Zbirka odločb sodne prakse

SODBA SPLOŠNEGA SODIŠČA (šesti senat)

z dne 26. aprila 2023 *

„Javna naročila storitev – Postopek javnega razpisa – Konkurenčni dialog – Dobava prehodnih satelitov Galileo – Zavrnitev ponudbe ponudnika – Merila za izključitev – Huda kršitev poklicnih pravil ponudnika – Neobstoj pravnomočne sodbe ali pravnomočne upravne odločbe – Predložitev zadeve posebni komisiji iz člena 143 Finančne uredbe – Enako obravnavanje – Neobičajno nizka ponudba – Očitna napaka pri presoji“

V zadevi T-54/21,

OHB System AG s sedežem v Bremnu (Nemčija), ki jo zastopata W. Würfel in F. Hausmann, odvetnika,

tožeča stranka,

proti

Evropski komisiji, ki jo zastopajo G. Wilms, L. André, J. Estrada de Solà in L. Mantl, agenti,

tožena stranka,

ob intervenciji

Italijanske republike, ki jo zastopa G. Palmieri, agentka, skupaj s P. Gentilijem in G. Santinijem, avvocati dello stato,

in

Airbus Defence and Space GmbH s sedežem v Taufkirchnu (Nemčija), ki jo zastopajo P.-E. Partsch, F. Dewald in C.-E. Seestädt, odvetniki,

intervenientki,

SPLOŠNO SODIŠČE (šesti senat),

v sestavi M. J. Costeira (poročevalka), predsednica, M. Kancheva, sodnica, in P. Zilgalvis, sodnik,

sodni tajnik: P. Cullen, administrator,

* Jezik postopka: nemščina.

na podlagi sklepa z dne 26. maja 2021, OHB System/Komisija (T-54/21 R, neobjavljen, EU:T:2021:292),

na podlagi pisnega dela postopka, zlasti:

– sklepa z dne 30. junija 2021, OHB System/Komisija (T-54/21, neobjavljen),

– sklepa z dne 2. decembra 2021, OHB System/Komisija (T-54/21, neobjavljen, EU:T:2021:878),

– ukrepa procesnega vodstva z dne 17. oktobra 2022 in odgovora Komisije, vloženega v sodnem tajništvu Splošnega sodišča 29. oktobra 2022,

na podlagi obravnave z dne 17. novembra 2022,

izreka naslednjo

Sodbo [1]

1 Tožeča stranka, družba OHB System AG, s tožbo na podlagi člena 263 PDEU predlaga razglasitev ničnosti sklepov Evropske komisije, ki so bili tožeči stranki poslani z dopisom z dne 19. januarja 2021 in s telefaksom z dne 22. januarja 2021, o neizbiri njene ponudbe, predložene v okviru javnega razpisa v obliki konkurenčnega dialoga 2018/S 091-206089 za dobavo prehodnih satelitov Galileo, in o oddaji naročila dvema drugima ponudnikoma (v nadaljevanju: izpodbijana sklepa).

Dejansko stanje

2 Tožeča stranka je družba nemškega prava, katere cilj je razvoj in izvajanje inovativnih vesoljskih sistemov in projektov ter trženje posebnih letalskih, vesoljskih in telematskih proizvodov, vključno z geostacionarnimi sateliti in sateliti na majhni višini.

3 V skladu z uvodno izjavo 2 ter členom 2(1) in (2) Uredbe (EU) št. 1285/2013 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 11. decembra 2013 o vzpostavitvi in obratovanju evropskih satelitskih navigacijskih sistemov ter razveljavitvi Uredbe Sveta (ES) št. 876/2002 in Uredbe (ES) št. 683/2008 Evropskega parlamenta in Sveta (UL 2013, L 347, str. 1) je namen programa Galileo vzpostavitev in obratovanje evropskega sistema satelitske navigacije in določanja položaja, ki je posebej oblikovan za civilne namene ter sestavljen iz konstelacije satelitov in globalnega omrežja zemeljskih postaj.

4 V skladu s členom 12(1) Uredbe št. 1285/2013 ima Komisija splošno odgovornost za program Galileo in mora v skladu s členom 15(1) te uredbe za uvajalno fazo tega programa skleniti sporazum o prenosu pooblastil z Evropsko vesoljsko agencijo (ESA), v katerem so določene naloge te agencije, med drugim v zvezi z javnimi naročili za sistem.

5 V okviru sporazuma o prenosu pooblastil med Komisijo in agencijo ESA za uvajalno fazo programa Galileo je agencija ESA odgovorna za organizacijo postopkov oddaje javnih naročil v zvezi s tem programom, Komisija pa ostane naročnik.

[1] Navedene so le točke sodbe, za katere Splošno sodišče meni, da je njihova objava koristna.

6 Agencija ESA je z obvestilom o javnem naročilu z dne 15. maja 2018, objavljenim v Dopolnilu k *Uradnemu listu Evropske unije* z dne 15. maja 2018 (UL 2018/S 091-206089) in na spletni strani „emits.esa.int“, v imenu in za račun Komisije začela postopek javnega razpisa za dobavo prehodnih satelitov Galileo v obliki konkurenčnega dialoga (v nadaljevanju: sporni konkurenčni dialog). Postopek se je začel v tej obliki, ker je Komisija že ugotovila in opredelila svoje potrebe, vendar še ni opredelila natančnih načinov, ki bi bili najprimernejši za izvedbo.

7 Sporni konkurenčni dialog se je nanašal na nakup začetnega števila štirih (največ dvanajstih) prehodnih satelitov Galileo z razvitimi specifikacijami, da se zagotovi prehod s prve generacije satelitov Galileo na drugo. Odločeno je bilo, da se uporabi nabava iz več virov v skladu s členom 19(d) Uredbe št. 1285/2013, na podlagi katere bi bilo mogoče izbrati dva izbrana ponudnika in skleniti dve pogodbi za vzporedno dobavo predvidenega števila dveh satelitov za vsakega.

8 Naročilo je bilo oddano na podlagi ekonomsko najugodnejše ponudbe glede na dve merili za oddajo, in sicer merilo cene, ki je imelo 35-odstotni ponder, in merilo kakovosti, ki je imelo 65-odstotni skupni ponder. Merilo kakovosti je bilo razdeljeno na pet podmeril. Prvo podmerilo, ki je imelo 10-odstotni ponder, se je nanašalo na ustreznost in upoštevnost človeških in tehničnih virov ter inštalacij, ki jih je ponudnik predlagal za tehnično in programsko rešitev, opisano v ponudbi. Drugo podmerilo, ki je imelo 25-odstotni ponder, se je nanašalo na razumevanje zahtev in ciljev, tudi na področju varnosti, usposobljenosti in stopnje razvoja zasnove predlaganega projekta, na ustreznost, kakovost in zanesljivost zasnove predlaganega projekta ter na skladnost s tehničnimi pogoji. Tretje podmerilo, ki je imelo 30-odstotni ponder, se je nanašalo na kakovost in ustreznost delovnega programa, skladnost z razpisnimi pogoji, ustreznost tehničnega načrtovanja, pristop k testiranju in preizkušanju, preverjanje tveganj ter predloge za zmanjšanje tveganj, vključno s tehnološko diverzifikacijo. Četrto podmerilo, ki je imelo 25-odstotni ponder, se je nanašalo na ustreznost vodenja, izračuna stroškov in načrtovanja izvedbe del. Peto podmerilo, ki je imelo 10-odstotni ponder, se je nanašalo na izpolnjevanje pogojev javnega razpisa in pogodbe.

9 Sporni konkurenčni dialog je potekal v treh fazah. Prvi dve fazi sta potekali v skladu z določbami Uredbe št. 1285/2013, Uredbe (EU, Euratom) št. 966/2012 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 25. oktobra 2012 o finančnih pravilih, ki se uporabljajo za splošni proračun Unije, in razveljavitvi Uredbe Sveta (ES, Euratom) št. 1605/2002 (UL 2012, L 298, str. 1, in popravek v UL 2015, L 188, str. 55) ter Delegirane uredbe Komisije (EU) št. 1268/2012 z dne 29. oktobra 2012 o pravilih uporabe Uredbe št. 966/2012 (UL 2012, L 362, str. 1). Tretja faza je potekala v skladu z določbami Uredbe št. 1285/2013 in Uredbe (EU, Euratom) 2018/1046 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 18. julija 2018 o finančnih pravilih, ki se uporabljajo za splošni proračun Unije, spremembi uredb (EU) št. 1296/2013, (EU) št. 1301/2013, (EU) št. 1303/2013, (EU) št. 1304/2013, (EU) št. 1309/2013, (EU) št. 1316/2013, (EU) št. 223/2014, (EU) št. 283/2014 in Sklepa št. 541/2014/EU ter razveljavitvi Uredbe (EU, Euratom) št. 966/2012 (UL 2018, L 193, str. 1; v nadaljevanju: Finančna uredba).

10 Prva faza spornega konkurenčnega dialoga se je začela maja 2018, ko je agencija ESA objavila „poziv k oddaji prijav za sodelovanje“.

11 Na podlagi prejetih prijav za sodelovanje je agencija ESA izbrala tri ponudnike, in sicer tožečo stranko, družbo Airbus Defence and Space GmbH (v nadaljevanju: ADS) in družbo Thales Alenia Space Italia (v nadaljevanju: TASI) (v nadaljevanju skupaj: ponudniki).

12 Druga faza se je začela julija 2018 ter se je nanašala na ugotavljanje in opredelitev načinov, primernih za najboljše zadovoljevanje potreb naročnika. Najprej je agencija ESA ponudnike pozvala, naj predložijo „predhodno ponudbo“, in jim med drugim poslala „posebne pogoje javnega razpisa za povabilo k oddaji predhodne ponudbe“. Nato je agencija ESA po obdobju dialoga ponudnike pozvala, naj predložijo „spremenjeno ponudbo“, in jim med drugim poslala „pogoje javnega razpisa za povabilo k oddaji spremenjene ponudbe“. Tožeča stranka je 26. septembra 2018 oddala predhodno ponudbo, 11. oktobra 2019 pa je oddala spremenjeno ponudbo.

13 Tretja faza se je začela avgusta 2020, agencija ESA pa je po drugem obdobju dialoga ponudnike pozvala, naj predložijo „končno ponudbo“, in jim med drugim poslala „pogoje javnega razpisa za povabilo k oddaji končne ponudbe“. Tožeča stranka je 11. oktobra 2020 oddala končno ponudbo.

14 Med oktobrom in decembrom 2020 je komisija za ocenjevanje, sestavljena iz predstavnikov agencije ESA, Agencije za evropski globalni navigacijski satelitski sistem (GNSS) (GSA) in Komisije, ocenila končne ponudbe ponudnikov in rezultate ocenjevanja predstavila v poročilu o oceni (v nadaljevanju: poročilo o oceni).

15 Tožeča stranka je z dopisom z dne 23. decembra 2020, naslovljenim na Komisijo in poslanim v vednost med drugim agenciji ESA (v nadaljevanju: dopis z dne 23. decembra 2020), Komisiji v bistvu predlagala, naj sporni konkurenčni dialog najprej prekine zaradi „suma, da zaposleni pri družbi ADS krši poslovno skrivnost“, nato pa naj zadevo razišče in nazadnje po potrebi družbo ADS izključi iz spornega konkurenčnega dialoga.

16 Tožeča stranka je v tem dopisu Komisijo v bistvu obvestila, da: prvič, [*zaupno*] [2] (v nadaljevanju: nekdanji zaposleni) je za tožečo stranko delal od 22. decembra 2016 do konca novembra 2019, kot izvršni direktor pa je imel obsežen dostop do podatkov o projektu in je sodeloval pri pripravi ponudbe, ki jo je predložila tožeča stranka v okviru spornega konkurenčnega dialoga. Zlasti je nekdanji zaposleni sodeloval pri „strategiji“ tehničnega dela ponudbe tožeče stranke ter pri „strategiji“ v zvezi s ceno in izračunom cene. Drugič, 11. novembra 2019 sta na prošnjo nekdanjega zaposlenega v tem smislu ta zaposleni in tožeča stranka podpisala sporazum o predčasni prekinitvi pogodbe o zaposlitvi. Tretjič, družba ADS je decembra 2019 zaposlila nekdanjega zaposlenega, leta 2020 pa je bil ta zaposlen na delovnem mestu pri družbi ADS kot vodja oddelka, odgovornega za ponudbo, ki jo je ta družba predložila v okviru spornega konkurenčnega dialoga. Poleg tega so obstajali indici, da je nekdanji zaposleni od tožeče stranke pridobil občutljive informacije, ki bi lahko družbi ADS v okviru spornega konkurenčnega dialoga zagotovile neupravičeno prednost. Četrtič, tožeča stranka je naročila analizo računalnika, ki ga je pri njej uporabljal nekdanji zaposleni, pri čemer so bili na podlagi te analize pridobljeni dokumenti, ki naj bi dokazovali, sprva, da je imel nekdanji zaposleni namen zamenjati delodajalca od junija 2019, dalje, da je nekdanji zaposleni v okviru pogajanj o zaposlitvi pri družbi ADS tej družbi med drugim navedel, da bo družba ADS z njegovo zaposlitvijo pridobila prednost pri projektih, pri katerih je v konkurenci s tožečo stranko, in nazadnje, da obstajajo indici, da je nekdanji zaposleni kopiral zaupne datoteke tožeče stranke. Petič, zgoraj navedene okoliščine so bile predmet kazenske preiskave, ki jo je pristojno državno tožilstvo v Nemčiji opravilo na podlagi prijave, ki jo je tožeča stranka marca 2020 vložila zoper nekdanjega zaposlenega.

[2] Prikriti zaupni podatki.

17 Komisija se je na podlagi poročila o oceni odločila, da ne bo izbrala ponudbe tožeče stranke in da bo izbrala ponudbi družb TASI in ADS. Izpodbijana sklepa je agencija ESA tožeči stranki posredovala z dopisom z dne 19. januarja 2021 in s telefaksom z dne 22. januarja 2021.

18 Agencija ESA je z dopisom z dne 19. januarja 2021 tožečo stranko obvestila o odločitvi o neizbiri njene ponudbe, ker ta ni bila ekonomsko najugodnejša ponudba. V prilogi k temu dopisu je agencija ESA tožeči stranki poslala izvleček ocene njene končne ponudbe, ki jo je komisija za ocenjevanje pripravila glede na pet podmeril merila kakovosti.

19 Tožeča stranka je nato s telefaksom z dne 20. januarja 2021 agenciji ESA predlagala, naj ji posreduje informacije o izbranih ponudnikih, značilnosti in relativne prednosti njunih ponudb, skupno ceno, uporabljeno za določitev uvrstitve, in podrobno oceno njene ponudbe.

20 Komisija je z dopisom z dne 20. januarja 2021, pri čemer se je sklicevala na dopis z dne 23. decembra 2020, tožečo stranko obvestila, prvič, da trenutno ni zadostnih razlogov za utemeljitev prekinitve spornega konkurenčnega dialoga, drugič, da so nacionalni organi že opravili preiskavo v zvezi z zatrjevano nezakonito prisvojitvijo poslovnih skrivnosti tožeče stranke, na ugotovitve katere bi se lahko Komisija oprla in po potrebi sprejela dodatne ukrepe, in tretjič, da navedena zatrjevana nezakonita prisvojitev ni bila ugotovljena s pravnomočno sodbo ali s pravnomočno upravno odločbo v smislu člena 136(1) Finančne uredbe, zato ni bilo razlogov za izključitev družbe ADS iz spornega konkurenčnega dialoga.

21 Agencija ESA je s telefaksom z dne 22. januarja 2021 tožečo stranko obvestila o imenu izbranih ponudnikov, in sicer o družbah TASI in ADS, skupni ceni in končni razvrstitvi njunih ponudb ter o uvrstitvi njunih ponudb glede na pet podmeril merila kakovosti. Agencija ESA je v prilogi k temu dopisu tožeči stranki poslala natančne rezultate ocene njene ponudbe glede na pet podmeril merila kakovosti.

22 Ponudbe ponudnikov so bile uvrščene tako: ponudba družbe TASI na prvem mestu, ponudba družbe ADS na drugem mestu in ponudba tožeče stranke na tretjem mestu. Te ponudbe so bile ocenjene glede na merili za oddajo, navedeni zgoraj v točki 8. Kar zadeva merilo kakovosti, so bile ponudbe družb TASI, ADS in tožeče stranke uvrščene na prvo, drugo oziroma tretje mesto. Kar zadeva merilo cene, so bile ponudba družbe ADS s skupno ceno 707.679.174,75 EUR, ponudba družbe TASI s skupno ceno 804.127.000,00 EUR in ponudba tožeče stranke s skupno ceno 822.786.000,00 EUR uvrščene na prvo, drugo oziroma tretje mesto.

23 Tožeča stranka je z dopisom z dne 28. januarja 2021 Komisiji predlagala, prvič, naj družbo ADS izključi iz spornega konkurenčnega dialoga, drugič, naj spremeni izpodbijana sklepa tako, da se ji naročilo dodeli, tretjič, naj ji odobri dostop do celotnega spisa spornega konkurenčnega dialoga in do poročila o oceni ter, četrtič, naj ne sklene pogodb, dokler se ne sprejme odločitev o ugovorih tožeče stranke. Tožeča stranka je v tem dopisu trdila, da je treba družbo ADS izključiti, ker je po eni strani kršila načelo tajnosti v okviru tekmovanja, saj je pri pripravi svoje ponudbe vključila nekdanjega zaposlenega, po drugi strani pa je bila njena ponudba neobičajno nizka.

Predlogi strank

24 Tožeča stranka Splošnemu sodišču predlaga, naj:

– izpodbijana sklepa razglasi za nična;

– Komisiji naloži, naj ji odobri dostop do spisa spornega konkurenčnega dialoga;

– Komisiji naloži plačilo stroškov.

25 Komisija Splošnemu sodišču predlaga, naj:

– tožbo zavrže kot delno nedopustno in zavrne kot delno neutemeljeno;

– tožeči stranki naloži plačilo stroškov.

26 Italijanska republika in družba ADS Splošnemu sodišču predlagata, naj tožbo zavrne.

Pravo

[…]

Utemeljenost

[…]

Prvi tožbeni razlog: kršitev meril za izključitev, določenih v členu 136 Finančne uredbe, ter načel enakega obravnavanja in „tajnosti v okviru konkurence“

[…]

– Prvi del prvega tožbenega razloga: kršitev meril za izključitev, določenih v členu 136 Finančne uredbe

53 Na prvem mestu, tožeča stranka trdi, da odločitev o oddaji dela naročila družbi ADS krši člen 136 in člen 167(1)(b) Finančne uredbe, ker bi morala biti ta družba izključena iz spornega konkurenčnega dialoga.

54 Najprej, tožeča stranka trdi, da bi morala biti družba ADS izključena iz spornega konkurenčnega dialoga na podlagi člena 136(1)(c)(ii) in (v) Finančne uredbe, prvič, zaradi obstoja domneve o protikonkurenčnem sporazumu ali tihem dogovoru med družbo ADS in nekdanjim zaposlenim z namenom izkrivljanja konkurence v razmerju do tožeče stranke v okviru spornega konkurenčnega dialoga ter, drugič, ker naj bi družba ADS z zaposlitvijo nekdanjega zaposlenega poskušala od tožeče stranke pridobiti zaupne informacije, zaradi katerih bi lahko imela ta družba v spornem konkurenčnem dialogu neupravičeno prednost.

55 Dalje, tožeča stranka trdi, da bi morala biti družba ADS, ker ni pravnomočne sodbe ali pravnomočne upravne odločbe, izključena na podlagi predhodne pravne opredelitve iz člena 136(2) Finančne uredbe. Poleg tega tožeča stranka trdi, da bi Komisija morala raziskati dejstva in pridobiti informacije od družbe ADS.

56 Nazadnje, tožeča stranka trdi, da bi morala biti družba ADS izključena na podlagi člena 136(4)(a) Finančne uredbe, ker naj bi bil nekdanji zaposleni zaposlen pri družbi ADS na vodstveni funkciji in naj bi bil v enem od položajev iz člena 136(1)(c) Finančne uredbe.

57 Komisija in intervenientki te trditve prerekajo.

58 Najprej je treba navesti, da člen 167(1)(b) Finančne uredbe določa, da se naročila oddajo na podlagi meril za oddajo, pod pogojem, da je javni naročnik preveril, da kandidat ali ponudnik ni izključen na podlagi člena 136 ali zavrnjen na podlagi člena 141 te uredbe.

59 Kar zadeva merila za izključitev, iz člena 136(1) Finančne uredbe izhaja, da „[o]dgovorni odredbodajalec osebo ali subjekt iz člena 135(2) izključi iz udeležbe v postopku dodeljevanja, ki ga ureja ta uredba, […] kadar je ta oseba ali subjekt v eni ali v več […] izključitvenih situacijah“ iz člena 136(1), od (a) do (h), te uredbe. Natančneje, v skladu s členom 136(1)(c)(ii) in (v) navedene uredbe „[o]dgovorni odredbodajalec osebo ali subjekt iz člena 135(2) izključi iz udeležbe v postopku dodeljevanja, ki ga ureja ta uredba, […] kadar […] [je bilo] s pravnomočno sodbo ali pravnomočno upravno odločbo […] ugotovljeno, da je oseba ali subjekt zagrešil hudo kršitev poklicnih pravil […], kar vključuje zlasti […] (ii) sklepanje dogovorov z drugimi osebami ali subjekti z namenom izkrivljanja konkurence […] [ali] (v) poskus pridobitve zaupnih informacij, zaradi katerih bi lahko imel neupravičeno prednost v postopku dodeljevanja“.

60 Poleg tega odgovorni odredbodajalec na podlagi člena 136(4)(a) Finančne uredbe osebo ali subjekt iz člena 135(2) izključi, kadar „je fizična ali pravna oseba, ki je članica upravnega, vodstvenega ali nadzornega organa osebe ali subjekta iz člena 135(2) ali ki ima pooblastila za zastopanje, odločanje ali nadzor v zvezi z navedenimi osebami ali subjekti, v eni ali več situacijah iz točk (c) do (h) odstavka 1 […] člena [136]“.

61 Prav tako člen 136(2), prvi pododstavek, Finančne uredbe določa, da „[č]e v zvezi s primeri iz točk (c), (d), (f), (g) in (h) odstavka 1 tega člena ni nobene pravnomočne sodbe ali, kadar je ustrezno, pravnomočne upravne odločbe […], odgovorni odredbodajalec izključi osebo ali subjekt iz člena 135(2) na podlagi predhodne pravne opredelitve ravnanja iz navedenih točk [(c), (d), (f), (g) in (h)] ob upoštevanju ugotovljenih dejstev ali drugih ugotovitev iz priporočila posebne komisije iz člena 143 [te uredbe]“.

62 Iz zgoraj navedenih določb med drugim izhaja, da naročnik izključi ponudnika iz sodelovanja v postopku javnega razpisa, kadar je navedeni ponudnik v enem ali več položajih, ki ustrezajo trem merilom za izključitev, navedenim v točkah od 59 do 61 zgoraj.

63 Tako prvo merilo za izključitev, določeno v členu 136(1)(c)(ii) in (v) v povezavi s členom 135(2)(a) Finančne uredbe, ustreza položajem, v katerih je bilo s pravnomočno sodbo ali pravnomočno upravno odločbo ugotovljeno, da je ponudnik zagrešil hudo kršitev poklicnih pravil z enim od ravnanj iz člena 136(1)(c)(ii) in (v) Finančne uredbe, in sicer s sklepanjem dogovorov z drugimi osebami ali subjekti z namenom izkrivljanja konkurence ali s poskusom pridobitve zaupnih informacij, zaradi katerih bi lahko imel neupravičeno prednost v postopku javnega razpisa.

64 Drugo merilo za izključitev, določeno v členu 136(4)(a) v povezavi s členom 135(2)(a) in členom 136(1)(c) (ii) in (v) Finančne uredbe, ustreza položajem, v katerih je bilo s pravnomočno sodbo ali pravnomočno upravno odločbo ugotovljeno, da je fizična ali pravna oseba, ki je članica upravnega, vodstvenega ali nadzornega organa ponudnika ali ki ima pooblastila za zastopanje, odločanje ali nadzor v zvezi z navedenim ponudnikom, zagrešila hudo kršitev poklicnih pravil, ker je storila eno od ravnanj iz člena 136(1)(c)(ii) in (v) Finančne uredbe.

65 Tretje merilo za izključitev, določeno v členu 136(2), prvi pododstavek, v povezavi s členom 135(2)(a), členom 136(1)(c)(ii) in (v) ter členom 143(6)(a) Finančne uredbe, ustreza položajem, v katerih je bilo – če ni nobene pravnomočne sodbe ali pravnomočne upravne odločbe – na podlagi predhodne pravne opredelitve iz priporočila posebne komisije iz člena 143 Finančne uredbe (v nadaljevanju: posebna komisija) ugotovljeno, da je ponudnik zagrešil hudo kršitev poklicnih pravil, ker je storil eno od ravnanj iz člena 136(1)(c)(ii) in (v) navedene uredbe. V skladu s členom 135(4) Finančne uredbe lahko naročnik sprejme odločitev o izključitvi ponudnika na podlagi predhodne opredelitve iz člena 136(2) šele po tem, ko je prejel priporočilo posebne komisije.

66 V obravnavani zadevi pogoji za uporabo prvega merila za izključitev, ki so navedeni v točki 63 zgoraj, niso izpolnjeni. Med strankama namreč ni sporno, da v času spornega konkurenčnega dialoga v zvezi z družbo ADS ni bilo nobene pravnomočne sodbe niti nobene pravnomočne upravne odločbe v smislu člena 136(1)(c) Finančne uredbe.

67 Kar zadeva drugo merilo za izključitev, iz določb Finančne uredbe, navedenih v točki 64 zgoraj, izhaja, da je ponudnika mogoče izključiti le, če je bila huda kršitev poklicnih pravil, ki naj bi jo storila fizična ali pravna oseba, ki je članica upravnega, vodstvenega ali nadzornega organa, ugotovljena s pravnomočno sodbo ali pravnomočno upravno odločbo.

68 Vendar tudi če je nekdanjega zaposlenega mogoče šteti za člana upravnega, vodstvenega ali nadzornega organa družbe ADS v smislu člena 136(4)(a) Finančne uredbe, iz spisa nikakor ni razviden obstoj pravnomočne sodbe ali pravnomočne upravne odločbe v zvezi z nekdanjim zaposlenim in tega obstoja tožeča stranka tudi ni zatrjevala. V zvezi z ravnanjem nekdanjega zaposlenega je namreč iz spisa razvidno, da je bil postopek v zvezi s prijavo, ki jo je tožeča stranka zoper njega vložila pri pristojnem državnem tožilstvu v Nemčiji, s sklepom z dne 10. decembra 2020 ustavljen in da je bila „upravna pritožba“, ki jo je tožeča stranka vložila zoper ta sklep o ustavitvi postopka, z odločbo pristojnega državnega tožilstva z dne 1. marca 2021 zavrnjena.

69 Zato kršitev prvega in drugega merila za izključitev, navedenih v točkah 63 in 64 zgoraj, v obravnavani zadevi ni dokazana.

70 Kar zadeva tretje merilo za izključitev, je treba opozoriti, da je mogoče ponudnika, kot je razvidno iz točke 65 zgoraj, izključiti iz postopka javnega razpisa le na podlagi predhodne pravne opredelitve njegovega ravnanja, ob upoštevanju dejstev ali ugotovitev, ugotovljenih v priporočilu posebne komisije.

71 V obravnavani zadevi ni sporno, da Komisija tega primera ni predložila tej posebni komisiji. Zato se postavlja vprašanje, ali Komisija s tem, da tega ni storila, ni izpolnila obveznosti iz člena 136(2), prvi pododstavek, in člena 143 Finančne uredbe, s čimer je kršila tretje merilo za izključitev.

72 Najprej je treba navesti nekaj pojasnil v zvezi s predložitvijo zadeve posebni komisiji in predhodno pravno opredelitvijo, na podlagi katere je mogoče ponudnika izključiti iz postopka javnega razpisa.

73 Na prvem mestu, osnovni cilj predložitve zadeve posebni komisiji, da bi se pridobilo priporočilo, ki vsebuje po potrebi predhodno pravno opredelitev ravnanja ponudnika, na podlagi katere je mogoče tega ponudnika izključiti iz postopka javnega razpisa, je zaščita finančnih interesov Unije pred ravnanji, ki pomenijo tveganje za te interese. Člen 135(1), prvi pododstavek, Finančne uredbe namreč določa, da zato, „[d]a se zaščitijo finančni interesi Unije, Komisija vzpostavi in upravlja

sistem za zgodnje odkrivanje in izključitev“. V skladu s členom 135(1), drugi pododstavek, Finančne uredbe je namen tega sistema med drugim omogočiti „(a) zgodnje odkrivanje oseb ali subjektov iz odstavka 2, ki predstavljajo tveganje za finančne interese Unije“, in „(b) izključitev oseb ali subjektov iz odstavka 2, ki so v kateri od situacij za izključitev iz člena 136(1)“.

74 Na drugem mestu, za predhodno pravno opredelitev je pristojna izključno posebna komisija, in to zato, „da se zagotovi centralizirana ocena teh situacij“ v okviru sistema za zgodnje odkrivanje in izključitev v skladu s členom 135(4) Finančne uredbe.

75 Na tretjem mestu, predhodna pravna opredelitev se nujno nanaša na ravnanje samih ponudnikov. Kot izhaja iz določb, navedenih v točkah 61 in 65 zgoraj, se lahko predhodna pravna opredelitev nanaša le na dejstva ali ugotovitve iz člena 136(1)(c), (d), (f), (g) in (h) te uredbe in torej le na ravnanje oseb ali subjektov iz člena 135(2) navedene uredbe.

76 Na četrtem mestu, predhodna pravna opredelitev se nanaša na dejstva ali ugotovitve, ki so bile v bistvu ugotovljene v okviru revizij ali preiskav, ki so jih opravili pristojni organi Unije ali, odvisno od primera, države članice. V zvezi s tem je treba spomniti, da člen 142(2)(b) in (c) Finančne uredbe določa, da zgodnje odkrivanje tveganj, ki ogrožajo finančne interese Unije, temelji na posredovanju informacij Komisiji zlasti s strani odredbodajalca Komisije, evropskega urada, ki ga ustanovi Komisija, ali izvajalske agencije (člen 142(2)(b) Finančne uredbe) oziroma institucije Unije, evropskega urada ali agencije, razen tistih iz člena 142(2)(b) navedene uredbe (člen 142(2)(c) Finančne uredbe) (glej po analogiji sodbo z dne 16. maja 2019, Transtec/Komisija, T-228/18, EU:T:2019:336, točka 53).

77 Opozoriti je treba tudi, da člen 136(2), četrti pododstavek, Finančne uredbe določa:

„Dejstva in ugotovitve iz prvega pododstavka vključujejo zlasti:

(a) dejstva, ugotovljena pri revizijah ali preiskavah, ki jih opravi EJT – za tiste države članice, ki so vključene v okrepljeno sodelovanje na podlagi Uredbe (EU) 2017/1939 – Računsko sodišče, OLAF ali notranji revizor, ali pri katerem koli drugem preverjanju, reviziji ali kontroli, opravljeni pod odgovornostjo odredbodajalca;

(b) nepravnomočne upravne odločbe, ki lahko vključujejo disciplinske ukrepe, ki jih sprejme pristojni nadzorni organ, odgovoren za to, da preveri, ali se uporabljajo standardi poklicne etike;

(c) dejstva iz odločitev oseb in subjektov, ki izvršujejo sredstva Unije v skladu s točko (c) prvega pododstavka člena 62(1);

(d) informacije, posredovane v skladu s točko (d) člena 142(2) s strani subjektov, ki izvršujejo sredstva Unije na podlagi točke (b) prvega pododstavka člena 62(1);

(e) sklepe Komisije v zvezi s kršitvijo konkurenčnega prava Unije ali sklepe nacionalnega pristojnega organa v zvezi s kršitvijo konkurenčnega prava Unije ali nacionalnega konkurenčnega prava.“

78 Na petem mestu, naročnik mora posebni komisiji iz člena 143 Finančne uredbe predložiti zadevo le, če ugotovljena dejstva, ki jih ima na voljo, pomenijo zadostne indice za domnevo, da je ponudnik kriv. Kot je Splošno sodišče že razsodilo, iz vseh prej navedenih določb izhaja, da mora

javni naročnik, če glede ponudnika ni pravnomočne sodbe ali pravnomočne upravne odločbe in če razpolaga z zadostnimi indici za domnevo, da je ta ponudnik kriv, med drugim, hude kršitve poklicnih pravil, zadevo predložiti posebni komisiji, da ta sprejme priporočilo, ki po potrebi vsebuje predhodno pravno opredelitev spornih dejanj (glej po analogiji sodbo z dne 16. maja 2019, Transtec/Komisija, T-228/18, EU:T:2019:336, točka 53).

79 Poleg tega je treba navesti, prvič, da je zahteva po razpolaganju z zadostnimi indici za predložitev zadeve posebni komisiji v skladu s cilji sistema, katerega namen je zlasti zgodnje odkrivanje in izključitev ponudnikov, katerih ravnanje pomeni tveganje za finančne interese Unije (glej točko 73 zgoraj). Drugič, ta zahteva izhaja iz načela dobrega finančnega poslovodenja in smotrnosti (glej naslov II, poglavje 7, Finančne uredbe), saj preprečuje zavlačevanje postopka javnega naročanja brez upravičenega razloga. Tretjič, ta zahteva je posledica vloge posebne komisije, ki ni pristojna za preiskavo, ampak mora izdati priporočilo, ki po potrebi vsebuje predhodno pravno opredelitev, ki se nanaša na dejstva in ugotovitve, ki so bili predhodno ugotovljeni v okviru revizij ali preiskav, ki so jih opravili pristojni organi, med drugim, Unije (glej točko 76 zgoraj). Četrtič, zahteva po razpolaganju z zadostnimi dokazi izhaja iz obsega predhodne pravne opredelitve v delu, v katerem se ta nanaša na ravnanje ponudnika v primeru neobstoja pravnomočne sodbe ali pravnomočne upravne odločbe (glej točko 65 zgoraj), in zato ne more temeljiti zgolj na sumu.

80 Ob upoštevanju vsega navedenega je treba preveriti, ali bi morala Komisija v obravnavani zadevi zadevo predložiti posebni komisiji, da ta izda priporočilo, ki po potrebi vsebuje predhodno pravno opredelitev, ki se nanaša na ravnanje družbe ADS. Tako je treba preveriti, ali je imela Komisija na voljo zadostne indice, na podlagi katerih je mogoče domnevati, da je bila družba ADS kriva hude kršitve poklicnih pravil, ki ogroža finančne interese Unije in ki vključuje zlasti sklepanje dogovorov z drugimi osebami ali subjekti z namenom izkrivljanja konkurence ali pridobitve zaupnih informacij, zaradi katerih bi lahko imela v spornem konkurenčnem dialogu neupravičeno prednost.

81 V obravnavani zadevi je iz spisa in ustnih navedb glavnih strank razvidno, da je bil edini dokaz, ki ga je Komisija imela na voljo v zvezi z domnevnim krivdnim ravnanjem družbe ADS, dopis z dne 23. decembra 2020. Tožeča stranka je s tem dopisom Komisiji v bistvu predlagala, naj sporni konkurenčni dialog najprej prekine zaradi „suma, da zaposleni pri družbi ADS krši poslovno skrivnost“, ki je po mnenju tožeče stranke izhajal iz dejstev, na katera je Komisijo opozorila, nato pa naj zadevo razišče in nazadnje po potrebi družbo ADS izključi iz spornega konkurenčnega dialoga (glej točko 15 zgoraj).

82 V zvezi s tem je treba, prvič, navesti, da trditve, ki jih je tožeča stranka navedla v dopisu z dne 23. decembra 2020 in na katere je bilo opozorjeno v točki 16 zgoraj, ne spadajo med dejstva in ugotovitve iz člena 136(2), četrti pododstavek, točke od (a) do (e), Finančne uredbe.

83 Drugič, navesti je treba, da čeprav se je tožeča stranka sklicevala na postopek preiskave, ki je potekal pred pristojnimi nacionalnimi organi v zvezi z zadevnimi dejstvi, je bil ta postopek posledica njene prijave glede tega, da je njen nekdanji zaposleni, in ne družba ADS, domnevno kršil zakonodajo Zvezne republike Nemčije v zvezi s poslovnimi skrivnostmi (glej točko 16 zgoraj).

84 Kot izhaja iz točke 75 zgoraj, pa se lahko predhodna pravna opredelitev iz člena 136(2) Finančne uredbe in torej predložitev zadeve posebni komisiji nanaša le na ravnanja samih ponudnikov. Zato zatrjevano ravnanje nekdanjega zaposlenega, navedeno v dopisu z dne 23. decembra 2020, ne more biti zadosten dokaz za predložitev zadeve navedeni posebni komisiji.

85 Tretjič, navesti je treba, da dopisu z dne 23. decembra 2020 ni bil priložen noben dokaz, s katerim bi bilo mogoče utemeljiti v njem navedene trditve.

86 Iz tega sledi, da trditev, navedenih v dopisu z dne 23. decembra 2020, ni mogoče šteti za dejstva ali ugotovitve, ki bi lahko pomenile zadostne indice za utemeljitev domneve, da je družba ADS kriva, ki bi upravičevali predložitev zadeve posebni komisiji.

87 V tem okviru je treba preveriti, ali bi morala Komisija vseeno raziskati trditve, navedene v dopisu z dne 23. decembra 2020.

88 V zvezi s tem je treba po eni strani navesti, da tožeča stranka v dopisu z dne 23. decembra 2020 ni navedla nobenega ravnanja družbe ADS, razen dejstva, da je ta družba zaposlila njenega nekdanjega zaposlenega (glej točko 16 zgoraj). Načeloma pa dejstvo, da je ponudnik v postopku javnega razpisa zaposlil nekdanjega zaposlenega drugega ponudnika, samo po sebi ni indic o ravnanju tega prvega ponudnika, ki bi lahko pomenilo hudo kršitev poklicnih pravil. Sodelovanje v postopku javnega razpisa pa ne more pomeniti ovire za uresničevanje - v okviru navedenega postopka - pravic ponudnikov (in njihovih zaposlenih ali nekdanjih zaposlenih) do sklepanja pogodb o zaposlitvi ali izvajanja delovnopravnih aktov.

89 Po drugi strani je treba navesti, da je tožeča stranka v dopisu z dne 23. decembra 2020 navedla nekatera ravnanja svojega nekdanjega zaposlenega, ne pa družbe ADS, temveč. Natančneje, tožeča stranka je navedla dejstvo, da je na računalniku svojega nekdanjega zaposlenega našla spremno pismo z dne 21. junija 2019, naslovljeno na izvršnega podpredsednika družbe ADS, v katerem je nekdanji zaposleni med drugim navedel, da njegov odhod od tožeče stranke in zaposlitev pri ADS „lahko pri prihodnjih ciljih prevzemov tudi spremenita perspektivo in konkurenčni položaj [tožeče stranke] v razmerju do [družbe ADS]“. Tožeča stranka je v dopisu z dne 23. decembra 2020 tudi trdila, da iz analize računalnika nekdanjega zaposlenega izhaja, da je ta zaposleni lahko kopiral upoštevne podatke, ki jih je prejel med pripravo ponudbe tožeče stranke za sporni konkurenčni dialog, in sicer tehnične podrobnosti in koncepte, strategije ponudb, oceno konkurenčnosti, cenovne strategije in podrobnosti o cenah. Tožeča stranka je v istem dopisu trdila tudi, da je družba ADS od aprila 2020, torej nekaj mesecev po zaposlitvi nekdanjega zaposlenega, tega zaposlenega imenovala za vodjo subjekta, ki je bil vključen v sporni konkurenčni dialog, in sicer za „Head of Space Systems Germany“, pri katerem je opravljal enake naloge, kot jih je prej opravljal pri tožeči stranki.

90 Ugotoviti je treba, da je tožeča stranka s temi trditvami v bistvu trdila, da je njen nekdanji zaposleni kršil poslovno skrivnost, ker je nezakonito pridobil občutljive informacije tožeče stranke, zaradi katerih bi lahko družba ADS imela v spornem konkurenčnim dialogu neupravičeno prednost (glej točko 16 zgoraj).

91 Vendar taka kršitev, tudi če bi bila dokazana, nikakor ne bi bila indic za ravnanje same družbe ADS in naj torej z njo ne bi bilo mogoče dokazati domneve, da je ta družba kriva.

92 Poleg tega je treba ugotoviti, da tožeča stranka v dopisu z dne 23. decembra 2020 ni navedla nobene konkretne trditve, s katero bi dokazala, da je družba ADS, zlasti prek nekdanjega zaposlenega, pridobila kakršno koli občutljivo informacijo in jo uporabila v okviru spornega konkurenčnega dialoga. Tožeča stranka pa se je v navedenem dopisu omejila na trditev, da bi družba ADS lahko pridobila občutljive informacije tožeče stranke, zaradi katerih bi lahko imela

v okviru spornega konkurenčnega dialoga neupravičeno prednost (glej točko 16 zgoraj). Ta nedoločna in hipotetična trditev ne more biti zadosten indic v smislu sodne prakse, navedene v točki 78 zgoraj.

93 Dopis z dne 23. decembra 2020 namreč ni vseboval nobenega konkretnega elementa, na podlagi katerega bi bilo mogoče ugotoviti domnevne občutljive informacije tožeče stranke, ki bi jih lahko nekdanji zaposleni pridobil, ki bi jih lahko posredoval družbi ADS in ki bi jih ta družba lahko uporabila v okviru spornega konkurenčnega dialoga, zaradi česar bi tako ta družba imela neupravičeno prednost. Tožeča stranka je v navedenem dopisu zgolj navedla, da je nekdanji zaposleni sodeloval pri „strategiji“ tehničnega dela ter pri „strategiji“ v zvezi s ceno in izračunom cene njene ponudbe. Te preveč splošne trditve ne vsebujejo nobene konkretne navedbe, na podlagi katere bi bilo mogoče ugotoviti, katere domnevno občutljive informacije bi lahko bile sporne.

94 Natančneje, tožeča stranka v dopisu z dne 23. decembra 2020 nikjer ne omenja nobenega tehničnega elementa svoje ponudbe, ki naj bi ga njen nekdanji zaposleni posredoval družbi ADS in naj bi ga ta družba v spornem konkurenčnem dialogu neupravičeno uporabila. Prav tako „strategija“ cene ponudbe tožeče stranke, s katero naj bi bil nekdanji zaposleni seznanjen, v navedenem dopisu nikakor ni natančneje opredeljena.

95 Poleg tega je treba navesti, da je iz dopisa z dne 23. decembra 2020 razvidno, da je nekdanji zaposleni tožečo stranko zapustil kmalu po oddaji njene spremenjene ponudbe v okviru druge faze spornega konkurenčnega dialoga. Tako nekdanji zaposleni nikakor ni mogel imeti informacij o dialogu, ki je potekal med tožečo stranko in agencijo ESA v tretji fazi, niti o vsebini končne ponudbe tožeče stranke, ki je bila predložena oktobra 2020, torej skoraj eno leto po tem, ko je nekdanji zaposleni tožečo stranko zapustil (glej točki 13 in 16 zgoraj). Poleg tega, kot je razvidno iz spisa in odgovorov Komisije na vprašanja, ki ji jih je Splošno sodišče postavilo na obravnavi, so „pogoji javnega razpisa za povabilo k oddaji končne ponudbe“, ki so bili ponudnikom poslani avgusta 2020 (glej točko 13 zgoraj), v primerjavi s predhodnimi „pogoji javnega razpisa za poziv k oddaji spremenjene ponudbe“ vsebovali spremembe. Natančneje, rok za dobavo satelitov je bil skrajšan za skoraj eno leto, rok, v katerem lahko naročnik uporabi možnost nakupa drugih satelitov poleg začetnega števila (glej točko 7 zgoraj) je bil podaljšan za štirinajst mesecev, opredelitev nekaterih satelitov za enkratno izstrelitev ali dvojno izstrelitev pa je bila spremenjena. Take spremembe zaradi svoje narave ne morejo biti brez vpliva na tehnične in finančne pogoje, ki so jih ponudniki predložili v svojih končnih ponudbah.

96 Iz zgoraj navedenega izhaja, da Komisiji ni bilo treba raziskati trditev iz dopisa z dne 23. decembra 2020, saj te trditve, tudi če bi bile utemeljene, niso bile take, da bi pomenile zadostne indice za domnevo, da je družba ADS kriva, ki bi upravičili predložitev zadeve posebni komisiji.

97 Teh presoj ne ovrže trditev tožeče stranke, da je agencija ESA od družbe ADS zahtevala informacije o nekdanjem zaposlenem šele 29. januarja 2021, torej po sprejetju izpodbijanih sklepov. Poleg tega, da je bila ta zahteva podana po drugem dopisu tožeče stranke z dne 28. januarja 2021 (glej točko 23 zgoraj) in zato tudi po sprejetju izpodbijanih sklepov, namreč ostaja dejstvo, da to, da so bile informacije zahtevane od družbe ADS po sprejetju izpodbijanih sklepov, ne vpliva na zakonitost teh sklepov, glede na to, da obveznost predložitve zadeve posebni komisiji ne obstaja (glej točko 86 zgoraj), in glede na dejstvo, da se trditve tožeče stranke niso nanašale na področje, za katero veljajo preiskovalna pooblastila institucij, agencij ali organov Unije (glej točko 96 zgoraj).

98 Poleg tega je treba ugotoviti, kot je to storila Komisija, da je tožeča stranka Komisijo o svojih sumih obvestila šele v dopisu z dne 23. decembra 2020, čeprav je tožeča stranka že novembra 2019 naročila analizo računalnika nekdanjega zaposlenega, kot priznava tožeča stranka v tožbi, in da je tožeča stranka že marca 2020 pri pristojnih nemških organih vložila prijavo zoper nekdanjega zaposlenega (glej točko 16 zgoraj). V tem obdobju, to je od novembra 2019 do decembra 2020, je sporni konkurenčni dialog napredoval iz druge v tretjo fazo, ki se je začela avgusta 2020, tožeča stranka pa je svojo končno ponudbo predložila oktobra 2020 (glej točko 13 zgoraj). To ravnanje tožeče stranke kaže na to, da sama tožeča stranka vsaj v daljšem obdobju in celo ob predložitvi končne ponudbe ni menila, da bi lahko imela družba ADS zaradi domnevnega ravnanja nekdanjega zaposlenega v okviru spornega konkurenčnega dialoga neupravičeno prednost.

99 Iz vsega navedenega izhaja, da Komisija ni kršila obveznosti predložitve zadeve posebni komisiji, še manj pa tretjega merila za izključitev, navedenega v točki 65 zgoraj.

100 Prvi del prvega tožbenega razloga je treba torej zavrniti kot neutemeljen.

[…]

Drugi tožbeni razlog: kršitev obveznosti preučitve neobičajno nizkih ponudb

113 Tožeča stranka v bistvu trdi, da je Komisija kršila Prilogo I, poglavje 1, oddelek 2, točki 23.1 in 23.2, k Finančni uredbi, ker ni izvedla dveh faz, ki sta določeni v tej uredbi, da bi se prepričala, da končna ponudba družbe ADS ni neobičajno nizka, čeprav so obstajali indici v zvezi s tem. Končna ponudba družbe ADS naj bi bila namreč precej nižja od cen v končnih ponudbah družbe TASI in tožeče stranke, zato naj se Komisija ne bi smela omejiti na navedbo, da se ji ta ponudba ne zdi neobičajno nizka.

114 Komisija in intervenientki te trditve prerekajo.

115 Priloga I, poglavje 1, oddelek 2, točka 23.1, prvi pododstavek, k Finančni uredbi določa, da če se zdi, da sta v ponudbi za dano naročilo ponujena cena ali strošek neobičajno nizka, javni naročnik pisno zahteva podrobno obrazložitev vseh postavk cene ali stroška, za katere meni, da so pomembne, in da ponudniku možnost, da predloži svoje pripombe. V skladu s Prilogo I, poglavje 1, oddelek 2, točka 23.2, k navedeni uredbi lahko javni naročnik ponudbo zavrne le, kadar predložena dokazila ne pojasnijo v zadostni meri ponujene nizke cene ali stroškov.

116 Iz teh določb izhaja, da presoja naročnika glede obstoja neobičajno nizkih ponudb poteka v dveh fazah (glej po analogiji sodbo z dne 4. julija 2017, European Dynamics Luxembourg in drugi/Agencija Evropske unije za železnice, T-392/15, EU:T:2017:462, točka 87).

117 V prvi fazi mora naročnik presoditi, ali se oddane ponudbe „zdijo“ neobičajno nizke (glej točko 23.1 oddelka 2, poglavje I, Priloge I k Finančni uredbi). Uporaba glagola „zdeti se“ v Finančni uredbi pomeni, da naročnik *prima facie* presodi, ali je ponudba neobičajno nizka. Finančna uredba torej naročniku ne nalaga, da po uradni dolžnosti podrobno preuči postavke vsake ponudbe, da bi ugotovil, da ne gre za neobičajno nizko ponudbo. Tako mora naročnik v prvi fazi ugotoviti samo, ali predložene ponudbe vsebujejo indic, ki bi lahko vzbudil sum, da bi te ponudbe lahko bile neobičajno nizke (glej po analogiji sodbo z dne 4. julija 2017, European Dynamics Luxembourg in drugi/Agencija Evropske unije za železnice, T-392/15, EU:T:2017:462, točka 88).

118 V drugi fazi mora naročnik, če obstajajo indici, ki lahko vzbudijo sum, da bi ponudba lahko bila neobičajno nizka, postavke ponudbe preveriti, da bi se prepričal, ali ta ni neobičajno nizka. Naročnik mora pri tem preverjanju ponudniku navedene ponudbe omogočiti, da pojasni, zakaj meni, da njegova ponudba ni neobičajno nizka. Dalje, naročnik mora podana pojasnila presoditi in odločiti, ali je zadevna ponudba neobičajno nizka, ter jo v takem primeru zavrniti (glej po analogiji sodbo z dne 4. julija 2017, European Dynamics Luxembourg in drugi/Agencija Evropske unije za železnice, T-392/15, EU:T:2017:462, točka 89).

119 Pojem „neobičajno nizka ponudba“ v Finančni uredbi ni opredeljen. Vendar je bilo že razsojeno, da je treba neobičajno nizkost ponudbe presojati glede na postavke ponudbe in glede na zadevno storitev (glej po analogiji sodbo z dne 16. maja 2019, Transtec/Komisija, T-228/18, EU:T:2019:336, točka 69 (neobjavljena) in navedena sodna praksa).

120 Poleg tega iz sodne prakse izhaja, da indici, ki vzbujajo sum, da bi ponudba lahko bila neobičajno nizka, lahko obstajajo zlasti, če ni gotovo, prvič, da se pri ponudbi spoštuje zakonodaja države, v kateri je treba izvajati storitve, na področju plačil osebja, prispevkov v sistem socialne varnosti ter spoštovanja predpisov o varnosti in zdravju pri delu ter prodaji z izgubo, in drugič, da predlagane cene vključujejo vse stroške, ki jih zahteva tehnični vidik ponudbe. Enako velja, če je cena, predlagana v oddani ponudbi, bistveno nižja od cene v drugih oddanih ponudbah ali od običajne cene na trgu (glej sodbo z dne 16. maja 2019, Transtec/Komisija, T-228/18, EU:T:2019:336, točka 72 (neobjavljena) in navedena sodna praksa).

121 Tožeča stranka trdi, da je bila razlika med ceno v končni ponudbi družbe ADS in cenami v končnih ponudbah drugih ponudnikov indic, ki vzbuja sum, da bi ponudba družbe ADS lahko bila neobičajno nizka, zaradi česar bi morala Komisija preveriti postavke te ponudbe, da bi se prepričala, da ta ni neobičajno nizka.

122 V obravnavani zadevi je iz spisa razvidno, da je Komisija izbrala ponudbo družbe ADS na podlagi uvrstitve ponudb, ki jo je opravila komisija za ocenjevanje (glej točko 17 zgoraj). Ker je bila tako ponudba družbe ADS izbrana, iz tega implicitno, vendar nujno izhaja, da je Komisija tako kot komisija za ocenjevanje menila, da ni indicev, da je navedena ponudba neobičajno nizka, in da zato ni smiselno zahtevati podrobne obrazložitve o postavkah te ponudbe. Trditve tožeče stranke te presoje ne ovržejo.

123 Na prvem mestu, res je sicer, da obstaja razlika med ceno v ponudbi družbe ADS in ceno v ponudbah družbe TASI in tožeče stranke, ki znaša 11,99 % oziroma 13,9 %, to je med 707.679.174,75 EUR in 804.127.000 EUR oziroma 822.786.000 EUR. Vendar je bilo že razsojeno, da zgolj na podlagi samega dejstva, da je cena v ponudbi izbranega ponudnika nižja od cene v ponudbi drugega ponudnika, ni mogoče dokazati neobičajne nizkosti ponudbe izbranega ponudnika. Ponudba je namreč lahko cenejša od druge, vendar ne neobičajno nizka (glej sodbo z dne 26. januarja 2017, TV1/Komisija, T-700/14, neobjavljena, EU:T:2017:35, točka 58 in navedena sodna praksa).

124 V obravnavani zadevi je natanko tako. Razlika med ceno v končni ponudbi družbe ADS in ceno v drugih predloženih ponudbah ne more biti sama po sebi indic za neobičajno nizkost ponudbe družbe ADS ob upoštevanju posebnosti zadevnega naročila.

125 Po eni strani je namreč treba opozoriti, da se je postopek javnega razpisa začel v obliki konkurenčnega dialoga, ker je Komisija že ugotovila in opredelila svoje potrebe, vendar še ni opredelila natančnih načinov, ki bi bili najprimernejši za izvedbo (glej točko 6 zgoraj). Zato so bile cene v ponudbah večinoma odvisne od različnih rešitev in tehničnih sredstev, ki jih je predlagal vsak ponudnik, in torej od stroškov, ki so s tem povezani.

126 Po drugi strani se je sporni konkurenčni dialog nanašal na nakup proizvodov, za katere tržna cena ni obstajala. Kot sta glavni stranki priznali na obravnavi v odgovor na vprašanje, ki jima ga je postavilo Splošno sodišče, iz posebnih značilnosti satelitov izhaja, da ti sateliti niso blago, za katero bi bilo mogoče določiti običajno ceno ali tržno ceno. Poleg tega je šlo v obravnavani zadevi za dobavo satelitov z razvitimi specifikacijami, da se zagotovi prehod s prve generacije satelitov Galileo na drugo generacijo teh satelitov (glej točko 7 zgoraj), torej satelitov, za katere tržna cena še ni mogla obstajati.

127 Na drugem mestu, ugotoviti je treba, da tožeča stranka poleg razlike v ceni ne navaja konkretnega argumenta v utemeljitev svoje trditve, da naj bi bila ponudba družbe ADS neobičajno nizka. Tožeča stranka se zlasti ne sklicuje na morebitno neupoštevanje zakonodaje države, v kateri bi morale biti storitve opravljene, ali na to, da v ceni, ki jo je ponudila družba ADS, niso bili vključeni vsi stroški, nastali zaradi tehničnih vidikov njene ponudbe. Vsekakor je treba navesti, da elementi, ki so razvidni iz spisa, trditve tožeče stranke ne potrjujejo.

128 Opozoriti je namreč treba, da je oddaja naročila temeljila na ekonomsko najugodnejši ponudbi, katere merilo cene je imelo 35-odstotni ponder, merilo kakovosti pa je imelo 65-odstotni ponder (glej točko 8 zgoraj). Končna ponudba družbe ADS pa je bila uvrščena bolje od ponudbe tožeče stranke, tako glede na merilo cene kot glede na merilo kakovosti (glej točko 22 zgoraj).

129 Poleg tega je iz opisnih dokumentov spornega konkurenčnega dialoga, ki vsebujejo pogoje, ki so se uporabljali v vsaki od treh faz (glej točke 10, 12 in 13 zgoraj), razvidno, da morajo ponudbe vsebovati finančni predlog, ki ustreza tehničnemu predlogu, in podrobne finančne elemente, med drugim posamezne finančne ocene.

130 V zvezi s tem je iz spisa razvidno, da v komisiji za ocenjevanje ni bilo nobenega dvoma o oceni ponudbe družbe ADS glede na četrto podmerilo merila kakovosti, ki se nanaša na ustreznost vodenja, izračuna stroškov in načrtovanja izvedbe predlaganih del (glej točko 8 zgoraj). Iz dopisa z dne 19. januarja 2021 in telefaksa z dne 22. januarja 2021, navedena v točkah 18 in 21 zgoraj, pa izhaja, da je bila ponudba družbe ADS glede na to podmerilo uvrščena na drugo mesto.

131 Poleg tega je iz pisnega odgovora Komisije z dne 29. oktobra 2022 na vprašanje, ki ga je Splošno sodišče postavilo v okviru ukrepov procesnega vodstva z dne 17. oktobra 2022, in iz listine, priložene temu odgovoru, v zvezi s katerima je tožeča stranka na obravnavi predložila svoje stališče, razvidno, da so ponudniki finančne elemente ponudb predložili v obliki standardnih datotek. Najprej, te datoteke so bile pri komisiji za ocenjevanje preučene s programom „ESA Costing Software (ECOS)“, ki je bil zasnovan za celovito presojo elementov cene v ponudbah. Dalje, zlasti kar zadeva končno ponudbo družbe ADS, zbirna razpredelnica je bila pripravljena na podlagi analize navedenega programa, pri čemer ta razpredelnica vsebuje 21 podkategorij elementov cene, med drugim stroške dela in drugih tehničnih elementov ter stopnjo dobička. Nazadnje, finančne elemente predloženih ponudb, vključno s tistimi iz končne ponudbe družbe ADS, je ocenila podskupina komisije za ocenjevanje, v kateri je bilo štirinajst članov in ki je bila odgovorna za oceno četrtega zgoraj navedenega podmerila.

132 Zato v obravnavani zadevi ni bilo dokazano, da obstajajo indici, ki vzbujajo sum Komisije, da bi ponudba družbe ADS lahko bila neobičajno nizka. Zato Komisiji ni bilo treba v smislu sodne prakse, navedene v točki 118 zgoraj, preveriti postavke ponudbe družbe ADS, da bi se prepričala, da ta ponudba ni neobičajno nizka.

133 Tako Komisija v nasprotju s trditvami tožeče stranke ni kršila svojih obveznosti v zvezi s preučitvijo neobičajno nizkih ponudb.

134 Poleg tega je tožeča stranka na obravnavi navedla, da želi s trditvijo, da se Komisija ne more omejiti na navedbo, da se ji ponudba družbe ADS ne zdi neobičajno nizka, uveljavljati neobstoj obrazložitve.

135 Vendar je treba ugotoviti, da tožeča stranka ne navaja nobene samostojne trditve v utemeljitev tega domnevnega neobstoja obrazložitve, ampak Komisiji očita le, da ni preverila obstoja neobičajno nizkih ponudb, kar je vprašanje, ki ne spada pod očitek, ki se nanaša na bistveno kršitev postopka, zlasti na neobstoj obrazložitve izpodbijanih sklepov, ampak se nanaša na utemeljenost teh sklepov. Kot pa izhaja iz točke 132 zgoraj, tega očitka, ki se nanaša na to, da je Komisija kršila svoje obveznosti v zvezi s preučitvijo neobičajno nizkih ponudb, ni mogoče sprejeti.

136 Drugi tožbeni razlog je treba torej zavrniti kot neutemeljen.

[…]

Četrti tožbeni razlog: kršitev obveznosti Komisije, da sprejme samostojno odločitev o oddaji naročila

216 Tožeča stranka v bistvu trdi, da Komisija s tem, da se je omejila na potrditev rezultatov iz poročila o oceni, ni izpolnila svoje obveznosti sprejetja samostojne odločitve o oddaji naročila. Odgovornost programa Galileo, ki jo Komisiji nalaga člen 12(1) Uredbe št. 1285/2013, naj bi pomenila njeno obveznost, da sprejme samostojno odločitev o oddaji naročila v okviru spornega konkurenčnega dialoga. Poleg tega naj sporazumi o prenosu pooblastil, sklenjeni med Komisijo in agencijo ESA na podlagi člena 15 navedene uredbe, ne bi mogli omejiti ali spremeniti te odgovornosti Komisije. Prav tako naj Komisija ne bi bila vezana na predlog iz poročila o oceni in naj bi morala sama preučiti ponudbe ponudnikov, zlasti ker naj bi v obravnavani zadevi obstajali indici o napačni oceni komisije za ocenjevanje, zaradi česar bi morala Komisija navedeno poročilo skrbno preučiti.

217 Komisija ob podpori družbe ADS in Italijanska republika te trditve prerekata.

218 Na prvem mestu, najprej je treba zavrniti trditev tožeče stranke, ki se nanaša na odgovornosti Komisije v okviru programa Galileo.

219 Res je, da ima Komisija splošno odgovornost za program Galileo in da mora za uvajalno fazo tega programa skleniti sporazum o prenosu pooblastil z agencijo ESA, v katerem so določene naloge te agencije, med drugim v zvezi z javnimi naročili za sistem. Prav v okviru sporazuma o prenosu pooblastil, ki sta ga sklenili Komisija in agencija ESA, je bila agencija ESA v imenu in za račun Komisije odgovorna za organizacijo spornega konkurenčnega dialoga, medtem ko je Komisija ostala naročnik (glej točki 4 in 5 zgoraj).

220 Vendar v nasprotju s tem, kar se zdi, da trdi tožeča stranka, odgovornost za program Galileo ne more spremeniti ali celo povečati obveznosti Komisije kot naročnika, ki so še naprej na splošno določene v naslovu VII Finančne uredbe in – zlasti v zvezi z javnimi naročili, sklenjenimi v okviru uvajalne faze programa Galileo – v poglavju V Uredbe št. 1285/2013.

221 Na drugem mestu, vsekakor je treba zavrniti trditev tožeče stranke, ki se nanaša na domnevno kršitev obveznosti Komisije, da sprejme samostojno odločitev v zvezi z oddajo naročila.

222 Najprej je treba navesti, da v skladu s členom 150(1) in (2) Finančne uredbe ponudbe, predložene v okviru javnega razpisa, oceni komisija za ocenjevanje, ki jo imenuje naročnik. Poleg tega lahko naročnik opusti imenovanje komisije za ocenjevanje le v primerih iz člena 168(5) iste uredbe. Dalje, iz Priloge I, poglavje 1, oddelek 2, točka 30.1, k navedeni uredbi je razvidno, da je izid ocenjevanja, ki ga je opravila komisija za ocenjevanje, predstavljen v poročilu o oceni, ki vsebuje predlog za oddajo javnega naročila. Nazadnje, naročnik odločitev sprejme bodisi tako, da potrdi poročilo o oceni, bodisi po potrebi navede razloge za neupoštevanje priporočila iz poročila o oceni, bodisi po potrebi navede razloge, iz katerih se je odločil, da ne odda naročila v skladu s Prilogo I, poglavje 1, oddelek 2, točka 30.1, k navedeni uredbi.

223 Iz tega po eni strani izhaja, da je komisija za ocenjevanje, če jo je imenoval naročnik, tista, ki mora predložene ponudbe oceniti. Po drugi strani, čeprav je res, da naročnik ni vezan na poročilo o oceni, pa je dejstvo, da lahko v primerih, ko se naročnik odloči upoštevati predlog za oddajo, naveden v navedenem poročilu, njegova odločitev o oddaji naročila temelji na navedenem poročilu.

224 V obravnavani zadevi je treba ugotoviti, da je končne ponudbe ponudnikov ocenila komisija za ocenjevanje, sestavljena iz predstavnikov agencije ESA, agencije GSA in Komisije, ki je rezultate svojega ocenjevanja predstavila v poročilu o oceni, na podlagi katerega je Komisija sprejela izpodbijana sklepa (glej točki 14 in 17 zgoraj). Poleg tega, kot pojasnjuje Komisija, tožeča stranka pa tega ne izpodbija, je bila ta komisija sestavljena iz skupine približno 70 oseb z ustreznimi izkušnjami in usposobljenostjo glede na predmet naročila.

225 Zato dejstvo, da sta bila izpodbijana sklepa obrazložena s sklicevanjem na poročilo o oceni, pri čemer se Komisija strinja z mnenjem komisije za ocenjevanje, odgovorne za ocenjevanje predloženih ponudb, nikakor ne spremeni dejstva, da je Komisija navedena sklepa sprejela samostojno kot naročnik.

[…]

Iz teh razlogov je

SPLOŠNO SODIŠČE (šesti senat)

razsodilo:

1. Tožba se zavrne.

2. Družba OHB System AG nosi svoje stroške in stroške Evropske komisije, vključno s stroški postopka za izdajo začasne odredbe.

3. Italijanska republika in družba Airbus Defence and Space GmbH nosita vsaka svoje stroške.

Costeira Kancheva Zilgalvis

Razglašeno na javni obravnavi v Luxembourgu, 26. aprila 2023.

Podpisi