Raccolta della giurisprudenza

SENTENZA DEL TRIBUNALE (Sesta Sezione)

26 aprile 2023 *

«Appalti pubblici di servizi – Procedura di gara – Dialogo competitivo – Fornitura di satelliti di transizione Galileo – Rigetto dell'offerta di un offerente – Criteri di esclusione – Grave illecito professionale di un offerente – Mancanza di sentenza definitiva o di decisione amministrativa definitiva – Ricorso al comitato di cui all'articolo 143 del regolamento finanziario – Parità di trattamento – Offerta anormalmente bassa – Errore manifesto di valutazione»

Nella causa T-54/21,

OHB System AG, con sede in Brema (Germania), rappresentata da W. Würfel e F. Hausmann, avvocati,

ricorrente,

contro

Commissione europea, rappresentata da G. Wilms, L. André, J. Estrada de Solà e L. Mantl, in qualità di agenti,

convenuta,

sostenuta da

Repubblica italiana, rappresentata da G. Palmieri, in qualità di agente, assistita da P. Gentili e G. Santini, avvocati dello Stato,

e da

Airbus Defence and Space GmbH, con sede in Taufkirchen (Germania), rappresentata da P.-E. Partsch, F. Dewald e C.-E. Seestädt, avvocati,

intervenienti,

IL TRIBUNALE (Sesta Sezione),

composto da M.J. Costeira (relatrice), presidente, M. Kancheva e P. Zilgalvis, giudici,

cancelliere: P. Cullen, amministratore

* Lingua processuale: il tedesco.

vista l'ordinanza del 26 maggio 2021, OHB System/Commissione (T-54/21 R, non pubblicata, EU:T:2021:292),

vista la fase scritta del procedimento, in particolare:

– l'ordinanza del 30 giugno 2021, OHB System/Commissione (T-54/21, non pubblicata),

– l'ordinanza del 2 dicembre 2021, OHB System/Commissione (T-54/21 R, non pubblicata, EU:T:2021:878),

– le misure di organizzazione del procedimento del 17 ottobre 2022 e la risposta della Commissione depositata presso la cancelleria del Tribunale il 29 ottobre 2022,

in seguito all'udienza del 17 novembre 2022,

ha pronunciato la seguente

Sentenza [1]

1 Con il suo ricorso fondato sull'articolo 263 TFUE, la OHB System AG, ricorrente, chiede l'annullamento delle decisioni della Commissione europea, comunicate alla ricorrente con lettera del 19 e con telefax del 22 gennaio 2021, di non accogliere la sua offerta, presentata nell'ambito della gara d'appalto sotto forma di dialogo competitivo 2018/S 091-206089 relativa alla fornitura di satelliti di transizione Galileo, nonché di aggiudicare l'appalto ad altri due offerenti (in prosieguo: le «decisioni impugnate»).

Fatti

2 La ricorrente è una società di diritto tedesco avente come scopo lo sviluppo e l'attuazione di sistemi e progetti spaziali innovativi nonché la commercializzazione di specifici prodotti aeronautici, spaziali e telematici, compresi i satelliti geostatici e di bassa quota.

3 Ai sensi del considerando 2 e dell'articolo 2, paragrafi 1 e 2, del regolamento (UE) n. 1285/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2013, relativo all'attuazione e all'esercizio dei sistemi europei di radionavigazione via satellite e che abroga il regolamento (CE) n. 876/2002 del Consiglio e il regolamento (CE) n. 683/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio (GU 2013, L 347, pag. 1), il programma Galileo mira ad istituire e a gestire un sistema europeo di radionavigazione e di posizionamento via satellite, specificamente concepito a fini civili, comprendente una costellazione di satelliti e una rete globale di stazioni di terra.

4 Ai sensi dell'articolo 12, paragrafo 1, del regolamento n. 1285/2013, la Commissione detiene la responsabilità generale del programma Galileo e, conformemente all'articolo 15, paragrafo 1, del medesimo regolamento, per la fase di dispiegamento di tale programma, essa deve stipulare un accordo di delega con l'Agenzia spaziale europea (ESA), che precisa i compiti di quest'ultima, in particolare per quanto riguarda l'aggiudicazione degli appalti del sistema.

[1] Sono riprodotti soltanto i punti della presente sentenza la cui pubblicazione è ritenuta utile dal Tribunale.

5 Nell'ambito dell'accordo di delega concluso tra la Commissione e l'ESA per la fase di dispiegamento del programma Galileo, l'ESA è incaricata di organizzare le procedure di appalto pubblico relative a tale programma e la Commissione rimane l'amministrazione aggiudicatrice.

6 Con bando di gara del 15 maggio 2018, pubblicato nel Supplemento della *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea* del 15 maggio 2018 (GU 2018/S 091-206089) e sul sito Internet «emits.esa.int», l'ESA, agendo in nome e per conto della Commissione, ha indetto una gara d'appalto relativa alla fornitura di satelliti di transizione Galileo, sotto forma di dialogo competitivo (in prosieguo: il «dialogo competitivo controverso»). La gara è stata indetta sotto tale forma in quanto la Commissione aveva già individuato e definito le sue esigenze, ma non aveva ancora definito i mezzi precisi più adeguati per rispondervi.

7 Il dialogo competitivo controverso verteva sull'acquisizione di un numero iniziale di quattro (che poteva giungere fino a dodici) satelliti di transizione Galileo con caratteristiche evolute per assicurare il passaggio dalla prima generazione alla seconda generazione di satelliti Galileo. È stato deciso di ricorrere a diverse fonti di approvvigionamento, conformemente all'articolo 19, lettera d), del regolamento n. 1285/2013, in forza del quale avrebbero potuto essere selezionati due aggiudicatari e due contratti avrebbero potuto essere firmati per la fornitura in parallelo di un numero stimato di due satelliti per ciascuno.

8 L'aggiudicazione dell'appalto si fondava sull'offerta economicamente più vantaggiosa, in funzione di due criteri di aggiudicazione, quello del prezzo, ponderato al 35%, e quello della qualità, ponderato globalmente al 65%. Il criterio della qualità era suddiviso in cinque sottocriteri. Il primo sottocriterio, ponderato al 10%, era relativo all'adeguatezza e alla pertinenza delle risorse umane e tecniche e degli impianti proposti dall'offerente quanto alla soluzione tecnica e programmatica descritta nell'offerta. Il secondo sottocriterio, ponderato al 25%, era relativo alla comprensione dei requisiti e degli obiettivi, anche nel settore della sicurezza, alla qualificazione e al grado di maturità del progetto proposto, all'adeguatezza, alla qualità e alla solidità del progetto proposto e al rispetto delle condizioni tecniche. Il terzo sottocriterio, ponderato al 30%, era relativo alla qualità e all'adeguatezza del programma di lavoro, al rispetto del capitolato d'oneri, all'adeguatezza della pianificazione tecnica nonché all'approccio in materia di test e di prove, all'esame dei rischi e alle proposte di riduzione dei rischi, compresa la diversificazione tecnologica. Il quarto sottocriterio, ponderato al 25%, era relativo all'adeguatezza della gestione, del calcolo dei costi e della pianificazione dell'esecuzione dei lavori. Il quinto sottocriterio, ponderato al 10%, era relativo al rispetto delle condizioni previste dal bando di gara e dal contratto.

9 Il dialogo competitivo controverso si è svolto in tre fasi. Le prime due fasi si sono svolte conformemente alle disposizioni del regolamento n. 1285/2013 nonché del regolamento (UE, Euratom) n. 966/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2012, che stabilisce le regole finanziarie applicabili al bilancio generale dell'Unione e che abroga il regolamento (CE, Euratom) n. 1605/2002 del Consiglio (GU 2012, L 298, pag. 1), e del regolamento delegato (UE) n. 1268/2012 della Commissione, del 29 ottobre 2012, recante le modalità di applicazione del regolamento n. 966/2012 (GU 2012, L 362, pag. 1). La terza fase si è svolta conformemente alle disposizioni del regolamento n. 1285/2013 nonché del regolamento (UE, Euratom) 2018/1046 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 18 luglio 2018, che stabilisce le regole finanziarie applicabili al bilancio generale dell'Unione, che modifica i regolamenti (UE) n. 1296/2013, (UE) n. 1301/2013, (UE) n. 1303/2013, (UE) n. 1304/2013, (UE) n. 1309/2013, (UE) n. 1316/2013, (UE) n. 223/2014, (UE) n. 283/2014 e la decisione n. 541/2014/UE e abroga il regolamento n. 966/2012 (GU 2018, L 193, pag. 1; in prosieguo: il «regolamento finanziario»).

10 La prima fase del dialogo competitivo controverso è iniziata nel maggio 2018 con la pubblicazione, da parte dell'ESA, di un «invito a presentare una domanda di partecipazione».

11 Alla luce delle richieste di partecipazione pervenute, l'ESA ha selezionato tre offerenti, ossia la ricorrente, l'Airbus Defence and Space GmbH (in prosieguo: l'«ADS») e la Thales Alenia Space Italia (in prosieguo: la «TASI») (in prosieguo, congiuntamente: le «offerenti»).

12 La seconda fase è iniziata nel luglio 2018 e mirava all'individuazione e alla definizione dei mezzi idonei a soddisfare al meglio le esigenze dell'amministrazione aggiudicatrice. In un primo momento, l'ESA ha invitato le offerenti a presentare un «offerta preliminare» e ha inviato loro, in particolare, le «condizioni speciali del bando di gara per l'invito a presentare un'offerta preliminare». In un secondo momento, dopo un periodo di dialogo, l'ESA ha invitato le offerenti a presentare un'«offerta rivista» e ha inviato loro, in particolare, le «condizioni del bando di gara per l'invito a presentare un'offerta rivista». Il 26 settembre 2018, la ricorrente ha depositato la sua offerta preliminare e, l'11 ottobre 2019, ha depositato la sua offerta rivista.

13 La terza fase è iniziata nell'agosto 2020 e, a seguito di un altro periodo di dialogo, l'ESA ha invitato le offerenti a presentare la loro «offerta finale» e ha inviato loro, in particolare, le «condizioni del bando di gara per l'invito a presentare l'offerta finale». L'11 ottobre 2020 la ricorrente ha depositato la sua offerta finale.

14 Tra l'ottobre e il dicembre 2020, le offerte finali delle offerenti sono state valutate da un comitato di valutazione, composto da rappresentanti dell'ESA, dell'Agenzia per il sistema globale di navigazione satellitare (GNSS) europeo (GSA) e della Commissione, il quale ha presentato i risultati della valutazione in una relazione di valutazione (in prosieguo: la «relazione di valutazione»).

15 Con lettera del 23 dicembre 2020, inviata alla Commissione con in copia l'ESA in particolare (in prosieguo: la «lettera del 23 dicembre 2020»), la ricorrente ha chiesto, in sostanza, alla Commissione, anzitutto, di sospendere il dialogo competitivo controverso, a causa di un «sospetto di violazione del segreto commerciale da parte di un dipendente dell'ADS», poi, di indagare sulla questione e, infine, se del caso, di escludere l'ADS dal dialogo competitivo controverso.

16 In tale lettera, la ricorrente informava la Commissione, in sostanza, di quanto segue: in primo luogo, il sig. [*riservato*] [2] (in prosieguo: l'«ex dipendente») aveva lavorato per la ricorrente dal 22 dicembre 2016 fino alla fine del mese di novembre 2019 e, in qualità di direttore generale amministrativo, aveva avuto un ampio accesso ai dati del progetto e aveva partecipato alla preparazione dell'offerta presentata dalla ricorrente nell'ambito del dialogo competitivo controverso. In particolare, egli era stato coinvolto nella «strategia» della parte tecnica della sua offerta nonché nella «strategia» riguardante il prezzo e il calcolo del prezzo. In secondo luogo, l' 11 novembre 2019, in seguito ad una domanda dell'ex dipendente in tal senso, quest'ultimo e la ricorrente avevano sottoscritto la risoluzione anticipata del suo contratto di lavoro. In terzo luogo, nel dicembre 2019, l'ADS aveva assunto l'ex dipendente e, nel 2020, egli aveva occupato un posto presso l'ADS che lo poneva in capo al dipartimento incaricato dell'offerta presentata da quest'ultima nell'ambito del dialogo competitivo controverso. Inoltre, esistevano indizi secondo i quali l'ex dipendente aveva ottenuto informazioni sensibili dalla ricorrente, idonee a conferire all'ADS vantaggi indebiti nell'ambito del dialogo competitivo controverso. In quarto luogo, la

[2] Dati riservati omessi.

ricorrente aveva ordinato un'analisi del computer che l'ex dipendente aveva utilizzato presso la sua impresa, in quanto tale analisi aveva condotto a documenti che dimostravano che, anzitutto, egli aveva intenzione di cambiare datore di lavoro dal giugno 2019, poi, nell'ambito delle trattative aventi ad oggetto la sua assunzione da parte dell'ADS, aveva in particolare indicato a quest'ultima che, assumendolo, essa avrebbe avuto vantaggi in progetti in cui era in concorrenza con la ricorrente e, infine, vi erano indizi che dimostravano che l'ex dipendente aveva copiato file riservati della ricorrente. In quinto luogo, le circostanze summenzionate erano oggetto di un'indagine penale condotta dalla procura competente in Germania, a seguito di una denuncia presentata, nel marzo 2020, dalla ricorrente contro l'ex dipendente.

17 Sulla base della relazione di valutazione, la Commissione ha deciso di non accogliere l'offerta della ricorrente e di accogliere le offerte della TASI e dell'ADS. Le decisioni impugnate sono state comunicate alla ricorrente dall'ESA con lettera del 19 gennaio 2021 e con telefax del 22 gennaio 2021.

18 Con lettera del 19 gennaio 2021, l'ESA ha informato la ricorrente della decisione di non accogliere la sua offerta in quanto non era l'offerta economicamente più vantaggiosa. In allegato a tale lettera, essa le ha inviato un estratto della valutazione, ad opera del comitato di valutazione, della sua offerta finale alla luce dei cinque sottocriteri del criterio della qualità.

19 Successivamente, la ricorrente ha chiesto all'ESA, con telefax del 20 gennaio 2021, di comunicarle le informazioni degli offerenti prescelti, le caratteristiche e i vantaggi relativi delle loro offerte, il prezzo totale utilizzato per stabilire la graduatoria nonché la valutazione dettagliata della propria offerta.

20 Con lettera del 20 gennaio 2021, la Commissione, riferendosi alla lettera del 23 dicembre 2020, ha informato la ricorrente che, in primo luogo, non vi erano motivi sufficienti per giustificare una sospensione del dialogo competitivo controverso in tale fase, in secondo luogo, le allegazioni di appropriazione illecita dei segreti commerciali della ricorrente erano già oggetto di un'indagine da parte delle autorità nazionali, sulle cui conclusioni essa poteva fondarsi e adottare misure supplementari, se necessario, e, in terzo luogo, dette allegazioni non erano comprovate con una sentenza definitiva o una decisione amministrativa definitiva, a norma dell'articolo 136, paragrafo 1, del regolamento finanziario, e dunque non si ravvisavano motivi per escludere l'ADS dal dialogo competitivo controverso.

21 Con telefax del 22 gennaio 2021, l'ESA ha comunicato alla ricorrente il nome degli offerenti prescelti, vale a dire la TASI e l'ADS, il prezzo totale e la graduatoria finale delle loro offerte, nonché la graduatoria di queste ultime secondo i cinque sottocriteri del criterio della qualità. In allegato a tale lettera, l'ESA ha inviato alla ricorrente i risultati dettagliati della valutazione della sua offerta alla luce dei cinque sottocriteri del criterio della qualità.

22 Le offerte degli offerenti sono state classificate come segue: l'offerta della TASI al primo posto, l'offerta dell'ADS al secondo posto e l'offerta della ricorrente al terzo posto. Tali offerte sono state valutate alla luce dei due criteri di aggiudicazione indicati al precedente punto 8. Per quanto riguarda il criterio della qualità, le offerte della TASI, dell'ADS e della ricorrente sono state classificate, rispettivamente, al primo, al secondo e al terzo posto. Per quanto riguarda il criterio del prezzo, le offerte dell'ADS, con un prezzo totale di EUR 707 679 174,75, della TASI, con un prezzo totale di EUR 804 127 000,00, e della ricorrente, con un prezzo totale di EUR 822 786 000,00, sono state classificate, rispettivamente, al primo, secondo e terzo posto.

23 Con lettera del 28 gennaio 2021, la ricorrente ha chiesto alla Commissione, in primo luogo, di escludere l'ADS dal dialogo competitivo controverso, in secondo luogo, di modificare le decisioni impugnate aggiudicandole l'appalto, in terzo luogo, di concederle l'accesso al fascicolo completo del dialogo competitivo controverso e alla relazione di valutazione e, in quarto luogo, di non firmare i contratti fino all'adozione di una decisione sulle obiezioni da lei sollevate. In tale lettera, la ricorrente sosteneva che l'ADS doveva essere esclusa, poiché, da un lato, essa aveva violato il principio del segreto della competizione coinvolgendo l'ex dipendente nella preparazione della sua offerta e, dall'altro, la sua offerta era anormalmente bassa.

Conclusioni delle parti

24 La ricorrente chiede che il Tribunale voglia:

– annullare le decisioni impugnate;

– ingiungere alla Commissione di concederle l'accesso al fascicolo del dialogo competitivo controverso;

– condannare la Commissione alle spese.

25 La Commissione chiede che il Tribunale voglia:

– respingere il ricorso in quanto in parte irricevibile e in parte infondato;

– condannare la ricorrente alle spese.

26 La Repubblica italiana e l'ADS chiedono che il Tribunale voglia respingere il ricorso.

In diritto

[*omissis*]

Nel merito

[*omissis*]

Sul primo motivo, vertente sulla violazione dei criteri di esclusione previsti dall'articolo 136 del regolamento finanziario nonché dei principi di parità di trattamento e di «concorrenza segreta»

[*omissis*]

– Sulla prima parte del primo motivo, vertente sulla violazione dei criteri di esclusione previsti dall'articolo 136 del regolamento finanziario

53 In primo luogo, la ricorrente sostiene che la decisione di aggiudicazione di una parte dell'appalto all'ADS viola l'articolo 136 e l'articolo 167, paragrafo 1, lettera b), del regolamento finanziario, in quanto quest'ultima avrebbe dovuto essere esclusa dal dialogo competitivo controverso.

54 Anzitutto, la ricorrente sostiene che l'ADS avrebbe dovuto essere esclusa dal dialogo competitivo controverso sulla base dell'articolo 136, paragrafo 1, lettera c), ii) e v), del regolamento finanziario, a causa, da un lato, dell'esistenza di una presunzione di accordo anticoncorrenziale o di intesa tacita tra l'ADS e l'ex dipendente al fine di provocare distorsioni della concorrenza con la ricorrente nell'ambito del dialogo competitivo controverso e, dall'altro, del fatto che, assumendo l'ex dipendente, si presume che l'ADS avesse tentato di ottenere informazioni riservate della ricorrente, atte a conferirle vantaggi indebiti nell'ambito del dialogo competitivo controverso.

55 La ricorrente fa poi valere che, in mancanza di una sentenza definitiva o di una decisione amministrativa definitiva, l'ADS avrebbe dovuto essere esclusa sulla base di una qualificazione giuridica preliminare prevista dall'articolo 136, paragrafo 2, del regolamento finanziario. Inoltre, essa sostiene che la Commissione avrebbe dovuto indagare sui fatti e ottenere informazioni dall'ADS.

56 Infine, la ricorrente sostiene che l'ADS avrebbe dovuto essere esclusa sulla base dell'articolo 136, paragrafo 4, lettera a), del regolamento finanziario, dato che l'ex dipendente svolgerebbe presso l'ADS una funzione dirigenziale e si troverebbe in una delle situazioni di cui all'articolo 136, paragrafo 1, lettera c), del regolamento finanziario.

57 La Commissione e le intervenienti contestano tali argomenti.

58 In via preliminare, occorre rilevare che l'articolo 167, paragrafo 1, lettera b), del regolamento finanziario prevede che gli appalti siano aggiudicati sulla base di criteri di aggiudicazione, a condizione che l'amministrazione aggiudicatrice abbia verificato che il candidato o l'offerente non sia stato escluso in applicazione dell'articolo 136, né respinto in applicazione dell'articolo 141 del medesimo regolamento.

59 Per quanto riguarda i criteri di esclusione, dall'articolo 136, paragrafo 1, del regolamento finanziario risulta che «[l]'ordinatore responsabile esclude una persona o un'entità di cui all'articolo 135, paragrafo 2, dalla partecipazione alle procedure di aggiudicazione o di attribuzione disciplinate dal presente regolamento (…) ove tale persona o entità si trovi in una o più delle seguenti situazioni che danno luogo a esclusione» previste all'articolo 136, paragrafo 1, lettere da a) a h), di tale regolamento. In particolare, ai sensi dell'articolo 136, paragrafo 1, lettera c), ii) e v), del predetto regolamento, «[l]'ordinatore responsabile esclude una persona o un'entità di cui all'articolo 135, paragrafo 2, dalla partecipazione alle procedure di aggiudicazione o di attribuzione disciplinate dal presente regolamento (…) ove (…) c) è stato accertato da una sentenza definitiva o decisione amministrativa definitiva che la persona o l'entità si è resa colpevole di gravi illeciti professionali (…) ii) per aver concluso accordi con altre persone o entità allo scopo di provocare distorsioni della concorrenza», [o] v) per aver tentato di ottenere informazioni riservate che potessero conferirle vantaggi indebiti nell'ambito della procedura di aggiudicazione o di attribuzione».

60 Inoltre, ai sensi dell'articolo 136, paragrafo 4, lettera a), del regolamento finanziario, l'ordinatore responsabile esclude la persona o l'entità di cui all'articolo 135, paragrafo 2, nel caso in cui «una persona fisica o giuridica che è membro dell'organo di amministrazione, di direzione o di vigilanza della persona o entità di cui all'articolo 135, paragrafo 2, o che ha poteri di rappresentanza, di decisione o di controllo nei confronti di tale persona o entità, si trovi in una o più delle situazioni di cui al paragrafo 1, lettere da c) a h), [dell'articolo 136]».

61 Per di più, l'articolo 136, paragrafo 2, primo comma, del regolamento finanziario prevede che, «[i]n mancanza di una sentenza definitiva o, se del caso, di una decisione amministrativa definitiva nei casi di cui al paragrafo 1, lettere c), d), f), g) e h), [del presente articolo], l'ordinatore responsabile esclude la persona o l'entità di cui all'articolo 135, paragrafo 2, in base a una qualificazione giuridica preliminare delle condotte di cui a dette lettere [c), d), f), g) e h)], tenuto conto dei fatti accertati o di altre risultanze figuranti nella raccomandazione del comitato di cui all'articolo 143 [di tale regolamento]».

62 Risulta in particolare dalle disposizioni summenzionate che un'amministrazione aggiudicatrice esclude un offerente dalla partecipazione ad una procedura di gara qualora detto offerente si trovi in una o più situazioni corrispondenti ai tre criteri di esclusione menzionati ai precedenti punti da 59 a 61.

63 Pertanto, il primo criterio di esclusione, previsto all'articolo 136, paragrafo 1, lettera c), ii) e v), in combinato disposto con l'articolo 135, paragrafo 2, lettera a), del regolamento finanziario, corrisponde alle situazioni in cui è stato accertato con sentenza definitiva o con decisione amministrativa definitiva che l'offerente si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tenendo una delle condotte di cui all'articolo 136, paragrafo 1, lettere c), ii) e v), del regolamento finanziario, vale a dire la conclusione di un accordo con altre persone o entità allo scopo di provocare distorsioni della concorrenza o il tentativo di ottenere informazioni riservate che potessero conferirgli vantaggi indebiti nell'ambito della procedura di gara.

64 Il secondo criterio di esclusione, previsto all'articolo 136, paragrafo 4, lettera a), in combinato disposto con l'articolo 135, paragrafo 2, lettera a), e con l'articolo 136, paragrafo 1, lettera c), punti ii) e v), del regolamento finanziario, corrisponde alle situazioni in cui è stato accertato con sentenza definitiva o decisione amministrativa definitiva che una persona fisica o giuridica, che è membro dell'organo di amministrazione, di direzione o di vigilanza dell'offerente o che dispone di poteri di rappresentanza, di decisione o di controllo nei confronti di detto offerente, ha commesso gravi illeciti professionali tenendo una delle condotte di cui all'articolo 136, paragrafo 1, lettera c), ii) e v), del regolamento finanziario.

65 Il terzo criterio di esclusione, previsto dall'articolo 136, paragrafo 2, primo comma, in combinato disposto con l'articolo 135, paragrafo 2, lettera a), con l'articolo 136, paragrafo 1, lettera c), ii) e v), e con l'articolo 143, paragrafo 6, lettera a), del regolamento finanziario, corrisponde alle situazioni in cui, in mancanza di una sentenza definitiva o di una decisione amministrativa definitiva, sia stato accertato in base a una qualificazione giuridica preliminare, contenuta nella raccomandazione del comitato di cui all'articolo 143 del regolamento finanziario (in prosieguo: il «comitato»), che l'offerente ha commesso gravi illeciti professionali, tenendo una delle condotte di cui all'articolo 136, paragrafo 1, lettera c), ii) e v), del suddetto regolamento. Conformemente all'articolo 135, paragrafo 4, del regolamento finanziario, l'amministrazione aggiudicatrice può decidere di escludere un offerente sulla base di una qualificazione preliminare di cui all'articolo 136, paragrafo 2, solo dopo aver ottenuto una raccomandazione del comitato.

66 Nel caso di specie, le condizioni di applicazione del primo criterio di esclusione, menzionate al precedente punto 63, non sono soddisfatte. Infatti, è pacifico tra le parti che, al momento del dialogo competitivo controverso, non esisteva alcuna sentenza definitiva, né alcuna decisione amministrativa definitiva, ai sensi dell'articolo 136, paragrafo 1, lettera c), del regolamento finanziario, riguardante l'ADS.

67 Per quanto riguarda il secondo criterio di esclusione, dalle disposizioni del regolamento finanziario menzionate al precedente punto 64 risulta che l'offerente può essere escluso solo se i gravi illeciti professionali della persona fisica o giuridica che è membro del suo organo di amministrazione, di direzione o di vigilanza sono stati accertati con sentenza definitiva o con decisione amministrativa definitiva.

68 Orbene, anche supponendo che l'ex dipendente possa essere considerato un membro dell'organo di amministrazione, di direzione o di vigilanza dell'ADS, ai sensi dell'articolo 136, paragrafo 4, lettera a), del regolamento finanziario, l'esistenza di una sentenza definitiva o di una decisione amministrativa definitiva riguardante l'ex dipendente non risulta in alcun modo dal fascicolo e non è stata peraltro dedotta dalla ricorrente. Infatti, per quanto riguarda il comportamento dell'ex dipendente, dal fascicolo risulta che la denuncia, presentata dalla ricorrente contro quest'ultimo dinanzi alla procura competente in Germania, è stata archiviata con decisione del 10 dicembre 2020 e che il «reclamo amministrativo» che la ricorrente aveva presentato avverso tale decisione di archiviazione è stato respinto con decisione della procura competente il 1º marzo 2021.

69 Pertanto, una violazione del primo e del secondo criterio di esclusione, menzionati ai precedenti punti 63 e 64, non è dimostrata nel caso di specie.

70 Per quanto riguarda il terzo criterio di esclusione, occorre ricordare che, come emerge dal precedente punto 65, un offerente può essere escluso da una procedura di gara solo sulla base di una qualificazione giuridica preliminare della sua condotta, tenuto conto dei fatti accertati o delle risultanze figuranti nella raccomandazione emessa dal comitato.

71 Nel caso di specie, è pacifico che la Commissione non ha adito tale comitato. Ciò premesso, si pone la questione se, non avendolo fatto, la Commissione sia venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza dell'articolo 136, paragrafo 2, primo comma, e dell'articolo 143 del regolamento finanziario, in violazione del terzo criterio di esclusione.

72 In via preliminare, si impongono alcune precisazioni in merito al ricorso al comitato e alla qualificazione giuridica preliminare sulla base della quale un offerente può essere escluso da una procedura di gara.

73 In primo luogo, la finalità sottesa al ricorso al comitato al fine di ottenere una raccomandazione contenente, se del caso, una qualificazione giuridica preliminare della condotta di un offerente sulla cui base quest'ultimo può essere escluso da una procedura di gara è la tutela degli interessi finanziari dell'Unione contro condotte che costituiscono un rischio per tali interessi. L'articolo 135, paragrafo 1, primo comma, del regolamento finanziario dell'Unione dispone infatti che «[a]l fine di tutelare gli interessi finanziari dell'Unione, la Commissione istituisce e gestisce un sistema di individuazione precoce e di esclusione». Ai sensi dell'articolo 135, paragrafo 1, secondo comma, del regolamento finanziario, l'obiettivo di tale sistema è quello di facilitare, in particolare, «a) l'individuazione precoce delle persone o entità di cui al paragrafo 2 che rappresentano un rischio per gli interessi finanziari dell'Unione» e «b) l'esclusione delle persone o entità di cui al paragrafo 2 che si trovano in una delle situazioni che danno luogo a esclusione di cui all'articolo 136, paragrafo 1».

74 In secondo luogo, la qualificazione giuridica preliminare spetta esclusivamente al comitato, e ciò «al fine di garantire una valutazione centralizzata di dette situazioni» nell'ambito del sistema di individuazione precoce e di esclusione, conformemente all'articolo 135, paragrafo 4, del regolamento finanziario.

75 In terzo luogo, la qualificazione giuridica preliminare riguarda necessariamente le condotte degli offerenti stessi. Come risulta dalle disposizioni menzionate ai precedenti punti 61 e 65, la qualificazione giuridica preliminare può riguardare soltanto i fatti accertati o le risultanze di cui all'articolo 136, paragrafo 1, lettere c), d), f), g) e h), di tale regolamento e, pertanto, solo le condotte delle persone o entità di cui all'articolo 135, paragrafo 2, del regolamento in parola.

76 In quarto luogo, la qualificazione giuridica preliminare verte su fatti accertati o risultanze ottenute, in sostanza, nell'ambito di audit o indagini condotte dalle autorità competenti dell'Unione o, se del caso, degli Stati membri. A tal riguardo, occorre ricordare che l'articolo 142, paragrafo 2, lettere b) e c), del regolamento finanziario prevede che l'individuazione precoce dei rischi che minacciano gli interessi finanziari dell'Unione si basa sulla trasmissione di informazioni alla Commissione, in particolare da parte di un ordinatore di quest'ultima, di un ufficio europeo istituito dalla stessa o da un'agenzia esecutiva [articolo 142, paragrafo 2, lettera b), del regolamento finanziario] o da parte di un'istituzione dell'Unione, di un ufficio europeo o di un'agenzia diversi da quelli di cui all'articolo 142, paragrafo 2, lettera b), di detto regolamento [articolo 142, paragrafo 2, lettera c), del regolamento finanziario] (v., per analogia, sentenza del 16 maggio 2019, Transtec/Commissione, T-228/18, EU:T:2019:336, punto 52).

77 Occorre altresì ricordare che l'articolo 136, paragrafo 2, quarto comma, del regolamento finanziario dispone quanto segue:

«I fatti e le risultanze di cui al primo comma includono, in particolare:

a) fatti accertati nel contesto di audit o indagini svolti dall'EPPO rispetto a quegli Stati membri che partecipano a una cooperazione rafforzata ai sensi del regolamento (UE) 2017/1939, dalla Corte dei conti, dall'OLAF o dal revisore interno, o di altre verifiche, audit o controlli effettuati sotto la responsabilità dell'ordinatore;

b) decisioni amministrative non definitive che possono includere misure disciplinari adottate dall'organo di vigilanza competente responsabile della verifica dell'applicazione dei principi di deontologia professionale;

c) | fatti contenuti in decisioni di persone ed entità che eseguono i fondi dell'Unione a norma dell'articolo 62, paragrafo 1, primo comma, lettera c);

d) informazioni trasmesse in conformità dell'articolo 142, paragrafo 2, lettera d), da entità che eseguono i fondi dell'Unione a norma dell'articolo 62, paragrafo 1, primo comma, lettera b);

e) decisioni della Commissione concernenti la violazione del diritto dell'Unione in materia di concorrenza o decisioni di un'autorità nazionale competente concernenti la violazione del diritto dell'Unione o nazionale in materia di concorrenza».

78 In quinto luogo, l'amministrazione aggiudicatrice deve adire il comitato di cui all'articolo 143 del regolamento finanziario solo qualora i fatti accertati di cui dispone costituiscano indizi sufficienti a stabilire una presunzione di colpevolezza dell'offerente. Come già dichiarato dal Tribunale,

dall'insieme delle disposizioni summenzionate risulta che, in mancanza di una sentenza definitiva o di una decisione amministrativa definitiva riguardante un offerente, l'amministrazione aggiudicatrice, qualora disponga di indizi sufficienti a stabilire una presunzione che detto offerente sia colpevole, in particolare, di gravi illeciti professionali, deve adire il comitato affinché quest'ultimo emetta una raccomandazione contenente, se del caso, una qualificazione giuridica preliminare dei fatti controversi (v., per analogia, sentenza del 16 maggio 2019, Transtec/Commissione, T-228/18, EU:T:2019:336, punto 53).

79 Inoltre, in primo luogo, occorre rilevare che il requisito di disporre di indizi sufficienti per adire il comitato è conforme alle finalità di un sistema che mira, in particolare, alla individuazione precoce e all'esclusione degli offerenti il cui comportamento costituisce un rischio per gli interessi finanziari dell'Unione (v. punto 73 supra). In secondo luogo, tale requisito deriva dal principio della sana gestione finanziaria e performance (v. titolo II, capo 7, del regolamento finanziario), in quanto evita di ritardare una procedura di appalto senza valido motivo. In terzo luogo, tale requisito è una conseguenza del ruolo del comitato, il quale non è incaricato di indagare, ma deve emettere una raccomandazione contenente, se del caso, una qualificazione giuridica preliminare, vertente su fatti accertati e risultanze ottenute precedentemente nell'ambito di audit o indagini condotte dalle autorità competenti, in particolare dell'Unione (v. punto 76 supra). In quarto luogo, il requisito di disporre di indizi sufficienti emerge dalla portata della qualificazione giuridica preliminare, nei limiti in cui quest'ultima riguarda la condotta di un offerente in caso di mancanza di una sentenza definitiva o decisione definitiva (v. punto 65 supra) e non può dunque fondarsi su meri sospetti.

80 Tenuto conto di tutto quanto precede, occorre verificare se, nella specie, la Commissione fosse tenuta ad adire il comitato affinché questi emettesse una raccomandazione contenente, se del caso, una qualificazione giuridica preliminare riguardante la condotta dell'ADS. Occorre quindi verificare se la Commissione disponesse di indizi sufficienti a far presumere che l'ADS fosse colpevole di gravi illeciti professionali che minacciavano gli interessi finanziari dell'Unione, compresa, in particolare, la conclusione di un accordo con altre persone o altre entità al fine di provocare distorsioni della concorrenza o il tentativo di ottenere informazioni riservate idonee a conferirle vantaggi indebiti nell'ambito del dialogo competitivo controverso.

81 Nel caso di specie, dal fascicolo e dalle difese orali delle parti principali si evince che l'unico elemento di cui disponeva la Commissione in merito a un presunto comportamento illecito dell'ADS era la lettera del 23 dicembre 2020. Con tale lettera, la ricorrente chiedeva, in sostanza, alla Commissione, anzitutto, di sospendere il dialogo competitivo controverso, a causa di un «sospetto di violazione del segreto commerciale da parte di un dipendente dell'ADS» che risultava, a suo avviso, da elementi di fatto che essa portava a conoscenza della Commissione, poi, di indagare sulla questione e, infine, se del caso, di escludere l'ADS dal dialogo competitivo controverso (v. punto 15 supra).

82 A tal riguardo, in primo luogo, va osservato che le allegazioni formulate dalla ricorrente nella lettera del 23 dicembre 2020, richiamate al precedente punto 16, non rientrano tra i fatti e le risultanze di cui all'articolo 136, paragrafo 2, quarto comma, lettere da a) a e), del regolamento finanziario.

83 In secondo luogo, occorre rilevare che, sebbene la ricorrente abbia menzionato un procedimento d'indagine in corso dinanzi alle autorità nazionali competenti in merito ai fatti in questione, detto procedimento faceva seguito ad una denuncia da parte sua riguardante l'asserita violazione, da parte del suo ex dipendente e non dell'ADS, della legislazione della Repubblica federale di Germania relativa ai segreti commerciali (v. punto 16 supra).

84 Orbene, come risulta dal precedente punto 75, la qualificazione giuridica preliminare prevista dall'articolo 136, paragrafo 2, del regolamento finanziario, e quindi il ricorso al comitato, può riguardare solo le condotte degli offerenti stessi. Pertanto, l'asserito comportamento dell'ex dipendente menzionato nella lettera del 23 dicembre 2020 non può costituire un indizio sufficiente ai fini del ricorso a detto comitato.

85 In terzo luogo, occorre rilevare che la lettera del 23 dicembre 2020 non era accompagnata da alcun elemento di prova idoneo a suffragare le allegazioni ivi contenute.

86 Ne consegue che le allegazioni contenute nella lettera del 23 dicembre 2020 non potevano essere considerate fatti o risultanze idonei a costituire indizi sufficienti a suffragare una presunzione di colpevolezza dell'ADS, che giustificassero il ricorso al comitato.

87 In tale contesto, occorre verificare se la Commissione fosse tuttavia tenuta ad indagare sulle allegazioni contenute nella lettera del 23 dicembre 2020.

88 A tal riguardo, da un lato, occorre rilevare che, nella lettera del 23 dicembre 2020, la ricorrente non menzionava alcun comportamento proprio dell'ADS, salvo il fatto che quest'ultima aveva assunto il suo ex dipendente (v. punto 16 supra). Orbene, in linea di principio, il fatto che, nel corso di una procedura di gara, un offerente abbia assunto l'ex dipendente di un altro offerente non costituisce, di per sé, un indizio di un comportamento di tale primo offerente tale da costituire un grave illecito professionale. Per contro, la partecipazione ad una procedura di gara non può costituire un impedimento all'esercizio, nel corso di detta procedura, dei diritti degli offerenti (e dei loro dipendenti o ex dipendenti) di concludere contratti di lavoro o di praticare atti rientranti nel diritto del lavoro.

89 D'altro lato, occorre rilevare che, nella lettera del 23 dicembre 2020, la ricorrente menzionava determinati comportamenti non dell'ADS, bensì del suo ex dipendente. Più precisamente, essa menzionava il fatto di aver ritrovato sul computer del suo ex dipendente una lettera di motivazione datata 21 giugno 2019, indirizzata al vicepresidente esecutivo dell'ADS, nella quale l'ex dipendente indicava in particolare che il suo passaggio dalla ricorrente all'ADS «p[oteva] anche modificare le prospettive e la posizione concorrenziale [della ricorrente] contro [l'ADS] in futuri obiettivi di acquisizione». La ricorrente sosteneva altresì, nella lettera del 23 dicembre 2020, che l'analisi del computer dell'ex dipendente dimostrava che quest'ultimo poteva aver copiato i dati rilevanti che aveva ricevuto nell'ambito della preparazione della sua offerta per il dialogo competitivo controverso, vale a dire dettagli e concetti tecnici, strategie di offerta, valutazione della competitività, delle strategie di prezzo e il dettaglio dei prezzi. Nella medesima lettera, la ricorrente sosteneva altresì che, sin dall'aprile 2020, ossia qualche mese dopo averlo assunto, l'ADS aveva nominato l'ex dipendente a capo dell'entità impegnata nel dialogo competitivo controverso, ossia la «Head of Space Systems Germany», all'intero della quale egli svolgeva le medesime funzioni che aveva precedentemente svolto presso di lei.

90 È giocoforza constatare che, con tali allegazioni, la ricorrente faceva valere, in sostanza, che il suo ex dipendente aveva violato il segreto commerciale in quanto aveva illegittimamente ottenuto da essa informazioni sensibili, idonee ad apportare all'ADS vantaggi indebiti nell'ambito del dialogo competitivo controverso (v. punto 16 supra).

91 Tuttavia, una siffatta violazione, anche supponendola dimostrata, non costituirebbe, in ogni caso, l'indizio di una condotta dell'ADS stessa e non sarebbe quindi idonea a stabilire una presunzione di colpevolezza di quest'ultima.

92 Inoltre, occorre constatare che, nella lettera del 23 dicembre 2020, la ricorrente non deduceva alcun argomento concreto volto a dimostrare che l'ADS avesse ottenuto, in particolare tramite l'ex dipendente, una qualsiasi informazione sensibile e l'avesse utilizzata nell'ambito del dialogo competitivo controverso. Per contro, in detta lettera, la ricorrente si limitava ad affermare che l'ADS avrebbe potuto da lei ottenere informazioni sensibili, idonee a conferirle vantaggi indebiti nell'ambito del dialogo competitivo controverso (v. punto 16 supra). Tale affermazione vaga ed ipotetica non può costituire un indizio sufficiente, ai sensi della giurisprudenza richiamata al precedente punto 78.

93 Infatti, la lettera del 23 dicembre 2020 non conteneva alcun elemento concreto che consentisse di individuare presunte informazioni sensibili della ricorrente, che potessero essere state ottenute dall'ex dipendente, trasmesse all'ADS e utilizzate da quest'ultima nell'ambito del dialogo competitivo controverso, conferendole così vantaggi indebiti. In detta lettera, la ricorrente si limitava a menzionare che l'ex dipendente era stato coinvolto nella «strategia» della parte tecnica e nella «strategia» riguardante il prezzo e il calcolo del prezzo della sua offerta. Tali affermazioni troppo generiche non forniscono alcuna indicazione concreta che consenta di individuare le presunte informazioni sensibili di cui potrebbe essere questione.

94 In particolare, la ricorrente non menziona mai, nella lettera del 23 dicembre 2020, un qualsiasi elemento tecnico della sua offerta che sarebbe stato trasmesso dal suo ex dipendente all'ADS e sarebbe stato indebitamente utilizzato da quest'ultima nel dialogo competitivo controverso. Allo stesso modo, la «strategia» del prezzo dell'offerta della ricorrente di cui l'ex dipendente sarebbe a conoscenza non è affatto precisata in detta lettera.

95 Inoltre, occorre rilevare che dalla lettera del 23 dicembre 2020 risultava che l'ex dipendente aveva lasciato la ricorrente poco tempo dopo il deposito della sua offerta rivista nell'ambito della seconda fase del dialogo competitivo controverso. Pertanto, l'ex dipendente non era in ogni caso in grado di avere informazioni sul dialogo avvenuto tra la ricorrente e l'ESA durante la terza fase, né sul contenuto dell'offerta finale della ricorrente, che è stata presentata nell'ottobre 2020, vale a dire quasi un anno dopo che l'ex dipendente aveva lasciato la ricorrente (v. punti 13 e 16 supra). Per giunta, come emerge dal fascicolo e dalle risposte della Commissione a quesiti postile dal Tribunale in udienza, le «condizioni del bando di gara per l'invito a presentare l'offerta finale», che sono state inviate agli offerenti nell'agosto 2020 (v. punto 13 supra), contenevano modifiche rispetto alle precedenti «Condizioni del bando di gara per l'invito a presentare un'offerta rivista». In particolare, il termine di consegna dei satelliti è stato abbreviato di quasi un anno, il termine per l'esercizio, da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, dell'opzione per l'acquisizione di altre satelliti in aggiunta al numero iniziale (v. punto 7 supra) è stato prorogato di quattordici mesi e la qualificazione di determinati satelliti per un lancio unico o un lancio duplice è stata modificata. Modifiche del genere non possono, per loro natura, essere prive di incidenza sulle condizioni tecniche e finanziarie presentate dagli offerenti nelle loro offerte finali.

96 Da quanto precede emerge che la Commissione non era tenuta ad indagare sulle allegazioni contenute nella lettera del 23 dicembre 2020 in quanto esse, anche supponendole comprovate, non erano tali da costituire indizi sufficienti a stabilire una presunzione di colpevolezza dell'ADS che giustificasse il ricorso al comitato.

97 Tali valutazioni non sono rimesse in discussione dall'argomento della ricorrente secondo cui l'ESA ha chiesto all'ADS informazioni sull'ex dipendente solo il 29 gennaio 2021, ossia successivamente alle decisioni impugnate. Invero, oltre al fatto che tale richiesta è stata formulata a seguito di una seconda lettera della ricorrente, datata 28 gennaio 2021 (v. punto 23 supra), e, quindi, essa stessa successiva alle decisioni impugnate, resta comunque che la circostanza che tali informazioni siano state richieste dall'ADS dopo l'adozione delle decisioni impugnate non incide sulla loro legittimità, stante l'inesistenza di un obbligo di adire il comitato (v. punto 86 supra) e stante il fatto che le allegazioni della ricorrente non riguardavano un settore soggetto ai poteri di indagine delle istituzioni, delle agenzie o degli organi dell'Unione (v. punto 96 supra).

98 Inoltre, occorre constatare, al pari della Commissione, che la ricorrente ha informato quest'ultima dei suoi sospetti solo nella lettera del 23 dicembre 2020, mentre aveva ordinato l'analisi del computer dell'ex dipendente sin dal mese di novembre 2019, come ammette nel ricorso, e aveva sporto, presso le autorità tedesche competenti, una denuncia contro l'ex dipendente sin dal mese di marzo 2020 (v. punto 16 supra). Durante tale periodo, vale a dire dal novembre 2019 al dicembre 2020, il dialogo competitivo controverso si è evoluto dalla sua seconda fase alla sua terza fase, iniziata nell'agosto 2020, e la ricorrente ha presentato la sua offerta finale nell'ottobre 2020 (v. punto 13 supra). Tale comportamento della ricorrente indica che essa stessa non ha ritenuto, almeno per un ampio periodo e anche al momento della presentazione della sua offerta finale, che il comportamento sospettato dell'ex dipendente potesse conferire all'ADS vantaggi indebiti nell'ambito del dialogo competitivo controverso.

99 Da tutto quanto precede risulta che la Commissione non ha violato il suo obbligo di adire il comitato né, a fortiori, il terzo criterio di esclusione menzionato al precedente punto 65.

100 La prima parte del primo motivo va dunque respinta in quanto infondata.

[*omissis*]

Sul secondo motivo, vertente sulla violazione dell'obbligo di esame delle offerte anormalmente basse

113 La ricorrente deduce, in sostanza, che la Commissione ha violato l'allegato I, capo 1, sezione 2, punti 23.1 e 23.2, del regolamento finanziario, in quanto non ha seguito le due tappe ivi previste per assicurarsi che l'offerta finale dell'ADS non fosse anormalmente bassa, sebbene vi fossero indizi in tal senso. Infatti, l'offerta finale dell'ADS avrebbe un prezzo notevolmente inferiore ai prezzi delle offerte finali della TASI e della ricorrente e, pertanto, la Commissione non potrebbe limitarsi ad indicare che tale offerta non le sembrava anormalmente bassa.

114 La Commissione e le intervenienti contestano tali argomenti.

115 Ai sensi dell'allegato I, capo 1, sezione 2, punto 23.1, primo comma, del regolamento finanziario, se, per un determinato appalto, il prezzo o i costi proposti nell'offerta appaiono anormalmente bassi, l'amministrazione aggiudicatrice richiede per iscritto le precisazioni ritenute pertinenti in merito agli elementi costitutivi del prezzo o dei costi e dà all'offerente la possibilità di presentare

le proprie osservazioni. Ai sensi dell'allegato I, capo 1, sezione 2, punto 23.2, di detto regolamento, l'amministrazione aggiudicatrice respinge l'offerta solo se gli elementi di prova forniti non spiegano sufficientemente il basso prezzo o i bassi costi proposti.

116 Da tali disposizioni emerge che la valutazione, da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, dell'esistenza di offerte anormalmente basse si effettua in due tempi (v., per analogia, sentenza del 4 luglio 2017, European Dynamics Luxembourg e a./Agenzia dell'Unione europea per le ferrovie, T-392/15, EU:T:2017:462, punto 87).

117 In un primo tempo, l'amministrazione aggiudicatrice deve valutare se le offerte presentate «appaiono» anormalmente basse (v. punto 23.1 della sezione 2, capo I, dell'allegato I del regolamento finanziario). L'uso del verbo «apparire» nel regolamento finanziario implica che l'amministrazione aggiudicatrice effettua una valutazione prima facie del carattere anormalmente basso di un'offerta. Il regolamento finanziario non impone pertanto all'amministrazione aggiudicatrice di procedere d'ufficio a un'analisi dettagliata della composizione di ciascuna offerta al fine di stabilire che essa non costituisce un'offerta anormalmente bassa. Così, in un primo tempo, l'amministrazione aggiudicatrice deve solamente stabilire se le offerte presentate contengano un indizio atto a destare il sospetto che esse potrebbero essere anormalmente basse (v., per analogia, sentenza del 4 luglio 2017, European Dynamics Luxembourg e a./Agenzia dell'Unione europea per le ferrovie, T-392/15, EU:T:2017:462, punto 88).

118 In un secondo tempo, se sussistono indizi atti a destare il sospetto che un'offerta possa essere anormalmente bassa, l'amministrazione aggiudicatrice deve procedere alla verifica della composizione dell'offerta al fine di assicurarsi che quest'ultima non sia anormalmente bassa. Quando l'amministrazione aggiudicatrice effettua tale verifica, essa ha l'obbligo di dare all'offerente di detta offerta la possibilità di esporre i motivi per i quali ritiene che la propria offerta non sia anormalmente bassa. L'amministrazione aggiudicatrice deve poi valutare le spiegazioni fornite e determinare se l'offerta in questione è anormalmente bassa, nel qual caso è tenuta a respingerla (v., per analogia, sentenza del 4 luglio 2017, European Dynamics Luxembourg e a./Agenzia dell'Unione europea per le ferrovie, T-392/15, EU:T:2017:462, punto 89).

119 La nozione di «offerta anormalmente bassa» non è definita nel regolamento finanziario. Tuttavia è stato già giudicato che il carattere anormalmente basso di un'offerta doveva essere valutato in relazione alla composizione dell'offerta e rispetto alla prestazione di cui trattasi [v., per analogia, sentenza del 16 maggio 2019, Transtec/Commissione, T-228/18, EU:T:2019:336, punto 69 (non pubblicata) e giurisprudenza ivi citata].

120 Inoltre, dalla giurisprudenza risulta che indizi atti a destare il sospetto che un'offerta potrebbe essere anormalmente bassa possono esistere in particolare se risulta incerto, da un lato, che un'offerta rispetti la legislazione del paese in cui i servizi dovrebbero essere eseguiti, in materia di retribuzione del personale, di contributo al regime previdenziale, di rispetto delle norme relative alla salute e sicurezza sul lavoro nonché di vendita sottocosto, e, dall'altro, che il prezzo proposto includa tutti i costi derivanti dagli aspetti tecnici dell'offerta. Lo stesso vale laddove il prezzo proposto in un'offerta presentata sia notevolmente inferiore a quello di altre offerte presentate o al prezzo corrente del mercato [v., sentenza del 16 maggio 2019, Transtec/Commissione, T-228/18, EU:T:2019:336, punto 72 (non pubblicata) e giurisprudenza ivi citata].

121 La ricorrente fa valere che la differenza tra il prezzo dell'offerta finale dell'ADS e i prezzi delle offerte finali degli altri offerenti costituiva un indizio atto a destare il sospetto che l'offerta dell'ADS potesse essere anormalmente bassa, il che avrebbe dovuto indurre la Commissione a verificare la composizione di tale offerta al fine di assicurarsi che quest'ultima non fosse anormalmente bassa.

122 Nel caso di specie, dal fascicolo risulta che la Commissione ha accolto l'offerta dell'ADS sulla base della graduatoria delle offerte, effettuata dal comitato di valutazione (v. punto 17 supra). Pertanto, poiché l'offerta dell'ADS è stata accolta, ne deriva implicitamente, ma necessariamente, che la Commissione ha ritenuto, al pari del comitato di valutazione, che non esistessero indizi che detta offerta fosse anormalmente bassa e che, di conseguenza, non fosse utile chiedere precisazioni sulla composizione di siffatta offerta. Tale valutazione non è inficiata dagli argomenti della ricorrente.

123 In primo luogo, è certamente vero che esiste una differenza tra il prezzo dell'offerta dell'ADS e quello delle offerte della TASI e della ricorrente, che è rispettivamente dell'11,99% e del 13,9%, ossia tra EUR 707 679 174,75 e, rispettivamente, EUR 804 127 000 e EUR 822 786 000. Tuttavia, è già stato dichiarato che la mera circostanza che il prezzo dell'offerta dell'aggiudicatario sia inferiore a quello dell'offerta di un altro offerente non era, di per sé, idonea a dimostrare il carattere anormalmente basso dell'offerta dell'aggiudicatario. Infatti, un'offerta può essere più economica di un'altra senza essere anormalmente bassa (v. sentenza del 26 gennaio 2017, TV1/Commissione, T-700/14, non pubblicata, EU:T:2017:35, punto 58 e giurisprudenza ivi citata).

124 È proprio quanto avviene nel caso di specie. La differenza tra il prezzo dell'offerta finale dell'ADS e quello delle altre offerte presentate non può costituire, di per sé, un indizio del carattere anormalmente basso dell'offerta dell'ADS, tenuto conto delle peculiarità dell'appalto di cui trattasi.

125 Infatti, da un lato, occorre ricordare che la procedura di gara è stata indetta sotto forma di dialogo competitivo, poiché la Commissione aveva già individuato e definito le proprie esigenze, ma non aveva ancora definito i mezzi precisi più adeguati per rispondervi (v. punto 6 supra). Di conseguenza, i prezzi delle offerte erano in gran parte dipendenti dalle varie soluzioni e mezzi tecnici proposti da ciascun offerente e quindi dai rispettivi costi.

126 Dall'altro, il dialogo competitivo controverso riguardava l'acquisto di prodotti per i quali non esisteva un prezzo di mercato. Come riconosciuto dalle parti principali in udienza in risposta ad un quesito posto loro dal Tribunale, dalle caratteristiche peculiari dei satelliti discende che questi ultimi non sono beni per i quali può essere trovato un prezzo standard o un prezzo di mercato. Inoltre, nel caso di specie, si trattava della fornitura di satelliti con caratteristiche evolute per garantire il passaggio dalla prima alla seconda generazione di satelliti Galileo (v. punto 7 supra) e quindi di satelliti per i quali non poteva ancora esistere un prezzo di mercato.

127 In secondo luogo, occorre constatare che, oltre alla differenza di prezzo, la ricorrente non deduce alcun argomento concreto a sostegno della sua allegazione secondo cui l'offerta dell'ADS avrebbe dovuto apparire anormalmente bassa. In particolare, essa non fa valere un'eventuale inosservanza della legislazione del paese in cui i servizi dovevano essere eseguiti o la mancata inclusione nel prezzo proposto dall'ADS di tutti i costi derivanti dagli aspetti tecnici della sua offerta. In ogni caso, occorre rilevare che gli elementi che emergono dal fascicolo non avvalorano l'allegazione della ricorrente.

128 Infatti, occorre rammentare che l'aggiudicazione dell'appalto si fondava sull'offerta economicamente più vantaggiosa, il cui criterio del prezzo era ponderato al 35%, mentre il criterio della qualità era ponderato al 65% (v. punto 8 supra). Orbene, l'offerta finale dell'ADS è stata meglio classificata rispetto a quella della ricorrente, sia alla luce del criterio del prezzo sia alla luce del criterio della qualità (v. punto 22 supra).

129 Inoltre, dai documenti descrittivi del dialogo competitivo controverso, contenenti le condizioni applicabili durante ciascuna delle sue tre fasi (v. punti 10, 12 e 13 supra), emerge che le offerte dovevano contenere una proposta finanziaria corrispondente alla proposta tecnica nonché elementi finanziari dettagliati, compresi preventivi finanziari separati.

130 A tal riguardo, dal fascicolo risulta che non è stato sollevato alcun dubbio, all'interno del comitato di valutazione, riguardo alla valutazione dell'offerta dell'ADS alla luce del quarto sottocriterio del criterio della qualità, relativo all'adeguatezza della gestione, del calcolo dei costi e della pianificazione dell'esecuzione dei lavori proposti (v. punto 8 supra). Per contro, dalla lettera del 19 gennaio 2021 e dal telefax del 22 gennaio 2021, menzionati ai precedenti punti 18 e 21, risulta che, per quanto riguarda tale sottocriterio, l'offerta dell'ADS è stata classificata al secondo posto.

131 Inoltre, dalla risposta scritta della Commissione del 29 ottobre 2022 a un quesito posto dal Tribunale nell'ambito delle misure di organizzazione del procedimento del 17 ottobre 2022 nonché dal documento allegato a tale risposta, sui quali la ricorrente ha presentato le sue osservazioni in udienza, risulta che gli elementi finanziari delle offerte degli offerenti sono stati presentati da questi ultimi sotto forma di file standard. Anzitutto, tali file sono stati esaminati, all'interno del comitato di valutazione, mediante un software denominato «ESA Costing Software (ECOS)», concepito per la valutazione globale degli elementi del prezzo nelle offerte. Per quanto riguarda, poi, l'offerta finale dell'ADS in particolare, è stata redatta una tabella riassuntiva sulla base dell'analisi di detto software, e tale tabella contiene 21 sottocategorie di elementi del prezzo, in particolare i costi della manodopera e di diversi elementi tecnici, nonché un margine di profitto. Infine, gli elementi finanziari delle offerte presentate, compresi quelli dell'offerta finale dell'ADS, sono stati valutati da un sottogruppo del comitato di valutazione, composto da quattordici membri, il quale era incaricato di valutare il quarto sottocriterio sopra menzionato.

132 Pertanto, nel caso di specie, non è stata dimostrata l'esistenza di indizi idonei a destare il sospetto della Commissione secondo cui l'offerta dell'ADS poteva essere anormalmente bassa. Di conseguenza, la Commissione non era tenuta a procedere ad una verifica, ai sensi della giurisprudenza richiamata al precedente punto 118, della composizione dell'offerta dell'ADS al fine di assicurarsi che la stessa non fosse anormalmente bassa.

133 Pertanto, contrariamente a quanto sostenuto dalla ricorrente, la Commissione non ha violato i suoi obblighi relativi all'esame delle offerte anormalmente basse.

134 Peraltro, in udienza, la ricorrente ha menzionato che, con il suo argomento secondo cui la Commissione non poteva limitarsi ad indicare che l'offerta dell'ADS non le sembrava anormalmente bassa, essa intendeva sollevare un difetto di motivazione.

135 Tuttavia, occorre rilevare che la ricorrente non espone alcun argomento autonomo a sostegno di tale presunto difetto di motivazione, ma si limita ad imputare alla Commissione di non aver effettuato una verifica riguardante l'esistenza di offerte anormalmente basse, questione che non rientra in una censura vertente sulla violazione delle forme sostanziali, in particolare su un difetto di motivazione delle decisioni impugnate, ma che rientra nella fondatezza di tali decisioni.

Orbene, come risulta dal precedente punto 132, tale censura, vertente sulla violazione, da parte della Commissione, dei suoi obblighi relativi all'esame delle offerte anormalmente basse, non può essere accolta.

136 Il secondo motivo deve pertanto essere respinto in quanto infondato.

[*omissis*]

Sul quarto motivo, vertente sulla violazione dell'obbligo della Commissione di adottare una decisione autonoma quanto all'aggiudicazione dell'appalto

216 La ricorrente afferma, in sostanza, che la Commissione è venuta meno al suo obbligo di adottare una decisione autonoma quanto all'aggiudicazione dell'appalto, limitandosi a confermare i risultati figuranti nella relazione di valutazione. La responsabilità del programma Galileo, imposta alla Commissione dall'articolo 12, paragrafo 1, del regolamento n. 1285/2013 farebbe sorgere in capo ad essa un obbligo di adottare una decisione autonoma quanto all'aggiudicazione dell'appalto nell'ambito del dialogo competitivo controverso. Per giunta, gli accordi di delega stipulati tra la Commissione e l'ESA in applicazione dell'articolo 15 di detto regolamento non potrebbero limitare o modificare tale responsabilità della Commissione. Inoltre, la Commissione non sarebbe vincolata alla proposta contenuta nella relazione di valutazione e si presume che essa stessa esamini le offerte degli offerenti, tanto più che, nel caso di specie, esisterebbero indizi di una valutazione erronea da parte del comitato di valutazione, il che avrebbe dovuto indurre la Commissione ad effettuare un attento controllo di tale relazione.

217 La Commissione, sostenuta dall'ADS, e la Repubblica italiana contestano tali argomenti.

218 In primo luogo, occorre respingere anzitutto l'argomento della ricorrente relativo alle responsabilità della Commissione nell'ambito del programma Galileo.

219 È certamente vero che la Commissione assume la responsabilità generale del programma Galileo e che, per la fase di dispiegamento di tale programma, essa deve stipulare un accordo di delega con l'ESA che precisi i compiti di quest'ultima, in particolare per quanto riguarda l'aggiudicazione degli appalti del sistema. È proprio nell'ambito dell'accordo di delega concluso tra la Commissione e l'ESA che quest'ultima, agendo in nome e per conto della Commissione, era incaricata di organizzare il dialogo competitivo controverso, mentre invece la Commissione rimaneva l'amministrazione aggiudicatrice (v. punti 4 e 5 supra).

220 Tuttavia, contrariamente a quanto sembra sostenere la ricorrente, la responsabilità del programma Galileo non può modificare, o addirittura aumentare, gli obblighi della Commissione in quanto amministrazione aggiudicatrice, che restano quelli previsti, in generale, dal titolo VII del regolamento finanziario e, in particolare per quanto riguarda gli appalti pubblici conclusi nell'ambito del dispiegamento del programma Galileo, dal capo V del regolamento n. 1285/2013.

221 In secondo luogo e in ogni caso, occorre respingere l'argomento della ricorrente relativo ad un'asserita violazione dell'obbligo di adottare una decisione autonoma da parte della Commissione in merito all'aggiudicazione dell'appalto.

222 Occorre anzitutto rilevare che, ai sensi dell'articolo 150, paragrafi 1 e 2, del regolamento finanziario, le offerte presentate nell'ambito di una procedura di gara sono valutate da un comitato di valutazione nominato dall'amministrazione aggiudicatrice. Inoltre, l'amministrazione

aggiudicatrice può derogare alla nomina di un comitato di valutazione solo nei casi previsti all'articolo 168, paragrafo 5, del medesimo regolamento. Dall'allegato I, capo 1, sezione 2, punto 30.1, di detto regolamento risulta poi che i risultati della valutazione effettuata dal comitato di valutazione sono presentati in una relazione di valutazione contenente la proposta di aggiudicazione dell'appalto. Infine, l'amministrazione aggiudicatrice adotta la propria decisione vuoi mediante l'approvazione della relazione di valutazione, vuoi, se del caso, fornendo le ragioni per non seguire la raccomandazione formulata nella relazione di valutazione, vuoi, se del caso, fornendo le ragioni per le quali ha deciso di non aggiudicare l'appalto, conformemente all'allegato I, capo 1, sezione 2, punto 30.3, di detto regolamento.

223 Ne consegue che, da un lato, nei casi in cui un comitato di valutazione sia stato nominato dall'amministrazione aggiudicatrice, spetta a tale comitato effettuare la valutazione delle offerte presentate. D'altro lato, se è certamente vero che l'amministrazione aggiudicatrice non è vincolata alla relazione di valutazione, rimane nondimeno il fatto che, nel caso in cui l'amministrazione aggiudicatrice decida di seguire la proposta di aggiudicazione formulata in tale relazione, la sua decisione di aggiudicazione può fondarsi su detta relazione.

224 Nel caso di specie, occorre constatare che le offerte finali delle offerenti sono state valutate da un comitato di valutazione, composto da rappresentanti dell'ESA, della GSA e della Commissione, il quale ha presentato i risultati della sua valutazione in un'apposita relazione, sulla base della quale la Commissione ha adottato le decisioni impugnate (v. punti 14 e 17 supra). Inoltre, come precisato dalla Commissione, senza essere contestata dalla ricorrente sul punto, tale comitato era composto da un gruppo di circa 70 persone con esperienza e qualifiche adeguate rispetto all'oggetto dell'appalto.

225 Pertanto, la circostanza che le decisioni impugnate siano state motivate facendo rinvio alla relazione di valutazione, poiché la Commissione aderisce all'opinione del comitato di valutazione incaricato di valutare le offerte presentate, nulla toglie al fatto che esse sono state adottate, in modo autonomo, dalla Commissione, in qualità di amministrazione aggiudicatrice.

[*omissis*]

Per questi motivi,

IL TRIBUNALE (Sesta Sezione)

dichiara e statuisce:

1) Il ricorso è respinto.

2) La OHB System AG sopporterà le proprie spese nonché quelle sostenute dalla Commissione europea, comprese le spese relative al procedimento sommario.

3) La Repubblica italiana e l'Airbus Defence and Space GmbH sopporteranno ciascuna le proprie spese.

Costeira Kancheva Zilgalvis

Così deciso e pronunciato a Lussemburgo il 26 aprile 2023.

Firme