteeriumid – Pakkuja tõsine ametialane rikkumine – Lõpliku kohtuotsuse või lõpliku haldusotsuse puudumine – Finantsmääruse artiklis 143 nimetatud toimkonna poole pöördumise tingimused – Võrdne kohtlemine – Põhjendamatult madala maksumusega pakkumus – Ilmne hindamisviga

Kohtuasjas T-54/21,

OHB System AG, asukoht Bremen (Saksamaa), esindajad: advokaadid W. Würfel ja F. Hausmann,

hageja,

versus

Euroopa Komisjon, esindajad: G. Wilms, L. André, J. Estrada de Solà ja L. Mantl,

kostja,

keda toetavad

Itaalia Vabariik, esindaja: G. Palmieri, keda abistasid *avvocati dello stato* P. Gentili ja G. Santini,

ja

Airbus Defence and Space GmbH, asukoht Taufkirchen (Saksamaa), esindajad: advokaadid P.-E. Partsch, F. Dewald ja C.-E. Seestädt,

menetlusse astujad,

ÜLDKOHUS (kuues koda),

koosseisus: koja president M. J. Costeira (ettekandja), kohtunikud M. Kancheva ja P. Zilgalvis,

kohtusekretär: ametnik P. Cullen,

arvestades 26. mai 2021. aasta kohtumäärust OHB System *vs*. komisjon (T-54/21 R, ei avaldata, EU:T:2021:292),

* Kohtumenetluse keel: saksa.

arvestades menetluse kirjalikku osa, eelkõige:

– 30. juuni 2021. aasta kohtumäärust OHB System *vs.* komisjon (T-54/21, ei avaldata),

– 2. detsembri 2021. aasta kohtumäärust OHB System *vs.* komisjon (T-54/21, ei avaldata, EU:T:2021:878),

– 17. oktoobril 2022 võetud menetlust korraldavat meedet ja komisjoni vastust, mis saabus Üldkohtu kantseleisse 29. oktoobril 2022,

arvestades 17. novembri 2022. aasta kohtuistungil esitatut,

on teinud järgmise

otsuse [1]

1. Hageja OHB System AG palub ELTL artikli 263 alusel esitatud hagis tühistada Euroopa Komisjoni otsused, mis edastati hagejale 19. jaanuari 2021. aasta kirjaga ja 22. jaanuari 2021. aasta faksiga ning millega lükati tagasi tema pakkumus, mille ta esitas Galileo üleminekuperioodi satelliitide ostmiseks korraldatud võistlevas dialoogis 2018/S 091-206089, ning otsustati tunnistada edukaks kaks teist pakkujat (edaspidi „vaidlustatud otsused“).

Vaidluse taust

2. Apellant on Saksa õiguse alusel asutatud äriühing, mille tegevusala on uuenduslike kosmosesüsteemide ja -projektide väljatöötamine ja rakendamine ning spetsiifiliste lennundus-, kosmose- ja telemaatikatoodete, sealhulgas geostatsionaarsel ja maa-lähedasel orbiidil lendavate satelliitide turustamine.

3. Euroopa Parlamendi ja nõukogu 11. detsembri 2013. aasta määruse (EL) nr 1285/2013 Euroopa satelliitnavigatsioonisüsteemide rajamise ja kasutamise kohta, millega tunnistatakse kehtetuks nõukogu määrus (EÜ) nr 876/2002 ning Euroopa Parlamendi ja nõukogu määrus (EÜ) nr 683/2008 (ELT 2013, L 347, lk 1), põhjenduse 2 ning artikli 2 lõigete 1 ja 2 kohaselt on Galileo programmi eesmärk spetsiaalselt tsiviilotstarbeks ette nähtud Euroopa satelliitnavigatsiooni ja -positsioneerimise süsteemi, mis hõlmab rühma satelliite ja maapealsete jaamade ülemaailmset võrku rajamine ja kasutamine.

4. Määruse nr 1285/2013 artikli 12 lõike 1 kohaselt on üldine vastutus Galileo programmi eest komisjonil ja vastavalt sama määruse artikli 15 lõikele 1 peab ta programmi kasutuselevõtu etapiks sõlmima delegeerimiskokkuleppe Euroopa Kosmoseagentuuriga (ESA), milles täpsustatakse viimati nimetatu ülesanded, mille hulgas on selle süsteemiga seotud hangete korraldamine.

5. Komisjoni ja ESA vahel Galileo programmi kasutuselevõtu etapiks sõlmitud delegeerimiskokkuleppe kohaselt on ESA ülesandeks selle programmiga seotud hankemenetluste korraldamine, kusjuures hankijaks jääb komisjon.

[1] Esitatud on üksnes kohtuotsuse need punktid, mille avaldamist peab Üldkohus otstarbekaks.

6. ESA algatas komisjoni nimel ja huvides 15. mai 2018. aasta hanketeatega, mis avaldati 15. mai 2018. aasta *Euroopa Liidu Teataja* lisas (ELT 2018/S 091-206089) ja veebisaidil emits.esaint, hankemenetluse Galileo üleminekuperioodi satelliitide ostmiseks võistleva dialoogi vormis (edaspidi „vaidlusalune võistlev dialoog“). Menetlus algatati selles vormis, kuna komisjon oli juba välja selgitanud ja määratlenud oma vajadused, kuid ei olnud veel täpselt kindlaks määranud, millised vahendid sobivad kõige paremini nende rahuldamiseks.

7. Vaidlusalune võistlev dialoog puudutas esialgu nelja (mida võidi suurendada 12ni) Galileo üleminekuperioodi satelliiti ostmist, millel on täiustatud omadused, mis võimaldavad tagada ülemineku esimeselt Galileo satelliitide põlvkonnalt teisele põlvkonnale. Otsustati kasutada mitut tarneallikat vastavalt määruse nr 1285/2013 artikli 19 punktile d, mille kohaselt võib valida kaks edukat pakkujat ja sõlmida kaks lepingut, et tellida korraga kummaltki esialgu kaks satelliiti.

8. Edukaks tunnistamise kriteeriumiks oli seatud majanduslikult soodsaima pakkumuse tingimus, mis koosnes kahest hindamiskriteeriumist: hind, mille osakaal oli 35%, ja kvaliteet, mille osakaal andis kokku 65%. Kvaliteedikriteerium jagunes viieks alakriteeriumiks. Esimene alakriteerium, mille osakaal oli 10%, puudutas pakkuja personali ja pakutavate tehniliste ressursside ning seadmete sobivust ning asjakohasust pakkumuses kirjeldatud tehnilise ja programmilahenduse seisukohast. Teine alakriteerium, mille osakaal oli 25%, puudutas nõuete ja eesmärkide mõistmist, sealhulgas turvalisust, kompetentsi ja väljapakutud disaini valmidusastet, sobivust, kvaliteeti ja vastupidavust ning vastavust tehnilistele tingimustele. Kolmas alakriteerium, mille osakaal oli 30%, puudutas tööplaani kvaliteeti ja sobivust, vastavust tehnilisele kirjeldusele, tehnilise projekti sobivust ning testide ja katsete viise, riskianalüüsi ja riskijuhtimisettepanekuid, sealhulgas tehnoloogia mitmekesisust. Neljas alakriteerium, mille osakaal oli 25%, puudutas projektijuhtimise, kulude arvutamise ja tööde elluviimise kava sobivust. Viies alakriteerium, mille osakaal oli 10%, puudutas hankemenetluse ja lepingu tingimuste täitmist.

9. Vaidlusalune võistlev dialoog toimus kolmes etapis. Kaks esimest etappi toimusid vastavalt määrusele nr 1285/2013 ning Euroopa Parlamendi ja nõukogu 25. oktoobri 2012. aasta määrusele (EL, Euratom) nr 966/2012, mis käsitleb Euroopa Liidu üldeelarve suhtes kohaldatavaid finantseeskirju ning millega tunnistatakse kehtetuks nõukogu määrus (EÜ, Euratom) nr 1605/2002 (ELT 2012, L 298, lk 1; parandus ELT 2015, L 115, lk 43), ja komisjoni 29. oktoobri 2012. aasta delegeeritud määrusele (EL) nr 1268/2012, mis käsitleb määruse nr 966/2012 kohaldamise eeskirju (ELT 2012, L 362, lk 1). Kolmas etapp toimus vastavalt määrusele nr 1285/2013 ning Euroopa Parlamendi ja nõukogu 18. juuli 2018. aasta määrusele (EL, Euratom) 2018/1046, mis käsitleb liidu üldeelarve suhtes kohaldatavaid finantsreegleid ja millega muudetakse määrusi (EL) nr 1296/2013, (EL) nr 1301/2013, (EL) nr 1303/2013, (EL) nr 1304/2013, (EL) nr 1309/2013, (EL) nr 1316/2013, (EL) nr 223/2014 ja (EL) nr 283/2014 ja otsust nr 541/2014/EL ning tunnistatakse kehtetuks määrus (EL, Euratom) nr 966/2012 (ELT 2018, L 193, lk 1; edaspidi „finantsmäärus“).

10. Vaidlusaluse võistleva dialoogi esimene etapp algas 2018. aasta mais, kui ESA avaldas „kutse esitada osalemistaotlused“.

11. ESA valis saadud osalemistaotluse alusel välja kolm pakkujat, nimelt hageja, Airbus Defence and Space GmbH (edaspidi „ADS“) ja Thales Alenia Space Italia (edaspidi „TASI“) (edaspidi koos „pakkujad“).

12. Teine etapp algas 2018. aasta juulis ning selle eesmärk oli välja selgitada hankija vajadusi kõige paremini rahuldav lahendus. Kõigepealt palus ESA pakkujatel esitada „esialgne pakkumus“ ja saatis neile muu hulgas „esialgse pakkumuse esitamise ettepaneku eritingimused“. Seejärel palus ESA pärast dialoogietappi esitada pakkujatel „täpsustatud pakkumus“ ja saatis neile muu hulgas „täpsustatud pakkumuse esitamise ettepaneku tingimused“. Hageja esitas 26. septembril 2018 oma esialgse pakkumuse ja 11. oktoobril 2019 oma täpsustatud pakkumuse.

13. Kolmas etapp algas 2020. aasta augustis ja pärast teist dialoogiperioodi palus ESA pakkujatel esitada oma „lõplik pakkumus“ ja saatis neile muu hulgas „lõpliku pakkumuse esitamise ettepaneku tingimused“. Hageja esitas 11. oktoobril 2020 oma lõpliku pakkumuse.

14. Ajavahemikul oktoobrist kuni detsembrini 2020 hindas pakkujate lõplikke pakkumusi hindamiskomisjon, mis koosnes ESA, Euroopa GNSSi Agentuuri (GSA) ja komisjoni esindajatest ning esitas hindamistulemused hindamisprotokollis (edaspidi „hindamisprotokoll“).

15. Hageja palus 23. detsembril 2020 komisjonile saadetud kirjas, mille koopia saadeti teiste hulgas ESA-le (edaspidi „23. detsembri 2020. aasta kiri“), sisuliselt komisjonil kõigepealt peatada vaidlusalune võistlev dialoog, kuna esineb „kahtlus, et üks ADSi töötaja on rikkunud tema ärisaladust“, seejärel viia selles küsimuses läbi uurimine ja lõpuks vajaduse korral jätta ADS vaidlusalusest võistlevast dialoogist kõrvale.

16. Selles kirjas teatas hageja komisjonile sisuliselt järgmist: esiteks oli [konfidentsiaalne] [2] (edaspidi „endine töötaja“) hageja juures töötanud 22. detsembrist 2016 kuni 2019. aasta novembri lõpuni ning peadirektorina oli tal olnud ulatuslik juurdepääs projekti andmetele ja ta oli osalenud hageja poolt vaidlusaluses võistlevas dialoogis esitatud pakkumuse ettevalmistamisel. Täpsemalt oli ta olnud seotud tema pakkumuse tehnilise osa „strateegiaga“ ning hinna ja hinna arvutamise „strateegiaga“. Teiseks, hageja ja endine töötaja olid 11. novembril 2019 allkirjastanud viimati nimetatu vastavasisulise taotluse alusel tema töölepingu ennetähtaegse lõpetamise. Kolmandaks oli endise töötaja 2019. aasta detsembris tööle võtnud ADS ja 2020. aastal töötas ta ADSis selle osakonna juhina, mis oli esitanud pakkumuse vaidlusaluses võistlevas dialoogis. Lisaks väitis hageja, et esineb kaudseid tõendeid selle kohta, et endine töötaja sai hagejalt tundlikku teavet, mis võis anda ADSile vaidlusaluses võistlevas dialoogis põhjendamatu eelise. Neljandaks, hageja oli andnud korralduse analüüsida arvutit, mida endine töötaja tema juures kasutas, mille tulemusel leiti dokumendid, mis näitasid, et alguses oli tal kavas tööandjat vahetada alates 2019. aasta juunist, seejärel oli ta ADSile tema töölevõtmist puudutavate läbirääkimiste käigus muu hulgas teatanud, et tema töölevõtmine annab ADSile eeliseid projektides, milles ta konkureerib hagejaga, ja lõpuks, et leiti kaudsed tõendid, et endine töötaja oli kopeerinud hageja konfidentsiaalseid toimikuid. Viiendaks tõi hageja esile, et eespool nimetatud asjaolude suhtes oli Saksamaal pädev prokuratuur alustanud kriminaaluurimise hageja poolt 2020. aasta märtsis endise töötaja vastu esitatud kaebuse alusel.

17. Komisjon otsustas hindamisprotokolli alusel lükata hageja pakkumuse tagasi ning tunnistada vastavaks TASI ja ADSi pakkumused. ESA edastas hagejale vaidlustatud otsused 19. jaanuari 2021. aasta kirjaga ja 22. jaanuari 2021. aasta faksiga.

[2] Konfidentsiaalsed andmed kustutatud.

18. ESA teatas 19. jaanuari 2021. aasta kirjas hagejale otsusest lükata tema pakkumus tagasi põhjusel, et see ei olnud majanduslikult kõige soodsam pakkumus. Selle kirja lisas saatis ta hagejale väljavõtte tema lõpliku pakkumuse hindamisest, lähtudes kvaliteedikriteeriumi viiest alakriteeriumist.

19. Peale seda palus hageja 20. jaanuari 2021. aasta faksiga ESA-l edastada talle teave edukaks tunnistatud pakkujate kohta, nende pakkumuste omadused ja suhtelised eelised, paremusjärjestuse koostamisel arvesse võetud kogumaksumus ja üksikasjalik hinnang tema enda pakkumusele.

20. Viidates 23. detsembri 2020. aasta kirjale, teavitas komisjon 20. jaanuari 2021. aasta kirjas hagejat esiteks sellest, et selles etapis ei ole vaidlusaluse võistleva dialoogi peatamine piisavalt põhjendatud; teiseks, et liikmesriigi ametiasutused on juba läbi vaadanud hageja ärisaladuse väärkasutamise väited, mille tulemustele ta saaks tugineda ja vajaduse korral võtta täiendavaid meetmeid, ning kolmandaks, et need väited ei ole lõpliku kohtuotsuse või lõpliku haldusotsusega tõendatud finantsmääruse artikli 136 lõike 1 tähenduses, mistõttu puudub alus ADSi kõvalejätmiseks vaidlusalusest võistlevast dialoogist.

21. ESA edastas hagejale 22. jaanuaril 2021 faksiga edukaks tunnistatud pakkujate nimed – TASI ja ADS –, nende pakkumuste kogumaksumuse ja lõpliku paremusjärjestuse ning nende pakkumuste paremusjärjestuse vastavalt kvaliteedikriteeriumi viiele alakriteeriumile. Selle kirja lisas saatis ESA hagejale tema pakkumuse hindamise üksikasjalikud tulemused kvaliteedikriteeriumi viie alakriteeriumi alusel.

22. Pakkujate pakkumused olid järjestatud järgmiselt: TASI pakkumus esimesel kohal, ADSi pakkumus teisel kohal ja hageja pakkumus kolmandal kohal. Neid pakkumusi hinnati kahe eespool punktis 8 esitatud hindamiskriteeriumi alusel. Mis puudutab kvaliteedikriteeriumi, siis paigutusid TASI, ADSi ja hageja pakkumused vastavalt esimesele, teisele ja kolmandale kohale. Mis puudutab hinnakriteeriumi, siis paigutusid ADSi pakkumus kogumaksumusega 707 679 174,75 eurot, TASI pakkumus kogumaksumusega 804 127 000,00 eurot ja hageja pakkumus kogumaksumusega 822 786 000,00 eurot vastavalt esimesele, teisele ja kolmandale kohale.

23. Hageja palus 28. jaanuari 2021. aasta kirjas komisjonil esiteks jätta ADS vaidlusalusest võistlevast dialoogist kõrvale, teiseks muuta vaidlustatud otsuseid nii, et tema tunnistatakse edukaks pakkujaks, kolmandaks lubada tal tutvuda vaidlusaluse võistleva dialoogi täieliku toimikuga ja hindamisprotokolliga ning neljandaks, et lepinguid ei allkirjastataks seni, kuni tehakse otsus tema esitatud vastuväidete kohta. Hageja väitis selles kirjas, et ADS tuleb menetlusest kõrvale jätta, kuna esiteks rikkus ta pakkumuse salajasuse põhimõtet, kaasates endise töötaja pakkumuse ettevalmistamisse, ja teiseks oli tema pakkumus põhjendamatult madala maksumusega.

Poolte nõuded

24. Hageja palub Üldkohtul:

– tühistada vaidlustatud otsused;

– kohustada komisjoni lubada tal tutvuda vaidlusaluse võistleva dialoogi toimikuga;

– mõista kohtukulud välja komisjonilt.

25. Komisjon palub Üldkohtul:

– jätta hagi osaliselt vastuvõetamatuse tõttu läbi vaatamata ja osaliselt põhjendamatuse tõttu rahuldamata;

– mõista kohtukulud välja hagejalt.

26. Itaalia Vabariik ja ADS paluvad Üldkohtul jätta hagi rahuldamata.

Õiguslik käsitlus

[…]

Sisulised küsimused

[…]

Esimene väide, mille kohaselt on rikutud finantsmääruse artiklis 136 ette nähtud kõrvalejätmise kriteeriume ning võrdse kohtlemise ja „pakkumuse salajasuse“ põhimõtet

[…]

– Esimese väite esimene osa, mille kohaselt on rikutud finantsmääruse artiklis 136 ette nähtud kõrvalejätmise kriteeriume

53. Esiteks väidab hageja, et otsus tunnistada hankemenetluse ühe osa puhul edukaks ADS on vastuolus finantsmääruse artikliga 136 ja artikli 167 lõike 1 punktiga b, kuna ADS oleks tulnud jätta vaidlusalusest võistlevast dialoogist kõrvale.

54. Kõigepealt väidab hageja, et ADS oleks tulnud finantsmääruse artikli 136 lõike 1 punkti c alapunktide ii ja v alusel vaidlusalusest võistlevast dialoogist kõrvale jätta, kuna esiteks võib eeldada, et ADSi ja endise töötaja vahel oli konkurentsivastane või vaikiv kokkulepe eesmärgiga moonutada konkurentsi vaidlusaluses võistlevas dialoogis, ning teiseks võib eeldada, et ADS üritas endist töötajat värvates saada hageja konfidentsiaalset teavet, mis võis talle anda vaidlusaluses võistlevas dialoogis põhjendamatu eelise.

55. Seejärel väidab hageja, et lõpliku kohtuotsuse või lõpliku haldusotsuse puudumisel oleks ADS tulnud finantsmääruse artikli 136 lõikes 2 osutatud esialgse õigusliku hinnangu alusel kõrvale jätta. Lisaks väidab ta, et komisjon oleks pidanud uurima faktilisi asjaolusid ja küsima ADSilt teavet.

56. Lõpuks väidab hageja, et ADS oleks tulnud finantsmääruse artikli 136 lõike 4 punkti a alusel kõrvale jätta, kuna endine töötaja täitis ADSis juhtimisülesandeid ja tema puhul esines üks finantsmääruse artikli 136 lõike 1 punktis c nimetatud olukordadest.

57. Komisjon ja menetlusse astujad nende argumentidega ei nõustu.

58. Kõigepealt tuleb märkida, et finantsmääruse artikli 167 lõike 1 punkt b näeb ette, et lepingud sõlmitakse hindamiskriteeriumide alusel, kui hankija on kontrollinud, et taotlejat või pakkujat ei ole artikli 136 alusel hankemenetlusest kõrvale jäetud ega tagasi lükatud finantsmääruse artikli 141 alusel.

59. Mis puutub hankemenetlusest kõrvalejätmise kriteeriumidesse, siis finantsmääruse artikli 136 lõikest 1 tuleneb, et „[v]astutav eelarvevahendite käsutaja jätab artikli 135 lõikes 2 osutatud isiku või üksuse käesoleva määrusega reguleeritud väljavalimismenetlusest kõrvale […], kui nimetatud isik või üksus on ühes või mitmes […] olukorras“, mis on ette nähtud selle määruse artikli 136 lõike 1 punktides a–h. Täpsemalt on nimetatud määruse artikli 136 lõike 1 punkti c alapunktides ii ja v sätestatud, et „[v]astutav eelarvevahendite käsutaja jätab artikli 135 lõikes 2 osutatud isiku või üksuse käesoleva määrusega reguleeritud väljavalimismenetlusest kõrvale […], kui nimetatud isik või üksus on ühes või mitmes järgmises olukorras: […] c) lõpliku kohtuotsuse või lõpliku haldusotsusega on tõendatud, et isik või üksus on süüdi tõsises ametialases rikkumises, […] sealhulgas eelkõige järgmise[s]: […] ii) teiste isikute või üksustega kokkuleppe sõlmimine konkurentsi moonutamise eesmärgil[või] v) püüe saada konfidentsiaalseid andmeid, mis võivad anda talle väljavalimismenetluses põhjendamatu eelise“.

60. Veel jätab vastutav eelarvevahendite käsutaja finantsmääruse artikli 136 lõike 4 punkti a alusel artikli 135 lõikes 2 osutatud isiku või üksuse menetlusest kõrvale, kui „füüsiline või juriidiline isik, kes on artikli 135 lõikes 2 osutatud isiku või üksuse haldus-, juhtimis- või järelevalveorgani liige või kellel on volitused neid isikuid või üksuseid esindada, nende nimel otsuseid teha või neid kontrollida, on ühes või mitmes [artikli 136] lõike 1 punktides c–h osutatud olukorras“.

61. Lisaks näeb finantsmääruse artikli 136 lõike 2 esimene lõik ette, et „[l]õpliku kohtuotsuse või asjakohase[l] juhul lõpliku haldusotsuse puudumisel käesoleva artikli lõike 1 punktides c, d, f, g ja h nimetatud juhtudel […] jätab vastutav eelarvevahendite käsutaja artikli 135 lõikes 2 nimetatud isiku või üksuse menetlusest kõrvale [punktides c, d, f, g ja h] osutatud tegevusele antud esialgse õigusliku hinnangu alusel, võttes arvesse [finantsmääruse] artiklis 143 osutatud toimkonna soovituses sisalduvaid tuvastatud asjaolusid või muid järeldusi“.

62. Eespool viidatud sätetest tuleneb eelkõige, et hankija jätab pakkuja hankemenetlusest kõrvale, kui selle pakkuja puhul esineb üks või mitu olukorda, mis vastavad eespool punktides 59–61 nimetatud kolmele hankemenetlusest kõrvalejätmise kriteeriumile.

63. Niisiis, esimene kõrvalejätmise kriteerium, mis on ette nähtud finantsmääruse artikli 136 lõike 1 punkti c alapunktides ii ja v koostoimes artikli 135 lõike 2 punktiga a, vastab seega olukordadele, kus lõpliku kohtuotsuse või lõpliku haldusotsusega on tõendatud, et pakkuja on toime pannud tõsise ametialase rikkumise, olles pannud toime ühe finantsmääruse artikli 136 lõike 1 punkti c alapunktides ii ja v nimetatud teo, nimelt sõlminud teiste isikute või üksustega kokkuleppe konkurentsi moonutamise eesmärgil või püüdnud saada konfidentsiaalseid andmeid, mis võivad anda talle hankemenetluses põhjendamatu eelise.

64. Teine hankemenetlusest kõrvalejätmise kriteerium, mis on ette nähtud finantsmääruse artikli 136 lõike 4 punktis a koostoimes artikli 135 lõike 2 punktiga a ja artikli 136 lõike 1 punkti c alapunktidega ii ja v, vastab olukordadele, kus lõpliku kohtuotsuse või lõpliku haldusotsusega on tõendatud, et füüsiline või juriidiline isik, kes on pakkuja haldus-, juhtimis- või järelevalveorgani liige või kellel on volitused seda pakkujat esindada, tema nimel otsuseid teha või teda kontrollida, on toime pannud tõsise ametialase rikkumise, olles pannud toime ühe finantsmääruse artikli 136 lõike 1 punkti c alapunktides ii ja v nimetatud teo.

65. Kolmas kõrvalejätmise kriteerium, mis on ette nähtud finantsmääruse artikli 136 lõike 2 esimeses lõigus koostoimes artikli 135 lõike 2 punktiga a, artikli 136 lõike 1 punkti c alapunktidega ii ja v ning finantsmääruse artikli 143 lõike 6 punktiga a, vastab olukorrale, kus lõpliku kohtuotsuse või lõpliku haldusotsuse puudumisel on finantsmääruse artiklis 143 osutatud toimkonna (edaspidi „toimkond“) soovituses sisalduva esialgse õigusliku hinnangu alusel tõendatud, et pakkuja on toime pannud tõsise ametialase rikkumise, olles pannud toime ühe finantsmääruse artikli 136 lõike 1 punkti c alapunktides ii ja v nimetatud teo. Finantsmääruse artikli 135 lõike 4 kohaselt võib hankija teha otsuse jätta pakkuja hankemenetlusest kõrvale artikli 136 lõikes 2 nimetatud esialgse hinnangu alusel alles pärast asjaomase toimkonna soovituse saamist.

66. Käesoleval juhul ei ole eespool punktis 63 mainitud esimese kõrvalejätmise kriteeriumi kohaldamise tingimused täidetud. Nimelt ei ole poolte vahel vaidlust selles, et vaidlusaluse võistleva dialoogi ajaks ei olnud ADSi suhtes tehtud ühtegi lõplikku kohtuotsust ega lõplikku haldusotsust finantsmääruse artikli 136 lõike 1 punkti c tähenduses.

67. Mis puudutab teist hankemenetlusest kõrvalejätmise kriteeriumi, siis tuleneb eespool punktis 64 esitatud finantsmääruse sätetest, et pakkuja võib hankemenetlusest kõrvale jätta üksnes juhul, kui lõpliku kohtuotsusega või lõpliku haldusotsusega on tõendatud, et tema haldus-, juhtimis- või järelevalveorgani liikmeks olev füüsilise või juriidiline isik on toime pannud tõsise ametialase rikkumise.

68. Isegi kui eeldada, et endist töötajat võib pidada ADSi haldus-, juhtimis- või järelevalveorgani liikmeks finantsmääruse artikli 136 lõike 4 punkti a tähenduses, ei nähtu toimikust mingil moel, et endise töötaja suhtes on tehtud lõplik kohtuotsus või lõplik haldusotsus, ning hageja ei ole seda ka väitnud. Mis puudutab endise töötaja tegevust, siis nähtub toimikust, et hageja poolt Saksamaa pädevale prokuratuurile tema vastu esitatud kaebuse menetlemine lõpetati 10. detsembri 2020. aasta otsusega ja et „halduskaebus“, mille hageja selle menetluse lõpetamise otsuse peale esitas, jäeti pädeva prokuratuuri 1. märtsi 2021. aasta otsusega rahuldamata.

69. Järelikult ei ole eespool punktides 63 ja 64 nimetatud esimese ja teise kõrvalejätmise kriteeriumi rikkumine käesoleval juhul tõendatud.

70. Mis puudutab kolmandat hankemenetlusest kõrvalejätmise kriteeriumi, siis tuleb korrata, et nagu on märgitud eespool punktis 65, saab pakkuja hankemenetlusest kõrvale jätta üksnes tema tegevusele antud esialgse õigusliku hinnangu alusel, võttes arvesse asjaomase toimkonna soovituses sisalduvaid tuvastatud asjaolusid või muid järeldusi.

71. Käesolevas asjas on selge, et komisjon ei pöördunud nimetatud toimkonna poole. Samas tekib küsimus, kas seetõttu, et komisjon seda ei teinud, rikkus ta finantsmääruse artikli 136 lõike 2 esimesest lõigust ja artiklist 143 tulenevaid kohustusi, eirates kolmandat kõrvalejätmise kriteeriumi.

72. Kõigepealt tuleb esitada mõned täpsustused asjaomase toimkonna poole pöördumise ja esialgse õigusliku hinnangu kohta, mille alusel võib pakkuja hankemenetlusest kõrvale jätta.

73. Esiteks on asjaomase toimkonna poole sellise soovituse saamiseks, mis sisaldab vajaduse korral esialgset õiguslikku hinnangut pakkuja tegevuse kohta, mille alusel võib ta hankemenetlusest kõrvale jätta, pöördumise põhieesmärk kaitsta liidu finantshuve neid huve ohustava tegevuse eest. Finantsmääruse artikli 135 lõike 1 esimeses lõigus on nimelt sätestatud, et „[s]elleks et kaitsta liidu finantshuve, loob komisjon varajase avastamise ja kõrvalejätmise süsteemi ning

haldab seda“. Finantsmääruse artikli 135 lõike 1 teise lõigu kohaselt on selle süsteemi eesmärk eelkõige hõlbustada järgmist: „a) selliste lõikes 2 osutatud isikute või üksuste varajane avastamine, kes ohustavad liidu finantshuve“, ja „b) selliste lõikes 2 osutatud isikute või üksuste kõrvalejätmine menetlusest, kelle puhul valitseb üks artikli 136 lõikes 1 osutatud kõrvalejätmist põhjustav olukord“.

74. Teiseks on esialgse õigusliku hinnangu andmine üksnes toimkonna ülesanne ja selle eesmärgiks on „tagada nende olukordade tsentraliseeritud hindamine“ varajase avastamise ja kõrvalejätmise süsteemis vastavalt finantsmääruse artikli 135 lõikele 4.

75. Kolmandaks peab esialgne õiguslik hinnang tingimata puudutama pakkuja enda tegevust. Nagu nähtub eespool punktides 61 ja 65 nimetatud sätetest, saab esialgne õiguslik hinnang puudutada üksnes selle määruse artikli 136 lõike 1 punktides c, d, f, g ja h nimetatud asjaolusid või järeldusi ning seega üksnes nimetatud määruse artikli 135 lõikes 2 nimetatud isikute või üksuste tegevust.

76. Neljandaks puudutab esialgne õiguslik hinnang asjaolusid ja järeldusi, mille olenevalt olukorrast liidu või liikmesriikide pädevad asutused on tuvastanud auditite või uurimiste käigus. Sellega seoses tuleb korrata, et finantsmääruse artikli 142 lõike 2 punktides b ja c on sätestatud, et liidu finantshuve ähvardavate ohtude varajane avastamine põhineb teabel, mille edastab komisjonile eelkõige komisjoni, komisjoni loodud Euroopa ameti või rakendusasutuse eelarvevahendite käsutaja (finantsmääruse artikli 142 lõike 2 punkt b) või liidu institutsioon, Euroopa amet, muu finantsmääruse artikli 142 lõike 2 punktis b osutamata amet (finantsmääruse artikli 142 lõike 2 punkt c) (vt analoogia alusel 16. mai 2019. aasta kohtuotsus Transtec *vs.* komisjon, T-228/18, EU:T:2019:336, punkt 52).

77. Samuti tuleb korrata, et finantsmääruse artikli 136 lõike 2 neljandas lõigus on sätestatud:

„Esimeses lõigus osutatud asjaolud ja järeldused hõlmavad eelkõige järgmist:

a) määruse (EL) 2017/1939 kohases tõhustatud koostöös osalevate liikmesriikide puhul Euroopa Prokuratuuri korraldatud ning kontrollikoja, OLAFi või siseaudiitori korraldatud auditite või juurdluste või eelarvevahendite käsutaja vastutusel korraldatud mis tahes muu kontrolli, auditi või kontrollimise käigus kindlaks tehtud asjaolud;

b) mittelõplikud haldusotsused, mis võivad hõlmata kutseala eetiliste normide kohaldamise kontrolli eest vastutava pädeva järelevalveorgani võetud distsiplinaarmeetmeid;

c) asjaolud, millele on osutatud liidu vahendeid artikli 62 lõike 1 esimese lõigu punkti c kohaselt haldavate isikute ja üksuste otsustes;

d) teave, mille on edastanud artikli 62 lõike 1 esimese lõigu punkti b kohaselt liidu vahendeid haldavad üksused, nagu on sätestatud artikli 142 lõike 2 punktis d;

e) liidu konkurentsiõiguse rikkumist puudutavad komisjoni otsused või liidu või liikmesriigi konkurentsiõiguse rikkumist puudutavad pädeva siseriikliku asutuse otsused.“

78. Viiendaks peab hankija pöörduma finantsmääruse artiklis 143 nimetatud toimkonna poole pöörduma üksnes siis, kui tema käsutuses olevad tuvastatud asjaolud on piisavad kaudsed tõendid pakkuja süü eeldamiseks. Nagu Üldkohus on juba otsustanud, tuleneb kõigist eespool viidatud sätetest, et kui pakkuja kohta ei ole lõplikku kohtu- või haldusotsust, peab hankija juhul,

kui tal on piisavad kaudsed tõendid kõnealuse pakkuja süü eeldamiseks, pöörduma selle toimkonna poole, et see koostaks soovituse, milles on vajaduse korral antud vaidlusalustele faktilistele asjaoludele esialgne õiguslik hinnang (vt analoogia alusel 16. mai 2019. aasta kohtuotsus Transtec *vs.* komisjon, T-228/18, EU:T:2019:336, punkt 53).

79. Lisaks tuleb esiteks märkida, et nõue, et asjaomase toimkonna poole pöördumiseks peavad olema piisavad kaudsed tõendid, on kooskõlas sellise süsteemi eesmärkidega, mille eesmärk on eelkõige vara avastada ja kõrvale jätta pakkujad, kelle tegevus kujutab endast ohtu liidu finantshuvidele (vt eespool punkt 73). Teiseks tuleneb see nõue usaldusväärse finantsjuhtimise ja tulemuspõhisuse põhimõttest (vt finantsmääruse II jaotise 7. peatükk), kuna sellega välditakse ilma mõjuva põhjuseta viivitusi hankemenetluses. Kolmandaks tuleneb see nõue toimkonna rollist, milleks ei ole uurimise läbiviimine, vaid sellise soovituse andmine, mis sisaldab vajaduse korral esialgset õiguslikku hinnangut asjaolude ja järelduste kohta, mis on varem tuvastatud auditite või uurimiste käigus, mille on läbi viinud pädevad, eelkõige liidu asutused (vt eespool punkt 76). Neljandaks tuleneb piisavate kaudsete tõendite nõue esialgse õigusliku hinnangu ulatusest, kuna see puudutab pakkuja tegevust lõpliku kohtuotsuse või lõpliku otsuse puudumisel (vt eespool punkt 65) ega saa seega tugineda pelkadele kahtlustele.

80. Kõike eeltoodut arvesse võttes tuleb kontrollida, kas käesoleval juhul oli komisjon kohustatud pöörduma toimkonna poole, et viimane esitaks soovituse, mis sisaldab vajaduse korral esialgset õiguslikku hinnangut ADSi tegevusele. Seega tuleb kontrollida, kas komisjonil olid piisavad kaudsed tõendid eeldamaks, et ADS oli toime pannud tõsise ametialase rikkumise, mis ohustab liidu finantshuve, täpsemalt sõlminud teiste isikute või üksustega kokkuleppe konkurentsi moonutamise eesmärgil või püüdnud saada konfidentsiaalseid andmeid, mis võivad anda talle vaidlusaluses võistlevas dialoogis põhjendamatu eelise.

81. Käesoleval juhul nähtub toimikust ja kohtuasja poolte avaldustest, et ainus tõend, mis komisjonil oli ADSi väidetava süülise tegevuse kohta, oli 23. detsembri 2020. aasta kiri. Selle kirja kohaselt palus hageja esiteks komisjonil peatada vaidlusalune võistlev dialoog põhjendusel, et „on kahtlus, et üks ADSi töötaja on rikkunud tema ärisaladust“, mis tugines tema sõnul komisjonile teatavaks tehtud faktilistele asjaoludele, seejärel palus ta uurida seda küsimust ja lõpuks jätta vajaduse korral ADS vaidlusalusest võistlevast dialoogist kõrvale (vt eespool punkt 15).

82. Sellega seoses tuleb esiteks märkida, et hageja 23. detsembri 2020. aasta kirjas esitatud väited, mida on korratud eespool punktis 16, ei puuduta finantsmääruse artikli 136 lõike 2 neljanda lõigu punktides a–e nimetatud asjaolusid ja järeldusi.

83. Teiseks tuleb märkida, et kuigi hageja viitas liikmesriigi pädevate ametiasutuste läbiviidavale uurimismenetlusele kõnealuste asjaolude kohta, toimus see menetlus tema kaebuse alusel, mis puudutas Saksamaa Liitvabariigi ärisaladust puudutavate õigusnormide väidetavat rikkumist tema endise töötaja poolt, mitte aga ADSi poolt (vt eespool punkt 16).

84. Nagu nähtub eespool punktist 75, saavad finantsmääruse artikli 136 lõikes 2 ette nähtud esialgne õiguslik hinnang ja seega asjaomase toimkonna poole pöördumine puudutada üksnes pakkujate endi tegevust. Järelikult ei saa 23. detsembri 2020. aasta kirjas nimetatud endise töötaja väidetav tegevus olla selle toimkonna poole pöördumiseks piisav kaudne tõend.

85. Kolmandaks tuleb märkida, et 23. detsembri 2020. aasta kirjale ei olnud lisatud ühtegi tõendit, mis toetaks selles esitatud väiteid.

86. Sellest järeldub, et 23. detsembri 2020. aasta kirjas esitatud väiteid ei saa pidada asjaoludeks või järeldusteks, mis võivad endast kujutada piisavaid kaudseid tõendeid ADSi süü eeldamiseks, mis põhjendab asjaomase toimkonna poole pöördumist.

87. Selles kontekstis tuleb kontrollida, kas komisjon oli siiski kohustatud uurima 23. detsembri 2020. aasta kirjas mainitud väiteid.

88. Sellega seoses tuleb esiteks märkida, et 23. detsembri 2020. aasta kirjas ei toonud hageja välja ühtegi ADSi enda tegevust, välja arvatud asjaolu, et ADS oli tööle võtnud oma endise töötaja (vt eespool punkt 16). Samas ei ole asjaolu, et pakkuja on hankemenetluse ajal tööle võtnud teise pakkuja endise töötaja, põhimõtteliselt iseenesest kaudne tõend esimesena nimetatud pakkuja tegevusest, mis võib endast kujutada tõsist ametialast rikkumist. Seevastu ei saa hankemenetluses osalemine takistada pakkujate (ja nende töötajate või endiste töötajate) õigust sõlmida selle menetluse ajal töölepinguid või teha tööõiguse valdkonda kuuluvaid toiminguid.

89. Teiseks tuleb märkida, et 23. detsembri 2020. aasta kirjas nimetas hageja mitte ADSi, vaid tema endise töötaja teatud tegevusi. Täpsemalt mainis ta asjaolu, et ta oli leidnud oma endise töötaja arvutist 21. juuni 2019. aasta kuupäevaga motivatsioonikirja, mis oli adresseeritud ADSi asepresidendile, kus endine töötaja märkis muu hulgas, et tema üleminek hageja juurest ADSi „või[s] muuta ka [hageja] väljavaateid ja konkurentsipositsiooni [ADSi] suhtes tulevastes investeeringutes“. Hageja väitis 23. detsembri 2020. aasta kirjas veel, et endise töötaja arvuti analüüsist nähtub, et see töötaja võis kopeerida asjakohaseid andmeid, mis ta oli saanud vaidlusaluse võistleva dialoogi jaoks pakkumise ettevalmistamisel, sealhulgas tehnilisi üksikasju ja disaine, hankestrateegiaid, hinnanguid konkurentsivõimele, hinnastrateegiaid ja hindade üksikasju. Samas kirjas väitis hageja ka, et alates 2020. aasta aprillist ehk mõni kuu pärast tema tööleasumist määras ADS endise töötaja juhtima vaidlusaluses võistlevas dialoogis osalevat üksust, nimelt üksust „Head of Space Systems Germany“, milles ta täitis samu ülesandeid kui varem tema juures.

90. Tuleb tõdeda, et nende väidetega toob hageja sisuliselt esile, et tema endine töötaja rikkus tema ärisaladust, kuna ta oli ebaseaduslikult saanud hageja kohta tundlikku teavet, mis võis anda ADSile vaidlusaluse võistleva dialoogi käigus põhjendamatu eelise (vt eespool punkt 16).

91. Isegi kui selline rikkumine on tõendatud, ei kujuta see endast mingil juhul kaudset tõendit ADSi enda tegevuse kohta ega tema süü eeldamiseks.

92. Lisaks tuleb tõdeda, et 23. detsembri 2020. aasta kirjas ei esitanud hageja ühtegi konkreetset argumenti tõendamaks, et ADS sai muu hulgas endise töötaja vahendusel mis tahes tundlikku teavet ja kasutas seda vaidlusaluses võistlevas dialoogis. Vastupidi, hageja piirdus selles kirjas väitega, et ADS oleks võinud saada tema tundlikku teavet, mis oleks võinud anda talle põhjendamatu eelise vaidlusaluses võistlevas dialoogis (vt eespool punkt 16). See ebamäärane ja oletuslik väide ei kujuta endast piisavat kaudset tõendit eespool punktis 78 viidatud kohtupraktika tähenduses.

93. Nimelt ei sisaldanud 23. detsembri 2020. aasta kiri ühtegi konkreetset tõendit, mis võimaldaks tuvastada hageja väidetavat tundlikku teavet, mille ADS võis olla saanud endiselt töötajalt, mida ta on kasutanud vaidlusaluses võistlevas dialoogis, saades seega põhjendamatu eelise. Selles kirjas piirdus hageja märkimisega, et endine töötaja oli seotud tehnilise osa „strateegiaga“ ja tema pakkumuse hinna määramise „strateegiaga“. Need liiga üldised väited ei sisalda ühtegi konkreetset viidet, mis võimaldaks kindlaks teha väidetava tundliku teabe, millega võiks tegemist olla.

94. Täpsemalt, hageja ei nimeta 23. detsembri 2020. aasta kirjas ühtegi oma pakkumuse tehnilist asjaolu, mille tema endine töötaja oleks edastanud ADSile ja mida ta oleks lubamatult kasutanud vaidlusaluses võistlevas dialoogis. Samuti ei ole selles kirjas mingil moel täpsustatud hageja pakkumuse hinna „strateegiat“, millest endine töötaja võis teadlik olla.

95. Lisaks tuleb märkida, et 23. detsembri 2020. aasta kirjast nähtub, et endine töötaja lahkus hageja juurest veidi aega pärast seda, kui hageja oli esitanud oma täpsustatud pakkumuse vaidlusaluse võistleva dialoogi teise etapi raames. Seega ei olnud endisel töötajal mingil juhul võimalik saada teavet dialoogi kohta, mis toimus hageja ja ESA vahel kolmandas etapis, ega hageja lõpliku pakkumuse sisu kohta, mis esitati 2020. aasta oktoobris ehk peaaegu aasta pärast seda, kui endine töötaja oli hageja juurest lahkunud (vt eespool punktid 13 ja 16). Lisaks, nagu nähtub toimikust ja komisjoni vastustest küsimustele, mis Üldkohus talle kohtuistungil esitas, saadeti 2020. aasta augustis pakkujatele „lõpliku pakkumuse esitamise ettepaneku tingimused“ (vt eespool punkt 13), mis sisaldasid muudatusi võrreldes eelmiste „täpsustatud pakkumuse esitamise ettepaneku tingimustega“. Eelkõige lühendati peaaegu aasta võrra satelliitide tarnetähtaega, pikendati 14 kuu võrra tähtaega, mille jooksul hankija võib lisaks algsele arvule satelliitidele tellida veel satelliite (vt eespool punkt 7), ja muudeti teatud satelliitide tehnilisi nõudeid seoses ühe- või kahekordse orbiidile saatmisega. Sellised muudatused pidid oma laadi tõttu avaldama mõju pakkujate lõplikes pakkumustes esitatud tehnilistele ja finantstingimustele.

96. Eeltoodust tuleneb, et komisjon ei olnud kohustatud uurima 23. detsembri 2020. aasta kirjas sisalduvaid väiteid, kuna isegi kui eeldada, et need väited on põhjendatud, ei kujutanud need endast piisavaid kaudseid tõendeid ADSi süü eeldamiseks, mis põhjendaks asjaomase toimkonna poole pöördumist.

97. Neid hinnanguid ei sea kahtluse alla hageja argument, et ESA palus ADSilt teavet endise töötaja kohta alles 29. jaanuaril 2021 ehk pärast vaidlustatud otsuseid. Lisaks asjaolule, et see taotlus esitati vastuseks hageja 28. jaanuari 2021. aasta teisele kirjale (vt eespool punkt 23) ja seega tegelikult ka pärast vaidlustatud otsuste vastuvõtmist, ei mõjuta nende õiguspärasust ka asjaolu, et ADSilt nõuti asjaomast teavet pärast vaidlustatud otsuste vastuvõtmist, kuna puudus kohustus asjaomase toimkonna poole pöörduda (vt eespool punkt 86), ega asjaolu, et hageja väited ei puudutanud valdkonda, mis oleks hõlmanud liidu institutsioonide, ametite või asutuste uurimisvolitusi (vt eespool punkt 96).

98. Lisaks tuleb tõdeda, nagu märkis ka komisjon, et hageja teavitas komisjoni oma kahtlustest alles 23. detsembri 2020. aasta kirjas, kuigi ta oli tellinud oma endise töötaja arvuti analüüsi juba 2019. aasta novembris, nagu ta möönab hagiavalduses, ning et ta oli esitanud pädevatele Saksamaa asutustele kaebuse endise töötaja kohta juba 2020. aasta märtsis (vt eespool punkt 16). Sel ajavahemikul, see tähendab 2019. aasta novembrist kuni 2020. aasta detsembrini, liikus vaidlusalune võistlev dialoog teise faasi, mis algas 2020. aasta augustis, ning hageja esitas oma lõpliku pakkumuse 2020. aasta oktoobris (vt eespool punkt 13). Hageja selline tegevus näitab, et ka ta ise ei leidnud vähemalt märkimisväärse aja jooksul ja isegi oma lõpliku pakkumuse esitamise ajaks, et endise töötaja väidetav tegevus võis anda ADSile vaidlusaluses võistlevas dialoogis põhjendamatu eelise.

99. Kõigest eeltoodust tuleneb, et komisjon ei ole rikkunud oma kohustust pöörduda toimkonna poole ega seda enam ka eespool punktis 65 mainitud kolmandat kõrvalejätmise kriteeriumi.

100. Esimese väite esimene osa tuleb seega põhjendamatuse tõttu tagasi lükata.

[…]

Teine väide, et rikutud on kohustust hinnata, kas pakkumused on põhjendamatult madala maksumusega

113. Hageja väidab sisuliselt, et komisjon rikkus finantsmääruse I lisa 1. peatüki 2. jao punkte 23.1 ja 23.2, kuna ta ei viinud läbi nendes ette nähtud kahte etappi veendumaks, et ADSi lõplik pakkumus ei ole põhjendamatult madala maksumusega, kuigi tal olid olemas selle kohta kaudsed tõendid. Nimelt oli ADSi lõplik pakkumus märkimisväärselt madalam TASI ja hageja lõplike pakkumiste maksumusest ning seega ei saa komisjon piirduda märkimisega, et see pakkumus ei tundunud talle olevat põhjendamatult madala maksumusega.

114. Komisjon ja menetlusse astujad nende argumentidega ei nõustu.

115. Finantsmääruse I lisa 1. peatüki 2. jao punkti 23.1 esimeses lõigus on sätestatud, et kui teatud lepingu puhul tundub pakkumuses esitatud hind või maksumus olevat põhjendamatult madal, nõuab hankija kirjalikult täpsustusi hinna või maksumuse nende osade kohta, mida ta peab asjakohaseks, ja annab pakkujale võimaluse esitada märkusi. Finantsmääruse I lisa 1. peatüki 2. jao punkti 23.2 kohaselt võib hankija pakkumuse tagasi lükata üksnes siis, kui esitatud tõendid ei õigusta rahuldaval määral väljapakutud madalat hinda või maksumust.

116. Eeltoodust tuleneb, et hankija hinnang pakkumuse põhjendamatult madala maksumuse kohta antakse kahes etapis (vt analoogia alusel 4. juuli 2017. aasta kohtuotsus European Dynamics Luxembourg jt *vs.* Euroopa Liidu Raudteeagentuur, T-392/15, EU:T:2017:462, punkt 87).

117. Esimeses etapis peab hankija hindama, kas esitatud pakkumused „tunduvad“ olevat põhjendamatult madala maksumusega (vt finantsmääruse I lisa 1. peatüki 2. jao punkt 23.1). Verbi „tunduma“ kasutamine finantsmääruses eeldab, et hankija annab pakkumuse põhjendamatult madala maksumuse suhtes *prima facie* hinnangu. Seega ei kohusta finantsmäärus hankijat tegema omal algatusel iga pakkumuse koostisosade suhtes üksikasjalikku analüüsi, et kindlaks teha, ega see pole põhjendamatult madala maksumusega. Niisiis peab hankija esimeses etapis vaid kindlaks tegema, kas esitatud pakkumus sisaldab mõnda kaudset tõendit, mis tekitab kahtlusi, et see võib olla põhjendamatult madala maksumusega (vt analoogia alusel 4. juuli 2017. aasta kohtuotsus European Dynamics Luxembourg jt *vs.* Euroopa Liidu Raudteeagentuur, T-392/15, EU:T:2017:462, punkt 88).

118. Kui on kaudseid tõendeid, mis tekitavad kahtluse, et mõni pakkumus võib olla põhjendamatult madala hinnaga, peab hankija teises etapis kontrollima selle pakkumuse koostisosi, veendumaks et pakkumus ei ole põhjendamatult madala maksumusega. Selle kontrolli käigus on hankijal kohustus anda kõnealuse pakkumuse esitanud pakkujale võimalus selgitada, miks ta leiab, et tema pakkumus ei ole põhjendamatult madala maksumusega. Seejärel peab hankija hindama esitatud selgitusi ja kindlaks tegema, kas kõnealune pakkumus on põhjendamatult madala maksumusega, ja kui see on nii, on tal kohustus see tagasi lükata (vt analoogia alusel 4. juuli 2017. aasta kohtuotsus European Dynamics Luxembourg jt *vs.* Euroopa Liidu Raudteeagentuur, T-392/15, EU:T:2017:462, punkt 89).

119. Mõistet „põhjendamatult madala maksumusega pakkumus“ ei ole finantsmääruses määratletud. Samas tuleneb kohtupraktikast, et pakkumuse põhjendamatult madalat maksumust tuleb hinnata lähtudes pakkumuse koostisosadest ja tehtavatest töödest (vt analoogia alusel 16. mai 2019. aasta kohtuotsus Transtec *vs*. komisjon, T-228/18, EU:T:2019:336, punkt 69 (ei avaldata) ja seal viidatud kohtupraktika).

120. Lisaks tuleneb kohtupraktikast, et kaudsed tõendid, mis tekitavad kahtluse, et mõni pakkumus võib olla põhjendamatult madala maksumusega, võivad esineda muu hulgas siis, kui pole kindel, et ühelt poolt vastab pakkumus selle liikmesriigi õiguses, kus neid teenuseid tuleb osutada, personali töötasusid, sotsiaalkindlustusmakseid ning tööohutust ja töötervishoidu reguleerivatele normidele ja teiselt poolt hõlmab küsitud hind kõiki edukaks tunnistatud pakkumuse tehnilistest aspektidest tulenevaid kulusid. See on nii eelkõige juhul, kui küsitud hind on märkimisväärselt madalam teiste pakkumuste hinnast või tavapärasest turuhinnast (vt analoogia alusel 16. mai 2019. aasta kohtuotsus Transtec *vs*. komisjon, T-228/18, EU:T:2019:336, punkt 72 (ei avaldata) ja seal viidatud kohtupraktika).

121. Hageja väidab, et erinevus ADSi lõpliku pakkumuse ja teiste pakkujate lõplike pakkumiste maksumuste vahel on kaudne tõend, mis tekitab kahtluse, et ADSi pakkumus võis olla põhjendamatult madala maksumusega, mistõttu oleks komisjon pidanud kontrollima selle pakkumuse koostisosi, et veenduda, et see pakkumus ei olnud põhjendamatult madala maksumusega.

122. Käesoleval juhul nähtub toimikust, et komisjon tunnistas ADSi pakkumuse edukaks, tuginedes pakkumuste paremusjärjestusele, mille oli koostanud hindamiskomisjon (vt eespool punkt 17). Seega, kuna ADSi pakkumus tunnistati edukaks, järeldub sellest kaudselt, kuid kindlalt, et komisjon leidis sarnaselt hindamiskomisjoniga, et puuduvad kaudsed tõendid selle kohta, et kõnealune pakkumus oli põhjendamatult madala maksumusega, mistõttu ei olnud vaja küsida täpsustusi selle pakkumuse koostisosade kohta. Hageja argumendid seda järeldust kahtluse alla ei sea.

123. Esimesena vastab tõele, et ADSi pakkumuse hind ning TASI ja hageja pakkumuste maksumused, mis olid vastavalt 707 679 174,75 eurot, 804 127 000 eurot ja 822 786 000 eurot, tõesti erinesid vastavalt 11,99% ja 13,9%. Siiski on kohtupraktikas juba otsustatud, et ainuüksi asjaolu, et eduka pakkuja pakkumuse hind on teise pakkuja pakkumuse hinnast madalam, ei saa iseenesest tõendada, et edukaks tunnistatud pakkuja pakkumus oli põhjendamatult madala maksumusega. Nimelt võib üks pakkumus olla soodsam kui teine, mis ei ole siiski põhjendamatult madala maksumusega (vt 26. jaanuari 2017. aasta kohtuotsus TV1 *vs*. komisjon, T-700/14, ei avaldata, EU:T:2017:35, punkt 58 ja seal viidatud kohtupraktika).

124. Käesolevas asjas on see just nii. ADSi ja teiste lõplike pakkumuste hinnaerinevus ei saa iseenesest olla kaudseks tõendiks ADSi pakkumuse põhjendamatult madalast maksumusest, arvestades kõnealuse hanke eripärasid.

125. Nimelt tuleb esiteks korrata, et hankemenetlus korraldati võistleva dialoogi vormis, kuna komisjon oli juba välja selgitanud ja määratlenud oma vajadused, kuid ei olnud veel täpselt kindlaks määranud, millised vahendid sobivad kõige paremini nende rahuldamiseks (vt eespool punkt 6). Järelikult sõltusid pakkumuste hinnad suures osas iga pakkuja pakutud erinevatest lahendustest ja tehnilistest vahenditest ning seega vastavatest kuludest.

126. Teiseks puudutas vaidlusalune võistlev dialoog selliste toodete ostmist, millel turuhinda ei olnud. Nagu põhikohtuasja pooled kohtuistungil Üldkohtu küsimusele vastates möönsid, tuleneb satelliitide eripärast, et see ei ole kaup, millel on standardhind või turuhind. Lisaks oli käesoleval juhul tegemist täiustatud omadustega satelliitide ostmisega, mis võimaldavad tagada ülemineku esimeselt põlvkonnalt teisele Galileo satelliitide põlvkonnale (vt eespool punkt 7), ja seega satelliitidega, millel ei saanudki veel turuhinda olla.

127. Teisena tuleb märkida, et peale hinnaerinevuse ei esita hageja ühtegi konkreetset argumenti põhjendamaks oma väidet, et ADSi pakkumuse maksumus oleks pidanud tunduma põhjendamatult madal. Muu hulgas ei väida ta, et ei ole järgitud selle riigi õigusakte, kus teenuseid tuli osutada, või et ADSi küsitud hind ei sisaldanud kõiki kulusid, mis kaasnevad tema pakkumuse tehniliste aspektidega. Igal juhul tuleb märkida, et toimikus olevad tõendid ei toeta hageja väidet.

128. Nimelt tuleb korrata, et edukaks tunnistamine põhines majanduslikult soodsaimal pakkumusel, mille maksumuse kriteeriumi osakaal oli 35%, samas kui kvaliteedikriteeriumi osakaal oli 65% (vt eespool punkt 8). ADSi lõplik pakkumus paigutati hageja omast kõrgemale järjekohale nii hinna- kui ka kvaliteedikriteeriumi alusel (vt eespool punkt 22).

129. Lisaks nähtub vaidlusalust võistlevat dialoogi kirjeldavatest dokumentidest, mis sisaldavad selle kõigis kolmes etapis kohaldatavaid tingimusi (vt eespool punktid 10, 12 ja 13), et pakkumused pidid sisaldama tehnilisele pakkumusele vastavat hinnapakkumust ning üksikasjalikke finantsandmeid, eelkõige eraldi kulukalkulatsioone.

130. Sellega seoses nähtub toimikust, et hindamiskomisjonil ei tekkinud mingit kahtlust ADSi pakkumuse hindamisel kvaliteedikriteeriumi neljanda alakriteeriumi alusel, mis puudutab projektijuhtimise, kulude arvutamise ja töö kavandamise asjakohasust (vt eespool punkt 8). Samas tuleneb eespool punktides 18 ja 21 nimetatud 19. jaanuari 2021. aasta kirjast ja 22. jaanuari 2021. aasta faksist, et selle alakriteeriumi osas paigutati ADSi pakkumus teisele kohale.

131. Lisaks tuleneb komisjoni 29. oktoobri 2022. aasta kirjalikust vastusest küsimusele, mille Üldkohus esitas 17. oktoobri 2022. aasta menetlust korraldavate meetmete raames, ning sellele vastusele lisatud dokumendist, mille kohta hageja esitas oma seisukohad kohtuistungil, et pakkujad esitasid pakkujate pakkumuste hinnaelemendid standardfaili kujul. Kõigepealt uuriti neid faile hindamiskomisjonis, kasutades tarkvara „ESA Costing Software (ECOS)“, mis on loodud pakkumuste hinnaelementide üldiseks hindamiseks. Edasi, mis puudutab eelkõige ADSi lõplikku pakkumust, siis koostati nimetatud tarkvara analüüsi alusel kokkuvõtlik tabel, mis sisaldas 21 alamkategooriat hinnaelementide, eelkõige tööjõukulude ja mitmesuguste tehniliste elementide ning kasumimarginaali kohta. Lõpuks hindas esitatud pakkumuste hinnaelemente, sealhulgas ADSi lõplikku pakkumuse elemente, hindamiskomisjoni alamüksus, kus oli 14 liiget, kelle ülesanne oli hinnata eespool nimetatud neljandat alakriteeriumi.

132. Seega ei ole käesolevas asjas tõendatud, et olid olemas kaudsed tõendid, mis oleks äratanud komisjoni kahtluse, et ADSi pakkumus võis olla põhjendamatult madala maksumusega. Järelikult ei olnud komisjon kohustatud eespool punktis 118 viidatud kohtupraktika tähenduses kontrollima ADSi pakkumuse koostisosi, et veenduda, et see pakkumus ei olnud põhjendamatult madala maksumusega.

133. Seega vastupidi sellele, mida väidab hageja, ei rikkunud komisjon põhjendamatult madalate pakkumuste hindamisega seotud kohustusi.

134. Lisaks mainis hageja kohtuistungil, et oma argumendiga, mille kohaselt ei võinud komisjon piirduda märkimisega, et ADSi pakkumus ei tundunud talle olevat põhjendamatult madala maksumusega, soovis ta viidata põhjenduse puudumisele.

135. Siiski tuleb tõdeda, et hageja ei esita väidetava põhjendamata jätmise toetuseks ühtegi iseseisvat argumenti, vaid piirdub sellega, et heidab komisjonile ette, et viimati nimetatu ei kontrollinud põhjendamatult madala maksumusega pakkumusi, mis aga ei kujuta endast oluliste menetlusnormide rikkumist, muu hulgas vaidlustatud otsuste põhjenduse puudumist, vaid on nende otsuste sisuline küsimus. Nagu nähtub eespool punktist 132, ei saa nõustuda väitega, et komisjon on rikkunud põhjendamatult madala maksumusega pakkumuste hindamisega seotud kohustusi.

136. Seega tuleb teine väide põhjendamatuse tõttu tagasi lükata.

[…]

Neljas väide, et komisjon rikkus kohustust võtta vastu sõltumatu otsus edukaks tunnistamise kohta

216. Hageja väidab sisuliselt, et komisjon rikkus oma kohustust võtta vastu sõltumatu otsus edukaks tunnistamise kohta, kui ta piirdus sellega, et nõustus hindamisprotokollis sisalduvate tulemustega. Komisjonile määruse nr 1285/2013 artikli 12 lõikega 1 pandud vastutus Galileo programmi eest paneb talle kohustuse teha vaidlusaluses võistlevas dialoogis edukaks tunnistamise kohta sõltumatu otsus. Lisaks ei saa komisjoni ja ESA vahel nimetatud määruse artikli 15 alusel sõlmitud delegeerimiskokkulepped piirata või muuta komisjoni vastutust. Pealegi ei ole tema väitel hindamisprotokollis sisalduv ettepanek komisjonile siduv ja ta peab ise hindama pakkujate pakkumusi, seda enam, et käesoleval juhul olid olemas kaudsed tõendid selle kohta, et hindamiskomisjon on andnud eksliku hinnangu, mistõttu oleks komisjon pidanud seda protokolli põhjalikult kontrollima.

217. Komisjon, keda toetab ADS, ja Itaalia Vabariik vaidlevad nendele argumentidele vastu.

218. Esiteks tuleb kõigepealt tagasi lükata hageja argument komisjoni vastutuse kohta seoses Galileo programmiga.

219. Vastab küll tõele, et komisjon vastutab Galileo programmi eest üldiselt ja et selle programmi kasutuselevõtu etapiks peab ta sõlmima ESAga delegeerimiskokkuleppe, milles täpsustatakse viimati nimetatu ülesandeid, eelkõige asjaomase süsteemiga seotud hankelepingute sõlmimise osas. Just komisjoni ja ESA vahel sõlmitud delegeerimiskokkuleppe raames pidi ESA komisjoni nimel ja h tegutsedes korraldama vaidlusaluse võistleva dialoogi, samas kui komisjon jäi hankijaks (vt eespool punktid 4 ja 5).

220. Vastupidi sellele, mida näib väitvat hageja, ei saa vastutus Galileo programmi eest siiski muuta või isegi suurendada komisjoni kui hankija kohustusi, mis üldiselt on sätestatud finantsmääruse VII jaotises ja Galileo programmi kasutuselevõtu raames korraldatud riigihangete osas täpsemalt määruse nr 1285/2013 V peatükis.

221. Teiseks tuleb igal juhul tagasi lükata hageja argument, milles väidetakse, et komisjon rikkus kohustust võtta vastu sõltumatu otsus edukaks tunnistamise kohta.

222. Kõigepealt tuleb märkida, et finantsmääruse artikli 150 lõigete 1 ja 2 kohaselt hindab hankemenetluses esitatud pakkumusi hankija määratud hindamiskomisjon. Lisaks võib hankija loobuda hindamiskomisjoni ametisse nimetamisest üksnes finantsmääruse artikli 168 lõikes 5 ette nähtud juhtudel. Järgmiseks tuleneb finantsmääruse I lisa 1. peatüki 2. jao punktist 30.1, et hindamiskomisjoni läbiviidud hindamise tulemused esitatakse hindamisprotokollis, mis sisaldab edukaks tunnistamise ettepanekut. Lõpuks teeb hankija oma otsuse kas hindamisprotokolli heakskiitmise kohta või otsustab vajaduse korral eirata hindamisprotokollis esitatud soovitusi, seda põhjendades, või vajaduse korral loobub lepingu sõlmimisest, esitades põhjused vastavalt nimetatud määruse I lisa 1. peatüki 2. jao punktile 30.3.

223. Sellest tuleneb esiteks, et kui hankija on ametisse nimetanud hindamiskomisjoni, siis on esitatud pakkumuste hindamine selle komisjoni ülesanne. Teiseks, kuigi on tõsi, et hankija ei ole hindamisprotokolliga seotud, võib juhul, kui ta otsustab järgida selles protokollis esitatud edukaks tunnistamise ettepanekut, hankija edukaks tunnistamise otsus põhineda ikkagi sellel protokollil.

224. Käesoleval juhul tuleb tõdeda, et pakkujate lõplikke pakkumusi hindas hindamiskomisjon, kuhu kuulusid ESA, GSA ja komisjoni esindajad, ning komisjoni esindaja esitas oma hinnangu tulemused hindamiprotokollis, mille alusel komisjon võttis vastu vaidlustatud otsused (vt eespool punktid 14 ja 17). Lisaks, nagu komisjon täpsustab, ilma et hageja oleks sellele vastu vaielnud, koosnes see komisjon ligikaudu 70 isikust, kellel olid hankeeseme jaoks sobivad kogemused ja oskused.

225. Seega ei muuda asjaolu, et vaidlustatud otsuseid põhjendati viitega hindamisprotokollile, kusjuures komisjoni arvamus ühtis pakkumuste hindamise eest vastutava hindamiskomisjoni arvamusega, kuidagi asjaolu, et komisjon hankijana võttis need otsused vastu sõltumatult.

[…]

Esitatud põhjendustest lähtudes

ÜLDKOHUS (kuues koda)

otsustab:

1. Jätta hagi rahuldamata.

2. Jätta OHB System AG kohtukulud tema enda kanda ja mõista temalt välja Euroopa Komisjoni kohtukulud, sealhulgas kulud ajutiste meetmete kohaldamise menetluses.

3. Jätta Itaalia Vabariigi, Airbus Defence'i ja Space GmbH kohtukulud nende endi kanda.

Costeira Kancheva Zilgalvis

Kuulutatud avalikul kohtuistungil 26. aprillil 2023 Luxembourgis.

Allkirjad