ARREST VAN HET GERECHT (Zesde kamer)

26 april 2023 *

„Overheidsopdrachten voor diensten – Aanbestedingsprocedure – Concurrentiegerichte dialoog – Levering van Galileo-overgangssatellieten – Afwijzing van de offerte van een inschrijver – Uitsluitingscriteria – Ernstige beroepsfout van een inschrijver – Geen definitieve rechterlijke beslissing of definitief administratief besluit – Voorlegging aan de in artikel 143 van het Financieel Reglement bedoelde instantie – Gelijke behandeling – Abnormaal lage offerte – Kennelijk onjuiste beoordeling”

In zaak T-54/21,

OHB System AG, gevestigd te Bremen (Duitsland), vertegenwoordigd door W. Würfel en F. Hausmann, advocaten,

verzoekster,

tegen

Europese Commissie, vertegenwoordigd door G. Wilms, L. André, J. Estrada de Solà en L. Mantl als gemachtigden,

verweerster,

ondersteund door

Italiaanse Republiek, vertegenwoordigd door G. Palmieri als gemachtigde, bijgestaan door P. Gentili en G. Santini, avvocati dello stato,

en door

Airbus Defence and Space GmbH, gevestigd te Taufkirchen (Duitsland), vertegenwoordigd door P.-E. Partsch, F. Dewald en C.-E. Seestädt, advocaten,

interveniënten,

wijst

HET GERECHT (Zesde kamer),

* Procestaal: Duits.

samengesteld als volgt: M. J. Costeira (rapporteur), president, M. Kancheva en P. Zilgalvis, rechters,

griffier: P. Cullen, administrateur,

gezien de beschikking van 26 mei 2021, OHB System/Commissie (T-54/21 R, niet gepubliceerd, EU:T:2021:292),

gezien de stukken, met name:

– de beschikking van 30 juni 2021, OHB System/Commissie (T-54/21, niet gepubliceerd),

– de beschikking van 2 december 2021, OHB System/Commissie (T-54/21, niet gepubliceerd, EU:T:2021:878),

– de maatregelen tot organisatie van de procesgang van 17 oktober 2022 en het op 29 oktober 2022 ter griffie van het Gerecht neergelegde antwoord van de Commissie,

na de terechtzitting op 17 november 2022,

het navolgende

Arrest [1]

1 Met haar beroep krachtens artikel 263 VWEU verzoekt verzoekster, OHB System AG, om nietigverklaring van de bij respectievelijk brief en faxbericht van 19 en 22 januari 2021 aan haar meegedeelde besluiten van de Europese Commissie die ertoe strekten de offerte die verzoekster had ingediend in het kader van de aanbesteding in de vorm van concurrentiegerichte dialoog 2018/S 091-206089 betreffende de levering van Galileo-overgangssatellieten, niet te selecteren en de opdracht aan twee andere inschrijvers te gunnen (hierna: „bestreden besluiten”).

Voorgeschiedenis van het geding

2 Verzoekster is een vennootschap naar Duits recht die zich bezighoudt met de ontwikkeling van innovatieve systemen en de uitvoering van projecten op het gebied van de ruimtevaart en met het in de handel brengen van specifieke luchtvaart-, ruimtevaart- en telematicaproducten, waaronder geostationaire satellieten in een baan dicht bij de aarde.

3 Volgens overweging 2 en artikel 2, leden 1 en 2, van verordening (EU) nr. 1285/2013 van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2013 betreffende de uitvoering en exploitatie van de Europese satellietnavigatiesystemen en tot intrekking van verordening (EG) nr. 876/2002 van de Raad en verordening (EG) nr. 683/2008 van het Europees Parlement en de Raad (PB 2013, L 347, blz. 1), is het doel van het Galileo-programma het tot stand brengen en beheren van een specifiek voor civiele doeleinden ontworpen Europees systeem voor navigatie en plaatsbepaling per satelliet dat bestaat uit een constellatie van satellieten en een mondiaal netwerk van grondstations.

[1] Enkel de punten van dit arrest waarvan het Gerecht publicatie nuttig acht, worden weergegeven.

4 Volgens artikel 12, lid 1, van verordening nr. 1285/2013 heeft de Commissie de algemene verantwoordelijkheid voor het Galileo-programma en volgens artikel 15, lid 1, van deze verordening moet zij voor de stationeringsfase van dit programma een delegatieovereenkomst sluiten met het Europees Ruimtevaartagentschap (ESA), waarin de taken van het agentschap worden omschreven, met name wat betreft de aanbesteding van het systeem.

5 In het kader van de delegatieovereenkomst tussen de Commissie en het ESA voor de stationeringsfase van het Galileo-programma is het ESA belast met de organisatie van openbare aanbestedingsprocedures in verband met dit programma en blijft de Commissie de aanbestedende dienst.

6 Bij aankondiging van opdracht van 15 mei 2018, bekendgemaakt in het Supplement op het *Publicatieblad van de Europese Unie* van 15 mei 2018 (PB 2018/S 091-206089) en op de website „emits.esa.int", heeft het ESA namens en voor rekening van de Commissie een aanbestedingsprocedure uitgeschreven voor de levering van Galileo-overgangssatellieten, in de vorm van een concurrentiegerichte dialoog (hierna: „litigieuze concurrentiegerichte dialoog"). De procedure is in die vorm ingeleid, aangezien de Commissie haar behoeften reeds had aangeduid en vastgesteld, maar nog niet had bepaald welke specifieke middelen het meest geschikt waren om daaraan te voldoen.

7 De litigieuze concurrentiegerichte dialoog had betrekking op de aanschaf van aanvankelijk vier (en eventueel tot twaalf) Galileo-overgangssatellieten met geavanceerde specificaties om de overgang van de eerste naar de tweede generatie Galileo-satellieten te realiseren. Er werd besloten om voor meerdere leveranciers te kiezen, zoals mogelijk is overeenkomstig artikel 19, onder d), van verordening nr. 1285/2013, op grond waarvan twee inschrijvers zouden kunnen worden geselecteerd en twee overeenkomsten zouden kunnen worden ondertekend voor de parallelle levering door elk van beiden van een voorlopig aantal van twee satellieten.

8 De gunning van de opdracht was gebaseerd op de economisch voordeligste inschrijving, op basis van twee gunningscriteria, namelijk de prijs, die voor 35 % telde, en de kwaliteit, die in zijn geheel voor 65 % telde. Het kwaliteitscriterium bestond uit vijf subcriteria. Het eerste subcriterium, dat voor 10 % meetelde, betrof de vraag of het door de inschrijver voorgestelde personeel, de technische voorzieningen en de installaties geschikt en passend waren voor de in de offerte beschreven technische en programmatische oplossing. Het tweede subcriterium, met een gewicht van 25 %, had betrekking op de vraag of er blijk was gegeven van een goed begrip van de vereisten en doelstellingen, waaronder die op het gebied van de veiligheid, en betrof tevens de hoedanigheid van het voorgestelde project en de mate waarin het al tot ontwikkeling was gebracht, de geschiktheid, de kwaliteit en de degelijkheid van het voorgestelde project en de naleving van de technische voorwaarden. Het derde subcriterium, dat voor 30 % telde, betrof de kwaliteit en de geschiktheid van het werkprogramma, de naleving van het bestek, de geschiktheid van de technische planning, de werkwijze bij tests en proeven, de risicoanalyse en de voorstellen voor beperking van risico's, met inbegrip van het aanbrengen van technologische verscheidenheid. Het vierde subcriterium, met een gewicht van 25 %, betrof de geschiktheid van het beheer, de berekening van de kosten en de planning voor de uitvoering van de werkzaamheden. Het vijfde subcriterium, met een gewicht van 10 %, betrof de naleving van de aanbestedingsvoorwaarden en van de overeenkomst.

9 De litigieuze concurrentiegerichte dialoog bestond uit drie fasen. De eerste twee fasen vonden plaats overeenkomstig de bepalingen van verordening nr. 1285/2013 en verordening (EU, Euratom) nr. 966/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 25 oktober 2012 tot

vaststelling van de financiële regels van toepassing op de algemene begroting van de Unie en tot intrekking van verordening (EG, Euratom) nr. 1605/2002 (PB 2012, L 298, blz. 1), en van gedelegeerde verordening (EU) nr. 1268/2012 van de Commissie van 29 oktober 2012 houdende uitvoeringsvoorschriften voor verordening nr. 966/2012 (PB 2012, L 362, blz. 1). De derde fase vond plaats overeenkomstig de bepalingen van verordening nr. 1285/2013 en van verordening (EU, Euratom) 2018/1046 van het Europees Parlement en de Raad van 18 juli 2018 tot vaststelling van de financiële regels van toepassing op de algemene begroting van de Unie, tot wijziging van verordeningen (EU) nr. 1296/2013, (EU) nr. 1301/2013, (EU) nr. 1303/2013, (EU) nr. 1304/2013, (EU) nr. 1309/2013, (EU) nr. 1316/2013, (EU) nr. 223/2014, (EU) nr. 283/2014 en besluit nr. 541/2014/EU en tot intrekking van verordening nr. 966/2012 (PB 2018, L 193, blz. 1; hierna: „Financieel Reglement").

10 De eerste fase van de litigieuze concurrentiegerichte dialoog begon in mei 2018, toen het ESA een „uitnodiging tot indiening van een aanvraag tot deelname" bekendmaakte.

11 Het ESA heeft op basis van de ontvangen verzoeken tot deelname drie inschrijvers geselecteerd, namelijk verzoekster, Airbus Defence and Space GmbH (hierna: „ADS") en Thales Alenia Space Italia (hierna: „TASI") (hierna samen: „inschrijvers").

12 De tweede fase, die in juli 2018 begon, had tot doel om aan te duiden en vast te stellen met welke middelen het best aan de behoeften van de aanbestedende dienst kon worden voldaan. Als eerste stap heeft het ESA de inschrijvers verzocht een „Preliminary Proposal" (voorlopige offerte) in te dienen en zond het hun onder meer de „Special Conditions of Tender for Invitation to Submit a Preliminary Proposal" (bijzondere aanbestedingsvoorwaarden die van toepassing zijn op de uitnodiging tot indiening van een voorlopige offerte). Nadat in een tweede stap enige tijd een dialoog had plaatsgevonden, heeft het ESA de inschrijvers uitgenodigd een „Refined Proposal" (herziene offerte) in te dienen en hun onder meer de „Conditions of Tender for Invitation to Submit a Refined Proposal" (aanbestedingsvoorwaarden die van toepassing zijn op de uitnodiging tot indiening van een herziene offerte) toegezonden. Op 26 september 2018 heeft verzoekster haar voorlopige offerte ingediend en op 11 oktober 2019 heeft zij haar herziene offerte ingediend.

13 De derde fase is in augustus 2020 begonnen. Na een nieuwe dialoogperiode heeft het ESA de inschrijvers uitgenodigd hun „Best and Final Offer" (definitieve offerte) in te dienen en hun onder meer de „Conditions of Tender for Invitation to Submit a Best and Final Offer" (aanbestedingsvoorwaarden die van toepassing zijn op de uitnodiging tot indiening van de definitieve offerte) toegezonden. Op 11 oktober 2020 heeft verzoekster haar definitieve offerte ingediend.

14 Tussen oktober en december 2020 werden de definitieve offertes van de inschrijvers beoordeeld door een evaluatiecomité, bestaande uit vertegenwoordigers van het ESA, het Europees Agentschap voor het wereldwijde satellietnavigatiesysteem (GNSS – Global Navigation Satellite Systems) (GSA – Global Satellite Agency), en de Commissie. Dit comité heeft de resultaten van de beoordeling in een beoordelingsverslag uiteengezet (hierna: „beoordelingsverslag").

15 Bij brief van 23 december 2020, die was gericht aan de Commissie en in kopie onder meer aan het ESA werd gestuurd (hierna: „brief van 23 december 2020"), heeft verzoekster de Commissie in essentie verzocht om allereerst de litigieuze concurrentiegerichte dialoog op te schorten op

grond van een „vermoeden dat een werknemer van ADS haar bedrijfsgeheim had geschonden", vervolgens de kwestie te onderzoeken en, ten slotte, in voorkomend geval ADS uit te sluiten van de litigieuze concurrentiegerichte dialoog.

16 In deze brief heeft verzoekster de Commissie in essentie het volgende meegedeeld: ten eerste heeft [*vertrouwelijk*] (hierna: „voormalige werknemer") van 22 december 2016 tot eind november 2019 voor verzoekster gewerkt. Hij had als Chief Operating Officer (hoofd operationele zaken) ruime toegang tot de gegevens van het project en heeft deelgenomen aan de voorbereiding van verzoeksters offerte in het kader van de litigieuze concurrentiegerichte dialoog. In het bijzonder was hij betrokken bij de „strategie" van het technische gedeelte van haar offerte en bij de „strategie" inzake de prijs en de prijsberekening van haar offerte. Ten tweede hebben verzoekster en de voormalige werknemer op zijn verzoek op 11 november 2019 een overeenkomst ondertekend om de arbeidsverhouding voortijdig te beëindigen. Ten derde heeft ADS de voormalige werknemer in december 2019 in dienst genomen en in 2020 heeft hij een functie bij ADS gekregen waarin hij de leiding had over de afdeling die de offerte opstelde die ADS in het kader van de litigieuze concurrentiegerichte dialoog had ingediend. Bovendien waren er aanwijzingen dat de voormalige werknemer aan verzoekster toebehorende gevoelige informatie had verkregen die ADS in het kader van de litigieuze concurrentiegerichte dialoog een onrechtmatig voordeel kon verschaffen. Ten vierde heeft verzoekster opdracht gegeven om de computer te onderzoeken die de voormalige werknemer bij haar gebruikte. Bij die analyse werden documenten gevonden waaruit om te beginnen bleek dat de voormalige werknemer sinds juni 2019 voornemens was een andere werkgever te zoeken, voorts dat hij in het kader van de onderhandelingen over zijn aanstelling bij ADS er tegenover ADS met name op had gewezen dat zijn aanstelling haar voordelen zou opleveren bij projecten waarin zij met verzoekster concurreerde, en ten slotte bevatten deze documenten aanwijzingen dat de voormalige werknemer vertrouwelijke gegevensbestanden van verzoekster had gekopieerd. Ten vijfde heeft verzoekster in maart 2020 aangifte gedaan tegen de voormalige werknemer, waarna de bevoegde Duitse openbaar aanklager een strafrechtelijk onderzoek naar bovengenoemde omstandigheden heeft ingesteld.

17 Op basis van het beoordelingsverslag heeft de Commissie besloten om niet verzoeksters offerte te kiezen, maar die van TASI en ADS. Het ESA heeft de bestreden besluiten bij brief van 19 januari 2021 en bij faxbericht van 22 januari 2021 aan verzoekster meegedeeld.

18 Bij brief van 19 januari 2021 heeft het ESA verzoekster in kennis gesteld van het besluit om haar offerte niet te kiezen, omdat dat niet de economisch meest voordelige offerte was. Als bijlage bij deze brief kreeg verzoekster van het ESA een uittreksel van de beoordeling van haar definitieve offerte die het evaluatiecomité had verricht aan de hand van de vijf subcriteria van het kwaliteitscriterium.

19 Vervolgens heeft verzoekster het ESA bij faxbericht van 20 januari 2021 verzocht om mededeling van de gegevens van de geselecteerde inschrijvers, de kenmerken en relatieve voordelen van hun offertes, de totaalprijs op basis waarvan de rangschikking is vastgesteld en de gedetailleerde beoordeling van haar eigen offerte.

20 Bij brief van 20 januari 2021 heeft de Commissie verzoekster onder verwijzing naar de brief van 23 december 2020 meegedeeld dat, ten eerste, er onvoldoende gronden waren om in dat stadium een opschorting van de litigieuze concurrentiegerichte dialoog te rechtvaardigen, ten tweede, de bewering dat de voormalige werknemer zich onrechtmatig in het bezit heeft gesteld van bedrijfsgeheimen van verzoekster reeds aan de orde was gekomen in een onderzoek van de

nationale autoriteiten en zij zich op de uitkomsten daarvan mocht baseren en zo nodig aanvullende maatregelen kon nemen, en ten derde, de juistheid van die bewering niet in een definitieve rechterlijke beslissing of een definitief administratief besluit in de zin van artikel 136, lid 1, van het Financieel Reglement was vastgesteld, en er dus geen grond was om ADS van de litigieuze concurrentiegerichte dialoog uit te sluiten.

21 Bij faxbericht van 22 januari 2021 heeft het ESA verzoekster meegedeeld wie de geselecteerde inschrijvers waren (namelijk TASI en ADS) en haar op de hoogte gebracht van de totaalprijs en uiteindelijke rangschikking van hun offertes, alsmede van de rangschikking van die offertes volgens de vijf subcriteria van het kwaliteitscriterium. Als bijlage bij deze brief heeft het ESA verzoekster de gedetailleerde beoordelingsresultaten gestuurd die op basis van de vijf subcriteria van het kwaliteitscriterium aan haar offerte waren toegekend.

22 De offertes van de inschrijvers werden als volgt gerangschikt: de offerte van TASI op de eerste plaats, de offerte van ADS op de tweede plaats en de offerte van verzoekster op de derde plaats. Deze offertes waren beoordeeld aan de hand van de twee in punt 8 hierboven genoemde gunningscriteria. Wat het kwaliteitscriterium betreft, werden de offertes van TASI, ADS en verzoekster respectievelijk als eerste, tweede en derde gerangschikt. Wat het prijscriterium betreft, werden de offerte van ADS met een totaalprijs van 707 679 174,75 EUR, die van TASI met een totaalprijs van 804 127 000,00 EUR, en die van verzoekster met een totaalprijs van 822 786 000,00 EUR, respectievelijk als eerste, tweede en derde gerangschikt.

23 Bij brief van 28 januari 2021 heeft verzoekster de Commissie verzocht om, ten eerste, ADS uit te sluiten van de litigieuze concurrentiegerichte dialoog, ten tweede, de bestreden besluiten te wijzigen en haar de opdracht te gunnen, ten derde, haar toegang te verlenen tot het volledige dossier van de litigieuze concurrentiegerichte dialoog en het beoordelingsverslag en, ten vierde, de overeenkomsten niet te ondertekenen voordat een besluit was vastgesteld over de door haar aangevoerde bezwaren. Verzoekster stelde in die brief dat ADS moest worden uitgesloten omdat zij het beginsel van geheimhouding bij de mededinging had geschonden door de voormalige werknemer bij de voorbereiding van haar offerte te betrekken, en omdat de offerte van ADS abnormaal laag was.

Conclusies van partijen

24 Verzoekster verzoekt het Gerecht:

– de bestreden besluiten nietig te verklaren;

– de Commissie te gelasten haar toegang te verlenen tot het dossier van de litigieuze concurrentiegerichte dialoog;

– de Commissie te verwijzen in de kosten.

25 De Commissie verzoekt het Gerecht:

– het beroep deels niet-ontvankelijk te verklaren en deels te verwerpen;

– verzoekster te verwijzen in de kosten.

26 De Italiaanse Republiek en ADS verzoeken het Gerecht om het beroep te verwerpen.

In rechte

[*omissis*]

Ten gronde

[*omissis*]

Eerste middel: schending van de uitsluitingscriteria van artikel 136 van het Financieel Reglement en van de beginselen van gelijke behandeling en „geheimhouding bij de mededinging”

[*omissis*]

– Eerste onderdeel van het eerste middel: schending van de uitsluitingscriteria van artikel 136 van het Financieel Reglement

53 In de eerste plaats stelt verzoekster dat het besluit om een deel van de opdracht aan ADS te gunnen, in strijd is met artikel 136 en artikel 167, lid 1, onder b), van het Financieel Reglement, aangezien ADS van de litigieuze concurrentiegerichte dialoog had moeten worden uitgesloten.

54 Om te beginnen stelt verzoekster dat ADS op grond van artikel 136, lid 1, onder c), ii) en v), van het Financieel Reglement had moeten worden uitgesloten van de litigieuze concurrentiegerichte dialoog omdat ADS en de voormalige werknemer vermoedelijk een mededingingsbeperkende overeenkomst of een stilzwijgende overeenkomst hadden gesloten teneinde de concurrentie met verzoekster in het kader van de litigieuze concurrentiegerichte dialoog te vervalsen en omdat wordt vermoed dat ADS, door de voormalige werknemer in dienst te nemen, zou hebben gepoogd om vertrouwelijke informatie van verzoekster te verkrijgen die haar bij de litigieuze concurrentiegerichte dialoog een onrechtmatig voordeel zou kunnen verschaffen.

55 Vervolgens voert verzoekster aan dat ADS bij gebreke van een definitieve rechterlijke beslissing of definitief administratief besluit had moeten worden uitgesloten op basis van een voorlopige juridische kwalificatie als bedoeld in artikel 136, lid 2, van het Financieel Reglement. Voorts stelt zij dat de Commissie de feiten had moeten onderzoeken en informatie had moeten inwinnen bij ADS.

56 Ten slotte stelt verzoekster dat ADS had moeten worden uitgesloten op grond van artikel 136, lid 4, onder a), van het Financieel Reglement, aangezien de voormalige werknemer bij ADS een leidinggevende functie bekleedt en zich in een van de in artikel 136, lid 1, onder c), van het Financieel Reglement bedoelde situaties bevindt.

57 De Commissie en interveniënten bestrijden deze argumenten.

58 Om te beginnen moet worden opgemerkt dat overeenkomsten volgens artikel 167, lid 1, onder b), van het Financieel Reglement worden gegund op basis van gunningscriteria mits door de aanbestedende dienst is nagegaan of de gegadigde of inschrijver niet is uitgesloten op basis van artikel 136, en evenmin is afgewezen op grond van artikel 141 van dat Reglement.

59 Wat de uitsluitingscriteria betreft, volgt uit artikel 136, lid 1, van het Financieel Reglement dat „[d]e bevoegde ordonnateur […] een in artikel 135, lid 2, bedoelde persoon of entiteit [uitsluit] van deelname aan onder deze verordening vallende toekenningsprocedures […] wanneer die persoon of entiteit zich in één of meer van de [in artikel 136, lid 1, onder a) tot en met h), van dat Reglement bedoelde] uitsluitingssituaties bevindt". In het bijzonder bepaalt artikel 136, lid 1, onder c), ii) en v), van dat Reglement dat „[d]e bevoegde ordonnateur […] een in artikel 135, lid 2, bedoelde persoon of entiteit [uitsluit] van deelname aan onder deze verordening vallende toekenningsprocedures […] wanneer […] c) in een definitieve rechterlijke beslissing of een definitief administratief besluit is vastgesteld dat de persoon of entiteit een ernstige beroepsfout heeft gemaakt […], waaronder met name […] ii) het sluiten van een overeenkomst met andere personen of entiteiten met als doel de mededinging te vervalsen [of] v) het pogen vertrouwelijke informatie te verkrijgen die de persoon of entiteit onrechtmatige voordelen kan opleveren in de toekenningsprocedure".

60 Bovendien sluit de bevoegde ordonnateur op grond van artikel 136, lid 4, onder a), van het Financieel Reglement een in artikel 135, lid 2, bedoelde persoon of entiteit uit wanneer „een natuurlijke persoon of rechtspersoon die lid is van het bestuurs-, leidinggevend of toezichthoudend orgaan van de in artikel 135, lid 2, bedoelde persoon of entiteit of die vertegenwoordigings-, beslissings- of controlebevoegdheid heeft ten aanzien van die persoon of entiteit, zich in een of meer van de situaties bevindt als bedoeld in lid 1, onder c) tot en met h), van [artikel 136]".

61 Bovendien wordt in artikel 136, lid 2, eerste alinea, van het Financieel Reglement het volgende bepaald: „Indien er geen definitieve rechterlijke beslissing of, indien van toepassing, geen definitief administratief besluit voorhanden is in de in lid 1, onder c), d), f), g) en h) van dit artikel bedoelde gevallen […], sluit de bevoegde ordonnateur een in artikel 135, lid 2, genoemde persoon of entiteit uit op basis van een voorlopige juridische kwalificatie van een [onder c), d), f), g) en h)] bedoeld gedrag, rekening houdend met vastgestelde feiten of andere bevindingen in de aanbeveling van de in artikel 143 [van deze verordening] bedoelde instantie."

62 Uit bovengenoemde bepalingen volgt met name dat een aanbestedende dienst een inschrijver van deelname aan een aanbestedingsprocedure uitsluit wanneer die inschrijver zich in een of meer van de situaties bevindt die overeenkomen met de drie in de punten 59 tot en met 61 hierboven genoemde uitsluitingscriteria.

63 Aldus betreft het eerste uitsluitingscriterium, dat is vervat in artikel 136, lid 1, onder c), ii) en v), gelezen in samenhang met artikel 135, lid 2, onder a), van het Financieel Reglement, de situaties waarin in een definitieve rechterlijke beslissing of een definitief administratief besluit is vastgesteld dat de inschrijver met een van de in artikel 136, lid 1, onder c), ii) en v), van het Financieel Reglement bedoelde gedragingen een ernstige beroepsfout heeft gemaakt. Bij die gedragingen gaat het om het sluiten van een overeenkomst met andere personen of entiteiten met als doel de mededinging te vervalsen of om het pogen vertrouwelijke informatie te verkrijgen die de persoon of entiteit onrechtmatige voordelen kan opleveren in de aanbestedingsprocedure.

64 Het tweede uitsluitingscriterium, dat is vervat in artikel 136, lid 4, onder a), gelezen in samenhang met artikel 135, lid 2, onder a), en artikel 136, lid 1, onder c), ii) en v), van het Financieel Reglement, betreft situaties waarin in een definitieve rechterlijke beslissing of een definitief administratief besluit is vastgesteld dat een natuurlijke persoon of rechtspersoon die lid is van het bestuurs-, leidinggevend of toezichthoudend orgaan van de inschrijver, of die

vertegenwoordigings-, beslissings- of controlebevoegdheden heeft ten aanzien van die inschrijver, met een van de in artikel 136, lid 1, onder c), ii) en v), van het Financieel Reglement bedoelde gedragingen een ernstige beroepsfout heeft gemaakt.

65 Het derde uitsluitingscriterium, dat is vervat in artikel 136, lid 2, eerste alinea, gelezen in samenhang met artikel 135, lid 2, onder a), artikel 136, lid 1, onder c), ii) en v), en artikel 143, lid 6, onder a), van het Financieel Reglement, betreft situaties waarin bij gebreke van een definitieve rechterlijke beslissing of een definitief administratief besluit, aan de hand van een voorlopige juridische kwalificatie – die is opgenomen in de aanbeveling van de in artikel 143 van het Financieel Reglement bedoelde instantie (hierna: „instantie") – is vastgesteld dat de inschrijver met een van de in artikel 136, lid 1, onder c), ii) en v), van het Financieel Reglement bedoelde gedragingen een ernstige beroepsfout heeft gemaakt. Overeenkomstig artikel 135, lid 4, van het Financieel Reglement mag de aanbestedende dienst een besluit tot uitsluiting van een inschrijver op basis van een in artikel 136, lid 2, bedoelde voorlopige kwalificatie alleen nemen nadat hij een aanbeveling van de instantie heeft ontvangen.

66 In het onderhavige geval is niet voldaan aan de in punt 63 hierboven genoemde voorwaarden voor toepassing van het eerste uitsluitingscriterium. Tussen partijen staat immers vast dat er tijdens de litigieuze concurrentiegerichte dialoog geen definitieve rechterlijke beslissing of definitief administratief besluit in de zin van artikel 136, lid 1, onder c), van het Financieel Reglement bestond dat betrekking had op ADS.

67 Wat het tweede uitsluitingscriterium betreft, volgt uit de in punt 64 hierboven genoemde bepalingen van het Financieel Reglement dat de inschrijver slechts mag worden uitgesloten indien de ernstige beroepsfout van de natuurlijke persoon of rechtspersoon die lid is van diens bestuurs-, leidinggevend of toezichthoudend orgaan, bij definitieve rechterlijke beslissing of definitief administratief besluit is vastgesteld.

68 Ook al zou de voormalige werknemer kunnen worden beschouwd als lid van het bestuurs-, leidinggevend of toezichthoudend orgaan van ADS in de zin van artikel 136, lid 4, onder a), van het Financieel Reglement, uit het dossier blijkt geenszins, en door verzoekster is overigens ook helemaal niet aangevoerd, dat er sprake was van een definitieve rechterlijke beslissing of een definitief administratief besluit. Met betrekking tot het gedrag van de voormalige werknemer blijkt immers uit het dossier dat verzoeksters aangifte bij de bevoegde Duitse openbaar aanklager bij besluit van 10 december 2020 is geseponeerd en dat het „administratieve bezwaar" dat verzoekster hiertegen had ingediend, op 1 maart 2021 door de bevoegde openbaar aanklager is afgewezen.

69 Bijgevolg is in casu geen schending aangetoond van de in de punten 63 en 64 hierboven genoemde eerste twee uitsluitingscriteria.

70 Wat het derde uitsluitingscriterium betreft, zij eraan herinnerd dat, zoals blijkt uit punt 65 hierboven, een inschrijver slechts van een aanbestedingsprocedure mag worden uitgesloten als dat gebeurt op basis van een voorlopige juridische kwalificatie van zijn gedrag en rekening houdend met de feiten of bevindingen die in de aanbeveling van de instantie zijn vastgesteld.

71 In het onderhavige geval staat vast dat de Commissie de zaak niet aan deze instantie heeft voorgelegd. In die omstandigheid rijst de vraag of de Commissie, door dit na te laten, in strijd met het derde uitsluitingscriterium de krachtens artikel 136, lid 2, eerste alinea, en artikel 143 van het Financieel Reglement op haar rustende verplichtingen niet is nagekomen.

72 Vooraf zijn enkele verduidelijkingen nodig met betrekking tot het voorleggen van de zaak aan de instantie en de voorlopige juridische kwalificatie op grond waarvan een inschrijver van een aanbesteding kan worden uitgesloten.

73 In de eerste plaats heeft het voorleggen van een zaak aan de instantie teneinde een aanbeveling te verkrijgen die in voorkomend geval een voorlopige juridische kwalificatie bevat van het gedrag van een inschrijver op basis waarvan hij van een aanbestedingsprocedure kan worden uitgesloten, als achterliggende doel de financiële belangen van de Unie te beschermen tegen gedragingen waardoor die belangen in gevaar dreigen te komen. Artikel 135, lid 1, eerste alinea, van het Financieel Reglement bepaalt immers dat de Commissie „[t]er bescherming van de financiële belangen van de Unie […] een systeem voor vroegtijdige opsporing en uitsluiting op[zet], dat zij beheert". Volgens artikel 135, lid 1, tweede alinea, van het Financieel Reglement is het doel van dit systeem onder meer het vergemakkelijken van „a) de vroegtijdige opsporing van in lid 2 bedoelde personen of entiteiten die een risico vormen voor de financiële belangen van de Unie" en „b) de uitsluiting van in lid 2 bedoelde personen of entiteiten die in een van de in artikel 136, lid 1, genoemde uitsluitingssituaties verkeren".

74 In de tweede plaats komt de vaststelling van de voorlopige juridische kwalificatie, overeenkomstig artikel 135, lid 4, van het Financieel Reglement, uitsluitend toe aan de instantie en die moet dat, in het kader van het systeem voor vroegtijdige opsporing en uitsluiting, doen „met het oog op een gecentraliseerde beoordeling van die situaties".

75 In de derde plaats heeft de voorlopige juridische kwalificatie noodzakelijkerwijs betrekking op de gedragingen van de inschrijvers zelf. Zoals blijkt uit de in de punten 61 en 65 hierboven vermelde bepalingen, kan de voorlopige juridische kwalificatie slechts betrekking hebben op feiten of bevindingen als bedoeld in artikel 136, lid 1, onder c), d), f), g) en h), van het Financieel Reglement, en dus op gedragingen van uitsluitend de in artikel 135, lid 2, ervan bedoelde personen of entiteiten.

76 In de vierde plaats heeft de voorlopige juridische kwalificatie betrekking op feiten of bevindingen die in essentie zijn vastgesteld in het kader van audits of onderzoeken door de bevoegde autoriteiten van de Unie of, in voorkomend geval, van de lidstaten. In dit verband moet in herinnering worden gebracht dat in artikel 142, lid 2, onder b) en c), van het Financieel Reglement is bepaald dat de vroegtijdige opsporing van risico's die de financiële belangen van de Unie in gevaar brengen, berust op de doorgifte van informatie aan de Commissie door met name een ordonnateur van de Commissie, van een door haar opgericht Europees Bureau of van een uitvoerend agentschap [artikel 142, lid 2, onder b), van het Financieel Reglement] of door een instelling van de Unie, een Europees bureau of een agentschap, anders dan bedoeld in artikel 142, lid 2, onder b), van dat Reglement [artikel 142, lid 2, onder c), van het Financieel Reglement] (zie naar analogie arrest van 16 mei 2019, Transtec/Commissie, T-228/18, EU:T:2019:336, punt 52).

77 Tevens zij eraan herinnerd dat in artikel 136, lid 2, vierde alinea, van het Financieel Reglement het volgende is bepaald:

„Tot de in de eerste alinea bedoelde feiten en bevindingen behoren met name:

a) feiten die zijn vastgesteld in het kader van audits of onderzoeken door het EOM ten aanzien van de lidstaten die deelnemen aan nauwere samenwerking overeenkomstig verordening (EU) 2017/1939, de Rekenkamer, OLAF of de intern controleur, of enige andere toets, audit of controle uitgevoerd onder verantwoordelijkheid van de bevoegde ordonnateur;

b) niet-definitieve administratieve besluiten die tuchtmaatregelen kunnen omvatten welke zijn genomen door het bevoegde toezichthoudende orgaan dat verantwoordelijk is voor de verificatie van de toepassing van normen inzake beroepsethiek;

c) feiten die worden vermeld in besluiten van personen en entiteiten die middelen van de Unie uitvoeren overeenkomstig artikel 62, lid 1, eerste alinea, onder c);

d) informatie die overeenkomstig artikel 142, lid 2, onder d), wordt doorgegeven door entiteiten die middelen van de Unie uitvoeren overeenkomstig artikel 62, lid 1, eerste alinea, onder b);

e) besluiten van de Commissie betreffende schending van het mededingingsrecht van de Unie of van een nationale bevoegde instantie betreffende de schending van het mededingingsrecht van de Unie of van het nationale mededingingsrecht."

78 In de vijfde plaats hoeft de aanbestedende dienst de zaak alleen voor te leggen aan de in artikel 143 van het Financieel Reglement bedoelde instantie wanneer de vastgestelde feiten waarover die dienst beschikt voldoende aanwijzingen vormen voor een vermoeden van schuld van de inschrijver. Zoals het Gerecht eerder heeft geoordeeld, volgt uit al deze bepalingen dat, indien er geen definitieve rechterlijke beslissing of definitief administratief besluit ten aanzien van een inschrijver is genomen, de aanbestedende dienst, wanneer hij over voldoende aanwijzingen beschikt om te vermoeden dat de inschrijver schuldig is aan met name het begaan van een ernstige beroepsfout, de zaak moet voorleggen aan de instantie, zodat die een aanbeveling doet met, indien van toepassing, een voorlopige juridische kwalificatie van de litigieuze feiten (zie naar analogie arrest van 16 mei 2019, Transtec/Commissie, T-228/18, EU:T:2019:336, punt 53).

79 Bovendien moet ten eerste worden opgemerkt dat het vereiste om over voldoende aanwijzingen te beschikken om de zaak voor te leggen aan de instantie, in overeenstemming is met de doelstellingen van een systeem dat met name gericht is op de vroegtijdige opsporing en uitsluiting van inschrijvers wier gedrag een risico vormt voor de financiële belangen van de Unie (zie punt 73 hierboven). Ten tweede vloeit deze eis voort uit het beginsel van goed financieel beheer en prestaties (zie titel II, hoofdstuk 7, van het Financieel Reglement), aangezien daarmee wordt voorkomen dat een aanbestedingsprocedure zonder geldige reden vertraagd raakt. Ten derde is dit vereiste een gevolg van de taak van de instantie, die geen onderzoek instelt, maar een aanbeveling moet doen die in voorkomend geval een voorlopige juridische kwalificatie bevat met betrekking tot feiten en bevindingen die eerder zijn vastgesteld in het kader van audits of onderzoeken door de bevoegde autoriteiten, met name de Unie (zie punt 76 hierboven). Ten vierde vloeit het vereiste om over voldoende aanwijzingen te beschikken voort uit de draagwijdte van de voorlopige juridische kwalificatie. Deze kwalificatie heeft immers betrekking op het gedrag van een inschrijver als er geen definitieve rechterlijke beslissing of definitief administratief besluit is (zie punt 65 hierboven) en mag dus niet gebaseerd zijn op eenvoudige verdenkingen.

80 Gelet op een en ander moet worden nagegaan of de Commissie in het onderhavige geval verplicht was de zaak voor te leggen aan de instantie ten behoeve van een aanbeveling met, in voorkomend geval, een voorlopige juridische kwalificatie van het gedrag van ADS. Derhalve moet worden getoetst of de Commissie over voldoende aanwijzingen beschikte die aannemelijk maken dat ADS een ernstige beroepsfout had begaan die de financiële belangen van de Unie in gevaar bracht. Daaronder viel in het bijzonder het sluiten van een overeenkomst met andere personen of entiteiten met als doel de mededinging te vervalsen of het pogen vertrouwelijke informatie te verkrijgen die de persoon of entiteit onrechtmatige voordelen kon opleveren in de litigieuze concurrentiegerichte dialoog.

81 In het onderhavige geval blijkt uit het dossier en uit de pleidooien van partijen dat de brief van 23 december 2020 het enige gegeven met betrekking tot een beweerd onrechtmatig gedrag van ADS was waarover de Commissie beschikte. Met deze brief verzocht verzoekster de Commissie in essentie om allereerst de litigieuze concurrentiegerichte dialoog op te schorten op grond van een „vermoeden dat een werknemer van ADS haar bedrijfsgeheim had geschonden" – welk vermoeden volgens haar voortvloeide uit feitelijke gegevens die zij ter kennis van de Commissie had gebracht – vervolgens de kwestie te onderzoeken en, ten slotte, in voorkomend geval ADS uit te sluiten van de litigieuze concurrentiegerichte dialoog (zie punt 15 hierboven).

82 In dit verband moet ten eerste worden opgemerkt dat hetgeen verzoekster in de brief van 23 december 2020 heeft beweerd en in punt 16 hierboven in herinnering is gebracht, niet valt onder de in artikel 136, lid 2, vierde alinea, onder a) tot en met e), van het Financieel Reglement bedoelde feiten en bevindingen.

83 Ten tweede moet worden opgemerkt dat verzoekster weliswaar heeft verwezen naar een bij de bevoegde nationale autoriteiten lopende onderzoeksprocedure met betrekking tot de betrokken feiten, maar dat die procedure volgde op een door haar gedane aangifte van vermeende schending door haar voormalige werknemer, en niet door ADS, van de wettelijke regeling van de Bondsrepubliek Duitsland betreffende bedrijfsgeheimen (zie punt 16 hierboven).

84 Zoals uit punt 75 hierboven blijkt, kan de voorlopige juridische kwalificatie in artikel 136, lid 2, van het Financieel Reglement, en dus het voorleggen van de zaak aan de instantie, slechts betrekking hebben op de gedragingen van inschrijvers zelf. Het in de brief van 23 december 2020 vermelde vermeende gedrag van de voormalige werknemer kan dus geen voldoende aanwijzing vormen om de zaak aan die instantie voor te leggen.

85 Ten derde moet worden opgemerkt dat bij de brief van 23 december 2020 geen enkel bewijs was gevoegd dat de daarin vermelde beweringen kon staven.

86 Hieruit volgt dat de in de brief van 23 december 2020 vermelde beweringen niet konden worden beschouwd als feiten of bevindingen waaraan voldoende aanwijzingen voor een vermoeden van schuld van ADS konden worden ontleend op grond waarvan het gerechtvaardigd zou zijn de zaak aan de instantie voor te leggen.

87 In deze context moet worden nagegaan of de Commissie niettemin verplicht was de in de brief van 23 december 2020 vermelde beweringen te onderzoeken.

88 In dit verband moet ten eerste worden opgemerkt dat verzoekster in de brief van 23 december 2020 geen enkele gedraging van ADS zelf heeft vermeld, afgezien van het feit dat ADS haar voormalige werknemer in dienst had genomen (zie punt 16 hierboven). In beginsel vormt het enkele feit dat een inschrijver in de loop van een aanbestedingsprocedure de voormalige werknemer van een andere inschrijver heeft aangesteld echter geen aanwijzing dat bij de handelwijze van die eerste inschrijver sprake kan zijn van een ernstige beroepsfout. Integendeel, de deelname aan een aanbestedingsprocedure kan de inschrijvers (en hun werknemers of voormalige werknemers) niet beletten om in de loop van die procedure hun rechten uit te oefenen, arbeidsovereenkomsten te sluiten of arbeidsrechtelijke handelingen te verrichten.

89 Ten tweede moet worden opgemerkt dat verzoekster in haar brief van 23 december 2020 bepaalde handelingen vermeldde die niet door ADS, maar door haar voormalige werknemer waren verricht. Meer in het bijzonder deelde zij mee dat zij op de computer van haar voormalige werknemer een aan de Executive Vice President (uitvoerend vicevoorzitter) van ADS gerichte sollicitatiebrief van 21 juni 2019 had gevonden, waarin de voormalige werknemer met name uiteenzette dat zijn overstap van verzoekster naar ADS „ook de vooruitzichten en de concurrentiepositie van [verzoekster] tegenover [ADS] bij toekomstige acquisitiedoelstellingen [kon] wijzigen". Verzoekster heeft in de brief van 23 december 2020 ook aangevoerd dat het onderzoek van de computer van de voormalig werknemer aan het licht had gebracht dat hij relevante gegevens heeft kunnen kopiëren die hij had ontvangen bij de voorbereiding van haar offerte voor de litigieuze concurrentiegerichte dialoog. Bij die gegevens ging het om technische details en concepten, strategieën voor offertes, de beoordeling van het concurrentievermogen, prijsstrategieën en prijsspecificaties. In diezelfde brief stelde verzoekster eveneens dat ADS de voormalige werknemer reeds in april 2020, dat wil zeggen enkele maanden na hem in dienst te hebben genomen, had aangesteld als „Head of Space Systems Germany", dat wil zeggen als chef van de afdeling die zich bezighield met de litigieuze concurrentiegerichte dialoog, in welke functie hij dezelfde taken verrichtte als voorheen bij verzoekster.

90 Vastgesteld moet worden dat verzoekster met deze beweringen in essentie betoogde dat haar voormalige werknemer haar bedrijfsgeheim had geschonden doordat hij op onrechtmatige wijze aan haar toebehorende gevoelige informatie had verkregen die ADS tijdens de litigieuze concurrentiegerichte dialoog een ongerechtvaardigd voordeel kon verschaffen (zie punt 16 hierboven).

91 Evenwel zou een dergelijke schending, zelfs al zou die worden gestaafd, hoe dan ook geen aanwijzing vormen voor een gedraging van ADS zelf en dus geen vermoeden van schuld van ADS kunnen aantonen.

92 Bovendien moet worden vastgesteld dat verzoekster in haar brief van 23 december 2020 geen enkel concreet argument had aangevoerd om aan te tonen dat ADS met name dankzij de voormalige werknemer gevoelige informatie had verkregen en die bij de litigieuze concurrentiegerichte dialoog had gebruikt. Verzoekster heeft zich in die brief juist beperkt tot de stelling dat ADS aan haar toebehorende gevoelige informatie had kunnen verkrijgen die ADS in het kader van de litigieuze concurrentiegerichte dialoog een onrechtmatig voordeel kon verschaffen (zie punt 16 hierboven). Deze vage en hypothetische bewering kan geen voldoende aanwijzing in de zin van de in punt 78 hierboven in herinnering gebrachte rechtspraak vormen.

93 De brief van 23 december 2020 bevatte namelijk geen enkel concreet gegeven aan de hand waarvan kan worden vastgesteld welke vermeend gevoelige informatie van verzoekster door de voormalige werknemer zou kunnen zijn verkregen, aan ADS zou kunnen zijn verstrekt en door ADS zou kunnen zijn gebruikt in het kader van de litigieuze concurrentiegerichte dialoog, waardoor haar een onrechtmatig voordeel werd verschaft. In die brief vermeldde verzoekster enkel dat de voormalige werknemer betrokken was geweest bij de „strategie" van het technische gedeelte van haar offerte en bij de „strategie" inzake de prijs en de prijsberekening van haar offerte. Deze te algemene beweringen bieden geen enkele concrete aanwijzing aan de hand waarvan kan worden vastgesteld welke gevoelige informatie in het geding zou kunnen zijn.

94 In het bijzonder maakt verzoekster in haar brief van 23 december 2020 nergens melding van enig technisch element van haar offerte dat haar voormalige werknemer aan ADS zou hebben doorgegeven en door ADS ten onrechte zou zijn gebruikt in de litigieuze concurrentiegerichte dialoog. Ook de „strategie" inzake de prijs van verzoeksters offerte, waarvan de voormalige werknemer op de hoogte zou zijn, wordt in die brief nergens nader toegelicht.

95 Bovendien moet worden opgemerkt dat uit de brief van 23 december 2020 blijkt dat de voormalige werknemer verzoekster kort na de indiening van haar herziene offerte in het kader van de tweede fase van de litigieuze concurrentiegerichte dialoog had verlaten. De voormalige werknemer kon dus in geen geval beschikken over informatie over de dialoog die in de derde fase tussen verzoekster en het ESA had plaatsgevonden, noch over de inhoud van verzoeksters definitieve offerte, die in oktober 2020 werd ingediend, dus bijna een jaar nadat de voormalige werknemer verzoekster had verlaten (zie de punten 13 en 16 hierboven). Bovendien blijkt uit het dossier en uit de antwoorden van de Commissie op vragen die het Gerecht haar ter terechtzitting heeft gesteld, dat in de „aanbestedingsvoorwaarden die van toepassing zijn op de uitnodiging tot indiening van de definitieve offerte", die in augustus 2020 aan de inschrijvers zijn toegezonden (zie punt 13 hierboven), wijzigingen waren aangebracht ten opzichte van de voorafgaande „aanbestedingsvoorwaarden die van toepassing zijn op de uitnodiging tot indiening van een herziene offerte". In het bijzonder werd de termijn voor de levering van de satellieten met bijna een jaar verkort, werd de termijn waarbinnen de aanbestedende dienst de optie om meer satellieten te kopen dan het aanvankelijke aantal (zie punt 7 hierboven), met veertien maanden verlengd en werd bij bepaalde satellieten de aanduiding of ze bedoeld zijn voor één enkele lancering of een dubbele lancering gewijzigd. Dergelijke wijzigingen kunnen naar hun aard niet zonder gevolgen blijven voor de technische en financiële voorwaarden in de definitieve offertes van de inschrijvers.

96 Uit het voorgaande volgt dat de Commissie niet verplicht was om de beweringen in de brief van 23 december 2020 te onderzoeken, aangezien die beweringen, zelfs al zouden die worden gestaafd, onvoldoende aanwijzingen konden vormen voor een vermoeden van schuld van ADS op grond waarvan het gerechtvaardigd zou zijn om de zaak aan de instantie voor te leggen.

97 Aan deze beoordelingen wordt niet afgedaan door verzoeksters argument dat het ESA pas op 29 januari 2021, dus na de bestreden besluiten, bij ADS om informatie over de voormalige werknemer heeft verzocht. Los ervan dat dit verzoek naar aanleiding van een tweede brief van verzoekster van 28 januari 2021 (zie punt 23 hierboven) en dus eveneens na de bestreden besluiten is gedaan, blijft het immers zo dat het feit dat ADS na de vaststelling van de bestreden besluiten om informatie is verzocht, geen invloed heeft op de rechtmatigheid van die besluiten, aangezien er geen verplichting bestaat om de zaak aan de instantie voor te leggen (zie punt 86 hierboven) en verzoeksters beweringen geen betrekking hadden op een gebied waarop de instellingen, agentschappen of organen van de Unie over onderzoeksbevoegdheden beschikken (zie punt 96 hierboven).

98 Bovendien moet in navolging van de Commissie worden vastgesteld dat verzoekster de Commissie pas in de brief van 23 december 2020 van haar verdenkingen in kennis heeft gesteld, terwijl zij reeds in november 2019 opdracht had gegeven om de computer van de voormalige werknemer te onderzoeken, zoals zij in het verzoekschrift erkent, en reeds in maart 2020 bij de bevoegde Duitse autoriteiten tegen de voormalige werknemer aangifte had gedaan (zie punt 16 hierboven). In deze periode, dat wil zeggen van november 2019 tot en met december 2020, eindigde de tweede fase van de litigieuze concurrentiegerichte dialoog en begon, in augustus 2020, de derde fase, waarna verzoekster haar definitieve offerte in oktober 2020 heeft ingediend

(zie punt 13 hierboven). Dit gedrag van verzoekster wijst erop dat zij, in elk geval lange tijd en zelfs bij de indiening van haar definitieve offerte, zelf niet van mening was dat het vermoedelijke gedrag van de voormalige werknemer ADS in het kader van de litigieuze concurrentiegerichte dialoog een onrechtmatig voordeel kon verschaffen.

99 Uit een en ander volgt dat er geen sprake van is dat de Commissie haar verplichting om de zaak voor te leggen aan de instantie niet is nagekomen, noch a fortiori dat zij het in punt 65 hierboven vermelde derde uitsluitingscriterium heeft geschonden.

100 Het eerste onderdeel van het eerste middel moet dus ongegrond worden verklaard.

[*omissis*]

Tweede middel: niet-nakoming van de verplichting om abnormaal lage offertes te onderzoeken

113 Verzoekster stelt in essentie dat de Commissie bijlage I, hoofdstuk 1, afdeling 2, punten 23.1 en 23.2, bij het Financieel Reglement heeft geschonden, doordat zij heeft nagelaten de twee daarin opgenomen stappen te volgen teneinde zich ervan te vergewissen dat de definitieve offerte van ADS niet abnormaal laag was, hoewel daarvoor aanwijzingen bestonden. De prijs in de definitieve offerte van ADS was immers aanzienlijk lager dan de prijs van de definitieve offertes van TASI en van verzoekster. De Commissie kon zich dus niet beperken tot de mededeling dat deze offerte haar niet abnormaal laag leek.

114 De Commissie en interveniënten bestrijden deze argumenten.

115 Hoofdstuk 1, afdeling 2, punt 23.1, eerste alinea, van bijlage I bij het Financieel Reglement bepaalt dat de aanbestedende dienst, indien de in een inschrijving voorgestelde prijs of kosten abnormaal laag lijkt/lijken in verhouding tot de overeenkomst, schriftelijk verzoekt om toelichting van de bestanddelen van de prijs of de kosten die hij dienstig acht en de inschrijver in de gelegenheid stelt opmerkingen te maken. Volgens hoofdstuk 1, afdeling 2, punt 23.2, van bijlage I bij dit Reglement wijst de aanbestedende dienst de inschrijving alleen af wanneer de lage aangerekende prijzen of kosten niet genoegzaam worden gestaafd door het verstrekte bewijsmateriaal.

116 Uit deze bepalingen blijkt dat de aanbestedende dienst in twee stappen beoordeelt of er sprake is van abnormaal lage inschrijvingen (zie naar analogie arrest van 4 juli 2017, European Dynamics Luxembourg e.a./Spoorwegbureau van de Europese Unie, T-392/15, EU:T:2017:462, punt 87).

117 Bij de eerste stap moet de aanbestedende dienst beoordelen of de ingediende inschrijvingen abnormaal laag „lijken” (zie punt 23.1 van afdeling 2, hoofdstuk I, van bijlage I bij het Financieel Reglement). Het gebruik van het woord „lijken” in het Financieel Reglement impliceert dat de aanbestedende dienst het abnormaal lage karakter van een inschrijving prima facie beoordeelt. Het Financieel Reglement verplicht de aanbestedende dienst bijgevolg niet om de samenstelling van elke inschrijving ambtshalve in detail te onderzoeken om vast te stellen dat het geen abnormaal lage inschrijving betreft. De aanbestedende dienst moet dus in eerste instantie alleen bepalen of de ingediende inschrijvingen een aanwijzing bevatten die het vermoeden kan wekken dat deze abnormaal laag zouden kunnen zijn (zie naar analogie arrest van 4 juli 2017, European Dynamics Luxembourg e.a./Spoorwegbureau van de Europese Unie, T-392/15, EU:T:2017:462, punt 88).

118 Als er aanwijzingen bestaan die het vermoeden kunnen wekken dat een inschrijving abnormaal laag zou kunnen zijn, moet de aanbestedende dienst bij de tweede stap de samenstelling van de inschrijving onderzoeken om zich ervan te vergewissen dat deze niet abnormaal laag is. Wanneer de aanbestedende dienst dit onderzoekt, moet hij de inschrijver de mogelijkheid bieden om uiteen te zetten waarom zijn inschrijving volgens hem niet abnormaal laag is. Vervolgens moet de aanbestedende dienst de verstrekte verklaringen beoordelen en bepalen of de betrokken inschrijving abnormaal laag is, in welk geval hij deze moet afwijzen (zie naar analogie arrest van 4 juli 2017, European Dynamics Luxembourg e.a./Spoorwegbureau van de Europese Unie, T-392/15, EU:T:2017:462, punt 89).

119 Het begrip „abnormaal lage inschrijving" wordt in het Financieel Reglement niet gedefinieerd. Evenwel is reeds geoordeeld dat de vraag of een inschrijving abnormaal laag is, moet worden beoordeeld aan de hand van de samenstelling van de inschrijving en de te verrichten dienst (zie naar analogie arrest van 16 mei 2019, Transtec/Commissie, T-228/18, niet gepubliceerd, EU:T:2019:336, punt 69, en aldaar aangehaalde rechtspraak).

120 Bovendien volgt uit de rechtspraak dat er met name aanwijzingen kunnen zijn voor het vermoeden dat een inschrijving abnormaal laag is wanneer het onzeker lijkt, ten eerste, dat de inschrijving in overeenstemming is met de wetgeving die in het land waar de opdrachten moesten worden uitgevoerd van kracht is op het gebied van bezoldiging van het personeel, bijdrage aan het socialezekerheidsstelsel, eerbiediging van de normen inzake veiligheid en gezondheid op het werk en verkoop met verlies en, ten tweede, dat de voorgestelde prijs alle uit de technische aspecten van de inschrijving voortvloeiende kosten omvat. Hetzelfde geldt wanneer de prijs die in een ingediende inschrijving wordt voorgesteld aanmerkelijk lager is dan de prijs van de andere ingediende inschrijvingen of dan de gebruikelijke marktprijs (zie arrest van 16 mei 2019, Transtec/Commissie, T-228/18, niet gepubliceerd, EU:T:2019:336, punt 72 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

121 Verzoekster betoogt dat het verschil tussen de prijs in de definitieve offerte van ADS en de prijs in de definitieve offertes van de andere inschrijvers een aanwijzing vormde voor het vermoeden dat de offerte van ADS abnormaal laag was, zodat de Commissie de samenstelling van deze offerte had moeten onderzoeken om zich ervan te vergewissen dat deze niet abnormaal laag was.

122 In het onderhavige geval blijkt uit het dossier dat de Commissie de offerte van ADS heeft gekozen op basis van de rangschikking van de offertes die het evaluatiecomité had opgesteld (zie punt 17 hierboven). Aangezien de offerte van ADS was gekozen, volgt daaruit dus impliciet maar noodzakelijkerwijs dat de Commissie, net als het evaluatiecomité, van oordeel was dat er geen aanwijzingen waren dat deze offerte abnormaal laag was en dat het bijgevolg niet zinvol was om een toelichting op de samenstelling van deze offerte te vragen. Verzoeksters argumenten doen geen afbreuk aan deze beoordeling.

123 In de eerste plaats is het inderdaad zo dat er tussen de prijs in de offerte van ADS en die in de offertes van TASI en verzoekster, dat wil zeggen tussen de bedragen van 707 679 174,75 EUR en die van respectievelijk 804 127 000 EUR en 822 786 000 EUR, een verschil bestaat van respectievelijk 11,99 % en 13,9 %. Evenwel is reeds geoordeeld dat het enkele feit dat de prijs in de offerte van de gekozen inschrijver lager is dan die in de offerte van een andere inschrijver, op zich niet kan aantonen dat de offerte van de gekozen inschrijver abnormaal laag was. Een offerte kan immers goedkoper zijn dan een andere offerte zonder evenwel abnormaal laag te zijn (zie arrest van 26 januari 2017, TV1/Commissie, T-700/14, niet gepubliceerd, EU:T:2017:35, punt 58 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

124 Juist dat is in casu het geval. Het verschil tussen de prijs in de definitieve offerte van ADS en die in de andere ingediende offertes kan op zich, gelet op de bijzonderheden van de betrokken opdracht, geen aanwijzing vormen dat de offerte van ADS abnormaal laag was.

125 Om te beginnen moet immers in herinnering worden gebracht dat de aanbestedingsprocedure in de vorm van een concurrentiegerichte dialoog was ingeleid, aangezien de Commissie haar behoeften reeds was nagegaan en had bepaald, maar nog niet de meest geschikte middelen had bepaald om daaraan te voldoen (zie punt 6 hierboven). Bijgevolg waren de prijzen van de offertes grotendeels afhankelijk van de verschillende door elke inschrijver voorgestelde technische oplossingen en middelen en dus van de respectieve kosten.

126 Voorts had de litigieuze concurrentiegerichte dialoog betrekking op de aankoop van producten waarvoor geen marktprijs bestond. Zoals de hoofdpartijen ter terechtzitting in antwoord op een vraag van het Gerecht hebben erkend, volgt uit de bijzondere kenmerken van satellieten dat het hier niet gaat om goederen waarvoor een standaardprijs of een marktprijs kan worden bepaald. Bovendien ging het in casu om de levering van satellieten met geavanceerde specificaties om de overgang van de eerste naar de tweede generatie Galileo-satellieten te realiseren (zie punt 7 hierboven) en dus van satellieten waarvoor nog geen marktprijs kon bestaan.

127 In de tweede plaats moet worden vastgesteld dat verzoekster naast het prijsverschil geen concreet argument aanvoert ter ondersteuning van haar stelling dat de inschrijving van ADS abnormaal laag had moeten lijken. Met name voert zij niet aan dat de wetgeving van het land waar de opdrachten moesten worden uitgevoerd mogelijkerwijs niet is nageleefd of dat de door ADS voorgestelde prijs niet alle uit de technische aspecten van haar offerte voortvloeiende kosten omvat. Hoe dan ook moet worden opgemerkt dat de gegevens in het dossier verzoeksters bewering niet ondersteunen.

128 Er zij immers aan herinnerd dat de gunning van de opdracht was gebaseerd op de economisch voordeligste inschrijving, waarbij het prijscriterium voor 35 % telde en het kwaliteitscriterium voor 65 % (zie punt 8 hierboven). De definitieve offerte van ADS werd ten aanzien van zowel de prijs als de kwaliteit beter gerangschikt dan die van verzoekster (zie punt 22 hierboven).

129 Bovendien blijkt uit de documenten die de litigieuze concurrentiegerichte dialoog beschrijven en waarin de in elk van de drie fasen geldende voorwaarden zijn opgenomen (zie de punten 10, 12 en 13 hierboven), dat de offertes een bij het technische voorstel passende financieel voorstel moesten bevatten en dat daarin een gedetailleerde uitwerking van de financiële aspecten moest zijn opgenomen waaronder met name afzonderlijke financiële bestekken.

130 Dienaangaande blijkt uit het dossier dat in het evaluatiecomité geen twijfel is gerezen over de beoordeling van de offerte van ADS ten aanzien van het vierde subcriterium van het kwaliteitscriterium dat betrekking had op de geschiktheid van het beheer, de berekening van de kosten en de planning voor de uitvoering van de werkzaamheden (zie punt 8 hierboven). Uit de brief van 19 januari 2021 en het faxbericht van 22 januari 2021, die in de punten 18 en 21 hierboven zijn vermeld, blijkt daarentegen dat, wat dit subcriterium betreft, de inschrijving van ADS als tweede is gerangschikt.

131 Bovendien blijkt uit het schriftelijke antwoord van de Commissie van 29 oktober 2022 op een vraag van het Gerecht in het kader van de maatregelen tot organisatie van de procesgang van 17 oktober 2022 en uit het bij dit antwoord gevoegde document waarover verzoekster ter terechtzitting haar opmerkingen heeft ingediend, dat de inschrijvers de financiële gegevens van

de offertes in de vorm van standaardbestanden hebben ingediend. Om te beginnen zijn deze bestanden binnen het evaluatiecomité onderzocht met behulp van een softwareprogramma genaamd „ESA Costing Software (ECOS)" dat is ontworpen voor de algehele beoordeling van de onderdelen van de prijs in de offertes. Wat vervolgens met name de definitieve offerte van ADS betreft, werd op basis van de met die software verrichte analyse een overzichtstabel opgesteld, die 21 subcategorieën met onderdelen van de prijs bevat, waaronder de arbeidskosten en verschillende technische onderdelen, alsmede een winstmarge. Ten slotte zijn de financiële aspecten van de ingediende offertes, met inbegrip van die van de definitieve offerte van ADS, beoordeeld door een subpanel van het evaluatiecomité dat veertien leden telde en was belast met de beoordeling van het hierboven genoemde vierde subcriterium.

132 Bijgevolg is in het onderhavige geval niet aangetoond dat er aanwijzingen waren op grond waarvan de Commissie kon vermoeden dat ADS een abnormaal lage offerte had ingediend. Bijgevolg was de Commissie niet verplicht om een onderzoek in de zin van de in punt 118 hierboven in herinnering gebrachte rechtspraak te verrichten naar de samenstelling van de offerte van ADS teneinde zich ervan te vergewissen dat deze offerte niet abnormaal laag was.

133 Anders dan verzoekster stelt, is er dus geen sprake van dat de Commissie haar verplichtingen inzake het onderzoek van abnormaal lage offertes niet is nagekomen.

134 Voorts heeft verzoekster ter terechtzitting opgemerkt dat zij met haar argument dat de Commissie zich niet kon beperken tot de mededeling dat de offerte van ADS haar niet abnormaal laag leek, wilde aanvoeren dat de motivering ontoereikend was.

135 Evenwel moet worden vastgesteld dat verzoekster geen enkel afzonderlijk argument aanvoert om dit gestelde motiveringsgebrek te staven, maar zich ertoe beperkt de Commissie te verwijten dat zij niet is nagegaan of er sprake was van abnormaal lage offertes, welke kwestie geen grief inzake schending van wezenlijke vormvoorschriften, in het bijzonder een motiveringsgebrek in de bestreden besluiten, betreft, maar betrekking heeft op de gegrondheid van die besluiten. Zoals uit punt 132 hierboven blijkt, kan deze grief, waarin wordt gesteld dat de Commissie haar verplichtingen met betrekking tot het onderzoek van abnormaal lage offertes niet is nagekomen, niet slagen.

136 Het tweede middel moet dus ongegrond worden verklaard.

[*omissis*]

Vierde middel: schending van de verplichting van de Commissie om een autonoom besluit vast te stellen over de gunning van de opdracht

216 Verzoekster betoogt in essentie dat de Commissie haar verplichting om een autonoom besluit over de gunning van de opdracht vast te stellen, niet is nagekomen doordat zij enkel de resultaten van het beoordelingsverslag heeft bevestigd. De bij artikel 12, lid 1, van verordening nr. 1285/2013 aan de Commissie opgelegde aansprakelijkheid voor het Galileo-programma brengt voor haar de verplichting mee om in het kader van de litigieuze concurrentiegerichte dialoog een autonoom besluit te nemen over de gunning van de opdracht. Voorts kunnen de krachtens artikel 15 van die verordening tussen de Commissie en het ESA gesloten delegatieovereenkomsten deze aansprakelijkheid van de Commissie niet beperken of wijzigen. Bovendien is de Commissie niet gebonden aan het voorstel in het beoordelingsverslag en wordt zij geacht de offertes van de

inschrijvers zelf te onderzoeken, temeer daar er in het onderhavige geval aanwijzingen waren dat het evaluatiecomité een onjuiste beoordeling had gegeven, hetgeen voor de Commissie aanleiding had moeten zijn om dit verslag nauwgezet te controleren.

217 De Commissie, ondersteund door ADS, en de Italiaanse Republiek betwisten deze argumenten.

218 In de eerste plaats moet verzoeksters argument inzake de verantwoordelijkheden van de Commissie in het kader van het Galileo-programma meteen worden afgewezen.

219 Het is inderdaad zo dat de Commissie de algemene verantwoordelijkheid voor het Galileo-programma draagt en dat zij voor de stationeringsfase van dit programma een delegatieovereenkomst met het ESA moet sluiten waarin de taken van dit agentschap worden omschreven, met name wat betreft de aanbesteding van het systeem. Juist in het kader van deze tussen de Commissie en het ESA gesloten delegatieovereenkomst was het ESA, handelend in naam en voor rekening van de Commissie, belast met de organisatie van de litigieuze concurrentiegerichte dialoog, terwijl de Commissie de aanbestedende dienst bleef (zie de punten 4 en 5 hierboven).

220 Anders dan verzoekster lijkt te stellen, kan de verantwoordelijkheid voor het Galileo-programma de verplichtingen van de Commissie als aanbestedende dienst echter niet wijzigen of zelfs uitbreiden. Bij die verplichtingen blijft het gaan om de verplichtingen die in het algemeen zijn bepaald in titel VII van het Financieel Reglement en in het bijzonder, met betrekking tot overheidsopdrachten die in het kader van de invoering van het Galileo-programma zijn gesloten, in hoofdstuk V van verordening nr. 1285/2013.

221 In de tweede plaats moet in elk geval verzoeksters argument worden afgewezen dat de Commissie haar verplichting om een autonoom besluit over de gunning van de opdracht te nemen, niet is nagekomen.

222 Om te beginnen moet worden opgemerkt dat volgens artikel 150, leden 1 en 2, van het Financieel Reglement de in het kader van een aanbesteding ingediende offertes worden beoordeeld door een evaluatiecomité dat door de aanbestedende dienst wordt benoemd. Bovendien kan de aanbestedende dienst slechts in de in artikel 168, lid 5, van dat Reglement bedoelde gevallen afwijken van de benoeming van een evaluatiecomité. Vervolgens blijkt uit bijlage I, hoofdstuk 1, afdeling 2, punt 30.1, bij dat Reglement dat de resultaten van de beoordeling door het evaluatiecomité worden neergelegd in een evaluatieverslag met daarin het voorstel tot gunning van de opdracht. Ten slotte neemt de aanbestedende dienst zijn besluit hetzij door goedkeuring van het beoordelingsverslag, hetzij, in voorkomend geval, door de redenen aan te geven waarom hij de aanbeveling in het beoordelingsverslag niet opvolgt, of eventueel de redenen waarom de aanbestedende dienst overeenkomstig bijlage I, hoofdstuk 1, punt 30.3, van dit Reglement heeft afgezien van gunning van een overeenkomst.

223 Hieruit volgt ten eerste dat wanneer de aanbestedende dienst een evaluatiecomité heeft benoemd, het aan dit comité staat om de ingediende offertes te beoordelen. Ten tweede is de aanbestedende dienst weliswaar niet gebonden aan het beoordelingsverslag, maar dit neemt niet weg dat in het geval dat de aanbestedende dienst besluit om het in dat verslag geformuleerde gunningsvoorstel te volgen, zijn gunningsbesluit op dat verslag kan worden gebaseerd.

224 In het onderhavige geval moet worden vastgesteld dat de definitieve offertes van de inschrijvers zijn beoordeeld door een evaluatiecomité – bestaande uit vertegenwoordigers van het ESA, het GSA en de Commissie – dat de resultaten van zijn beoordeling heeft uiteengezet in een beoordelingsverslag, op basis waarvan de Commissie de bestreden besluiten heeft vastgesteld (zie de punten 14 en 17 hierboven). Bovendien bestond dit comité, zoals de Commissie preciseert zonder dat verzoekster dit betwist, uit een groep van ongeveer 70 personen die gelet op het voorwerp van de opdracht beschikten over de passende ervaring en kwalificaties.

225 Het feit dat de bestreden besluiten met een verwijzing naar het beoordelingsverslag zijn gemotiveerd doordat de Commissie het standpunt van het met de beoordeling van de ingediende offertes belaste evaluatiecomité heeft overgenomen, doet dus niets af aan het feit dat de Commissie als aanbestedende dienst deze besluiten autonoom heeft vastgesteld.

[*omissis*]

HET GERECHT (Zesde kamer),

rechtdoende, verklaart:

1) Het beroep wordt verworpen.

2) OHB System AG zal haar eigen kosten en die van de Europese Commissie dragen, daaronder begrepen die van de procedure in kort geding.

3) De Italiaanse Republiek en Airbus Defence and Space GmbH dragen elk hun eigen kosten.

Costeira Kancheva Zilgalvis

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 26 april 2023.

ondertekeningen