Oikeustapauskokoelma

UNIONIN YLEISEN TUOMIOISTUIMEN TUOMIO (kuudes jaosto)

26 päivänä huhtikuuta 2023*

Julkiset palveluhankinnat – Tarjouspyyntömenettely – Kilpailullinen neuvottelumenettely – Galileo-siirtymäsatelliittien toimittaminen – Tarjoajan tarjouksen hylkääminen – Poissulkemisperusteet – Tarjoajan ammatin harjoittamiseen liittyvä vakava virhe – Lainvoimaisen tuomion tai lopullisen hallinnollisen päätöksen puuttuminen – Asian saattaminen varainhoitoasetuksen 143 artiklassa tarkoitetun tutkintaelimen käsiteltäväksi – Yhdenvertainen kohtelu – Poikkeuksellisen alhainen tarjous – Ilmeinen arviointivirhe

Asiassa T-54/21,

OHB System AG, kotipaikka Bremen (Saksa), edustajinaan asianajajat W. Würfel ja F. Hausmann,

kantajana,

vastaan

Euroopan komissio, asiamiehinään G. Wilms, L. André, J. Estrada de Solà ja L. Mantl,

vastaajana,

jota tukevat

Italian tasavalta, asiamiehenään G. Palmieri, avustajinaan P. Gentili ja G. Santini, avvocati dello stato,

ja

Airbus Defence and Space GmbH, kotipaikka Taufkirchen (Saksa), edustajinaan asianajajat P.-E. Partsch, F. Dewald ja C.-E. Seestädt,

väliintulijoina,

UNIONIN YLEINEN TUOMIOISTUIN (kuudes jaosto),

toimien kokoonpanossa: jaoston puheenjohtaja M. J. Costeira (esittelevä tuomari) sekä tuomarit M. Kancheva ja P. Zilgalvis,

kirjaaja: hallintovirkamies P. Cullen,

* Oikeudenkäyntikieli: saksa.

ottaen huomioon 26.5.2021 annetun määräyksen OHB System v. komissio (T-54/21 R, ei julkaistu, EU:T:2021:292),

ottaen huomioon asian käsittelyn kirjallisessa vaiheessa esitetyn, erityisesti

– 30.6.2021 annetun määräyksen OHB System v. komissio (T-54/21, ei julkaistu),

– 2.12.2021 annetun määräyksen OHB System v. komissio (T-54/21, ei julkaistu, EU:T:2021:878),

– 17.10.2022 toteutetut prosessinjohtotoimet ja komission unionin yleisen tuomioistuimen kirjaamoon 29.10.2022 toimittaman vastauksen,

ottaen huomioon 17.11.2022 pidetyssä istunnossa esitetyn,

on antanut seuraavan

tuomion[1]

1 Kantaja OHB System AG vaatii SEUT 263 artiklaan perustuvalla kanteellaan kumoamaan Euroopan komission päätökset, jotka annettiin kantajalle tiedoksi 19.1.2021 päivätyllä kirjeellä ja 22.1.2021 päivätyllä faksilla ja joilla päätettiin olla hyväksymättä tarjousta, jonka kantaja oli tehnyt kilpailullisena neuvottelumenettelynä toteutetussa Galileo-siirtymäsatelliittien toimittamista koskevassa tarjouspyyntömenettelyssä 2018/S 091-206089, ja tehdä sopimus kahden muun tarjoajan kanssa (jäljempänä riidanalaiset päätökset).

Asian tausta

2 Kantaja on Saksan oikeuden mukaan perustettu yhtiö, jonka toimialana on innovatiivisten avaruusjärjestelmien ja -hankkeiden kehittäminen ja toteuttaminen ja erityisten ilmailu-, avaruus- ja telematiikkatuotteiden, mukaan lukien geostationaariset satelliitit ja matalassa korkeudessa liikkuvat satelliitit, markkinointi.

3 Euroopan satelliittinavigointijärjestelmien toteuttamisesta ja käytöstä sekä neuvoston asetuksen (EY) N:o 876/2002 ja Euroopan parlamentin ja neuvoston asetuksen (EY) N:o 683/2008 kumoamisesta 11.12.2013 annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston asetuksen (EU) N:o 1285/2013 (EUVL 2013, L 347, s. 1) johdanto-osan toisen perustelukappaleen ja 2 artiklan 1 ja 2 kohdan mukaisesti Galileo-ohjelman tavoitteena on sellaisen erityisesti siviilikäyttöön tarkoitetun eurooppalaisen satelliittinavigointi- ja -paikannusjärjestelmän perustaminen ja käyttö, joka koostuu ryhmästä satelliitteja ja maa-asemien maailmanlaajuisesta verkostosta.

4 Asetuksen N:o 1285/2013 12 artiklan 1 kohdan mukaan komissiolla on kokonaisvastuu Galileo-ohjelmasta, ja saman asetuksen 15 artiklan 1 kohdan mukaisesti komission on tehtävä kyseisen ohjelman rakennus- ja käyttöönottovaihetta varten Euroopan avaruusjärjestön (ESA) kanssa tehtävien siirtoa koskeva sopimus, jossa esitetään yksityiskohtaisesti ESAn tehtävät erityisesti järjestelmän hankintojen osalta.

[1] Tuomiosta on otettu tähän vain kohdat, joiden julkaisemista unionin yleinen tuomioistuin pitää aiheellisena.

5 Komission ja ESAn välillä Galileo-ohjelman rakennus- ja käyttöönottovaihetta varten tehdyn tehtävien siirtoa koskevan sopimuksen yhteydessä ESAn tehtäväksi on annettu kyseiseen ohjelmaan liittyvien julkisia hankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen järjestäminen ja komissio on hankintaviranomainen.

6 ESA, joka toimi komission nimissä ja komission lukuun, käynnisti 15.5.2018 päivätyllä hankintailmoituksella, joka julkaistiin Euroopan unionin virallisen lehden täydennysosassa 15.5.2018 (EUVL 2018/S 091-206089) ja verkkosivustolla ”emits.esa.int”, tarjouspyyntömenettelyn, joka koski Galileo-siirtymäsatelliittien toimittamista, kilpailullisena neuvottelumenettelynä (jäljempänä riidanalainen kilpailullinen neuvottelumenettely). Menettely käynnistettiin kilpailullisena neuvottelumenettelynä, koska komissio oli jo yksilöinyt ja määrittänyt tarpeensa mutta ei ollut vielä määritellyt täsmällisesti asianmukaisimpia keinoja niihin vastaamiseksi.

7 Riidanalainen kilpailullinen neuvottelumenettely koski alustavasti neljän (enintään kahdentoista) sellaisen Galileo-siirtymäsatelliitin hankkimista, jotka ovat ominaispiirteiltään kehittyneitä, jotta voidaan varmistaa siirtyminen Galileo-satelliittien ensimmäisestä sukupolvesta toiseen sukupolveen. Asetuksen N:o 1285/2013 19 artiklan d alakohdan mukaisesti päätettiin käyttää useita toimittajia ja päätettiin, että voitaisiin valita kaksi sopimuspuolta ja voitaisiin allekirjoittaa kaksi sopimusta alustavasti kahden satelliitin samanaikaiseksi toimittamiseksi kummankin osalta.

8 Hankintasopimuksen sopimuspuolten valinta tapahtui kokonaistaloudellisesti edullisimman tarjouksen perusteella kahden ratkaisuperusteen mukaan, joista toinen oli hinta, jonka painotus oli 35 prosenttia, ja toinen oli laatu, jonka painotus oli kaiken kaikkiaan 65 prosenttia. Laatua koskeva peruste jakautui viiteen osaperusteeseen. Ensimmäinen osaperuste, jonka painotus oli 10 prosenttia, liittyi henkilöstö- ja teknisten voimavarojen ja tarjoajan tarjoamien laitteiden asianmukaisuuteen ja merkityksellisyyteen tarjouksessa kuvaillun teknisen ja ohjelmistollisen ratkaisun kannalta. Toinen osaperuste, jonka painotus oli 25 prosenttia, liittyi vaatimusten ja tavoitteiden ymmärtämiseen, turvallisuuden alaan liittyvät vaatimukset ja tavoitteet mukaan lukien, ehdotetun hankkeen suunnitelman luokitteluun ja kypsyysasteeseen, ehdotetun hankkeen suunnitelman tarkoitukseen soveltuvuuteen, laatuun ja kestävyyteen sekä teknisten edellytysten noudattamiseen. Kolmas osaperuste, jonka painotus oli 30 prosenttia, liittyi työohjelman laatuun ja tarkoitukseen soveltuvuuteen, tarjouseritelmän noudattamiseen, teknisen suunnittelun tarkoitukseen soveltuvuuteen sekä testejä ja kokeita koskevaan lähestymistapaan, riskien tutkimiseen ja riskien vähentämistä koskeviin ehdotuksiin, riskien teknologinen hajautus mukaan lukien. Neljäs osaperuste, jonka painotus oli 25 prosenttia, liittyi hallinnoinnin, kustannusten laskennan ja töiden toteuttamisen suunnittelun asianmukaisuuteen. Viides osaperuste, jonka painotus oli 10 prosenttia, liittyi tarjouspyynnön ehtojen ja sopimuksen ehtojen noudattamiseen.

9 Riidanalainen kilpailullinen neuvottelumenettely oli kolmivaiheinen. Kaksi ensimmäistä vaihetta toteutettiin asetuksen N:o 1285/2013, unionin yleiseen talousarvioon sovellettavista varainhoitosäännöistä ja neuvoston asetuksen (EY, Euratom) N:o 1605/2002 kumoamisesta 25.10.2012 annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston asetuksen (EU, Euratom) N:o 966/2012 (EUVL 2012, L 298, s. 1) ja asetuksen N:o 966/2012 soveltamissäännöistä 29.10.2012 annetun komission delegoidun asetuksen (EU) N:o 1268/2012 (EUVL 2012, L 362, s. 1) säännösten mukaisesti. Kolmas vaihe toteutettiin asetuksen N:o 1285/2013 ja unionin yleiseen talousarvioon sovellettavista varainhoitosäännöistä, asetusten (EU) N:o 1296/2013, (EU) N:o 1301/2013, (EU) N:o 1303/2013, (EU) N:o 1304/2013, (EU) N:o 1309/2013, (EU) N:o 1316/2013, (EU) N:o 223/2014, (EU) N:o 283/2014 ja päätöksen N:o 541/2014/EU muuttamisesta sekä

asetuksen N:o 966/2012 kumoamisesta 18.7.2018 annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston asetuksen (EU, Euratom) 2018/1046 (EUVL 2018, L 193, s. 1; jäljempänä varainhoitoasetus) säännösten mukaisesti.

10 Riidanalaisen kilpailullisen neuvottelumenettelyn ensimmäinen vaihe alkoi toukokuussa 2018, kun ESA julkaisi ”kehotuksen jättää osallistumishakemus”.

11 ESA valitsi vastaanotettujen osallistumishakemusten perusteella kolme tarjoajaa, joita olivat kantaja, Airbus Defence and Space GmbH (jäljempänä ADS) ja Thales Alenia Space Italia (jäljempänä TASI) (jäljempänä yhdessä tarjoajat).

12 Toinen vaihe alkoi heinäkuussa 2018 ja siinä yksilöitiin ja määriteltiin parhaat keinot hankintaviranomaisen tarpeisiin vastaamiseksi. Ensiksi ESA kehotti tarjoajia jättämään ”alustavan tarjouksen” ja lähetti niille muun muassa ”alustavan tarjouksen jättämistä koskevaan kehotukseen liittyvät tarjouspyynnön erityiset ehdot”. Toiseksi ESA kehotti sen jälkeen, kun neuvottelumenettely oli jatkunut jonkin aikaa, tarjoajia jättämään ”tarkistetun tarjouksen” ja lähetti niille muun muassa ”tarkistetun tarjouksen jättämistä koskevaan kehotukseen liittyvät tarjouspyynnön ehdot”. Kantaja jätti alustavan tarjouksensa 26.9.2018 ja tarkistetun tarjouksensa 11.10.2019.

13 Kolmas vaihe alkoi elokuussa 2020 ja ESA kehotti sen jälkeen, kun neuvottelumenettely oli jatkunut jälleen jonkin aikaa, tarjoajia jättämään ”lopullisen tarjouksensa” ja lähetti niille muun muassa ”lopullisen tarjouksen jättämistä koskevaan kehotukseen liittyvät tarjouspyynnön ehdot”. Kantaja jätti lopullisen tarjouksensa 11.10.2020.

14 Lokakuun ja joulukuun 2020 välillä arviointikomitea, joka koostui ESAn, Euroopan GNSS-viraston (GSA) ja komission edustajista, arvioi tarjoajien lopulliset tarjoukset ja esitti arvioinnin tulokset arviointikertomuksessa (jäljempänä arviointikertomus).

15 Kantaja pyysi 23.12.2020 päivätyssä kirjeessä, joka oli osoitettu komissiolle ja josta lähetettiin kopio muun muassa ESAlle (jäljempänä 23.12.2020 päivätty kirje), pääasiallisesti, että komissio ensinnäkin keskeyttää riidanalaisen kilpailullisen neuvottelumenettelyn sillä perusteella, että oli olemassa ”epäilys siitä, että ADS:n työntekijä on loukannut sen liikesalaisuutta”, tutkii sen jälkeen tätä kysymystä ja lopuksi mahdollisesti sulkee ADS:n riidanalaisen kilpailullisen neuvottelumenettelyn ulkopuolelle.

16 Tässä kirjeessä kantaja ilmoitti komissiolle pääasiallisesti seuraavaa: ensinnäkin [*luottamuksellinen*] [2] (jäljempänä entinen työntekijä) oli työskennellyt kantajan palveluksessa 22.12.2016 alkaen marraskuun 2019 loppuun saakka, hänellä oli ollut hallintopääjohtajana laaja pääsy hanketta koskeviin tietoihin ja hän oli osallistunut kantajan riidanalaisen kilpailullisen neuvottelumenettelyn yhteydessä jättämän tarjouksen valmisteluun. Hän oli erityisesti osallistunut kantajan tarjouksen teknistä osaa koskevaan ”strategiaan” ja hintaa ja hinnan laskentaa koskevaan ”strategiaan”. Toiseksi entinen työntekijä ja kantaja olivat allekirjoittaneet entisen työntekijän pyynnöstä 11.11.2019 asiakirjan, joka koski entisen työntekijän työsopimuksen ennenaikaista irtisanomista. Kolmanneksi ADS oli ottanut joulukuussa 2019 entisen työntekijän palvelukseensa ja hän oli hoitanut vuoden 2020 aikana ADS:ssä tehtävää, jossa hän toimi sen osaston johdossa, joka vastasi ADS:n riidanalaisen kilpailullisen neuvottelumenettelyn yhteydessä jättämästä tarjouksesta. Lisäksi oli viitteitä siitä, että entinen

[2] Luottamukselliset tiedot poistettu.

työntekijä oli hankkinut kantajaa koskevia arkaluonteisia tietoja, joista ADS saattoi saada perusteetonta etua riidanalaisessa kilpailullisessa neuvottelumenettelyssä. Neljänneksi kantaja oli määrännyt, että se tietokone, jota entinen työntekijä käytti kantajan palveluksessa, oli tutkittava, ja kyseisessä tutkinnassa löydettiin asiakirjoja, jotka osoittivat, että ensinnäkin entisellä työntekijällä oli aikomus vaihtaa työnantajaa kesäkuusta 2019 lähtien, että toiseksi entinen työntekijä oli niissä neuvotteluissa, jotka koskivat hänen ottamistaan ADS:n palvelukseen, muun muassa todennut ADS:lle, että jos hänet otetaan palvelukseen, hänestä on etua niissä hankkeissa, joissa ADS kilpailee kantajan kanssa, ja että kolmanneksi oli viitteitä, jotka osoittivat, että entinen työntekijä oli kopioinut kantajan luottamuksellisia tiedostoja. Viidenneksi edellä mainitut olosuhteet olivat sellaisen rikostutkinnan kohteena, jota Saksan toimivaltainen syyttäjäviranomainen suoritti kantajan entisestä työntekijästä maaliskuussa 2020 tekemän rikosilmoituksen johdosta.

17 Arviointikertomuksen perusteella komissio päätti, ettei se hyväksy kantajan tarjousta, ja päätti hyväksyä TASIn ja ADS:n tarjoukset. ESA antoi kantajalle riidanalaiset päätökset tiedoksi 19.1.2021 päivätyllä kirjeellä ja 22.1.2021 päivätyllä faksilla.

18 ESA ilmoitti kantajalle 19.1.2021 päivätyllä kirjeellä päätöksestä, jolla kantajan tarjousta ei hyväksytty sillä perusteella, että kyseinen tarjous ei ollut kokonaistaloudellisesti edullisin tarjous. Se toimitti kyseisen kirjeen liitteenä kantajalle otteen arviointikomitean suorittamasta arvioinnista, joka koski kantajan lopullista tarjousta laatua koskevan perusteen viiden osaperusteen valossa.

19 Kantaja pyysi tämän jälkeen 20.1.2021 päivätyllä faksilla ESAa ilmoittamaan sille tiedot hyväksytyistä tarjoajista, hyväksyttyjen tarjoajien tarjousten ominaisuudet ja niihin liittyvät edut, luokittelun vahvistamisessa käytetyn kokonaishinnan ja sen omaa tarjousta koskevan yksityiskohtaisen arvioinnin.

20 Komissio ilmoitti kantajalle 20.1.2021 päivätyllä kirjeellä 23.12.2020 päivättyyn kirjeeseen viitaten, ettei ensinnäkään ollut riittäviä syitä, jotka oikeuttaisivat riidanalaisen kilpailullisen neuvottelumenettelyn keskeyttämisen tässä vaiheessa, että toiseksi väitteet, jotka koskivat kantajan liikesalaisuuksien väärinkäyttöä, olivat jo sellaisen kansallisten viranomaisten tutkinnan kohteena, jossa tehtäviin johtopäätöksiin komissio voi tukeutua ja toteuttaa niiden perusteella tarvittaessa lisätoimenpiteitä, ja että kolmanneksi kyseisiä väitteitä ei ollut vahvistettu lainvoimaisella tuomiolla tai lopullisella hallinnollisella päätöksellä varainhoitoasetuksen 136 artiklan 1 kohdassa tarkoitetulla tavalla ja ettei siis ollut perusteita ADS:n sulkemiseksi riidanalaisen kilpailullisen neuvottelumenettelyn ulkopuolelle.

21 ESA ilmoitti kantajalle 22.1.2021 päivätyllä faksilla hyväksyttyjen tarjoajien eli TASIn ja ADS:n nimet, kokonaishinnan ja niiden tarjousten lopullisen luokittelun sekä sen, miten nämä tarjoukset oli luokiteltu laatua koskevan perusteen viiden osaperusteen mukaisesti. ESA toimitti kyseisen kirjeen liitteenä kantajalle kantajan tarjouksen arvioinnin yksityiskohtaiset tulokset laatua koskevan perusteen viiden osaperusteen valossa.

22 Tarjoajien tarjoukset luokiteltiin seuraavasti: TASIn tarjous luokiteltiin ensimmäiselle sijalle, ADS:n tarjous luokiteltiin toiselle sijalle ja kantajan tarjous luokiteltiin kolmannelle sijalle. Näitä tarjouksia arvioitiin edellä 8 kohdassa mainitun kahden ratkaisuperusteen perusteella. Laatua koskevan perusteen osalta TASIn tarjous luokiteltiin ensimmäiselle, ADS:n tarjous luokiteltiin toiselle ja kantajan tarjous luokiteltiin kolmannelle sijalle. Hintaa koskevan perusteen osalta

ADS:n tarjous, jonka kokonaishinta oli 707 679 174,75 euroa, luokiteltiin ensimmäiselle, TASIn tarjous, jonka kokonaishinta oli 804 127 000,00 euroa, luokiteltiin toiselle ja kantajan tarjous, jonka kokonaishinta oli 822 786 000,00 euroa, luokiteltiin kolmannelle sijalle.

23 Kantaja pyysi 28.1.2021 päivätyllä kirjeellä komissiota ensinnäkin sulkemaan ADS:n riidanalaisen kilpailullisen neuvottelumenettelyn ulkopuolelle, toiseksi muuttamaan riidanalaisia päätöksiä siten, että kantajan kanssa tehdään hankintasopimus, kolmanneksi antamaan kantajalle mahdollisuuden tutustua riidanalaisen kilpailullisen neuvottelumenettelyn täydelliseen asiakirja-aineistoon ja arviointikertomukseen ja neljänneksi olemaan allekirjoittamatta sopimuksia siihen saakka, kunnes on tehty päätös, joka koskee kantajan esittämiä vastaväitteitä. Tässä kirjeessä kantaja väitti, että ADS oli suljettava kyseisen neuvottelumenettelyn ulkopuolelle, koska se oli yhtäältä loukannut kilpailuun liittyvää salassapitoa koskevaa periaatetta, kun se oli ottanut entisen työntekijän mukaan sen tarjouksen valmisteluun, ja koska sen tarjous oli toisaalta poikkeuksellisen alhainen.

Asianosaisten vaatimukset

24 Kantaja vaatii, että unionin yleinen tuomioistuin

– kumoaa riidanalaiset päätökset

– velvoittaa komission antamaan sille mahdollisuuden tutustua riidanalaisen kilpailullisen neuvottelumenettelyn asiakirja-aineistoon

– velvoittaa komission korvaamaan oikeudenkäyntikulut.

25 Komissio vaatii, että unionin yleinen tuomioistuin

– jättää kanteen osittain tutkimatta ja osittain hylkää sen perusteettomana

– velvoittaa kantajan korvaamaan oikeudenkäyntikulut.

26 Italian tasavalta ja ADS vaativat, että unionin yleinen tuomioistuin hylkää kanteen.

Oikeudellinen arviointi

[– –]

Asiakysymys

[– –]

Ensimmäinen kanneperuste, joka koskee varainhoitoasetuksen 136 artiklassa säädettyjen poissulkemisperusteiden noudattamatta jättämistä ja yhdenvertaisen kohtelun ja ”salaisen kilpailun” periaatteiden loukkaamista

[– –]

– Ensimmäisen kanneperusteen ensimmäinen osa, joka koskee varainhoitoasetuksen 136 artiklassa säädettyjen poissulkemisperusteiden noudattamatta jättämistä

53 Ensinnäkin kantaja väittää, että päätöksellä valita ADS yhdeksi hankintasopimuksen sopimuspuoleksi rikotaan varainhoitoasetuksen 136 artiklaa ja 167 artiklan 1 kohdan b alakohtaa, koska ADS olisi pitänyt sulkea riidanalaisen kilpailullisen neuvottelumenettelyn ulkopuolelle.

54 Aluksi kantaja väittää, että ADS olisi pitänyt sulkea riidanalaisen kilpailullisen neuvottelumenettelyn ulkopuolelle varainhoitoasetuksen 136 artiklan 1 kohdan c alakohdan ii alakohdan ja v alakohdan perusteella, koska yhtäältä on olemassa olettama sellaisesta ADS:n ja entisen työntekijän välisestä kilpailunvastaisesta sopimuksesta tai salaisesta yhteisjärjestelystä, jolla pyritään vääristämään kilpailua, jota kantajan kanssa käydään riidanalaisen kilpailullisen neuvottelumenettelyn yhteydessä, ja toisaalta ADS:n oletetaan yrittäneen hankkia kantajan luottamuksellisia tietoja, joista ADS saattoi saada perusteetonta etua riidanalaisessa kilpailullisessa neuvottelumenettelyssä, kun se on ottanut entisen työntekijän palvelukseensa.

55 Seuraavaksi kantaja väittää, että lainvoimaisen tuomion tai lopullisen hallinnollisen päätöksen puuttuessa ADS olisi pitänyt sulkea kyseisen neuvottelumenettelyn ulkopuolelle varainhoitoasetuksen 136 artiklan 2 kohdassa säädetyn alustavan oikeudellisen arvioinnin perusteella. Lisäksi se väittää, että komission olisi pitänyt tutkia tosiseikat ja hankkia tietoja ADS:ltä.

56 Lopuksi kantaja väittää, että ADS olisi pitänyt sulkea kyseisen neuvottelumenettelyn ulkopuolelle varainhoitoasetuksen 136 artiklan 4 kohdan a alakohdan perusteella, koska entinen työntekijä toimi ADS:ssä johtotehtävissä ja koska hän oli yhdessä varainhoitoasetuksen 136 artiklan 1 kohdan c alakohdassa tarkoitetuista tilanteista.

57 Komissio ja väliintulijat riitauttavat nämä argumentit.

58 Aluksi on todettava, että varainhoitoasetuksen 167 artiklan 1 kohdan b alakohdassa säädetään, että hankintoja koskevat ratkaisut tehdään ratkaisuperusteiden pohjalta edellyttäen, että hankintaviranomainen on tarkistanut, että ehdokasta tai tarjoajaa ei ole suljettu pois 136 artiklan nojalla tai hylätty saman asetuksen 141 artiklan nojalla.

59 Poissulkemisperusteiden osalta varainhoitoasetuksen 136 artiklan 1 kohdasta käy ilmi, että ”[t]oimivaltaisen tulojen ja menojen hyväksyjän on suljettava 135 artiklan 2 kohdassa tarkoitettu henkilö tai yhteisö tässä asetuksessa tarkoitettujen ratkaisu- ja myöntämismenettelyjen – – ulkopuolelle, jos kyseinen henkilö tai yhteisö on yhdessä tai useammassa [kyseisen asetuksen 136 artiklan 1 kohdan a–h alakohdassa säädetyistä] poissulkemistilanteista”. Erityisesti kyseisen asetuksen 136 artiklan 1 kohdan c alakohdan ii alakohdassa ja v alakohdassa säädetään, että ”[t]oimivaltaisen tulojen ja menojen hyväksyjän on suljettava 135 artiklan 2 kohdassa tarkoitettu henkilö tai yhteisö tässä asetuksessa tarkoitettujen ratkaisu- ja myöntämismenettelyjen – – ulkopuolelle, jos – – c) lainvoimaisessa tuomiossa tai lopullisessa hallinnollisessa päätöksessä on todettu, että kyseinen henkilö tai yhteisö on syyllistynyt ammatin harjoittamiseen liittyvään vakavaan virheeseen – –, mukaan lukien erityisesti – – ii) sopimuksen tekeminen muiden henkilöiden tai yhteisöjen kanssa kilpailun vääristämiseksi [tai] v) yritys saada luottamuksellisia tietoja, joiden avulla on mahdollista saada perusteettomia etuja ratkaisu- tai myöntämismenettelyssä”.

60 Lisäksi varainhoitoasetuksen 136 artiklan 4 kohdan a alakohdassa säädetään, että toimivaltaisen tulojen ja menojen hyväksyjän on suljettava 135 artiklan 2 kohdassa tarkoitettu henkilö tai yhteisö menettelyn ulkopuolelle, jos ”luonnollinen henkilö tai oikeushenkilö, joka on 135 artiklan 2 kohdassa tarkoitetun henkilön tai yhteisön hallinto-, johto- tai valvontaelimen jäsen tai joka käyttää edustus-, päätös- tai valvontavaltaa tällaisen henkilön tai yhteisön osalta, on yhdessä tai useammassa [136] artiklan 1 kohdan c–h alakohdassa tarkoitetuista tilanteista”.

61 Tämän lisäksi varainhoitoasetuksen 136 artiklan 2 kohdan ensimmäisessä alakohdassa säädetään, että ”[j]os lainvoimaista tuomiota ei ole annettu tai tapauksen mukaan lopullista hallinnollista päätöstä ei ole tehty tämän artiklan 1 kohdan c, d, f, g ja h alakohdassa tarkoitetuissa tapauksissa – –, toimivaltaisen tulojen ja menojen hyväksyjän on suljettava 135 artiklan 2 kohdassa tarkoitettu henkilö tai yhteisö menettelyn ulkopuolelle [c, d, f, g ja h alakohdassa] tarkoitetun toiminnan alustavan oikeudellisen arvioinnin perusteella ottaen huomioon [kyseisen asetuksen] 143 artiklassa tarkoitetun tutkintaelimen suosituksessa todetut tosiseikat tai siihen sisältyvät muut havainnot”.

62 Edellä mainituista säännöksistä käy muun muassa ilmi, että hankintaviranomaisen on suljettava tarjoaja tarjouspyyntömenettelyn ulkopuolelle, kun kyseinen tarjoaja on tilanteessa, joka vastaa yhtä tai useampaa edellä 59–61 kohdassa mainitusta kolmesta poissulkemisperusteesta.

63 Näin ollen ensimmäinen poissulkemisperuste, josta säädetään varainhoitoasetuksen 136 artiklan 1 kohdan c alakohdan ii alakohdassa ja v alakohdassa, luettuna yhdessä 135 artiklan 2 kohdan a alakohdan kanssa, vastaa tilanteita, joissa lainvoimaisessa tuomiossa tai lopullisessa hallinnollisessa päätöksessä on todettu, että tarjoaja on syyllistynyt ammatin harjoittamiseen liittyvään vakavaan virheeseen, kun se on toiminut jollakin varainhoitoasetuksen 136 artiklan 1 kohdan c alakohdan ii alakohdassa ja v alakohdassa tarkoitetulla tavalla eli on tehnyt sopimuksen muiden henkilöiden tai yhteisöjen kanssa kilpailun vääristämiseksi tai on yrittänyt saada luottamuksellisia tietoja, joista se saattaa saada perusteetonta etua tarjouspyyntömenettelyssä.

64 Toinen poissulkemisperuste, josta säädetään varainhoitoasetuksen 136 artiklan 4 kohdan a alakohdassa, luettuna yhdessä 135 artiklan 2 kohdan a alakohdan ja 136 artiklan 1 kohdan c alakohdan ii alakohdan ja v alakohdan kanssa, vastaa tilanteita, joissa lainvoimaisessa tuomiossa tai lopullisessa hallinnollisessa päätöksessä on todettu, että luonnollinen henkilö tai oikeushenkilö, joka on tarjoajan hallinto-, johto- tai valvontaelimen jäsen tai joka käyttää edustus-, päätös- tai valvontavaltaa tällaisen tarjoajan osalta, on syyllistynyt ammatin harjoittamiseen liittyvään vakavaan virheeseen, kun se on toiminut jollakin varainhoitoasetuksen 136 artiklan 1 kohdan c alakohdan ii alakohdassa ja v alakohdassa tarkoitetulla tavalla.

65 Kolmas poissulkemisperuste, josta säädetään varainhoitoasetuksen 136 artiklan 2 kohdan ensimmäisessä alakohdassa, luettuna yhdessä 135 artiklan 2 kohdan a alakohdan, 136 artiklan 1 kohdan c alakohdan ii alakohdan ja v alakohdan ja 143 artiklan 6 kohdan a alakohdan kanssa, vastaa tilanteita, joissa siinä tapauksessa, että lainvoimaista tuomiota ei ole annettu tai lopullista hallinnollista päätöstä ei ole tehty, alustavassa oikeudellisessa arvioinnissa, joka sisältyy varainhoitoasetuksen 143 artiklassa tarkoitetun tutkintaelimen (jäljempänä tutkintaelin) antamaan suositukseen, on todettu, että tarjoaja on syyllistynyt ammatin harjoittamiseen liittyvään vakavaan virheeseen, kun se on toiminut jollakin kyseisen asetuksen 136 artiklan 1 kohdan c alakohdan ii alakohdassa ja v alakohdassa tarkoitetulla

tavalla. Varainhoitoasetuksen 135 artiklan 4 kohdan mukaisesti hankintaviranomainen voi tehdä päätöksen tarjoajan poissulkemisesta 136 artiklan 2 kohdassa tarkoitetun alustavan oikeudellisen arvioinnin perusteella vasta sen jälkeen, kun se on saanut tutkintaelimen suosituksen.

66 Käsiteltävässä asiassa ensimmäisen poissulkemisperusteen soveltamisedellytykset, jotka on mainittu edellä 63 kohdassa, eivät täyty. Asianosaisten välillä on nimittäin riidatonta, että riidanalaisen kilpailullisen neuvottelumenettelyn ajankohtana ei ollut olemassa mitään varainhoitoasetuksen 136 artiklan 1 kohdan c alakohdassa tarkoitettua lainvoimaista tuomiota tai lopullista hallinnollista päätöstä, joka koskisi ADS:ää.

67 Toisen poissulkemisperusteen osalta edellä 64 kohdassa mainituista varainhoitoasetuksen säännöksistä käy ilmi, että tarjoaja voidaan sulkea pois ainoastaan siinä tapauksessa, että lainvoimaisessa tuomiossa tai lopullisessa hallinnollisessa päätöksessä on todettu, että luonnollinen henkilö tai oikeushenkilö, joka on tarjoajan hallinto-, johto- tai valvontaelimen jäsen, on syyllistynyt ammatin harjoittamiseen liittyvään vakavaan virheeseen.

68 Vaikka oletettaisiin, että entistä työntekijää voitaisiin pitää varainhoitoasetuksen 136 artiklan 4 kohdan a alakohdassa tarkoitettuna ADS:n hallinto-, johto- tai valvontaelimen jäsenenä, se, että olisi olemassa entistä työntekijää koskeva lainvoimainen tuomio tai lopullinen hallinnollinen päätös, ei käy mitenkään ilmi asiakirja-aineistosta eikä kantaja ole edes väittänyt, että sellainen olisi olemassa. Entisen työntekijän toiminnan osalta asiakirja-aineistosta käy nimittäin ilmi, että sen rikosilmoituksen, jonka kantaja on tehnyt entisestä työntekijästä Saksan toimivaltaiselle syyttäjäviranomaiselle, tutkinta on lopetettu ilman jatkotoimia 10.12.2020 tehdyllä päätöksellä ja että ”hallinnollinen oikaisuvaatimus”, jonka kantaja oli tehnyt kyseisestä tutkinnan lopettamista koskevasta päätöksestä, on hylätty toimivaltaisen syyttäjäviranomaisen 1.3.2021 tekemällä päätöksellä.

69 Näin ollen käsiteltävässä asiassa ei ole näytetty toteen, että edellä 63 ja 64 kohdassa mainittuja ensimmäistä ja toista poissulkemisperustetta olisi rikottu.

70 Kolmannen poissulkemisperusteen osalta on muistutettava, että kuten edellä 65 kohdasta ilmenee, tarjoaja voidaan sulkea tarjouspyyntömenettelyn ulkopuolelle vain sen toiminnan alustavan oikeudellisen arvioinnin perusteella ottaen huomioon tutkintaelimen suosituksessa todetut tosiseikat tai siihen sisältyvät havainnot.

71 Käsiteltävässä asiassa on riidatonta, että komissio ei ole saattanut asiaa kyseisen tutkintaelimen käsiteltäväksi. Näin ollen herää kysymys siitä, onko komissio – kun se ei ole tehnyt näin – jättänyt noudattamatta varainhoitoasetuksen 136 artiklan 2 kohdan ensimmäisen alakohdan ja 143 artiklan mukaisia velvoitteitaan kolmannen poissulkemisperusteen vastaisesti.

72 Aluksi on esitettävä joitakin täsmennyksiä, jotka koskevat asian saattamista tutkintaelimen käsiteltäväksi ja alustavaa oikeudellista arviointia, jonka perusteella tarjoaja voidaan sulkea tarjouspyyntömenettelyn ulkopuolelle.

73 Ensinnäkin asian saattamisella tutkintaelimen käsiteltäväksi sellaisen suosituksen saamiseksi, joka tarvittaessa sisältää tarjoajan toiminnan alustavan oikeudellisen arvioinnin, jonka perusteella kyseinen tarjoaja voidaan sulkea tarjouspyyntömenettelyn ulkopuolelle, pyritään suojaamaan unionin taloudellisia etuja sellaista toimintaa vastaan, joka aiheuttaa näille eduille riskin. Varainhoitoasetuksen 135 artiklan 1 kohdan ensimmäisessä alakohdassa nimittäin säädetään, että ”[u]nionin taloudellisten etujen suojaamiseksi komissio perustaa varhaishavainta- ja

poissulkemisjärjestelmän ja vastaa sen toiminnasta”. Varainhoitoasetuksen 135 artiklan 1 kohdan toisen alakohdan mukaan kyseisen järjestelmän tavoitteena on helpottaa muun muassa ”a) sellaisten 2 kohdassa tarkoitettujen henkilöiden tai yhteisöjen varhaista havaitsemista, jotka aiheuttavat unionin taloudellisille eduille riskin” ja ”b) sellaisten 2 kohdassa tarkoitettujen henkilöiden tai yhteisöjen poissulkemista, jotka ovat jossakin 136 artiklan 1 kohdassa tarkoitetuista poissulkemistilanteista”.

74 Toiseksi alustava oikeudellinen arviointi kuuluu ainoastaan tutkintaelimelle ”kyseisten tilanteiden keskitetyn arvioinnin varmistamiseksi” varhaishavainta- ja poissulkemisjärjestelmässä varainhoitoasetuksen 135 artiklan 4 kohdan mukaisesti.

75 Kolmanneksi alustava oikeudellinen arviointi koskee välttämättä tarjoajien itsensä toimintaa. Kuten edellä 61 ja 65 kohdassa mainituista säännöksistä ilmenee, alustava oikeudellinen arviointi voi koskea vain kyseisen asetuksen 136 artiklan 1 kohdan c, d, f, g ja h alakohdassa tarkoitettuja tosiseikkoja tai havaintoja ja näin ollen pelkästään kyseisen asetuksen 135 artiklan 2 kohdassa tarkoitettujen henkilöiden tai yhteisöjen toimintaa.

76 Neljänneksi alustava oikeudellinen arviointi koskee tosiseikkoja tai havaintoja, jotka on havaittu lähinnä unionin tai jäsenvaltioiden toimivaltaisten viranomaisten suorittamien tilintarkastusten tai tarkastusten yhteydessä. Tässä yhteydessä on muistutettava, että varainhoitoasetuksen 142 artiklan 2 kohdan b ja c alakohdassa säädetään, että unionin taloudellisia etuja uhkaavien riskien varhaisen havaitsemisen on perustuttava tietoihin, jotka komissiolle toimittaa muun muassa komission, komission perustaman unionin toimiston tai toimeenpanoviraston tulojen ja menojen hyväksyjä (varainhoitoasetuksen 142 artiklan 2 kohdan b alakohta) taikka unionin toimielin tai muu kuin kyseisen asetuksen 142 artiklan 2 kohdan b alakohdassa tarkoitettu unionin toimisto tai virasto (varainhoitoasetuksen 142 artiklan 2 kohdan c alakohta) (ks. analogisesti tuomio 16.5.2019, Transtec v. komissio, T-228/18, EU:T:2019:336, 52 kohta).

77 On myös muistutettava, että varainhoitoasetuksen 136 artiklan 2 kohdan neljännessä alakohdassa säädetään seuraavaa:

”Ensimmäisessä alakohdassa tarkoitetut tosiseikat ja havainnot käsittävät erityisesti seuraavaa:

a) tosiseikat, jotka on havaittu asetuksen (EU) 2017/1939 mukaiseen tiiviimpään yhteistyöhön osallistuvien jäsenvaltioiden osalta EPPOn, tilintarkastustuomioistuimen, OLAFin tai sisäisen tarkastajan suorittaman tarkastuksen taikka tulojen ja menojen hyväksyjän vastuulla suoritettavan muun tarkastuksen, tilintarkastuksen tai valvonnan yhteydessä;

b) muut kuin lopulliset hallinnolliset päätökset, joihin voi sisältyä ammattietiikkaa koskevien normien noudattamisen varmistamisesta vastaavan toimivaltaisen valvontaelimen toteuttamia kurinpitotoimia;

c) unionin varoja 62 artiklan 1 kohdan ensimmäisen alakohdan c alakohdan mukaisesti hoitavien henkilöiden ja yhteisöjen päätöksissä tarkoitetut tosiseikat;

d) unionin varoja 62 artiklan 1 kohdan ensimmäisen alakohdan b alakohdan mukaisesti hoitavien yhteisöjen 142 artiklan 2 kohdan d alakohdassa säädetyn mukaisesti toimittamat tiedot;

e) komission päätökset unionin kilpailuoikeuden rikkomisista tai toimivaltaisen kansallisen viranomaisen päätökset unionin tai kansallisen kilpailuoikeuden rikkomisista.”

78 Viidenneksi hankintaviranomaisen on saatettava asia varainhoitoasetuksen 143 artiklassa tarkoitetun tutkintaelimen käsiteltäväksi vain, kun sen käytettävissä olevat havaitut tosiseikat ovat riittäviä todisteita saamaan aikaan olettaman tarjoajan syyllisyydestä. Kuten unionin yleinen tuomioistuin on jo todennut, kaikista edellä mainituista säännöksistä seuraa, että jos tarjoajaa koskevaa lainvoimaista tuomiota ei ole annettu tai sitä koskevaa lopullista hallinnollista päätöstä ei ole tehty, hankintaviranomaisen on, jos sillä on riittäviä todisteita sen olettaman vahvistamiseksi, että kyseinen tarjoaja on syyllistynyt erityisesti ammatin harjoittamiseen liittyvään vakavaan virheeseen, saatettava asia tutkintaelimen käsiteltäväksi, jotta tämä voi antaa suosituksen, joka tarvittaessa sisältää riidanalaisten tosiseikkojen alustavan oikeudellisen arvioinnin (ks. analogisesti tuomio 16.5.2019, Transtec v. komissio, T-228/18, EU:T:2019:336, 53 kohta).

79 Lisäksi on todettava ensinnäkin, että vaatimus siitä, että on riittäviä todisteita asian saattamiseksi tutkintaelimen käsiteltäväksi, on sen järjestelmän tavoitteiden mukainen, jolla pyritään muun muassa havaitsemaan varhaisesti ja poissulkemaan tarjoajat, joiden toiminta aiheuttaa unionin taloudellisille eduille riskin (ks. edellä 73 kohta). Toiseksi tämä vaatimus perustuu moitteettoman varainhoidon periaatteeseen sekä tuloksellisuuteen (ks. varainhoitoasetuksen II osaston 7 luku), koska sillä pyritään välttämään se, että julkisen hankinnan tekomenettely viivästyy ilman perusteltua syytä. Kolmanneksi tämä vaatimus on seuraus tutkintaelimen roolista; tutkintaelimen tehtävänä ei ole tutkiminen, vaan se on annettava suositus, joka tarvittaessa sisältää alustavan oikeudellisen arvioinnin, joka koskee tosiseikkoja ja havaintoja, jotka on aiemmin havaittu muun muassa unionin toimivaltaisten viranomaisten suorittamien tilintarkastusten tai tarkastusten yhteydessä (ks. edellä 76 kohta). Neljänneksi vaatimus siitä, että on riittäviä todisteita, johtuu alustavan oikeudellisen arvioinnin ulottuvuudesta, koska kyseinen arviointi koskee tarjoajan toimintaa siinä tapauksessa, että lainvoimaista tuomiota ei ole annettu tai lopullista päätöstä ei ole tehty (ks. edellä 65 kohta), ja se ei voi siten perustua pelkkiin epäilyihin.

80 Kaiken edellä esitetyn perusteella on tutkittava, oliko komissiolla käsiteltävässä asiassa velvollisuus saattaa asia tutkintaelimen käsiteltäväksi, jotta tämä voi antaa suosituksen, joka tarvittaessa sisältää ADS:n toiminnan alustavan oikeudellisen arvioinnin. Näin ollen on tutkittava, oliko komissiolla riittäviä todisteita, joiden perusteella voitiin olettaa, että ADS oli syyllistynyt unionin taloudellisia etuja uhkaavaan ammatin harjoittamiseen liittyvään vakavaan virheeseen, mukaan lukien erityisesti sopimuksen tekeminen muiden henkilöiden tai yhteisöjen kanssa kilpailun vääristämiseksi tai yritys saada luottamuksellisia tietoja, joista se saattaa saada perusteetonta etua riidanalaisessa kilpailullisessa neuvottelumenettelyssä.

81 Käsiteltävässä asiassa asiakirja-aineistosta ja asianosaisten suullisista lausumista ilmenee, että 23.12.2020 päivätty kirje oli ainoa komission käytössä ollut seikka, joka koski ADS:n väitettyä sääntöjenvastaista toimintaa. Kyseisessä kirjeessä kantaja pyysi pääasiallisesti, että komissio ensinnäkin keskeyttää riidanalaisen kilpailullisen neuvottelumenettelyn sillä perusteella, että oli olemassa sellainen ”epäilys siitä, että ADS:n työntekijä on loukannut sen liikesalaisuutta”, joka johtui kantajan mukaan tosiseikoista, jotka kantaja saattoi komission tietoon, tutkii sen jälkeen tätä kysymystä ja lopuksi mahdollisesti sulkee ADS:n riidanalaisen kilpailullisen neuvottelumenettelyn ulkopuolelle (ks. edellä 15 kohta).

82 Tässä yhteydessä on ensinnäkin huomattava, että kantajan 23.12.2020 päivätyssä kirjeessä esittämissä ja edellä 16 kohdassa esiin tuoduissa väitteissä ei ollut kyse varainhoitoasetuksen 136 artiklan 2 kohdan neljännen alakohdan a–e alakohdassa tarkoitetuista tosiseikoista tai havainnoista.

83 Toiseksi on todettava, että vaikka kantaja on maininnut kyseisiä tosiseikkoja koskevan tutkintamenettelyn, joka oli vireillä toimivaltaisissa kansallisissa viranomaisissa, kyseinen menettely oli seuraus kantajan tekemästä rikosilmoituksesta, joka koski kantajan entisen työntekijän – eikä ADS:n – väitettyä liikesalaisuuksia koskevan Saksan liittotasavallan lainsäädännön rikkomista (ks. edellä 16 kohta).

84 Kuten edellä 75 kohdasta ilmenee, varainhoitoasetuksen 136 artiklan 2 kohdassa säädetty alustava oikeudellinen arviointi ja siten asian saattaminen tutkintaelimen käsiteltäväksi voi kuitenkin koskea vain tarjoajien itsensä toimintaa. Näin ollen 23.12.2020 päivätyssä kirjeessä mainittua entisen työntekijän väitettyä toimintaa ei voida pitää riittävänä todisteena asian saattamiseksi kyseisen tutkintaelimen käsiteltäväksi.

85 Kolmanneksi on todettava, että 23.12.2020 päivättyyn kirjeeseen ei sisältynyt mitään todisteita, jotka tukisivat siinä mainittuja väitteitä.

86 Tästä seuraa, ettei 23.12.2020 päivätyssä kirjeessä mainittujen väitteiden voitu katsoa olevan tosiseikkoja tai havaintoja, jotka ovat riittäviä todisteita tukemaan olettamaa ADS:n syyllisyydestä ja oikeuttavat asian saattamisen tutkintaelimen käsiteltäväksi.

87 Tässä asiayhteydessä on selvitettävä, oliko komissiolla kuitenkin velvollisuus tutkia 23.12.2020 päivätyssä kirjeessä mainitut väitteet.

88 Tässä yhteydessä on yhtäältä todettava, että kantaja ei maininnut 23.12.2020 päivätyssä kirjeessä minkäänlaista ADS:n omaa toimintaa lukuun ottamatta sitä, että ADS oli ottanut kantajan entisen työntekijän palvelukseensa (ks. edellä 16 kohta). Se, että tarjoaja on ottanut toisen tarjoajan entisen työntekijän palvelukseensa tarjouspyyntömenettelyn aikana, ei lähtökohtaisesti ole sellaisenaan osoitus ensiksi mainitun tarjoajan toiminnasta, joka voi muodostaa ammatin harjoittamiseen liittyvän vakavan virheen. Sitä vastoin osallistuminen tarjouspyyntömenettelyyn ei voi olla esteenä sille, että tarjoajat (ja niiden työntekijät tai entiset työntekijät) käyttävät kyseisen menettelyn aikana oikeuksiaan tehdä työsopimuksia tai toteuttaa työoikeuden piiriin kuuluvia toimia.

89 Toisaalta on todettava, että kantaja mainitsi 23.12.2020 päivätyssä kirjeessä tietyn toiminnan, jossa ei ollut kyse ADS:n toiminnasta vaan kantajan entisen työntekijän toiminnasta. Täsmällisemmin sanottuna kantaja mainitsi sen, että kantaja oli löytänyt entisen työntekijänsä tietokoneelta 21.6.2019 päivätyn hakemuskirjeen, joka oli osoitettu ADS:n varatoimitusjohtajalle ja jossa entinen työntekijä totesi muun muassa, että hänen siirtymisensä kantajalta ADS:n palvelukseen ”voi myös muuttaa [kantajan] tulevaisuudennäkymiä ja kilpailuasemaa [ADS:ää] vastaan myöhempiä hankintoja ajatellen”. Kantaja väitti myös 23.12.2020 päivätyssä kirjeessä, että entisen työntekijän tietokoneen tutkinta osoitti, että hän oli saattanut kopioida merkityksellisiä tietoja, jotka hän oli saanut valmistellessaan kantajan tarjousta riidanalaista kilpailullista neuvottelumenettelyä varten, eli teknisiä yksityiskohtia ja konsepteja, tarjouksia koskevia strategioita, kilpailukykyä koskevan arvioinnin, hintaa koskevia strategioita ja yksityiskohtaiset tiedot hinnoista. Samassa kirjeessä kantaja väitti myös, että ADS oli nimittänyt entisen työntekijän huhtikuusta 2020 lähtien eli joitakin kuukausia sen jälkeen, kun ADS oli ottanut hänet palvelukseensa, riidanalaiseen kilpailulliseen neuvottelumenettelyyn osallistuvan yksikön johtoon eli tehtävään ”Head of Space Systems Germany”, jossa hän hoiti samoja tehtäviä kuin niitä, joita hän oli aiemmin hoitanut kantajan palveluksessa.

90 On todettava, että kantaja väitti näissä väitteissä pääasiallisesti, että sen entinen työntekijä oli loukannut sen liikesalaisuutta, koska hän oli hankkinut lainvastaisesti kantajaa koskevia arkaluonteisia tietoja, joista ADS saattoi saada perusteetonta etua riidanalaisessa kilpailullisessa neuvottelumenettelyssä (ks. edellä 16 kohta).

91 Vaikka katsottaisiin, että tällainen loukkaus olisi näytetty toteen, se ei kuitenkaan missään tapauksessa ole osoitus ADS:n itsensä toiminnasta eikä se siten voi saada aikaan olettamaa ADS:n syyllisyydestä.

92 Lisäksi on todettava, että kantaja ei esittänyt 23.12.2020 päivätyssä kirjeessä mitään konkreettista argumenttia osoittaakseen, että ADS olisi saanut erityisesti entisen työntekijän välityksellä jonkinlaista arkaluonteista tietoa ja olisi käyttänyt sitä riidanalaisessa kilpailullisessa neuvottelumenettelyssä. Sitä vastoin kantaja väitti kyseisessä kirjeessä vain, että ADS oli voinut saada kantajaa koskevia arkaluonteisia tietoja, joista ADS saattoi saada perusteetonta etua riidanalaisessa kilpailullisessa neuvottelumenettelyssä (ks. edellä 16 kohta). Tätä epämääräistä ja hypoteettista väitettä ei voida pitää edellä 78 kohdassa mainitussa oikeuskäytännössä tarkoitettuna riittävänä todisteena.

93 Kirjeeseen, joka oli päivätty 23.12.2020, ei nimittäin sisältynyt mitään konkreettista seikkaa, jonka perusteella voitaisiin tunnistaa väitetyt kantajaa koskevat arkaluonteiset tiedot, jotka entinen työntekijä oli saattanut hankkia, jotka oli saatettu toimittaa ADS:lle ja joita ADS oli saattanut käyttää riidanalaisessa kilpailullisessa neuvottelumenettelyssä saaden siten perusteetonta etua. Kantaja mainitsi kyseisessä kirjeessä vain, että entinen työntekijä oli osallistunut kantajan tarjouksen teknistä osaa koskevaan ”strategiaan” ja hintaa ja hinnan laskentaa koskevaan ”strategiaan”. Näissä liian yleisluonteisissa väitteissä ei esitetä mitään konkreettista seikkaa, jonka perusteella voitaisiin tunnistaa väitetyt arkaluonteiset tiedot, joista voisi olla kyse.

94 Kantaja ei etenkään mainitse missään 23.12.2020 päivätyn kirjeen kohdassa mitään kantajan tarjoukseen sisältyvää teknistä tietoa, jonka kantajan entinen työntekijä olisi toimittanut ADS:lle ja jota ADS olisi käyttänyt perusteettomasti riidanalaisessa kilpailullisessa neuvottelumenettelyssä. Kyseisessä kirjeessä ei myöskään täsmennetä millään tavalla kantajan tarjouksen hintaa koskevaa ”strategiaa”, josta entinen työntekijä olisi tietoinen.

95 Lisäksi on todettava, että 23.12.2020 päivätystä kirjeestä kävi ilmi, että entinen työntekijä oli lähtenyt pois kantajan palveluksesta hieman sen jälkeen, kun kantajan tarkistettu tarjous jätettiin riidanalaisen kilpailullisen neuvottelumenettelyn toisessa vaiheessa. Näin ollen entisellä työntekijällä ei joka tapauksessa voinut olla tietoja kantajan ja ESAn neuvotteluista menettelyn kolmannessa vaiheessa eikä kantajan lopullisen tarjouksen sisällöstä; kantajan lopullinen tarjous jätettiin lokakuussa 2020 eli lähes vuosi sen jälkeen, kun entinen työntekijä oli lähtenyt pois kantajan palveluksesta (ks. edellä 13 ja 16 kohta). Kuten asiakirja-aineistosta ja komission niihin kysymyksiin antamista vastauksista, jotka unionin yleinen tuomioistuin esitti sille istunnossa, käy ilmi, lisäksi ”lopullisen tarjouksen jättämistä koskevaan kehotukseen liittyviin tarjouspyynnön ehtoihin”, jotka lähetettiin tarjoajille elokuussa 2020 (ks. edellä 13 kohta), sisältyi muutoksia verrattuna aiempiin ”tarkistetun tarjouksen jättämistä koskevaan kehotukseen liittyviin tarjouspyynnön ehtoihin”. Erityisesti satelliittien toimittamisen määräaikaa lyhennettiin lähes vuodella, määräaikaa sille, että hankintaviranomainen käyttää optiota hankkiakseen lisää satelliitteja alustavan satelliittien määrän lisäksi (ks. edellä 7 kohta), pidennettiin 14 kuukaudella ja tiettyjen satelliittien luokittelua yhden kerran laukaistaviksi tai kaksi kertaa laukaistaviksi muutettiin. Tällaiset muutokset eivät voineet olla luonteeltaan sellaisia, että niillä ei olisi vaikutuksia tarjoajien lopullisissa tarjouksissaan esittämiin teknisiin ja taloudellisiin edellytyksiin.

96 Edellä esitetystä seuraa, että komissiolla ei ollut velvollisuutta tutkia 23.12.2020 päivättyyn kirjeeseen sisältyneitä väitteitä, koska vaikka katsottaisiin, että ne olisi näytetty toteen, ne eivät olleet riittäviä todisteita saamaan aikaan olettaman ADS:n syyllisyydestä, mikä olisi oikeuttanut asian saattamisen tutkintaelimen käsiteltäväksi.

97 Näitä arvioita ei voida kyseenalaistaa kantajan argumentilla, jonka mukaan ESA on pyytänyt ADS:ltä tietoja entisestä työntekijästä vasta 29.1.2021 eli riidanalaisten päätösten tekemisen jälkeen. Sen lisäksi, että kyseinen pyyntö on tehty sen 28.1.2021 päivätyn kantajan toisen kirjeen (ks. edellä 23 kohta) jälkeen, joka on sekin päiväykseltään myöhäisempi kuin riidanlaiset päätökset, on nimittäin niin, että sillä, että ADS:ltä on pyydetty tietoja riidanalaisten päätösten tekemisen jälkeen, ei ole vaikutusta riidanalaisten päätösten laillisuuteen, kun otetaan huomioon se, ettei ollut olemassa velvollisuutta saattaa asiaa tutkintaelimen käsiteltäväksi (ks. edellä 86 kohta), ja se, että kantajan väitteet eivät koskeneet alaa, jolla unionin toimielimillä, virastoilla tai elimillä on tutkintavaltuuksia (ks. edellä 96 kohta).

98 Lisäksi on todettava komission tavoin, että kantaja on ilmoittanut komissiolle epäilyistään vasta 23.12.2020 päivätyssä kirjeessä, vaikka kantaja oli määrännyt, että entisen työntekijän tietokone on tutkittava, jo marraskuussa 2019, kuten se myöntää kannekirjelmässä, ja vaikka kantaja oli tehnyt toimivaltaisille saksalaisille viranomaisille rikosilmoituksen entisestä työntekijästä jo maaliskuussa 2020 (ks. edellä 16 kohta). Kyseisenä ajanjaksona eli marraskuun 2019 ja joulukuun 2020 välisenä ajanjaksona riidanalaisessa kilpailullisessa neuvottelumenettelyssä siirryttiin toisesta vaiheesta kolmanteen vaiheeseen, joka alkoi elokuussa 2020, ja kantaja jätti lopullisen tarjouksensa lokakuussa 2020 (ks. edellä 13 kohta). Tämä kantajan toiminta osoittaa, että kantaja ei itsekään katsonut ainakaan pitkään aikaan ja edes lopullista tarjousta jättäessään, että ADS saattoi saada entisen työntekijän epäillystä toiminnasta perusteetonta etua riidanalaisessa kilpailullisessa neuvottelumenettelyssä.

99 Kaikesta edellä esitetystä seuraa, että komissio ei ole jättänyt noudattamatta velvollisuuttaan saattaa asia tutkintaelimen käsiteltäväksi eikä varsinkaan edellä 65 kohdassa mainittua kolmatta poissulkemisperustetta.

100 Ensimmäisen kanneperusteen ensimmäinen osa on näin ollen hylättävä perusteettomana.

[– –]

Toinen kanneperuste, joka koskee sitä, että velvollisuutta tutkia poikkeuksellisen alhaisia tarjouksia ei ole noudatettu

113 Kantaja väittää pääasiallisesti, että komissio on rikkonut varainhoitoasetuksen liitteessä I olevan 1 luvun 2 jakson 23.1 ja 23.2 kohtaa, koska se ei ole noudattanut siinä säädettyä kahta vaihetta varmistaakseen, että ADS:n lopullinen tarjous ei ollut poikkeuksellisen alhainen, vaikka tästä oli viitteitä. ADS:n lopullisen tarjouksen hinta oli nimittäin huomattavasti alhaisempi kuin TASIn ja kantajan lopullisten tarjousten hinta, ja näin ollen komissio ei voinut ainoastaan todeta, että kyseinen tarjous ei vaikuttanut komission mukaan poikkeuksellisen alhaiselta.

114 Komissio ja väliintulijat riitauttavat nämä argumentit.

115 Varainhoitoasetuksen liitteessä I olevan 1 luvun 2 jakson 23.1 kohdan ensimmäisessä alakohdassa säädetään, että jos tarjouksessa esitetty hinta tai siinä esitetyt kustannukset vaikuttavat tietyn sopimuksen yhteydessä poikkeuksellisen alhaisilta, hankintaviranomaisen on pyydettävä

kirjallisesti lisätietoja merkityksellisiksi katsomistaan hinnan tai kustannusten osista ja annettava tarjoajalle mahdollisuus huomautusten esittämiseen. Kyseisen asetuksen liitteessä I olevan 1 luvun 2 jakson 23.2 kohdassa säädetään, että hankintaviranomainen voi hylätä tarjouksen vain siinä tapauksessa, että esitetyt todisteet eivät tyydyttävästi selitä tarjotun hinnan tai ilmoitettujen kustannusten alhaista tasoa.

116 Näistä säännöksistä seuraa, että hankintaviranomaisen arviointi siitä, ovatko tarjoukset poikkeuksellisen alhaisia, on kaksivaiheinen (ks. analogisesti tuomio 4.7.2017, European Dynamics Luxembourg ym. v. Euroopan unionin rautatievirasto, T-392/15, EU:T:2017:462, 87 kohta).

117 Hankintaviranomaisen on ensinnäkin arvioitava, ”vaikuttavatko” esitetyt tarjoukset poikkeuksellisen alhaisilta (ks. varainhoitoasetuksen liitteessä I olevan 1 luvun 2 jakson 23.1 kohta). Vaikuttaa-verbin käyttäminen varainhoitoasetuksessa merkitsee sitä, että hankintaviranomainen tekee ensi näkemältä arvioinnin, joka koskee tarjouksen poikkeuksellisen alhaista luonnetta. Varainhoitoasetuksessa hankintaviranomaista ei näin ollen velvoiteta tekemään oma-aloitteisesti yksityiskohtaista analyysiä kunkin tarjouksen eri osista sen toteamiseksi, ettei ole kyse poikkeuksellisen alhaisesta tarjouksesta. Hankintaviranomaisen on näin ollen ensinnäkin määritettävä yksinomaan, sisältyykö esitettyihin tarjouksiin seikkoja, jotka voivat herättää epäilyn siitä, että ne voivat olla poikkeuksellisen alhaisia (ks. analogisesti tuomio 4.7.2017, European Dynamics Luxembourg ym. v. Euroopan unionin rautatievirasto, T-392/15, EU:T:2017:462, 88 kohta).

118 Jos tarjouksissa on seikkoja, jotka voivat herättää epäilyn siitä, että tarjous voisi olla poikkeuksellisen alhainen, hankintaviranomaisen on seuraavaksi tarkasteltava tarjouksen eri osia varmistuakseen siitä, ettei tarjous ole poikkeuksellisen alhainen. Tämän tehdessään hankintaviranomaisen on annettava kyseisen tarjouksen tekijälle mahdollisuus selittää, miksi se katsoo, että sen tarjous ei ole poikkeuksellisen alhainen. Hankintaviranomaisen on seuraavaksi arvioitava esitetyt selitykset ja määritettävä, onko kyseessä oleva tarjous poikkeuksellisen alhainen, jolloin hankintaviranomaisen velvollisuutena on hylätä se (ks. analogisesti tuomio 4.7.2017, European Dynamics Luxembourg ym. v. Euroopan unionin rautatievirasto, T-392/15, EU:T:2017:462, 89 kohta).

119 Poikkeuksellisen alhaisen tarjouksen käsitettä ei ole määritelty varainhoitoasetuksessa. Oikeuskäytännössä on kuitenkin katsottu, että sitä, onko tarjous poikkeuksellisen alhainen, on arvioitava tarjouksen eri osiin nähden ja kyseessä olevaan suoritukseen nähden (ks. analogisesti tuomio 16.5.2019, Transtec v. komissio, T-228/18, EU:T:2019:336, 69 kohta (ei julkaistu) oikeuskäytäntöviittauksineen).

120 Lisäksi oikeuskäytännöstä käy ilmi, että seikkoja, jotka voivat herättää epäilyn siitä, että tarjous voisi olla poikkeuksellisen alhainen, voi olla olemassa muun muassa silloin, jos on epävarmuutta yhtäältä siitä, onko tarjous sen maan lainsäädännön mukainen, jossa palvelut on tarkoitus suorittaa, kun on kyse henkilöstön palkoista, maksuista sosiaaliturvajärjestelmään, työterveyttä ja -turvallisuutta koskevien sääntöjen noudattamisesta ja tappiollisesta myynnistä, ja toisaalta siitä, sisältääkö ehdotettu hinta kaikki kustannukset, jotka aiheutuvat tarjouksen teknisistä seikoista. Sama pätee myös, kun esitetyssä tarjouksessa ehdotettu hinta on huomattavasti alhaisempi kuin muissa esitetyissä tarjouksissa tai kuin tavanomainen markkinahinta (ks. tuomio 16.5.2019, Transtec v. komissio, T-228/18, EU:T:2019:336, 72 kohta (ei julkaistu) oikeuskäytäntöviittauksineen).

121 Kantaja väittää, että ADS:n lopullisen tarjouksen ja muiden tarjoajien lopullisten tarjousten välinen hinnan ero on seikka, joka voi herättää epäilyn siitä, että ADS:n tarjous voisi olla poikkeuksellisen alhainen, minkä vuoksi komission olisi pitänyt tarkastella kyseisen tarjouksen eri osia varmistuakseen siitä, että tarjous ei ollut poikkeuksellisen alhainen.

122 Käsiteltävässä asiassa asiakirja-aineistosta käy ilmi, että komissio on hyväksynyt ADS:n tarjouksen arviointikomitean suorittaman tarjousten luokittelun perusteella (ks. edellä 17 kohta). Koska ADS:n tarjous on hyväksytty, tästä seuraa näin ollen implisiittisesti mutta väistämättä, että komissio on katsonut arviointikomitean tavoin, ettei ollut viitteitä siitä, että kyseinen tarjous oli poikkeuksellisen alhainen, ja ettei näin ollen ollut tarpeen pyytää lisätietoja kyseisen tarjouksen eri osista. Tätä arviota ei voida kyseenalaistaa kantajan argumenteilla.

123 Ensinnäkin on totta, että ADS:n tarjouksen ja TASIn ja kantajan tarjousten hintojen välillä on ero, joka on 11,99 prosenttia ja 13,9 prosenttia eli 707 679 174,75 euron ja 804 127 000 euron ja 822 786 000 euron välinen ero. Oikeuskäytännössä on kuitenkin jo katsottu, että pelkästään se, että valitun tarjoajan tarjouksen hinta on alhaisempi kuin toisen tarjoajan tarjouksen hinta, ei voinut sellaisenaan osoittaa, että valitun tarjoajan tarjous on poikkeuksellisen alhainen. Tarjous voi nimittäin olla halvempi kuin toinen tarjous olematta kuitenkaan poikkeuksellisen alhainen (ks. tuomio 26.1.2017, TV1 v. komissio, T-700/14, ei julkaistu, EU:T:2017:35, 58 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

124 Näin on käsiteltävässä asiassa. ADS:n lopullisen tarjouksen ja muiden esitettyjen tarjousten välinen hinnan ero ei voi yksin olla osoitus siitä, että ADS:n tarjous on poikkeuksellisen alhainen, kun otetaan huomioon kyseisten markkinoiden erityispiirteet.

125 On nimittäin yhtäältä muistettava, että tarjouspyyntömenettely käynnistettiin kilpailullisena neuvottelumenettelynä, koska komissio oli jo yksilöinyt ja määrittänyt tarpeensa mutta ei ollut vielä määritellyt täsmällisesti asianmukaisimpia keinoja niihin vastaamiseksi (ks. edellä 6 kohta). Näin ollen tarjousten hinnat riippuivat suurelta osin kunkin tarjoajan ehdottamista eri ratkaisuista ja teknisistä keinoista ja siten niistä aiheutuvista kustannuksista.

126 Toisaalta riidanalainen kilpailullinen neuvottelumenettely koski sellaisten tavaroiden hankintaa, joille ei ollut olemassa markkinahintaa. Kuten asianosaiset ovat myöntäneet istunnossa vastatessaan unionin yleisen tuomioistuimen niille esittämään kysymykseen, satelliittien ominaispiirteistä seuraa, että ne eivät ole tavaroita, joille voidaan löytää vakiohinta tai markkinahinta. Lisäksi käsiteltävässä asiassa oli kyse sellaisten satelliittien toimittamisesta, jotka ovat ominaispiirteiltään kehittyneitä, jotta voidaan varmistaa siirtyminen Galileo-satelliittien ensimmäisestä sukupolvesta toiseen sukupolveen (ks. edellä 7 kohta), ja siten sellaisista satelliiteista, joille ei voinut vielä olla olemassa markkinahintaa.

127 Toiseksi on todettava, että kantaja ei esitä hinnan eron lisäksi mitään konkreettista argumenttia sen väitteensä tueksi, jonka mukaan ADS:n tarjouksen olisi pitänyt vaikuttaa poikkeuksellisen alhaiselta. Se ei nimittäin vetoa mahdolliseen sen maan lainsäädännön noudattamatta jättämiseen, jossa palvelut oli tarkoitus suorittaa, tai siihen, että ADS:n ehdottama hinta ei sisällä kaikkia kustannuksia, jotka aiheutuvat ADS:n tarjouksen teknisistä seikoista. Joka tapauksessa on todettava, että asiakirja-aineistosta ilmenevät seikat eivät tue kantajan väitettä.

128 On nimittäin muistettava, että hankintasopimuksen sopimuspuolten valinta tapahtui kokonaistaloudellisesti edullisimman tarjouksen perusteella, ja siinä hintaa koskevan perusteen painotus oli 35 prosenttia, kun taas laatua koskevan perusteen painotus oli 65 prosenttia (ks. edellä 8 kohta). ADS:n lopullinen tarjous luokiteltiin paremmalle sijalle kuin kantajan lopullinen tarjous sekä hintaa koskevan perusteen että laatua koskevan perusteen osalta (ks. edellä 22 kohta).

129 Lisäksi riidanalaisen kilpailullisen neuvottelumenettelyn hanketta kuvaavista asiakirjoista, jotka sisältävät kussakin kyseisen neuvottelumenettelyn kolmessa vaiheessa sovellettavat edellytykset (ks. edellä 10, 12 ja 13 kohta), käy ilmi, että tarjouksiin oli sisällyttävä teknistä ehdotusta vastaava taloudellisia seikkoja koskeva ehdotus ja yksityiskohtaisia taloudellisia tietoja, muun muassa erillisiä kustannusarvioita.

130 Tässä yhteydessä asiakirja-aineistosta käy ilmi, että arviointikomiteassa ei ole esitetty mitään epäilyjä siltä osin kuin kyse on ADS:n tarjouksen arvioinnista sen laatua koskevan perusteen neljännen osaperusteen osalta, joka liittyy hallinnoinnin, kustannusten laskennan ja ehdotettujen töiden toteuttamisen suunnittelun asianmukaisuuteen (ks. edellä 8 kohta). Sitä vastoin edellä 18 ja 21 kohdassa mainituista 19.1.2021 päivätystä kirjeestä ja 22.1.2021 päivätystä faksista ilmenee, että ADS:n tarjous on luokiteltu kyseisen osaperusteen osalta toiselle sijalle.

131 Lisäksi kirjallisesta vastauksesta, jonka komissio on antanut 29.10.2022 unionin yleisen tuomioistuimen prosessinjohtotoimien yhteydessä 17.10.2022 esittämään kysymykseen, ja tähän vastaukseen liitetystä asiakirjasta, joista kantaja on esittänyt huomautuksensa istunnossa, ilmenee, että tarjoajat ovat esittäneet tarjouksiinsa sisältyvät taloudelliset tiedot vakiotiedostomuodossa. Aluksi nämä tiedostot on tutkittu arviointikomiteassa sellaisen ”ESA Costing Software (ECOS)” -nimisen ohjelmiston avulla, joka on suunniteltu tarjousten hinnan osatekijöiden kokonaisarviointiin. Seuraavaksi muun muassa ADS:n lopullisen tarjouksen osalta on luotu yhteenvetotaulukko kyseisen ohjelmiston tekemän analyysin perusteella, ja kyseinen taulukko sisältää hinnan osatekijöiden 21 alaluokkaa, muun muassa työvoimakustannukset ja erilaisten teknisten osatekijöiden kustannukset, ja voittomarginaalin. Lopuksi arviointikomitean alakomitea, johon kuului 14 jäsentä ja jonka tehtävänä oli arvioida edellä mainittua neljättä osaperustetta, on arvioinut esitettyihin tarjouksiin sisältyvät taloudelliset tiedot, mukaan lukien ADS:n lopulliseen tarjoukseen sisältyvät taloudelliset tiedot.

132 Käsiteltävässä asiassa ei ole näin ollen näytetty toteen, että oli olemassa seikkoja, jotka voisivat herättää komission epäilyn siitä, että ADS:n tarjous voisi olla poikkeuksellisen alhainen. Näin ollen komissiolla ei ollut velvollisuutta tarkastella edellä 118 kohdassa mainitussa oikeuskäytännössä tarkoitetulla tavalla ADS:n tarjouksen eri osia varmistuakseen siitä, ettei se ollut poikkeuksellisen alhainen.

133 Toisin kuin kantaja väittää, komissio ei ole siten jättänyt noudattamatta velvollisuuttaan tutkia poikkeuksellisen alhaisia tarjouksia.

134 Lisäksi kantaja on maininnut istunnossa, että se pyrki väitteellään, jonka mukaan komissio ei voinut ainoastaan todeta, että ADS:n tarjous ei vaikuttanut komission mukaan poikkeuksellisen alhaiselta, vetoamaan perustelujen puutteellisuuteen.

135 On kuitenkin todettava, että kantaja ei esitä mitään itsenäistä argumenttia tämän väitetyn perustelujen puutteellisuuden tueksi, vaan se ainoastaan arvostelee komissiota siitä, että komissio ei ole suorittanut poikkeuksellisen alhaisten tarjousten olemassaoloa koskevaa tarkastelua, mikä on kysymys, jossa ei ole kyse olennaisten menettelymääräysten noudattamatta jättämistä, kuten

erityisesti riidanalaisten päätösten perustelujen puutteellisuutta, koskevasta väitteestä vaan joka koskee kyseisten päätösten perusteltavuutta. Kuten edellä 132 kohdasta ilmenee, tämä väite, joka koskee sitä, että komissio on jättänyt noudattamatta velvollisuuttaan tutkia poikkeuksellisen alhaisia tarjouksia, ei voi menestyä.

136 Toinen kanneperuste on näin ollen hylättävä perusteettomana.

[– –]

Neljäs kanneperuste, joka koskee sitä, että komissio on jättänyt noudattamatta velvoitettaan tehdä riippumaton päätös hankintasopimuksen tekemisestä

216 Kantaja väittää pääasiallisesti, että tyytyessään vahvistamaan arviointikertomuksen tulokset komissio on jättänyt noudattamatta velvoitettaan tehdä riippumaton päätös hankintasopimuksen tekemisestä. Galileo-ohjelmaa koskevasta vastuusta, joka komissiolle on asetettu asetuksen N:o 1285/2013 12 artiklan 1 kohdassa, syntyy komissiolle velvoite tehdä riippumaton päätös hankintasopimuksen tekemisestä riidanalaisen kilpailullisen neuvottelumenettelyn yhteydessä. Lisäksi komission ja ESAn välillä kyseisen asetuksen 15 artiklan nojalla tehdyillä tehtävien siirtoa koskevilla sopimuksilla ei voida rajoittaa tai muuttaa tätä komission vastuuta. Tämän lisäksi arviointikertomukseen sisältyvä ehdotus ei sido komissiota ja komission on tutkittava itse tarjoajien tarjoukset varsinkin, kun käsiteltävässä asiassa on olemassa viitteitä arviointikomitean suorittamasta virheellisestä arvioinnista, minkä perusteella komission olisi pitänyt tarkastaa kyseinen kertomus huolellisesti.

217 Komissio, jota ADS tukee, ja Italian tasavalta riitauttavat nämä argumentit.

218 Ensinnäkin on suoralta kädeltä hylättävä kantajan argumentti, joka koskee komission vastuita Galileo-ohjelman yhteydessä.

219 On totta, että komissiolla on kokonaisvastuu Galileo-ohjelmasta ja että komission on tehtävä kyseisen ohjelman rakennus- ja käyttöönottovaihetta varten ESAn kanssa tehtävien siirtoa koskeva sopimus, jossa esitetään yksityiskohtaisesti ESAn tehtävät erityisesti järjestelmän hankintojen osalta. Juuri komission ja ESAn välillä tehdyn, tehtävien siirtoa koskevan sopimuksen yhteydessä ESAn, joka toimi komission nimissä ja komission lukuun, tehtävänä oli järjestää riidanalainen kilpailullinen neuvottelumenettely, kun taas komissio oli hankintaviranomainen (ks. edellä 4 ja 5 kohta).

220 Toisin kuin kantaja näyttää väittävän, vastuu Galileo-ohjelmasta ei kuitenkaan voi muuttaa taikka lisätä niitä komission velvollisuuksia hankintaviranomaisena, jotka ovat yhä ne, joista säädetään yleisesti varainhoitoasetuksen VII osastossa ja erityisesti Galileo-ohjelman rakennus- ja käyttöönottovaiheessa tehtävien julkisten hankintojen osalta asetuksen N:o 1285/2013 V luvussa.

221 Toiseksi ja joka tapauksessa on hylättävä kantajan väite, joka koskee sitä, että komissio on jättänyt väitetysti noudattamatta velvoitettaan tehdä riippumaton päätös hankintasopimuksen tekemisestä.

222 Aluksi on todettava, että varainhoitoasetuksen 150 artiklan 1 ja 2 kohdassa säädetään, että arviointikomitea, jonka hankintaviranomainen nimittää, arvioi tarjouspyyntömenettelyssä esitetyt tarjoukset. Lisäksi hankintaviranomainen voi luopua arviointikomitean nimittämisestä vain saman asetuksen 168 artiklan 5 kohdassa säädetyissä tapauksissa. Seuraavaksi kyseisen asetuksen

liitteessä I olevan 1 luvun 2 jakson 30.1 kohdasta ilmenee, että arviointikomitean suorittaman arvioinnin lopuksi laaditaan arviointikertomus, jossa esitetään ehdotus sopimuksen tekemisestä. Lopuksi hankintaviranomainen tekee päätöksensä, jossa joko vahvistetaan arviointikertomuksen hyväksyminen ja tarvittaessa esitetään syyt siihen, miksi arviointikertomuksessa annettua suositusta ei ole noudatettu, tai vahvistetaan tarvittaessa seikat, joiden perusteella hankintaviranomainen on päättänyt olla tekemättä sopimusta, kyseisen asetuksen liitteessä I olevan 1 luvun 2 jakson 30.3 kohdan mukaisesti.

223 Tästä seuraa, että yhtäältä niissä tapauksissa, joissa hankintaviranomainen on nimittänyt arviointikomitean, kyseisen komitean on arvioitava esitetyt tarjoukset. Vaikka on toisaalta totta, että arviointikertomus ei sido hankintaviranomaista, on kuitenkin niin, että niissä tapauksissa, joissa hankintaviranomainen päättää noudattaa kyseisessä kertomuksessa esitettyä ehdotusta sopimuksen tekemisestä, sen hankintasopimuksen tekemistä koskeva päätös voi perustua kyseiseen kertomukseen.

224 Käsiteltävässä asiassa on todettava, että arviointikomitea, joka koostui ESAn, GSA:n ja komission edustajista, on arvioinut tarjoajien lopulliset tarjoukset ja on esittänyt arviointinsa tulokset arviointikertomuksessa, jonka perusteella komissio on tehnyt riidanalaiset päätökset (ks. edellä 14 ja 17 kohta). Kuten komissio täsmentää, lisäksi kyseinen komitea muodostui noin 70 henkilön kokoisesta ryhmästä, jolla oli asianmukainen kokemus ja pätevyys hankinnan kohteeseen nähden, eikä kantaja kiistä tätä.

225 Näin ollen se, että riidanalaiset päätökset on perusteltu viittauksella arviointikertomukseen ja että komissio on yhtynyt esitettyjen tarjousten arvioinnista vastaavan arviointikomitean näkemykseen, ei poista sitä, että komissio on tehnyt ne riippumattomasti hankintaviranomaisena.

[– –]

Näillä perusteilla

UNIONIN YLEINEN TUOMIOISTUIN (kuudes jaosto)

on ratkaissut asian seuraavasti:

1) **Kanne hylätään.**

2) **OHB System AG vastaa omista oikeudenkäyntikuluistaan, ja se velvoitetaan korvaamaan Euroopan komission oikeudenkäyntikulut välitoimimenettelystä aiheutuneet kulut mukaan lukien.**

3) **Italian tasavalta ja Airbus Defence and Space GmbH vastaavat kumpikin omista oikeudenkäyntikuluistaan.**

Costeira Kancheva Zilgalvis

Julistettiin Luxemburgissa 26 päivänä huhtikuuta 2023.

Allekirjoitukset