Coletânea da Jurisprudência

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL GERAL (Sexta Secção)

26 de abril de 2023 *

«Contratos públicos de serviços — Processo de concurso — Diálogo concorrencial — Fornecimento de satélites de transição Galileo — Rejeição da proposta de um proponente — Critérios de exclusão — Falta grave de um proponente em matéria profissional — Inexistência de sentença transitada em julgado ou de decisão administrativa definitiva — Recurso à instância referida no artigo 143.º do Regulamento Financeiro — Igualdade de tratamento — Proposta anormalmente baixa — Erro manifesto de apreciação»

No processo T-54/21,

OHB System AG, com sede em Bremen (Alemanha), representada por W. Würfel e F. Hausmann, advogados,

recorrente,

contra

Comissão Europeia, representada por G. Wilms, L. André, J. Estrada de Solà e L. Mantl, na qualidade de agentes,

recorrida,

apoiada por:

República Italiana, representada por G. Palmieri, na qualidade de agente, assistida por P. Gentili e G. Santini, avvocati dello stato,

e por

Airbus Defence and Space GmbH, com sede em Taufkirchen (Alemanha), representada por P.-E. Partsch, F. Dewald e C.-E. Seestädt, advogados,

intervenientes,

O TRIBUNAL GERAL (Sexta Secção),

composto por: M. J. Costeira (relatora), presidente, M. Kancheva e P. Zilgalvis, juízes,

secretário: P. Cullen, administrador,

* Língua do processo: alemão.

visto o Despacho de 26 de maio de 2021, OHB System/Comissão (T-54/21 R, não publicado, EU:T:2021:292),

vistos os autos, nomeadamente:

– o Despacho de 30 de junho de 2021, OHB System/Comissão (T-54/21, não publicado),

– o Despacho de 2 de dezembro de 2021, OHB System/Comissão (T-54/21, não publicado, EU:T:2021:878),

– as medidas de organização do processo de 17 de outubro de 2022 e a resposta da Comissão apresentada na Secretaria do Tribunal Geral em 29 de outubro de 2022,

após a audiência de 17 de novembro de 2022,

profere o presente

Acórdão [1]

1 Com o seu recurso baseado no artigo 263.º TFUE, a recorrente, OHB System AG, pede a anulação das decisões da Comissão Europeia, comunicadas à recorrente por ofício de 19 e por telecópia de 22 de janeiro de 2021, de não aceitar a sua proposta, apresentada no âmbito do concurso na forma de diálogo concorrencial 2018/S 091-206089 relativo ao fornecimento de satélites de transição Galileo, e de adjudicar o contrato a dois outros proponentes (a seguir «decisões recorridas»).

Antecedentes do litígio

2 A recorrente é uma sociedade de direito alemão que tem por objeto o desenvolvimento e a execução de sistemas e de projetos espaciais inovadores, bem como a comercialização de produtos aeronáuticos, espaciais e telemáticos específicos, incluindo os satélites geoestacionários e de baixa altitude.

3 Nos termos do considerando 2 e do artigo 2.º, n.os 1 e 2, do Regulamento (UE) n.º 1285/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de dezembro de 2013, relativo à implantação e à exploração dos sistemas europeus de navegação por satélite e que revoga o Regulamento (CE) n.º 876/2002 do Conselho e o Regulamento (CE) n.º 683/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho (JO 2013, L 347, p. 1), o programa Galileo tem por objetivo criar e explorar um sistema de navegação e de posicionamento por satélite especificamente concebido para fins civis, composto por uma constelação de satélites e uma rede global de estações de solo.

4 Nos termos do artigo 12.º, n.º 1, do Regulamento n.º 1285/2013, a Comissão assume a responsabilidade geral pelo programa Galileo e, de acordo com o artigo 15.º, n.º 1, do mesmo regulamento, para a fase de implantação desse programa, deve celebrar um acordo de delegação com a Agência Espacial Europeia (ESA), em que sejam pormenorizadamente indicadas as funções desta última, nomeadamente no que se refere à adjudicação do sistema.

[1] Apenas são reproduzidos os números do presente acórdão cuja publicação o Tribunal Geral considera útil.

5 No âmbito do acordo de delegação celebrado entre a Comissão e a ESA para a fase de implantação do programa Galileo, a ESA está encarregada de organizar os processos de adjudicação de contratos públicos relativos a esse programa e a Comissão continua a ser a entidade adjudicante.

6 Por anúncio de concurso de 15 de maio de 2018, publicado no Suplemento do *Jornal Oficial da União Europeia* de 15 de maio de 2018 (JO 2018/S 091-206089) e no sítio Internet «emits.esa.int», a ESA, agindo em nome e por conta da Comissão, lançou um concurso para o fornecimento de satélites de transição Galileo, na forma de diálogo concorrencial (a seguir «diálogo concorrencial controvertido»). O processo foi lançado nesta forma, uma vez que a Comissão já tinha identificado e definido as suas necessidades, mas não tinha ainda definido os meios precisos mais adequados para lhes dar resposta.

7 O diálogo concorrencial controvertido referia-se à aquisição de um número inicial de quatro (que podia ir até 12) satélites de transição Galileo com características evoluídas para assegurar a passagem da primeira geração à segunda geração de satélites Galileo. Foi decidido recorrer a múltiplas fontes, em conformidade com o artigo 19.º, alínea d), do Regulamento n.º 1285/2013, nos termos do qual poderiam ser selecionados dois adjudicatários e poderiam ser assinados dois contratos para o fornecimento paralelo de um número previsional de dois satélites por cada um.

8 A adjudicação do contrato baseava-se na proposta economicamente mais vantajosa, em função de dois critérios de adjudicação, o do preço, ponderado a 35 %, e o da qualidade, ponderado globalmente a 65 %. O critério da qualidade dividia-se em cinco subcritérios. O primeiro subcritério, ponderado a 10 %, era relativo ao caráter apropriado e à pertinência dos recursos humanos e técnicos e das instalações propostas pelo proponente quanto à solução técnica e programática descrita na proposta. O segundo subcritério, ponderado a 25 %, era relativo à compreensão das exigências e dos objetivos, incluindo no domínio da segurança, à qualificação e ao grau de maturidade da conceção do projeto proposto, à adequação, à qualidade e à solidez da conceção do projeto proposto e ao respeito das condições técnicas. O terceiro subcritério, ponderado a 30 %, era relativo à qualidade e adequação do programa de trabalho, ao cumprimento do caderno de encargos, à adequação da planificação técnica e à abordagem em matéria de testes e de ensaios, ao exame dos riscos e às propostas de redução dos riscos, incluindo a diversificação tecnológica. O quarto subcritério, ponderado a 25 %, era relativo ao caráter adequado da gestão, do cálculo dos custos e do planeamento da execução dos trabalhos. O quinto subcritério, ponderado a 10 %, era relativo ao respeito das condições do concurso e do contrato.

9 O diálogo concorrencial controvertido decorreu em três fases. As duas primeiras fases decorreram em conformidade com as disposições do Regulamento n.º 1285/2013 e do Regulamento (UE, Euratom) n.º 966/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2012, relativo às disposições financeiras aplicáveis ao orçamento geral da União e que revoga o Regulamento (CE, Euratom) n.º 1605/2002 (JO 2012, L 298, p. 1), e do Regulamento Delegado (UE) n.º 1268/2012 da Comissão, de 29 de outubro de 2012, sobre as normas de execução do Regulamento n.º 966/2012 (JO 2012, L 362, p. 1). A terceira fase decorreu em conformidade com as disposições do Regulamento n.º 1285/2013 e do Regulamento (UE, Euratom) 2018/1046 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 18 de julho de 2018, relativo às disposições financeiras aplicáveis ao orçamento geral da União, que altera os Regulamentos (UE) n.º 1296/2013 (UE) n.º 1301/2013 (UE) n.º 1303/2013, UE n.º 1304/2013 (UE) n.º 1309/2013 (UE) n.º 1316/2013 (UE) n.º 223/2014 e (UE) n.º 283/2014, e a Decisão n.º 541/2014/UE, e revoga o Regulamento n.º 966/2012 (JO 2018 L 193, p. 1, a seguir «Regulamento Financeiro»).

10 A primeira fase do diálogo concorrencial controvertido teve início em maio de 2018 com a publicação, pela ESA, de um «convite para apresentar um pedido de participação».

11 Tendo em conta os pedidos de participação recebidos, a ESA selecionou três proponentes, a saber, a recorrente, a Airbus Defence and Space GmbH (a seguir «ADS») e a Thales Alenia Space Italia (a seguir «TASI») (a seguir, em conjunto, «proponentes»).

12 A segunda fase teve início em julho de 2018 e visava a identificação e a definição dos meios adequados para satisfazer da melhor forma as necessidades da entidade adjudicante. Num primeiro momento, a ESA convidou os proponentes a apresentar uma «proposta preliminar» e enviou-lhes, nomeadamente, as «condições especiais do concurso para o convite à apresentação de uma proposta preliminar». Numa segunda fase, após um período de diálogo, a ESA convidou os proponentes a apresentarem uma «proposta revista» e enviou-lhes, nomeadamente, as «condições do concurso para o convite para apresentação de propostas revistas». Em 26 de setembro de 2018, a recorrente apresentou a sua proposta preliminar e, em 11 de outubro de 2019, apresentou a sua proposta revista.

13 A terceira fase teve início em agosto de 2020 e, na sequência de outro período de diálogo, a ESA convidou os proponentes a apresentarem a sua «proposta final» e enviou-lhes, nomeadamente, as «condições do concurso para o convite para apresentação da proposta final». Em 11 de outubro de 2020, a recorrente apresentou a sua proposta final.

14 Entre outubro e dezembro de 2020, as propostas finais dos proponentes foram avaliadas por um comité de avaliação, composto por representantes da ESA, pela Agência do Sistema Mundial de Navegação por satélite (GNSS) europeu (GSA) e pela Comissão, que apresentou os resultados da avaliação num relatório de avaliação (a seguir «relatório de avaliação»).

15 Por carta de 23 de dezembro de 2020, enviada à Comissão com, nomeadamente, a ESA em cópia (a seguir «carta de 23 de dezembro de 2020»), a recorrente pediu, em substância, à Comissão, em primeiro lugar, que suspendesse o diálogo concorrencial controvertido, com fundamento numa «suspeita de violação do segredo dos seus negócios por um empregado da ADS», em seguida, que investigasse a questão e, por último, sendo caso disso, excluísse a ADS do diálogo concorrencial controvertido.

16 Nessa carta, a recorrente informava a Comissão, essencialmente, do seguinte: em primeiro lugar, [*confidencial*] [2] (a seguir «antigo empregado») tinha trabalhado para a recorrente de 22 de dezembro de 2016 até ao fim de novembro de 2019 e, enquanto diretor-geral administrativo, tinha tido acesso alargado aos dados do projeto e tinha participado na preparação da proposta apresentada pela recorrente no âmbito do diálogo concorrencial controvertido. Especialmente, tinha estado envolvido na «estratégia» da parte técnica da sua proposta, bem como na «estratégia» relativa ao preço e ao cálculo do preço. Em segundo lugar, em 11 de novembro de 2019, na sequência de um pedido do antigo empregado nesse sentido, este e a recorrente tinham assinado a resolução antecipada do seu contrato de trabalho. Em terceiro lugar, em dezembro de 2019, a ADS tinha contratado o antigo empregado e, durante o ano de 2020, este tinha ocupado um lugar na ADS que o colocava à cabeça do departamento encarregado da proposta apresentada por esta no âmbito do diálogo concorrencial controvertido. Além disso, existiam indícios de que o antigo empregado tinha obtido informações sensíveis da recorrente, suscetíveis de trazer à ADS uma vantagem indevida no âmbito do diálogo concorrencial

[2] Dados confidenciais ocultados.

controvertido. Em quarto lugar, a recorrente tinha ordenado uma análise do computador que o antigo empregado utilizava nela, tendo essa análise levado a documentos que demonstravam que, antes de mais, ele tinha a intenção de mudar de entidade patronal desde junho de 2019, em seguida, no âmbito das negociações para a sua contratação pela ADS, tinha nomeadamente indicado a esta que, ao contratá-lo, teria vantagens em projetos em que estava em concorrência com a recorrente e, por último, havia indícios de que o antigo empregado tinha copiado ficheiros confidenciais. Em quinto lugar, estes factos eram objeto de inquérito penal conduzido pela procuradoria competente do Ministério Público na Alemanha, na sequência de uma queixa apresentada, em março de 2020, pela recorrente contra o antigo empregado.

17 Com base no relatório de avaliação, a Comissão decidiu não aceitar a proposta da recorrente e selecionar as propostas da TASI e da ADS. As decisões recorridas foram comunicadas à recorrente pela ESA por carta de 19 de janeiro de 2021 e por telecópia de 22 de janeiro de 2021.

18 Por ofício de 19 de janeiro de 2021, a ESA informou a recorrente da decisão de não aceitar a sua proposta por não ser a proposta economicamente mais vantajosa. Em anexo a essa carta, enviou-lhe um extrato da avaliação, pelo comité de avaliação, da sua proposta final à luz dos cinco subcritérios do critério da qualidade.

19 Em seguida, a recorrente pediu à ESA, por telecópia de 20 de janeiro de 2021, que lhe comunicasse as informações dos proponentes selecionados, as características e as vantagens relativas das suas propostas, o preço total utilizado para estabelecer a classificação e a avaliação detalhada da sua própria proposta.

20 Por ofício de 20 de janeiro de 2021, a Comissão, com base na carta de 23 de dezembro de 2020, informou a recorrente de que, em primeiro lugar, não havia motivos suficientes para justificar uma suspensão do diálogo concorrencial controvertido nessa fase, em segundo lugar, as alegações de apropriação ilegal dos segredos comerciais da recorrente já eram objeto de inquérito pelas autoridades nacionais, nas conclusões da qual se podia basear e tomar medidas adicionais, se necessário, e, em terceiro lugar, as referidas alegações não estavam assentes por sentença transitada em julgado ou por decisão administrativa definitiva, na aceção do n.º 1 do artigo 136.º do Regulamento Financeiro, não existindo, portanto, motivo para excluir a ADS do diálogo concorrencial controvertido.

21 Por telecópia de 22 de janeiro de 2021, a ESA comunicou à recorrente o nome dos proponentes selecionados, a saber, a TASI e a ADS, o preço total e a classificação final das suas propostas, bem como a classificação destas segundo os cinco subcritérios do critério da qualidade. Em anexo a essa carta, a ESA enviou à recorrente os resultados detalhados da avaliação da sua proposta à luz dos cinco subcritérios do critério da qualidade.

22 As propostas dos proponentes foram classificadas da seguinte forma: a proposta da TASI na primeira posição, a proposta da ADS na segunda posição e a proposta da recorrente na terceira posição. Estas propostas foram avaliadas à luz dos dois critérios de adjudicação acima indicados no n.º 8. Quanto ao critério da qualidade, as propostas da TASI, da ADS e da recorrente foram classificadas, respetivamente, na primeira, na segunda e na terceira posições. Quanto ao critério do preço, as propostas da ADS, com um preço total de 707 679 174,75 euros, da TASI, com um preço total de 804 127 000,00 euros, e da recorrente, com um preço total de 822 786 000,00 euros, foram classificadas, respetivamente, na primeira, na segunda e na terceira posições.

23 Por carta de 28 de janeiro de 2021, a recorrente pediu à Comissão, em primeiro lugar, que excluísse a ADS do diálogo concorrencial controvertido, em segundo lugar, que alterasse as decisões recorridas, adjudicando-lhe o contrato, em terceiro lugar, que lhe facultasse acesso ao processo completo do diálogo concorrencial controvertido e ao relatório de avaliação e, em quarto lugar, que não assinasse os contratos até que fosse tomada uma decisão sobre as objeções que tinha suscitado. Nessa carta, a recorrente sustentou que a ADS devia ser excluída, dado que, por um lado, violou o princípio do segredo da competição ao envolver o antigo empregado na preparação da sua proposta e que, por outro, a sua proposta era anormalmente baixa.

Pedidos das partes

24 As recorrentes concluem pedindo que o Tribunal Geral se digne:

– anular as decisões recorridas;

– ordenar à Comissão que lhe faculte o acesso ao processo do diálogo concorrencial controvertido;

– condenar a Comissão nas despesas.

25 A Comissão conclui pedindo que o Tribunal Geral se digne:

– julgar o recurso parcialmente inadmissível e parcialmente improcedente;

– condenar as recorrentes nas despesas.

26 A República Italiana e a ADS concluem pedindo que o Tribunal se digne negar provimento ao recurso.

Questão de direito

[*Omissis*]

Quanto ao mérito

[*Omissis*]

Quanto ao primeiro fundamento, relativo à violação dos critérios de exclusão previstos no artigo 136.º do Regulamento Financeiro e dos princípios da igualdade de tratamento e da «concorrência secreta»

[*Omissis*]

– *Quanto à primeira parte do primeiro fundamento, relativa à violação dos critérios de exclusão previstos no artigo 136.º do Regulamento Financeiro*

53 Em primeiro lugar, a recorrente sustenta que a decisão de adjudicação de uma parte do contrato à ADS viola o artigo 136.º e o artigo 167.º, n.º 1, alínea b), do Regulamento Financeiro, uma vez que esta devia ter sido excluída do diálogo concorrencial controvertido.

54 Antes de mais, a recorrente sustenta que a ADS devia ter sido excluída do diálogo concorrencial controvertido com base no artigo 136.º, n.º 1, alínea c), ii) e v), do Regulamento Financeiro, devido, por um lado, à existência de uma presunção de acordo anticoncorrencial ou de cartel tácito entre a ADS e o antigo empregado com vista a falsear a concorrência com a recorrente no âmbito do diálogo concorrencial controvertido e, por outro, ao facto de, ao contratar o antigo empregado, se presumir que a ADS tinha tentado obter informações confidenciais da recorrente, suscetíveis de lhe conferir uma vantagem indevida no diálogo concorrencial controvertido.

55 Seguidamente, a recorrente alega que, na falta de sentença transitada em julgado ou de uma decisão administrativa definitiva, a ADS deveria ter sido excluída com base numa qualificação jurídica preliminar prevista no artigo 136.º, n.º 2, do Regulamento Financeiro. Além disso, sustenta que a Comissão devia ter investigado os factos e obtido informações junto da ADS.

56 Por último, a recorrente sustenta que a ADS devia ter sido excluída com base no artigo 136.º, n.º 4, alínea a), do Regulamento Financeiro, dado que o antigo empregado ocupa na ADS uma função de direção e que se encontrava numa das situações previstas no artigo 136.º, n.º 1, alínea c), do Regulamento Financeiro.

57 A Comissão e as intervenientes contestam estes argumentos.

58 Refira-se, a título preliminar, que o artigo 167.º, n.º 1, alínea b), do Regulamento Financeiro dispõe que os contratos são adjudicados com base em critérios de adjudicação, desde que a entidade adjudicante tenha verificado se o candidato ou o proponente não foi excluído nos termos do artigo 136.º, nem afastado nos termos do artigo 141.º do mesmo regulamento.

59 No que respeita aos critérios de exclusão, resulta do artigo 136.º, n.º 1, do Regulamento Financeiro que «[o] gestor orçamental competente exclui uma pessoa ou uma entidade a que se refere o artigo 135.º, n.º 2, da participação em procedimentos de concessão regidos pelo presente regulamento […], se essa pessoa ou entidade se encontrar em uma ou várias situações de exclusão» previstas no artigo 136.º, n.º 1, alíneas a) a h), desse regulamento. Especialmente, nos termos do artigo 136.º, n.º 1, alínea c), ii) e v), do referido regulamento, «[o] gestor orçamental competente exclui uma pessoa ou uma entidade a que se refere o artigo 135.º, n.º 2, da participação em procedimentos de concessão regidos pelo presente regulamento […] se […] c) [h]ouver confirmação, por decisão judicial transitada em julgado ou por decisão administrativa definitiva, de que a pessoa ou entidade cometeu uma falta grave em matéria profissional […] nomeadamente […], ii) celebração de um acordo com outras pessoas ou entidades com o objetivo de distorcer a concorrência [ou] v) tentativa de obtenção de informações confidenciais suscetíveis de lhe conferir vantagens indevidas no âmbito do procedimento de concessão».

60 Além disso, nos termos do artigo 136.º, n.º 4, alínea a), do Regulamento Financeiro, o gestor orçamental competente exclui a pessoa ou entidade a que se refere o artigo 135.º, n.º 2, caso «[u]ma pessoa singular ou coletiva que seja membro do órgão de administração, de gestão ou de

supervisão da pessoa ou entidade referida no artigo 135.º, n.º 2, ou que tenha poderes de representação, de decisão ou de controlo relativamente a essa pessoa ou entidade, esteja numa ou em várias das situações previstas no n.º 1, alíneas c) a h), do […] artigo [136.º]».

61 Por outro lado, o artigo 136.º, n.º 2, primeiro parágrafo, do Regulamento Financeiro prevê que, «[n]a falta de uma decisão judicial transitada em julgado ou, se aplicável, de uma decisão administrativa definitiva nos casos referidos no n.º 1, alíneas c), d), f), g) e h), do presente artigo […], o gestor orçamental competente exclui uma pessoa ou entidade a que se refere o artigo 135.º, n.º 2, com base numa qualificação jurídica preliminar de uma das condutas a que se referem [as] alíneas [c), d), f), g) e h)], tendo em conta os factos apurados ou outros resultados constantes da recomendação da instância a que se refere o artigo 143.º [desse regulamento]».

62 Resulta, nomeadamente, das disposições acima referidas que uma entidade adjudicante exclui um proponente da participação num procedimento de concurso quando o referido proponente se encontre em uma ou mais situações correspondentes aos três critérios de exclusão acima mencionados nos n.ºs 59 a 61.

63 Assim, o primeiro critério de exclusão, previsto no artigo 136.º, n.º 1, alínea c), ii) e v), conjugado com o artigo 135.º, n.º 2, alínea a), do Regulamento Financeiro, corresponde às situações em que foi determinado por sentença transitada em julgado ou por decisão administrativa definitiva que o proponente cometeu uma falta grave em matéria profissional, ao adotar uma das condutas referidas no artigo 136.º, n.º 1, alínea c), subalíneas ii) e v), do Regulamento Financeiro, a saber, a celebração de um acordo com outras pessoas ou outras entidades a fim de falsear a concorrência ou a tentativa de obtenção de informações confidenciais suscetíveis de lhe conferir vantagens indevidas no âmbito do procedimento de concurso.

64 O segundo critério financeiro de exclusão, previsto no artigo 136.º, n.º 4, alínea a), conjugado com o artigo 135.º, n.º 2, alínea a), e o artigo 136.º, n.º 1, alínea c), ii) e v), do Regulamento Financeiro, corresponde às situações em que ficou assente por sentença transitada em julgado ou por decisão administrativa definitiva que uma pessoa singular ou coletiva, que seja membro do órgão de administração, direção ou fiscalização do proponente ou que tenha poderes de representação, de decisão ou de controlo relativamente ao referido proponente, cometeu uma falta grave em matéria profissional, ao adotar uma das condutas referidas no artigo 136.º, n.º 1, alínea c), subalíneas ii) e v) do Regulamento Financeiro.

65 O terceiro critério de exclusão, previsto no artigo 136.º, n.º 2, primeiro parágrafo, conjugado com o artigo 135.º, n.º 2, alínea a), com o artigo 136.º, n.º 1, alínea c), subalíneas ii) e v), e com o artigo 143.º, n.º 6, alínea a), do Regulamento Financeiro, corresponde às situações em que, na falta de sentença transitada em julgado ou de uma decisão administrativa definitiva, se tenha demonstrado por uma qualificação jurídica preliminar, contida na recomendação da instância referida no artigo 143.º do Regulamento Financeiro (a seguir «instância»), que o proponente cometeu uma falta grave em matéria profissional ao adotar uma das condutas referida no artigo 136.º, n.º 1, alínea c), subalíneas ii) e v), desse regulamento. De acordo com o artigo 135.º, n.º 4, do Regulamento Financeiro, a entidade adjudicante só pode tomar uma decisão de excluir um proponente com base na qualificação preliminar referida no artigo 136.º, n.º 2, depois de ter obtido uma recomendação da instância.

66 No caso, não estão reunidos os pressupostos de aplicação do primeiro critério de exclusão, acima mencionados no n.º 63. Com efeito, é pacífico entre as partes que, no momento do diálogo concorrencial controvertido, não existia nenhuma sentença definitiva nem nenhuma decisão administrativa definitiva, na aceção do artigo 136.º, n.º 1, alínea c), do Regulamento Financeiro, respeitante à ADS.

67 Quanto ao segundo critério de exclusão, resulta das disposições do Regulamento Financeiro acima referidas no n.º 64 que o proponente só pode ser excluído se a falta grave em matéria profissional da pessoa singular ou coletiva que é membro do seu órgão de administração, de direção ou de fiscalização tiver sido demonstrada por sentença transitada em julgado ou por decisão administrativa definitiva.

68 Ora, mesmo admitindo que o ex-empregado pudesse ser considerado membro do órgão de administração, de direção ou de fiscalização da ADS, na aceção do artigo 136.º, n.º 4, alínea a), do Regulamento Financeiro, a existência de uma sentença transitada em julgado ou de uma decisão administrativa definitiva relativa ao antigo empregado não resulta de forma alguma do processo nem foi, de resto, alegada pela recorrente. Com efeito, quanto ao comportamento do antigo empregado, resulta dos autos que a queixa, apresentada pela recorrente contra ele na procuradoria competente do Ministério Público na Alemanha, foi arquivada por Decisão de 10 de dezembro de 2020 e que a «reclamação administrativa» que a recorrente tinha apresentado contra essa decisão de arquivamento foi indeferida por decisão da procuradoria competente do Ministério Público em 1 de março de 2021.

69 Por conseguinte, não está demonstrada no caso presente uma violação do primeiro e segundo critérios de exclusão, acima mencionados nos n.ºs 63 e 64.

70 No que respeita ao terceiro critério de exclusão, há que lembrar que, como acima resulta do n.º 65, um proponente só pode ser excluído de um procedimento de concurso com base numa qualificação jurídica preliminar da sua conduta, tendo em conta os factos ou as conclusões constantes da recomendação emitida pela instância.

71 No caso, é pacífico que a Comissão não recorreu a essa instância. Assim sendo, a questão que se coloca é a de saber se, não o tendo feito, a Comissão incumpriu as suas obrigações decorrentes do artigo 136.º, n.º 2, primeiro parágrafo, e do artigo 143.º do Regulamento Financeiro, em violação do terceiro critério de exclusão.

72 A título preliminar, impõem-se algumas precisões relativamente ao recurso à instância e à qualificação jurídica preliminar com base na qual um proponente pode ser excluído de um procedimento de concurso.

73 Em primeiro lugar, a finalidade subjacente ao recurso à instância para obter uma recomendação que contenha, sendo caso disso, uma qualificação jurídica preliminar da conduta de um proponente com base na qual este possa ser excluído de um processo de concurso é a proteção dos interesses financeiros da União contra condutas que constituam um risco para esses interesses. Com efeito, o artigo 135.º, n.º 1, primeiro parágrafo, do Regulamento Financeiro, dispõe que «[a] fim de proteger os interesses financeiros da União, a Comissão estabelece e gere um sistema de deteção precoce e de exclusão». Segundo o artigo 135.º, n.º 1, segundo parágrafo, do Regulamento Financeiro, este sistema destina-se a facilitar «a) [a] deteção precoce de pessoas

ou entidades a que se refere o n.º 2, que constituam um risco para os interesses financeiros da União» e «b) [a] exclusão de pessoas ou entidades a que se refere o n.º 2, que se encontrem numa das situações de exclusão referidas no artigo 136.º, n.º 1».

74 Em segundo lugar, a qualificação jurídica preliminar pertence exclusivamente à instância, «a fim de assegurar uma apreciação centralizada dessas situações» no âmbito do sistema de deteção precoce e de exclusão, em conformidade com o artigo 135.º, n.º 4, do Regulamento Financeiro.

75 Em terceiro lugar, a qualificação jurídica preliminar incide necessariamente sobre as condutas dos próprios proponentes. Conforme resulta das disposições acima referidas nos n.ºs 61 e 65, a qualificação jurídica preliminar só pode dizer respeito aos factos ou aos resultados a que se refere o artigo 136.º, n.º 1, alíneas c), d), f), g) e h), desse regulamento e, portanto, às condutas das pessoas ou entidades visadas no artigo 135.º, n.º 2, do referido regulamento.

76 Em quarto lugar, a qualificação jurídica preliminar diz respeito a factos e resultados apurados, em substância, no contexto de auditorias ou de inquéritos realizados pelas autoridades competentes da União ou, se for caso disso, dos Estados-Membros. A este respeito, há que lembrar que o artigo 142.º, n.º 2, alíneas b) e c), do Regulamento Financeiro prevê que a deteção rápida dos riscos que ameacem os interesses financeiros da União se baseia na transmissão de informações à Comissão, por exemplo, por um gestor orçamental desta, por um serviço europeu por ela criado ou por uma agência executiva [artigo 142.º, n.º 2, alínea b), do Regulamento Financeiro] ou por uma instituição da União, por um serviço europeu ou por uma agência diferentes dos referidos no artigo 142.º, n.º 2, alínea b), do referido regulamento [artigo 142.º, n.º 2, alínea c), do Regulamento Financeiro] (v., por analogia, Acórdão de 16 de maio de 2019, Transtec/Comissão, T-228/18, EU:T:2019:336, n.º 52).

77 Há que lembrar ainda que o artigo 136.º, n.º 2, quarto parágrafo, do Regulamento Financeiro dispõe o seguinte:

«Os factos e resultados a que se refere o primeiro parágrafo incluem, em especial:

a) Factos apurados no contexto de auditorias ou inquéritos realizados em relação aos Estados-Membros participantes numa cooperação reforçada nos termos do Regulamento (UE) 2017/1939 pela Procuradoria Europeia, pelo Tribunal de Contas, pelo OLAF ou pelo auditor interno, ou de qualquer outra averiguação, auditoria ou controlo efetuados sob a responsabilidade do gestor orçamental competente;

b) Decisões administrativas não definitivas, que podem incluir medidas disciplinares tomadas pelo órgão de supervisão competente responsável pela verificação da aplicação das normas de ética profissional;

c) Factos referidos nas decisões de pessoas e entidades que executam fundos da União nos termos do artigo 62.º, n.º 1, primeiro parágrafo, alínea c);

d) Informações transmitidas nos termos do artigo 142.º, n.º 2, alínea d), pelas entidades que executam fundos da União nos termos do artigo 62.º, n.º 1, primeiro parágrafo, alínea b);

e) Decisões da Comissão relativas à infração do direito da concorrência da União ou de uma autoridade nacional competente relativas à infração do direito da concorrência da União ou nacional.»

78 Em quinto lugar, a entidade adjudicante só deve recorrer à instância referida no artigo 143.º do Regulamento Financeiro quando os factos provados de que dispõe constituam indícios suficientes para estabelecer uma presunção de culpabilidade do proponente. Conforme já declarou o Tribunal Geral, resulta do conjunto das disposições acima referidas que, na falta de sentença transitada em julgado ou de decisão administrativa definitiva relativa a um proponente, a entidade adjudicante deve, quando disponha de indícios suficientes para estabelecer a presunção de que o referido proponente é culpado, nomeadamente, de uma falta grave em matéria profissional, recorrer à instância para que esta emita uma recomendação que contenha, se for caso disso, uma qualificação jurídica preliminar dos factos controvertidos (v., por analogia, Acórdão de 16 de maio de 2019, Transtec/Comissão, T-228/18, EU:T:2019:336, n.º 53).

79 Além disso, refira-se, em primeiro lugar, que o requisito de dispor de indícios suficientes para recorrer à instância é conforme com as finalidades de um sistema que visa, nomeadamente, a deteção rápida e a exclusão dos proponentes cujo comportamento constitua um risco para os interesses financeiros da União (v. n.º 73, *supra*). Em segundo lugar, essa exigência decorre do princípio da boa gestão financeira e desempenho (v. Título II, Capítulo 7 do Regulamento Financeiro), uma vez que evita atrasar um processo de adjudicação sem uma boa razão. Em terceiro lugar, esta exigência é uma consequência do papel da instância, que não está encarregada de investigar, mas deve emitir uma recomendação que contenha, sendo caso disso, uma qualificação jurídica preliminar, relativa a factos e resultados anteriormente apurados no âmbito de auditorias ou inquéritos levados a cabo pelas autoridades competentes, nomeadamente da União (v. n.º 76, *supra*). Em quarto lugar, a exigência de dispor de indícios suficientes resulta do alcance da qualificação jurídica preliminar, dado que esta visa a conduta de um proponente em caso de inexistência de uma sentença transitada em julgado ou de uma decisão definitiva (v. n.º 65, *supra*) e não pode, portanto, basear-se em meras suspeitas.

80 Em face do exposto, há que verificar se, no caso, a Comissão era obrigada a recorrer à instância para que esta emitisse uma recomendação que incluísse, sendo caso disso, uma qualificação jurídica preliminar relativa à conduta da ADS. Assim, há que verificar se a Comissão dispunha de indícios suficientes para presumir que a ADS era culpada de uma falta grave em matéria profissional que ameaçasse os interesses financeiros da União, incluindo, especialmente, a celebração de um acordo com outras pessoas ou outras entidades com vista a falsear a concorrência ou a tentativa de obter informações confidenciais suscetíveis de lhe conferir uma vantagem indevida no diálogo concorrencial controvertido.

81 No caso presente, resulta dos autos e das alegações das partes principais que o único elemento de que a Comissão dispunha relativamente a um alegado comportamento faltoso da ADS era a carta de 23 de dezembro de 2020. Nessa carta, a recorrente pedia, em substância, à Comissão, antes de mais, que suspendesse o diálogo concorrencial controvertido, com fundamento numa «suspeita de violação do segredo dos seus negócios por um empregado da ADS» que, em seu entender, resultava de elementos de facto de que dava conhecimento à Comissão, em seguida, que investigasse a questão e, por último, sendo caso disso, excluísse a ADS do diálogo concorrencial controvertido (v. n.º 15, *supra*).

82 A este respeito, primeiro, há que observar que as alegações que a recorrente formulou na carta de 23 de dezembro de 2020, acima lembradas no n.º 16, não se enquadram nos factos e nos resultados a que se refere o artigo 136.º, n.º 2, quarto parágrafo, alíneas a) a e), do Regulamento Financeiro.

83 Segundo, refira-se que, embora a recorrente tenha mencionado um processo de inquérito em curso nas autoridades nacionais competentes relativamente aos factos em questão, o referido processo dava seguimento a uma queixa da sua parte relativa à alegada violação, pelo seu antigo empregado, e não pela ADS, da legislação da República Federal da Alemanha relativa aos segredos comerciais (v. n.º 16, *supra*).

84 Ora, como acima resulta do n.º 75, a qualificação jurídica preliminar prevista no artigo 136.º, n.º 2, do Regulamento Financeiro e, portanto, o recurso à instância, só pode dizer respeito aos comportamentos dos próprios proponentes. Por conseguinte, o alegado comportamento do antigo empregado mencionado na carta de 23 de dezembro de 2020 não pode constituir um indício suficiente para efeitos de recurso à referida instância.

85 Terceiro, refira-se que a carta de 23 de dezembro de 2020 não foi acompanhada de nenhuma prova capaz de fundamentar as alegações aí feitas.

86 Daqui resulta que as alegações mencionadas na carta de 23 de dezembro de 2020 não podiam ser consideradas factos ou resultados apurados, suscetíveis de constituir indícios suficientes para sustentar uma presunção de culpabilidade da ADS, justificativa do recurso à instância.

87 Neste contexto, há que verificar se a Comissão era, ainda assim, obrigada a investigar as alegações feitas na carta de 23 de dezembro de 2020.

88 A esse respeito, refira-se, por um lado, que, na carta de 23 de dezembro de 2020, a recorrente não mencionava nenhum comportamento próprio da ADS, com exceção do facto de esta ter contratado o seu antigo empregado (v. n.º 16, *supra*). Ora, em princípio, o facto de, no decurso de um processo de concurso, um proponente ter contratado o antigo empregado de outro proponente não constitui, por si só, um indício de um comportamento desse primeiro proponente suscetível de constituir uma falta grave em matéria profissional. Em contrapartida, a participação num concurso público não pode constituir um impedimento do exercício, no decurso do referido procedimento, dos direitos dos proponentes (e dos seus trabalhadores ou antigos trabalhadores) de celebrarem contratos de trabalho ou de praticarem atos de direito do trabalho.

89 Por outro lado, refira-se que, na carta de 23 de dezembro de 2020, a recorrente não mencionava determinados comportamentos da ADS, mas sim do seu antigo empregado. Mais precisamente, mencionava o facto de ter encontrado no computador do seu antigo empregado uma carta de apresentação datada de 21 de junho de 2019, dirigida ao vice-presidente executivo da ADS, na qual o antigo empregado indicava, nomeadamente, que a sua passagem da recorrente para a ADS «p[odia] também alterar as perspetivas e a posição concorrencial da [recorrente] contra a [ADS] com objetivos de aquisição futuros». A recorrente sustentava igualmente, na carta de 23 de dezembro de 2020, que a análise do computador do antigo empregado demonstrava que este podia ter copiado os dados relevantes que tinha recebido no âmbito da preparação da sua proposta para o diálogo concorrencial controvertido, a saber, pormenores e conceitos técnicos, estratégias de propostas, avaliação da competitividade, estratégias de preços e o detalhe dos preços. Nessa mesma carta, a recorrente sustentava igualmente que, desde abril de 2020, ou seja, alguns meses depois de o ter contratado, a ADS tinha nomeado o antigo empregado para liderar a entidade contratada no diálogo concorrencial controvertido, a saber, a «Head of Space Systems Germany», na qual desempenhava as mesmas funções que anteriormente tinha ocupado na recorrente.

90 Não se pode deixar de observar que, com estas alegações, a recorrente alegava, em substância, que o seu antigo empregado tinha violado o segredo dos seus negócios, uma vez que tinha obtido ilegalmente informações sensíveis suas, suscetíveis de conferir à ADS uma vantagem indevida no diálogo concorrencial controvertido (v. n.º 16, *supra*).

91 Contudo, tal violação, admitindo-a demonstrada, não constitui, de qualquer forma, o indício de uma conduta da própria ADS e não é, portanto, suscetível de demonstrar uma presunção de culpabilidade desta.

92 Além disso, há que observar que, na carta de 23 de dezembro de 2020, a recorrente não apresentou nenhum argumento concreto destinado a demonstrar que a ADS tinha obtido, nomeadamente por intermédio do antigo empregado, qualquer informação sensível e a tinha utilizado no âmbito do diálogo concorrencial controvertido. Em contrapartida, na referida carta, a recorrente limitou-se a alegar que a ADS podia ter obtido informações sensíveis, suscetíveis de lhe conferir uma vantagem indevida no âmbito do diálogo concorrencial controvertido. Esta alegação vaga e hipotética não pode constituir um indício suficiente, na aceção da jurisprudência acima recordada no n.º 78.

93 Com efeito, a carta de 23 de dezembro de 2020 não continha nenhum elemento concreto que permitisse identificar alegadas informações sensíveis da recorrente, suscetíveis de terem sido obtidas pelo antigo empregado, transmitidas à ADS e por esta utilizadas no âmbito do diálogo concorrencial controvertido, conferindo-lhe assim uma vantagem indevida. Na referida carta, a recorrente limitava-se a mencionar que o antigo empregado estava envolvido na «estratégia» da parte técnica e na «estratégia» relativa ao preço e ao cálculo do preço da sua proposta. Estas alegações demasiado genéricas não fornecem nenhuma indicação concreta que permita identificar as alegadas informações sensíveis que possam estar em causa.

94 Especialmente, em nenhum momento a recorrente menciona, na carta de 23 de dezembro de 2020, qualquer elemento técnico da sua proposta que tivesse sido transmitido pelo seu antigo empregado à ADS e tivesse sido indevidamente utilizado por esta no diálogo concorrencial controvertido. Do mesmo modo, a «estratégia» do preço da proposta da recorrente de que o antigo empregado teria conhecimento não é de modo algum precisada na referida carta.

95 Refira-se ainda que resultava da carta de 23 de dezembro de 2020 que o antigo empregado tinha abandonado a recorrente pouco tempo depois da apresentação da sua proposta revista no âmbito da segunda fase do diálogo concorrencial controvertido. Assim, o antigo empregado não podia, em todo o caso, ter informações sobre o diálogo que ocorreu entre a recorrente e a ESA na terceira fase nem sobre o conteúdo da proposta final da recorrente, que foi apresentada em outubro de 2020, ou seja, quase um ano após o antigo empregado ter abandonado a recorrente (v. n.ºs 13 e 16, *supra*). Além disso, como resulta dos autos e das respostas da Comissão às perguntas que lhe foram colocadas pelo Tribunal na audiência, as «condições do concurso para o convite à apresentação da proposta final», que foram enviadas aos concorrentes em agosto de 2020 (v. n.º 13, *supra*), continham alterações em relação às anteriores «Condições do concurso para o convite para apresentação de propostas revistas». Especialmente, o prazo de entrega dos satélites foi reduzido em quase um ano, o prazo para a entidade adjudicante exercer a opção pela aquisição de outros satélites além do número inicial (v. n.º 7, *supra*) foi prorrogado por 14 meses e a qualificação de certos satélites para um lançamento único ou um lançamento duplo foi alterada. Tais modificações não podem, pela sua própria natureza, deixar de ter impacto nas condições técnicas e financeiras apresentadas pelos proponentes nas suas propostas finais.

96 Resulta do exposto que a Comissão não era obrigada a investigar as alegações contidas na carta de 23 de dezembro de 2020, uma vez que estas, admitindo-as fundadas, não eram suscetíveis de constituir indícios suficientes para estabelecer uma presunção de culpabilidade da ADS que justificasse o recurso à instância.

97 Estas apreciações não são postas em causa pelo argumento da recorrente de que a ESA só pediu à ADS informações sobre o antigo empregado em 29 de janeiro de 2021, ou seja, posteriormente às decisões recorridas. Com efeito, além do facto de esse pedido ter sido feito na sequência de uma segunda carta da recorrente, datada de 28 de janeiro de 2021 (v. n.º 23, *supra*), e, portanto, ela própria posterior às decisões recorridas, não deixa de ser verdade que o facto de terem sido pedidas informações à ADS posteriormente à adoção das decisões recorridas é irrelevante para a legalidade destas, tendo em conta a inexistência de uma obrigação de recorrer à instância (v. n.º 86, *supra*) e o facto de as alegações da recorrente não dizerem respeito a um domínio submetido aos poderes de inquérito das instituições, agências ou órgãos da União (v. n.º 96, *supra*).

98 Além disso, há que observar, como faz a Comissão, que a recorrente só a informou das suas suspeitas na carta de 23 de dezembro de 2020, quando tinha ordenado a análise do computador do antigo empregado logo em novembro de 2019, como admite na petição, e que tinha apresentado às autoridades alemãs competentes uma queixa contra o antigo empregado logo em março de 2020 (v. n.º 16, *supra*). Durante esse período, ou seja, de novembro de 2019 a dezembro de 2020, o diálogo concorrencial controvertido evoluiu da sua segunda fase para a sua terceira fase, que teve início em agosto de 2020, tendo a recorrente apresentado a sua proposta final em outubro de 2020 (v. n.º 13, *supra*). Este comportamento da recorrente indica que ela própria não considerou, pelo menos durante um longo período e mesmo quando apresentou a sua proposta final, que o comportamento suspeito do antigo empregado era suscetível de trazer à ADS uma vantagem indevida no âmbito do diálogo concorrencial controvertido.

99 Resulta do exposto que a Comissão não violou a sua obrigação de recorrer à instância nem, *a fortiori*, o terceiro critério de exclusão acima mencionado no n.º 65.

100 Deve, portanto, ser julgada improcedente a primeira parte do primeiro fundamento.

[*Omissis*]

Quanto ao segundo fundamento, relativo à violação da obrigação de análise das propostas anormalmente baixas

113 A recorrente sustenta, em substância, que a Comissão violou o anexo I, capítulo 1, secção 2, pontos 23.1 e 23.2, do Regulamento Financeiro, dado que não seguiu as duas etapas aí previstas para garantir que a proposta final da ADS não era anormalmente baixa, quando existiam indícios nesse sentido. Com efeito, entende que a proposta final da ADS tem um preço consideravelmente inferior aos preços das propostas finais da TASI e da recorrente e, portanto, a Comissão não se podia limitar a indicar que essa proposta não lhe parecia anormalmente baixa.

114 A Comissão e as intervenientes contestam estes argumentos.

115 Nos termos do Anexo I, capítulo 1, secção 2, ponto 23.1, primeiro parágrafo, do Regulamento Financeiro, se, em relação a um determinado contrato, o preço ou os custos constantes da proposta se afigurarem anormalmente baixos, a entidade adjudicante solicita por escrito os esclarecimentos que entender necessários sobre os elementos constitutivos do preço ou os custos

e concede ao proponente a oportunidade de apresentar as suas observações. Nos termos do anexo I, capítulo 1, secção 2, ponto 23.2, do referido regulamento, a entidade adjudicante só pode rejeitar a proposta quando os meios de prova fornecidos não permitirem explicar satisfatoriamente os baixos preços ou custos propostos.

116 Resulta destas disposições que a apreciação, pela entidade adjudicante, da existência de propostas anormalmente baixas é efetuada em duas fases (v., por analogia, Acórdão de 4 de julho de 2017, European Dynamics Luxembourg e o./Agência Ferroviária da União Europeia, T-392/15, EU:T:2017:462, n.º 87).

117 Numa primeira fase, a entidade adjudicante deve apreciar se as propostas apresentadas «se afigur[a]m» anormalmente baixas (v. ponto 23.1, da Secção 2, do Capítulo I, do Anexo I do Regulamento Financeiro). A utilização do verbo «afigurar» no Regulamento Financeiro implica que a entidade adjudicante proceda a uma apreciação *prima facie* do caráter anormalmente baixo de uma proposta. Assim sendo, o Regulamento Financeiro não exige à entidade adjudicante que proceda oficiosamente a uma análise detalhada da composição de cada proposta para determinar se não constitui uma proposta anormalmente baixa. Assim, num primeiro momento, a entidade adjudicante só tem de determinar se as propostas apresentadas contêm algum indício suscetível de despertar suspeitas de que possam ser anormalmente baixas (v., por analogia, Acórdão de 4 de julho de 2017, European Dynamics Luxembourg e o./Agência Ferroviária da União Europeia, T-392/15, EU:T:2017:462, n.º 88).

118 Num segundo momento, se existirem indícios suscetíveis de despertar suspeitas de que uma proposta possa ser anormalmente baixa, a entidade adjudicante deve proceder, numa segunda fase, à verificação da composição da proposta para ter a certeza de que esta não é anormalmente baixa. Quando a entidade adjudicante procede a essa verificação, tem a obrigação de dar ao proponente da referida proposta a possibilidade de expor as razões pelas quais considera que a sua proposta não é anormalmente baixa. Seguidamente, a entidade adjudicante deve avaliar as explicações fornecidas e determinar se a proposta em questão apresenta um caráter anormalmente baixo, caso em que tem a obrigação de a rejeitar (v., por analogia, Acórdão de 4 de julho de 2017, European Dynamics Luxembourg e o./Agência Ferroviária da União Europeia, T-392/15, EU:T:2017:462, n.º 89).

119 O conceito de «proposta anormalmente baixa» não é definido no Regulamento Financeiro. No entanto, resulta da jurisprudência que o caráter anormalmente baixo de uma proposta deve ser apreciado face à composição da proposta e à prestação em causa [v., por analogia, Acórdão de 16 de maio de 2019, Transtec/Comissão, T-228/18, EU:T:2019:336 (não publicado), n.º 69 e jurisprudência referida].

120 Além disso, resulta da jurisprudência que podem existir indícios suscetíveis de despertar suspeitas de que uma proposta pode ser anormalmente baixa se se afigurar incerto, por um lado, que uma proposta respeita a legislação do país em que os serviços devem ser executados, em matéria de remuneração do pessoal, de contribuição para o regime de segurança social, de respeito das normas de segurança e de saúde no trabalho e de venda com prejuízo e, por outro, que o preço proposto integra todos os custos induzidos pelos aspetos técnicos da proposta. Isto vale também quando o preço indicado numa proposta apresentada é consideravelmente inferior ao das outras propostas apresentadas ou ao preço habitual do mercado [v. Acórdão de 16 de maio de 2019, Transtec/Comissão, T-228/18, EU:T:2019:336, n.º 72 (não publicado) e jurisprudência referida].

121 A recorrente alega que a diferença entre o preço da proposta final da ADS e os preços das propostas finais dos outros proponentes constituía um indício suscetível de despertar suspeitas de que a proposta da ADS podia ser anormalmente baixa, o que deveria ter levado a Comissão a verificar a composição dessa proposta, a fim de se certificar de que esta não era anormalmente baixa.

122 No caso, resulta dos autos que a Comissão selecionou a proposta da ADS com base na classificação das propostas, efetuada pelo comité de avaliação (v. n.º 17, *supra*). Assim, tendo a proposta da ADS sido selecionada, daí resulta, implícita mas necessariamente, que a Comissão considerou, à semelhança do comité de avaliação, que não existiam indícios de que a referida proposta era anormalmente baixa e que, por conseguinte, não era útil pedir esclarecimentos sobre a composição dessa proposta. Esta apreciação não é posta em causa pelos argumentos da recorrente.

123 Em primeiro lugar, é verdade que existe uma diferença entre o preço da proposta da ADS e o das propostas da TASI e da recorrente, que é, respetivamente, de 11,99 % e de 13,9 %, ou seja, entre 707 679 174,75 euros e, respetivamente, 804 127 000 euros e 822 786 000 euros. Contudo, já foi decidido no sentido de que o simples facto de o preço da proposta do proponente selecionado ser mais baixo do que o da proposta de outro proponente não era, em si mesmo, suscetível de demonstrar o caráter anormalmente baixo da proposta do proponente selecionado. Com efeito, uma proposta pode ser mais barata do que outra sem ser por isso anormalmente baixa (v. Acórdão de 26 de janeiro de 2017, TV1/Comissão, T-700/14, não publicado, EU:T:2017:35, n.º 58 e jurisprudência referida).

124 É precisamente o que acontece no caso presente. A diferença entre o preço da proposta final da ADS e das outras propostas apresentadas não pode constituir, por si só, um indício do caráter anormalmente baixo da proposta da ADS, tendo em conta as especificidades do mercado em causa.

125 Com efeito, por um lado, importa recordar que o procedimento de concurso foi lançado na forma de diálogo concorrencial, uma vez que a Comissão já tinha identificado e definido as suas necessidades, mas não tinha ainda definido os meios precisos mais adequados para lhes dar resposta (v. n.º 6, *supra*). Por conseguinte, os preços das propostas estavam em grande parte dependentes das diferentes soluções e meios técnicos propostos por cada proponente e, portanto, dos respetivos custos.

126 Por outro lado, o diálogo concorrencial controvertido visava a aquisição de produtos para os quais não existia um preço de mercado. Como reconheceram as partes principais na audiência em resposta a uma questão que lhes foi colocada pelo Tribunal Geral, decorre das características particulares dos satélites que estes não são bens para os quais pode ser encontrado um preço-padrão ou um preço de mercado. Acresce que, no caso, estava em causa o fornecimento de satélites com características avançadas para assegurar a transição da primeira para a segunda geração de satélites Galileo (v. n.º 7, *supra*) e, portanto, de satélites para os quais ainda não podia existir um preço de mercado.

127 Em segundo lugar, há que observar que, além da diferença de preço, a recorrente não apresenta nenhum argumento concreto em apoio da sua alegação de que a proposta da ADS se deveria ter afigurado anormalmente baixa. Não invoca, nomeadamente, uma eventual inobservância da

legislação do país em que os serviços deviam ser executados ou a não inclusão no preço proposto pela ADS de todos os custos induzidos pelos aspetos técnicos da sua proposta. De qualquer forma, refira-se que os elementos que resultam dos autos não corroboram a alegação da recorrente.

128 Com efeito, há que lembrar que a adjudicação do contrato se baseava na proposta economicamente mais vantajosa, para a qual o critério do preço era ponderado em 35 %, ao passo que o critério da qualidade era ponderado em 65 % (v. n.º 8, *supra*). Ora, a proposta final da ADS teve melhor classificação do que a da recorrente, tanto à luz do critério do preço como do critério da qualidade (v. n.º 22, *supra*).

129 Além disso, resulta dos documentos descritivos do diálogo concorrencial controvertido, que contêm as condições aplicáveis em cada uma das suas três fases (v. n.ºs 10, 12 e 13, *supra*), que as propostas deviam conter uma proposta financeira correspondente à proposta técnica, bem como elementos financeiros detalhados, nomeadamente orçamentos financeiros separados.

130 A este respeito, resulta dos autos que não foi suscitada nenhuma dúvida, no comité de avaliação, relativamente à avaliação da proposta da ADS à luz do quarto subcritério do critério da qualidade, relativo ao caráter apropriado da gestão, do cálculo dos custos e da planificação da execução dos trabalhos propostos (v. n.º 8, *supra*). Em contrapartida, resulta da carta de 19 de janeiro de 2021 e da telecópia de 22 de janeiro de 2021, acima referidas nos n.ºs 18 e 21, que, quanto a este subcritério, a proposta da ADS foi classificada em segundo lugar.

131 Além disso, resulta da resposta escrita da Comissão de 29 de outubro de 2022 a uma questão colocada pelo Tribunal Geral no âmbito das medidas de organização do processo de 17 de outubro de 2022 e do documento anexo a essa resposta, sobre os quais a recorrente apresentou as suas observações na audiência, que os elementos financeiros das propostas dos proponentes foram apresentados por estes na forma de ficheiros tipo. Em primeiro lugar, esses ficheiros foram examinados, na comissão de avaliação, com o auxílio de um *software* denominado «ESA Costing Software (ECOS)», concebido para a apreciação global dos elementos do preço nas propostas. Seguidamente, no que respeita, nomeadamente, à proposta final da ADS, foi elaborado um quadro recapitulativo com base na análise do referido programa informático, contendo esse quadro 21 subcategorias de elementos do preço, nomeadamente os custos da mão de obra e de diversos elementos técnicos, bem como uma margem de lucro. Por último, os elementos financeiros das propostas apresentadas, incluindo os da proposta final da ADS, foram avaliados por um subpainel do comité de avaliação, com 14 membros, que estava encarregado de avaliar o quarto subcritério acima referido.

132 Por conseguinte, no caso, não foi demonstrada a existência de indícios suscetíveis de despertar a suspeita da Comissão de que a proposta da ADS podia ser anormalmente baixa. Assim, a Comissão não era obrigada a proceder a uma verificação, na aceção da jurisprudência acima lembrada no n.º 118, da composição da proposta da ADS para se certificar de que esta não era anormalmente baixa.

133 Assim, contrariamente ao que alega a recorrente, a Comissão não violou as suas obrigações relativas à análise das propostas anormalmente baixas.

134 Por outro lado, na audiência, a recorrente referiu que, com o seu argumento de que a Comissão não se podia limitar a indicar que a proposta da ADS não se lhe afigurava anormalmente baixa, pretendia alegar falta de fundamentação.

135 No entanto, há que observar que a recorrente não apresenta nenhum argumento autónomo em apoio dessa alegada falta de fundamentação, limitando-se a criticar a Comissão por não ter efetuado uma verificação da existência de propostas anormalmente baixas, questão que não pertence a uma alegação de preterição de formalidades essenciais, especialmente de falta de fundamentação das decisões recorridas, mas sim ao mérito dessas decisões. Ora, como acima resulta do n.º 132, essa alegação de a Comissão ter violado as suas obrigações relativas ao exame das propostas anormalmente baixas não pode ser acolhida.

136 O segundo fundamento deve, portanto, ser julgado improcedente.

[*Omissis*]

Quanto ao quarto fundamento, relativo à violação da obrigação de a Comissão adotar uma decisão autónoma quanto à adjudicação do contrato

216 A recorrente sustenta, em substância, que a Comissão não cumpriu a sua obrigação de adotar uma decisão autónoma quanto à adjudicação do contrato, limitando-se a confirmar os resultados que figuram no relatório de avaliação. Entende que a responsabilidade do programa Galileo, imposta à Comissão pelo artigo 12.º, n.º 1, do Regulamento n.º 1285/2013, gera uma obrigação sua de adotar uma decisão autónoma quanto à adjudicação do contrato no âmbito do diálogo concorrencial controvertido. Além disso, os acordos de delegação celebrados entre a Comissão e a ESA em aplicação do artigo 15.º do referido regulamento não podem limitar ou alterar essa responsabilidade da Comissão. Entende ainda que a Comissão não está vinculada pela proposta constante do relatório de avaliação, devendo examinar por si própria as propostas dos proponentes, tanto mais que, no caso presente, existem indícios de uma apreciação errada por parte do comité de avaliação, o que deveria ter levado a Comissão a efetuar um controlo atento do referido relatório.

217 A Comissão, apoiada pela ADS, e a República Italiana contestam estes argumentos.

218 Em primeiro lugar, há que rejeitar desde logo o argumento da recorrente relativo às responsabilidades da Comissão no âmbito do programa Galileo.

219 É certo que a Comissão assume a responsabilidade geral do programa Galileo e que, para a fase de implantação desse programa, deve celebrar um acordo de delegação com a ESA que especifique as tarefas desta última, nomeadamente no que respeita à adjudicação dos contratos relativos ao sistema. Foi precisamente no âmbito do acordo de delegação que foi celebrado entre a Comissão e a ESA que esta, agindo em nome e por conta da Comissão, estava encarregada de organizar o diálogo concorrencial controvertido, ao passo que a Comissão continuava a ser a entidade adjudicante (v. n.os 4 e 5, *supra*).

220 Contudo, contrariamente ao que parece alegar a recorrente, a responsabilidade do programa Galileo não pode alterar, ou mesmo aumentar, as obrigações da Comissão enquanto entidade adjudicante, que continuam a ser as previstas, em geral, no Título VII do Regulamento Financeiro e, especialmente, no que respeita aos contratos públicos celebrados no âmbito da implantação do programa Galileo, no Capítulo V do Regulamento n.º 1285/2013.

221 Em segundo lugar e de qualquer forma, há que rejeitar o argumento da recorrente relativo à alegada violação de uma obrigação de adotar uma decisão autónoma por parte da Comissão relativamente à adjudicação do contrato.

222 Refira-se, antes de mais, que, nos termos do artigo 150.º, n.os 1 e 2, do Regulamento Financeiro, as propostas apresentadas no âmbito de um concurso são avaliadas por um comité de avaliação nomeado pela entidade adjudicante. Além disso, a entidade adjudicante só pode derrogar a nomeação de uma comissão de avaliação nos casos previstos no artigo 168.º, n.º 5, do mesmo regulamento. Seguidamente, resulta do Anexo I, capítulo 1, secção 2, ponto 30.1, do referido regulamento que os resultados da avaliação efetuada pelo comité de avaliação são apresentados num relatório de avaliação que contém a proposta de adjudicação do contrato. Por último, a entidade adjudicante toma a sua decisão mediante a aprovação do relatório de avaliação, ou, se for caso disso, apresentando os motivos para não seguir a recomendação formulada no relatório de avaliação, ou, se for caso disso, apresentando as razões pelas quais decidiu não adjudicar o contrato, em conformidade com o anexo I, capítulo 1, secção 2, ponto 30.3, do referido regulamento.

223 Daí resulta que, por um lado, nos casos em que um comité de avaliação foi nomeado pela entidade adjudicante, é a esse comité que compete proceder à avaliação das propostas apresentadas. Por outro lado, embora seja verdade que a entidade adjudicante não está vinculada pelo relatório de avaliação, não é menos verdade que, nos casos em que a entidade adjudicante decide seguir a proposta de adjudicação formulada no referido relatório, a sua decisão de adjudicação pode basear-se nesse relatório.

224 No caso, há que observar que as propostas finais dos proponentes foram avaliadas por uma comissão de avaliação, composta por representantes da ESA, pela GSA e pela Comissão, que apresentou os resultados da sua avaliação num relatório de avaliação, com base no qual a Comissão adotou as decisões recorridas (v. n.os 14 e 17, *supra*). Além disso, como esclarece a Comissão, sem impugnação da recorrente, esse comité era composto por um grupo de cerca de 70 pessoas com experiência e qualificações adequadas em relação ao objeto do contrato.

225 Por conseguinte, o facto de as decisões recorridas terem sido fundamentadas por remissão para o relatório de avaliação, tendo a Comissão feito sua a opinião do comité de avaliação encarregado de avaliar as propostas apresentadas, nada retira ao facto de terem sido adotadas, de forma autónoma, pela Comissão, na qualidade de entidade adjudicante.

[*Omissis*]

Pelos fundamentos expostos,

O TRIBUNAL GERAL (Sexta Secção)

decide:

1) Nega-se provimento ao recurso.

2) A OHB System AG suportará as suas próprias despesas e as despesas da Comissão Europeia, incluindo as despesas relativas ao processo de medidas provisórias.

3) A República Italiana e a Airbus Defence and Space GmbH suportarão as respetivas despesas.

Costeira Kancheva Zilgalvis

Proferido em audiência pública no Luxemburgo, em 26 de abril de 2023.

Assinaturas