Rättsfallssamlingen

TRIBUNALENS DOM (sjätte avdelningen)

den 26 april 2023 *

”Offentlig upphandling av tjänster – Anbudsförfarande – Konkurrenspräglad dialog – Tillhandahållande av Galileo-övergångssatelliter – Beslut att inte anta en anbudsgivares anbud – Uteslutningskriterier – Allvarligt fel i yrkesutövningen av en anbudsgivare – Avsaknad av en slutgiltig dom eller ett slutgiltigt administrativt beslut – Hänskjutande till den panel som avses i artikel 143 i budgetförordningen – Likabehandling – Onormalt lågt anbud – Uppenbart oriktig bedömning”

I mål T-54/21,

OHB System AG, Bremen (Tyskland), företrätt av advokaterna W. Würfel och F. Hausmann,

sökande,

mot

Europeiska kommissionen, företrädd av G. Wilms, L. André, J. Estrada de Solà och L. Mantl, samtliga i egenskap av ombud,

svarande,

med stöd av

Republiken Italien, företrädd av G. Palmieri, i egenskap av ombud, biträdd av P. Gentili och G. Santini, avvocati dello stato,

och av

Airbus Defence and Space GmbH, Taufkirchen (Tyskland), företrätt av advokaterna P.-E. Partsch, F. Dewald och C.-E. Seestädt,

intervenienter,

meddelar

TRIBUNALEN (sjätte avdelningen),

sammansatt av ordföranden M.J. Costeira (referent) samt domarna M. Kancheva och P. Zilgalvis,

* Rättegångsspråk: tyska.

justitiesekreterare: handläggaren P. Cullen,

med beaktande av beslutet av den 26 maj 2021, OHB System/kommissionen (T-54/21 R, ej publicerat, EU:T:2021:292),

efter den skriftliga delen av förfarandet, bland annat med beaktande av

– beslutet av den 30 juni 2021, OHB System/kommissionen (T-54/21, ej publicerat),

– beslutet av den 2 december 2021, OHB System/kommissionen (T-54/21, ej publicerat, EU:T:2021:878),

– åtgärderna för processledning den 17 oktober 2022 och kommissionens svar som inkom till tribunalens kansli den 29 oktober 2022,

efter förhandlingen den 17 november 2022,

följande

Dom[1]

1 Sökandebolaget, OHB System AG, har väckt talan med stöd av artikel 263 FEUF och yrkat att tribunalen ska ogiltigförklara Europeiska kommissionens beslut, vilka sökandebolaget delgavs genom skrivelse av den 19 januari 2021 och genom telefax av den 22 januari 2021, att inte anta sökandebolagets anbud, som hade ingetts inom ramen för anbudsförfarandet i form av en konkurrenspräglad dialog 2018/S 091–206089 för tillhandahållande av Galileo-övergångssatelliter, och att tilldela två andra anbudsgivare kontraktet (nedan kallade de angripna besluten).

Bakgrund till tvisten

2 Sökanden är ett bolag bildat enligt tysk rätt vars verksamhetsföremål är utveckling och genomförande av innovativa rymdsystem och rymdprojekt samt försäljning av specifika luftfarts-, rymd- och telematikprodukter, däribland geostationära satelliter och satelliter i låg omloppsbana.

3 Enligt skäl 2 samt artikel 2.1 och 2.2 i Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 1285/2013 av den 11 december 2013 om uppbyggnad och drift av de europeiska satellitnavigeringssystemen och om upphävande av rådets förordning (EG) nr 876/2002 och Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 683/2008 (EUT L 347, 2013, s. 1), är syftet med Galileoprogrammet att upprätta och driva ett europeiskt system för satellitnavigering och satellitpositionering, som är särskilt utformat för civila ändamål och som omfattar en konstellation av satelliter och ett globalt nätverk av markstationer.

4 I artikel 12.1 i förordning nr 1285/2013 föreskrivs att kommissionen ska ha det övergripande ansvaret för Galileoprogrammet och enligt artikel 15.1 i samma förordning ska kommissionen, för Galileoprogrammets installationsfas, ingå ett delegeringsavtal med Europeiska rymdorganisationen (ESA) där ESA:s uppgifter anges, särskilt i fråga om upphandling av systemet.

[1] Nedan återges endast de punkter i denna dom som tribunalen anser bör publiceras.

5 Inom ramen för det delegeringsavtal som ingåtts mellan kommissionen och ESA för Galileoprogrammets installationsfas, ansvarar ESA för att anordna de offentliga upphandlingsförfarandena avseende detta program och kommissionen är fortsatt den upphandlande myndigheten.

6 Genom ett meddelande om upphandling av den 15 maj 2018, som offentliggjordes i tillägget till *Europeiska unionens officiella tidning* den 15 maj 2018 (EUT 2018/S 091–206089) och på webbplatsen ”emits.esa.int”, inledde ESA, som agerade i kommissionens namn och för dess räkning, ett anbudsförfarande för tillhandahållande av Galileo-övergångsatelliter, i form av en konkurrenspräglad dialog (nedan kallad den omtvistade konkurrenspräglade dialogen). Anbudsförfarandet inleddes i denna form, eftersom kommissionen redan hade identifierat och fastställt sina behov, men ännu inte hade fastställt vilka exakta medel som var lämpligast för att tillgodose dessa behov.

7 Den omtvistade konkurrenspräglade dialogen avsåg upphandling av inledningsvis fyra (och upp till 12) stycken Galileo-övergångssatelliter med utvecklade specifikationer för att säkerställa övergången från den första generationens Galileosatelliter till den andra generationens Galileosatelliter. Det beslutades att det skulle ske upphandling från flera leverantörer, i enlighet med artikel 19 d i förordning nr 1285/2013, varefter två anbudsgivare skulle kunna väljas ut och två kontrakt skulle kunna ingås för samtidig leverans av ett förväntat antal på två satelliter vardera.

8 Tilldelningen av kontraktet grundade sig på det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, med hänsyn till två tilldelningskriterier, nämligen priset, som var viktat till 35 procent, och kvaliteten, som totalt sett var viktat till 65 procent. Kvalitetskriteriet var uppdelat i fem underkriterier. Det första underkriteriet var viktat till 10 procent och avsåg lämpligheten och relevansen av personalresurserna och de tekniska resurserna och de anläggningar som anbudsgivaren föreslagit vad beträffar den tekniska och programmässiga lösning som beskrevs i anbudet. Det andra underkriteriet var viktat till 25 procent och avsåg förståelsen av kraven och målen, inbegripet på säkerhetsområdet, kvalificeringen och mognadsgraden i det föreslagna projektets utformning, ändamålsenligheten, kvaliteten och hållbarheten i det föreslagna projektets utformning och iakttagandet av de tekniska villkoren. Det tredje underkriteriet var viktat till 30 procent och avsåg arbetsprogrammets kvalitet och ändamålsenlighet, överensstämmelsen med förfrågningsunderlaget, den tekniska planeringens ändamålsenlighet samt inställningen till tester och prover, riskbedömningen och förslagen till riskbegränsning, däribland teknisk diversifiering. Det fjärde underkriteriet var viktat till 25 procent och avsåg lämpligheten i förvaltningen, kostnadsberäkningen och planeringen av utförandet av arbetet. Det femte underkriteriet var viktat till 10 procent och avsåg iakttagandet av villkoren för upphandlingen och kontraktet.

9 Den omtvistade konkurrenspräglade dialogen skedde i tre faser. De två första faserna skedde i enlighet med bestämmelserna i förordning nr 1285/2013 och i Europaparlamentets och rådets förordning (EU, Euratom) nr 966/2012 av den 25 oktober 2012 om finansiella regler för unionens allmänna budget och om upphävande av rådets förordning (EG, Euratom) nr 1605/2002 (EUT L 298, 2012, s. 1) och i kommissionens delegerade förordning (EU) nr 1268/2012 av den 29 oktober 2012 om tillämpningsföreskrifter för förordning nr 966/2012 (EUT L 362, 2012, s. 1). Den tredje fasen skedde i enlighet med bestämmelserna i förordning nr 1285/2013 och i Europaparlamentets och rådets förordning (EU, Euratom) 2018/1046 av den 18 juli 2018 om finansiella regler för unionens allmänna budget, om ändring av förordningarna (EU) nr 1296/2013, (EU) nr 1301/2013, (EU) nr 1303/2013, (EU) nr 1304/2013, (EU) nr 1309/2013,

(EU) nr 1316/2013, (EU) nr 223/2014, (EU) nr 283/2014 och beslut nr 541/2014/EU samt om upphävande av förordning nr 966/2012 (EUT L 193, 2018, s. 1) (nedan kallad budgetförordningen).

10 Den första fasen av den omtvistade konkurrenspräglade dialogen började i maj 2018 genom att ESA offentliggjorde en ”inbjudan att inge en anbudsansökan”.

11 Mot bakgrund av de mottagna anbudsansökningarna valde ESA ut tre anbudsgivare, nämligen sökandebolaget, Airbus Defence and Space GmbH (nedan kallat ADS) och Thales Alenia Space Italia (nedan kallat TASI) (nedan gemensamt kallade anbudsgivarna).

12 Den andra fasen började i juli 2018 och avsåg identifieringen och fastställandet av medlen för att på bästa sätt tillgodose den upphandlande myndighetens behov. Till att börja med anmodade ESA anbudsgivarna att inge ett ”preliminärt anbud” och den skickade dem bland annat ”anbudsförfarandets särskilda villkor för inbjudan att inge ett preliminärt anbud”. Därefter anmodade ESA, efter en dialogperiod, anbudsgivarna att inge ett ”reviderat anbud” och skickade dem bland annat ”anbudsförfarandets villkor för inbjudan att inge ett reviderat anbud”. Den 26 september 2018 ingav sökandebolaget sitt preliminära anbud och den 11 oktober 2019 ingav bolaget sitt reviderade anbud.

13 Den tredje fasen började i augusti 2020 och efter ytterligare en dialogperiod anmodade ESA anbudsgivarna att inge sitt ”slutgiltiga anbud” och skickade dem bland annat ”anbudsförfarandets villkor för inbjudan att inge det slutgiltiga anbudet”. Den 11 oktober 2020 ingav sökandebolaget sitt slutgiltiga anbud.

14 Under perioden oktober–december 2020 utvärderades anbudsgivarnas slutgiltiga anbud av en utvärderingskommitté, som bestod av företrädare för ESA, Europeiska byrån för GNSS (GSA) och kommissionen, vilken redovisade resultaten av utvärderingen i en utvärderingsrapport (nedan kallad utvärderingsrapporten).

15 Genom skrivelse av den 23 december 2020, som var riktad till kommissionen med kopia till bland annat ESA (nedan kallad skrivelsen av den 23 december 2020), begärde sökandebolaget att kommissionen först skulle avbryta den omtvistade konkurrenspräglade dialogen, på grund av en ”misstanke om att en anställd vid ADS hade åsidosatt skyddet för bolagets affärshemligheter”, och därefter undersöka frågan och, i förekommande fall, slutligen utesluta ADS från den omtvistade konkurrenspräglade dialogen.

16 I denna skrivelse informerade sökandebolaget kommissionen i huvudsak om följande: För det första hade herr [*konfidentiellt*] [2] (nedan kallad den före detta anställde) arbetat åt sökandebolaget från den 22 december 2016 fram till slutet av november 2019 och han hade, i egenskap av Chief Operating Officer (operativ chef), haft omfattande tillgång till uppgifter rörande projektet och hade deltagit i utarbetandet av det anbud som ingavs av sökandebolaget inom ramen för den omtvistade konkurrenspräglade dialogen. I synnerhet hade han varit delaktig i ”strategin” för den tekniska delen av bolagets anbud och i ”strategin” rörande pris och beräkningen av pris. För det andra hade den före detta anställde och sökandebolaget den 11 november 2019, på begäran av den före detta anställde, undertecknat en förtida uppsägning av hans anställningsavtal. För det tredje hade ADS i december 2019 anställt den före detta anställde, och under år 2020 hade han haft en tjänst hos ADS som gjorde att han ledde den avdelning som hade ansvaret för det anbud

[2] Konfidentiella uppgifter har utelämnats.

som ADS ingav inom ramen för den omtvistade konkurrenspräglade dialogen. Vidare fanns det indikationer på att den före detta anställde hade fått känsliga uppgifter om sökandebolaget, som kunde ge ADS en otillbörlig fördel i samband med den omtvistade konkurrenspräglade dialogen. För det fjärde hade sökandebolaget beordrat en analys av den dator som den före detta anställde hade använt hos bolaget, och denna analys hade lett fram till handlingar som visade att han till at börja med hade haft för avsikt att byta arbetsgivare sedan juni 2019, vidare att han, i samband med förhandlingarna om ADS anställning av honom, bland annat hade uppgett till ADS att bolaget skulle få fördelar genom att anställa honom i de projekt som det konkurrerade med sökanden om, och slutligen fanns det indicier som visade att den före detta anställde hade kopierat konfidentiella filer hos sökandebolaget. För det femte var de ovannämnda omständigheterna föremål för en brottsutredning som gjordes av den behöriga åklagarmyndigheten i Tyskland, till följd av en polisanmälan som sökandebolaget ingav i mars 2020 mot den före detta anställde.

17 På grundval av utvärderingsrapporten beslutade kommissionen att inte anta sökandebolagets anbud samt att anta anbuden från TASI och ADS. ESA delgav sökandebolaget de angripna besluten genom skrivelse av den 19 januari 2021 och genom telefax av den 22 januari 2021.

18 Genom skrivelsen av den 19 januari 2021 informerade ESA sökandebolaget om beslutet att inte anta bolagets anbud med motiveringen att det inte var det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Som bilaga till denna skrivelse översände ESA till sökandebolaget ett utdrag ur utvärderingskommitténs bedömning av bolagets slutgiltiga anbud mot bakgrund av de fem underkriterierna till kvalitetskriteriet.

19 Därefter begärde sökandebolaget, genom telefax av den 20 januari 2021, att ESA skulle ge bolaget information om de utvalda anbudsgivarna, särdragen och de relativa fördelarna i deras anbud, det totala pris som använts för att fastställa rangordningen och en detaljerad bedömning av sökandebolagets eget anbud.

20 Genom skrivelse av den 20 januari 2021 underrättade kommissionen sökandebolaget, med hänvisning till skrivelsen av den 23 december 2020, om, för det första, att det inte fanns tillräckliga skäl för att avbryta den omtvistade konkurrenspräglade dialogen i detta skede, för det andra, att påståendena om olovligt tillägnande av sökandebolagets affärshemligheter redan var föremål för utredning av de nationella myndigheterna, vars slutsatser kommissionen kunde stödja sig på och om nödvändigt vidta ytterligare åtgärder, och, för det tredje, att det inte fanns någon grund för att utesluta ADS från den omtvistade konkurrenspräglade dialogen, eftersom dessa påståenden inte hade fastställts genom en slutgiltig dom eller ett slutgiltigt administrativt beslut, enligt artikel 136.1 i budgetförordningen.

21 Genom telefax av den 22 januari 2021 meddelade ESA sökandebolaget namnen på de utvalda anbudsgivarna, det vill säga TASI och ADS, det totala priset och den slutliga rangordningen av deras anbud, samt anbudens rangordning enligt de fem underkriterierna till kvalitetskriteriet. Som bilaga till denna skrivelse översände ESA till sökandebolaget de detaljerade resultaten av bedömningen av bolagets anbud mot bakgrund av de fem underkriterierna till kvalitetskriteriet.

22 Anbudsgivarnas anbud rangordnades enligt följande: TASI:s anbud på första plats, ADS anbud på andra plats och sökandebolagets anbud på tredje plats. Dessa anbud bedömdes på grundval av de två tilldelningskriterier som har angetts i punkt 8 ovan. När det gäller kvalitetskriteriet rangordnades TASI:s, ADS och sökandebolagets anbud på första, andra respektive tredje plats.

När det gäller priskriteriet rangordnades ADS anbud, med ett totalpris på 707 679 174,75 euro, TASI:s anbud, med ett totalpris på 804 127 000,00 euro, och sökandebolagets anbud, med ett totalpris på 822 786 000,00 euro, på första, andra respektive tredje plats.

23 Genom skrivelse av den 28 januari 2021 begärde sökandebolaget att kommissionen skulle, för det första, utesluta ADS från den omtvistade konkurrenspräglade dialogen, för det andra, ändra de angripna besluten genom att tilldela sökandebolaget kontraktet, för det tredje, ge bolaget tillgång till samtliga handlingar avseende den omtvistade konkurrenspräglade dialogen och till utvärderingsrapporten och, för det fjärde, inte underteckna kontrakten förrän ett avgörande fattats beträffande de invändningar som sökandebolaget hade framställt. I skrivelsen gjorde sökandebolaget gällande att ADS borde uteslutas, dels eftersom det hade åsidosatt principen om sekretess gentemot konkurrenter, genom att involvera den före detta anställde i utarbetandet av sitt anbud, dels eftersom dess anbud var onormalt lågt.

Parternas yrkanden

24 Sökandebolaget har yrkat att tribunalen ska

– ogiltigförklara de angripna besluten,

– ålägga kommissionen att bevilja bolaget tillgång till handlingarna avseende den omtvistade konkurrenspräglade dialogen, och

– förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna.

25 Kommissionen har yrkat att tribunalen ska

– ogilla talan, eftersom den delvis inte kan tas upp till prövning och delvis är ogrundad, och

– förplikta sökandebolaget att ersätta rättegångskostnaderna.

26 Republiken Italien och ADS har yrkat att tribunalen ska ogilla talan.

Rättslig bedömning

[*utelämnas*]

Prövning i sak

[*utelämnas*]

Den första grunden: Åsidosättande av uteslutningskriterierna i artikel 136 i budgetförordningen samt likabehandlingsprincipen och principen om ”sekretess gentemot konkurrenter”

[*utelämnas*]

– Den första grundens första del: Åsidosättande av uteslutningskriterierna i artikel 136 i budgetförordningen

53 Sökandebolaget har först hävdat att beslutet att tilldela ADS en del av kontraktet strider mot artiklarna 136 och 167.1 b i budgetförordningen, eftersom nämnda bolag borde ha uteslutits från den omtvistade konkurrenspräglade dialogen.

54 Sökandebolaget har hävdat att ADS borde ha uteslutits från den omtvistade konkurrenspräglade dialogen på grundval av artikel 136.1 c ii och v i budgetförordningen, dels på grund av att det föreligger ett antagande om ett konkurrensbegränsande avtal eller tyst samverkan mellan ADS och den före detta anställde i syfte att snedvrida konkurrensen med sökandebolaget inom ramen för den omtvistade konkurrenspräglade dialogen, dels på grund av att ADS, genom att anställa den före detta anställde, antas ha försökt att erhålla konfidentiella uppgifter om sökandebolaget, vilket kan ge ADS en otillbörlig fördel under den omtvistade konkurrenspräglade dialogen.

55 Vidare har sökandebolaget gjort gällande att ADS, i avsaknad av en slutgiltig dom eller ett slutgiltigt administrativt beslut, borde ha uteslutits på grundval av en sådan preliminär rättslig bedömning som föreskrivs i artikel 136.2 i budgetförordningen. Sökandebolaget har vidare hävdat att kommissionen borde ha undersökt de faktiska omständigheterna och inhämtat upplysningar från ADS.

56 Slutligen har sökandebolaget hävdat att ADS borde ha uteslutits på grundval av artikel 136.4 a i budgetförordningen, eftersom den före detta anställde hade en ledande befattning hos ADS och befinner sig i en av de situationer som avses i artikel 136.1 c i budgetförordningen.

57 Kommissionen och intervenienterna har bestritt dessa argument.

58 Tribunalen påpekar inledningsvis att det i artikel 167.1 b i budgetförordningen föreskrivs att kontrakt ska tilldelas i enlighet med tilldelningskriterierna, förutsatt att den upphandlande myndigheten har kontrollerat att den anbudssökande eller anbudsgivaren inte har uteslutits enligt artikel 136 eller avvisats enligt artikel 141 i samma förordning.

59 När det gäller uteslutningskriterierna framgår det av artikel 136.1 i budgetförordningen att ”[d]en behöriga utanordnaren ska utesluta en person eller enhet som avses i artikel 135.2 från att delta i förfaranden för tilldelning som regleras av denna förordning … när den personen eller enheten befinner sig i en eller flera av … [de] uteslutningssituationer” som anges i artikel 136.1 a–h i förordningen. Det föreskrivs särskilt i artikel 136.1 c ii och v i nämnda förordning att ”[d]en behöriga utanordnaren ska utesluta en person eller enhet som avses i artikel 135.2 från att delta i förfaranden för tilldelning som regleras av denna förordning … när … c) [d]et … genom en slutgiltig dom eller ett slutgiltigt administrativt beslut [har] fastställts att personen eller enheten har gjort sig skyldig till ett allvarligt fel i yrkesutövningen …, och särskilt genom att ii) ingå en överenskommelse med andra personer eller enheter i syfte att snedvrida konkurrensen, [eller] v) försöka erhålla konfidentiella uppgifter som kan ge otillbörliga fördelar under förfarandet för tilldelning”.

60 Vidare följer det av artikel 136.4 a i budgetförordningen att den behöriga utanordnaren ska utesluta en person eller enhet som avses i artikel 135.2 om ”en fysisk eller juridisk person som ingår i förvaltnings-, lednings- eller tillsynsorganet för den person eller enhet som avses i

artikel 135.2 eller som är behörig att företräda, fatta beslut om eller utöva kontroll över den personen eller den enheten, befinner sig i en eller flera av de situationer som avses i punkt 1 c–h i … [artikel 136]”.

61 För övrigt föreskrivs det i artikel 136.2 första stycket i budgetförordningen att ”[i] avsaknad av en slutgiltig dom eller, i tillämpliga fall, ett slutgiltigt administrativt beslut i de fall som avses i punkt 1 c, d, f, g och h i denna artikel … ska den behöriga utanordnaren utesluta en person eller enhet som avses i artikel 135.2 på grundval av en preliminär rättslig bedömning av det agerande som avses i … [leden c, d, f, g och h], med beaktande av fastställda faktiska omständigheter eller andra slutsatser i rekommendationen från den panel som avses i artikel 143 [i denna förordning]”.

62 Det framgår bland annat av de ovannämnda bestämmelserna att en upphandlande myndighet ska utesluta en anbudsgivare från att delta i ett anbudsförfarande när anbudsgivaren befinner sig i en eller flera av de situationer som motsvarar de tre uteslutningskriterier som har nämnts i punkterna 59–61 ovan.

63 Det första uteslutningskriteriet, som föreskrivs i artikel 136.1 c ii och v, jämförd med artikel 135.2 a i budgetförordningen, motsvarar situationerna då det genom en slutgiltig dom eller ett slutgiltigt administrativt beslut har fastställts att anbudsgivaren har gjort sig skyldig till ett allvarligt fel i yrkesutövningen, genom att uppvisa ett av de ageranden som avses i artikel 136.1 c ii och v i budgetförordningen, det vill säga att ingå en överenskommelse med andra personer eller enheter i syfte att snedvrida konkurrensen eller att försöka erhålla konfidentiella uppgifter som kan ge otillbörliga fördelar under anbudsförfarandet.

64 Det andra uteslutningskriteriet, som föreskrivs i artikel 136.4 a, jämförd med artiklarna 135.2 a och 136.1 c ii och v i budgetförordningen, motsvarar situationerna då det genom en slutgiltig dom eller ett slutgiltigt administrativt beslut har fastställts att en fysisk eller juridisk person som ingår i förvaltnings-, lednings- eller tillsynsorganet för anbudsgivaren eller som är behörig att företräda, fatta beslut om eller utöva kontroll över anbudsgivaren har gjort sig skyldig till ett allvarligt fel i yrkesutövningen, genom att uppvisa ett av de ageranden som avses i artikel 136.1 c ii och v i budgetförordningen.

65 Det tredje uteslutningskriteriet, som föreskrivs i artikel 136.2 första stycket, jämförd med artiklarna 135.2 a, 136.1 c ii och v och 143.6 a i budgetförordningen, motsvarar situationerna då det, inte föreligger en slutgiltig dom eller ett slutgiltigt administrativt beslut, men det genom en preliminär rättslig bedömning, som finns i rekommendationen från den panel som avses i artikel 143 i budgetförordningen (nedan kallad panelen), har fastställts att anbudsgivaren har gjort sig skyldig till ett allvarligt fel i yrkesutövningen genom att uppvisa ett av de ageranden som avses i artikel 136.1 c ii och v i budgetförordningen. Enligt artikel 135.4 i budgetförordningen får den upphandlande myndigheten fatta ett beslut om att utesluta en anbudsgivare på grundval av en preliminär bedömning som avses i artikel 136.2 först efter att ha erhållit en rekommendation från panelen.

66 I förevarande fall är villkoren för att tillämpa det första uteslutningskriteriet, vilka har nämnts i punkt 63 ovan, inte uppfyllda. Det är nämligen ostridigt mellan parterna att vid tidpunkten för den omtvistade konkurrenspräglade dialogen fanns det inte någon slutgiltig dom eller något slutgiltigt administrativt beslut, i den mening som avses i artikel 136.1 c i budgetförordningen, avseende ADS.

67 När det gäller det andra uteslutningskriteriet framgår det av de bestämmelser i budgetförordningen som har nämnts i punkt 64 ovan att anbudsgivaren endast kan uteslutas om det allvarliga fel i yrkesutövningen som den fysiska eller juridiska person som ingår i anbudsgivarens förvaltnings-, lednings- eller tillsynsorgan har gjort sig skyldig till har fastställts genom en slutgiltig dom eller ett slutgiltigt administrativt beslut.

68 Även om det antas att den före detta anställde kan anses ingå i förvaltnings-, lednings- eller tillsynsorganet för ADS, i den mening som avses i artikel 136.4 a i budgetförordningen, framgår det inte på något sätt av handlingarna i målet att det finns en slutgiltig dom eller ett slutgiltigt administrativt beslut avseende den före detta anställde, och detta har för övrigt inte gjorts gällande av sökandebolaget. Vad beträffar den före detta anställdes agerande, framgår det av handlingarna i målet att den polisanmälan som sökandebolaget hade ingett mot den före detta anställde vid den behöriga åklagarmyndigheten i Tyskland avskrevs genom beslut av den 10 december 2020, och att den begäran om omprövning av avskrivningsbeslutet som sökandebolaget hade ingett utmynnade i att den behöriga åklagarmyndigheten, genom beslut av den 1 mars 2021, omprövade beslutet utan att ändra det.

69 Följaktligen har det i förevarande fall inte visats att det skedde ett åsidosättande av det första och det andra uteslutningskriteriet, vilka har nämnts i punkterna 63 och 64 ovan.

70 När det gäller det tredje uteslutningskriteriet ska det erinras om att en anbudsgivare, såsom framgår av punkt 65 ovan, kan uteslutas från ett anbudsförfarande endast på grundval av en preliminär rättslig bedömning av dennes agerande, med beaktande av fastställda faktiska omständigheter eller slutsatser i rekommendationen från panelen.

71 I förevarande fall är det utrett att kommissionen inte vände sig till denna panel. Frågan uppkommer huruvida kommissionen, genom att inte göra detta, åsidosatte sina skyldigheter som följer av artiklarna 136.2 första stycket och 143 i budgetförordningen, i strid med det tredje uteslutningskriteriet.

72 Inledningsvis ska det göras några förtydliganden beträffande hänskjutandet till panelen och den preliminära rättsliga bedömningen på grundval av vilken en anbudsgivare kan uteslutas från ett anbudsförfarande.

73 För det första är det underliggande syftet med att vända sig till panelen för att få en rekommendation som i förekommande fall innehåller en preliminär rättslig bedömning av en anbudsgivares agerande, på grundval av vilken anbudsgivaren kan uteslutas från ett anbudsförfarande, att skydda unionens ekonomiska intressen mot ageranden som utgör ett hot mot dessa intressen. I artikel 135.1 första stycket i budgetförordningen föreskrivs att ”[i] syfte att skydda unionens ekonomiska intressen ska kommissionen inrätta och driva ett system för tidig upptäckt och uteslutning”. Enligt artikel 135.1 andra stycket i budgetförordningen ska syftet med systemet vara att göra det lättare att bland annat ”a) tidigt upptäcka personer eller enheter som avses i punkt 2 som utgör ett hot mot unionens ekonomiska intressen” och ”b) utesluta personer eller enheter som avses i punkt 2 som befinner sig i någon av de uteslutningssituationer som avses i artikel 136.1”.

74 För det andra ankommer det uteslutande på panelen att göra den preliminära rättsliga bedömningen, detta ”för att säkerställa en centraliserad bedömning av sådana situationer” inom ramen för systemet för tidig upptäckt och uteslutning, i enlighet med artikel 135.4 i budgetförordningen.

75 För det tredje avser den preliminära rättsliga bedömningen med nödvändighet anbudsgivarnas egna ageranden. Såsom framgår av de bestämmelser som har nämnts i punkterna 61 och 65 ovan kan den preliminära rättsliga bedömningen endast avse de faktiska omständigheter eller slutsatser som avses i artikel 136.1 c, d, f, g och h i budgetförordningen och följaktligen endast ageranden av de personer eller enheter som avses i artikel 135.2 i budgetförordningen.

76 För det fjärde avser den preliminära rättsliga bedömningen faktiska omständigheter eller slutsatser som i huvudsak har fastställts i samband med revisioner eller utredningar som utförts av behöriga unionsmyndigheter eller, i förekommande fall, medlemsstaternas behöriga myndigheter. I det avseendet ska det erinras om att det i artikel 142.2 b och c i budgetförordningen föreskrivs att den tidiga upptäckten av risker som hotar unionens ekonomiska intressen ska baseras på uppgifter som lämnas till kommissionen, bland annat av en utanordnare vid kommissionen, en europeisk byrå som inrättats av kommissionen eller ett genomförandeorgan (artikel 142.2 b i budgetförordningen) eller av en unionsinstitution eller en europeisk byrå eller ett organ som inte avses i artikel 142.2 b i budgetförordningen (artikel 142.2 c i budgetförordningen) (se, analogt, dom av den 16 maj 2019, Transtec/kommissionen, T-228/18, EU:T:2019:336, punkt 52).

77 Det ska även erinras om att följande föreskrivs i artikel 136.2 fjärde stycket i budgetförordningen:

”De faktiska omständigheter och slutsatser som avses i första stycket ska särskilt omfatta

a) faktiska omständigheter som fastställts i samband med revisioner eller utredningar som utförts av Europeiska åklagarmyndigheten, när det gäller de medlemsstater som deltar i fördjupat samarbete enligt förordning (EU) 2017/1939, revisionsrätten, Olaf eller internrevisorn, eller någon annan verifiering, revision eller kontroll som utförts på utanordnarens ansvar,

b) icke slutgiltiga administrativa beslut som kan innefatta disciplinåtgärder som vidtas av det behöriga övervakningsorgan som ansvarar för att kontrollera att yrkesetiska normer följs,

c) faktiska omständigheter som avses i beslut av personer och enheter som förvaltar medel från unionen enligt artikel 62.1 första stycket c,

d) information som översänds i enlighet med artikel 142.2 d av enheter som förvaltar medel från unionen enligt artikel 62.1 första stycket b,

e) beslut av kommissionen om överträdelse av unionens konkurrensrätt eller en nationell behörig myndighets beslut om överträdelse av unionens konkurrensrätt eller nationell konkurrensrätt.”

78 För det femte ska den upphandlande myndigheten vända sig till den panel som avses i artikel 143 i budgetförordningen endast när de fastställda faktiska omständigheter som den har tillgång till utgör tillräckliga indicier för att anta att anbudsgivaren har gjort sig skyldig till ett fel. Som tribunalen redan har slagit fast följer det av samtliga ovannämnda bestämmelser att en upphandlande myndighet, i avsaknad av en slutgiltig dom eller ett slutgiltigt administrativt beslut mot en anbudsgivare, när den förfogar över tillräckliga indicier för att anta att anbudsgivaren gjort sig skyldig till bland annat ett allvarligt fel i yrkesutövningen, ska vända sig till panelen i syfte att den utfärdar en rekommendation som i förekommande fall ska innehålla en preliminär rättslig bedömning av gärningarna i fråga (se, analogt, dom av den 16 maj 2019, Transtec/kommissionen, T-228/18, EU:T:2019:336, punkt 53).

79 Det ska vidare, för det första, påpekas att kravet på att förfoga över tillräckliga indicier för att hänskjuta ärendet till panelen överensstämmer med målen med ett system som bland annat syftar till tidig upptäckt och uteslutning av anbudsgivare, vars agerande utgör ett hot mot unionens ekonomiska intressen (se punkt 73 ovan). För det andra följer detta krav av principen om sund ekonomisk förvaltning och prestation (se kapitel 7 i avdelning II i budgetförordningen), genom att det förhindrar att ett anbudsförfarande försenas utan giltigt skäl. För det tredje är detta krav en följd av panelens funktion, vilken inte har till uppgift att göra utredningar, utan ska utfärda en rekommendation som i förekommande fall innehåller en preliminär rättslig bedömning av faktiska omständigheter och slutsatser som tidigare har fastställts i samband med revisioner eller utredningar som utförts av behöriga myndigheter, bland annat i unionen (se punkt 76 ovan). För det fjärde följer kravet på att förfoga över tillräckliga indicier av omfattningen av den preliminära rättsliga bedömningen, eftersom denna bedömning avser agerandet av en anbudsgivare när det saknas en slutgiltig dom eller ett slutgiltigt beslut (se punkt 65 ovan) och således inte kan grunda sig på blotta misstankar.

80 Med hänsyn till det ovan anförda kommer tribunalen undersöka huruvida kommissionen i förevarande fall var skyldig att vända sig till panelen för att den skulle utfärda en rekommendation som i förekommande fall innehöll en preliminär rättslig bedömning avseende ADS agerande. Det ska således kontrolleras huruvida kommissionen förfogade över tillräckliga indicier för att det skulle antas att ADS hade gjort sig skyldigt till ett allvarligt fel i yrkesutövningen som hotade unionens ekonomiska intressen, däribland särskilt genom att ingå en överenskommelse med andra personer eller enheter i syfte att snedvrida konkurrensen eller genom att försöka erhålla konfidentiella uppgifter som kan ge otillbörliga fördelar under den omtvistade konkurrenspräglade dialogen.

81 I förevarande fall framgår det av handlingarna i målet och av parternas muntliga anföranden att den enda upplysning som kommissionen förfogande över avseende ett påstått felaktiga agerande av ADS var skrivelsen av den 23 december 2020. I nämnda skrivelse begärde sökandebolaget att kommissionen först skulle avbryta den omtvistade konkurrenspräglade dialogen, på grund av en ”misstanke om att en anställd vid ADS hade åsidosatt skyddet för bolagets affärshemligheter”, vilken enligt sökandebolaget framgick av de faktiska omständigheter som det hade upplyst kommissionen om, och därefter undersöka frågan och, i förekommande fall, slutligen utesluta ADS från den omtvistade konkurrenspräglade dialogen (se punkt 15 ovan).

82 Tribunalen noterar i det avseendet, för det första, att de påståenden som sökandebolaget framförde i skrivelsen av den 23 december 2020, vilka har nämnts i punkt 16 ovan, inte hör till sådana faktiska omständigheter och slutsatser som avses i artikel 136.2 fjärde stycket a–e i budgetförordningen.

83 För det andra ska det påpekas att även om sökandebolaget har hänvisat till en pågående utredning vid de behöriga nationella myndigheterna rörande de aktuella faktiska omständigheterna, följde denna utredning av en polisanmälan från bolaget avseende en påstådd överträdelse av Förbundsrepubliken Tysklands lagstiftning om affärshemligheter som begåtts av den före detta anställde i bolaget, och inte av ADS (se punkt 16 ovan).

84 Som framgår av punkt 75 ovan, kan den preliminära rättsliga bedömningen som föreskrivs i artikel 136.2 i budgetförordningen, och således hänskjutandet till panelen, endast avse anbudsgivarnas egna ageranden. Det påstådda agerandet av den före detta anställde, som omnämndes i skrivelsen av den 23 december 2020, kan följaktligen inte utgöra ett tillräckligt indicium för att hänskjuta ärendet till panelen.

85 För det tredje ska det påpekas att skrivelsen av den 23 december 2020 inte åtföljdes av någon bevisning som kunde styrka de påståenden som angavs däri.

86 Härav följer att de påståenden som angavs i skrivelsen av den 23 december 2020 inte kunde anses utgöra faktiska omständigheter eller slutsatser som kunde utgöra tillräckliga indicier för att anta att ADS gjort sig skyldigt till ett fel, vilket skulle motivera att ärendet hänsköts till panelen.

87 Det ska i det sammanhanget undersökas huruvida kommissionen ändå var skyldig att utreda de påståenden som angavs i skrivelsen av den 23 december 2020.

88 I skrivelsen av den 23 december 2020 omnämnde sökandebolaget inte något specifikt agerande från ADS sida, förutom den omständigheten att ADS hade anställt sökandebolagets före detta anställde (se punkt 16 ovan). Den omständigheten att en anbudsgivare under ett anbudsförfarande har anställt en tidigare anställd hos en annan anbudsgivare utgör i princip inte i sig ett indicium på ett agerande av den förstnämnda anbudsgivaren som kan utgöra ett allvarligt fel i yrkesutövningen. Deltagandet i ett anbudsförfarande kan däremot inte utgöra hinder för att anbudsgivarna (och deras anställda eller tidigare anställda) under detta förfarande utövar sina rättigheter att ingå anställningsavtal eller utföra arbetsrättsliga handlingar.

89 Vidare ska det påpekas att sökandebolaget i skrivelsen av den 23 december 2020 nämnde vissa ageranden, inte av ADS, utan av dess före detta anställde. Närmare bestämt nämnde sökandebolaget den omständigheten att det i den före detta anställdes dator hade hittats ett personligt brev daterat den 21 juni 2019, som var ställt till verkställande vice ordföranden i ADS, i vilken den före detta anställde bland annat uppgav att hans övergång från sökandebolaget till ADS ”även k[unde] ändra [sökandebolagets] utsikter och konkurrensställning i förhållande till [ADS] med avseende på framtida inköp”. Sökandebolaget gjorde även gällande i skrivelsen av den 23 december 2020 att analysen av den före detta anställdes dator visade att han kunde ha kopierat relevanta uppgifter som han hade mottagit i samband med utarbetandet av bolagets anbud till den omtvistade konkurrenspräglade dialogen, det vill säga tekniska detaljer och koncept, anbudsstrategier, bedömningen av konkurrenskraften, prisstrategier och detaljerade uppgifter om priser. I samma skrivelse gjorde sökandebolaget även gällande att ADS redan i april 2020, det vill säga några månader efter att ha anställt den före detta anställde, hade utsett honom att leda den enhet som var delaktig i den omtvistade konkurrenspräglade dialogen, nämligen ”Head of Space Systems Germany”, vid vilken han hade samma arbetsuppgifter som han tidigare hade haft hos sökandebolaget.

90 Tribunalen konstaterar att sökandebolaget, genom dessa påståenden, i huvudsak gjorde gällande att den före detta anställde hade åsidosatt skyddet för sökandebolagets affärshemligheter, genom att han olovligen hade fått känsliga uppgifter om sökandebolaget, som kunde ge ADS en otillbörlig fördel i den omtvistade konkurrenspräglade dialogen (se punkt 16 ovan).

91 Ett sådant åsidosättande, även om det antas vara styrkt, utgör emellertid under alla omständigheter inte ett indicium på att ADS självt har agerat och kan därför inte ligga till grund för att anta att ADS gjort sig skyldigt till ett fel.

92 Vidare ska det konstateras att sökandebolaget, i skrivelsen av den 23 december 2020, inte anförde något konkret argument i syfte att visa att ADS, bland annat genom den före detta anställde, hade fått någon form av känsliga uppgifter och hade använt dessa i samband med den omtvistade konkurrenspräglade dialogen. I skrivelsen begränsade sig sökandebolaget däremot till att hävda att ADS kunde ha fått känsliga uppgifter om bolaget, som kunde ge ADS en otillbörlig fördel i

samband med den omtvistade konkurrenspräglade dialogen (se punkt 16 ovan). Detta vaga och hypotetiska påstående kan inte utgöra ett tillräckligt indicium i den mening som avses i den rättspraxis som har angetts i punkt 78 ovan.

93 Skrivelsen av den 23 december 2020 innehöll nämligen inte någon konkret uppgift som gör det möjligt att identifiera de påstått känsliga uppgifterna om sökandebolaget, som kan ha inhämtats av den före detta anställde, som översänts till ADS och använts av sistnämnda bolag i samband med den omtvistade konkurrenspräglade dialogen, vilket således gav det en otillbörlig fördel. I nämnda skrivelse begränsade sig sökandebolaget till att nämna att den före detta anställde hade varit delaktig i ”strategin” för den tekniska delen och i ”strategin” rörande pris och beräkning av pris i sökandebolagets anbud. Dessa alltför generella påståenden ger inte några konkreta upplysningar som gör det möjligt att identifiera de påstått känsliga uppgifter som det skulle kunna vara fråga om.

94 I synnerhet har sökandebolaget inte en enda gång nämnt, i skrivelsen av den 23 december 2020, någon teknisk uppgift i bolagets anbud som översändes av bolagets före detta anställde till ADS och som på ett otillbörligt sätt användes av ADS i den omtvistade konkurrenspräglade dialogen. Likaså har ”strategin” för priset i sökandebolagets anbud, som den före detta anställde hade kännedom om, inte på något sätt preciserats i nämnda skrivelse.

95 Det ska dessutom påpekas att det framgick av skrivelsen av den 23 december 2020 att den före detta anställde hade lämnat sökandebolaget en kort tid efter ingivandet av dess reviderade anbud inom ramen för den andra fasen av den omtvistade konkurrenspräglade dialogen. Den före detta anställde kunde således under alla omständigheter inte få upplysningar om den dialog som hade ägt rum mellan sökandebolaget och ESA under den tredje fasen, eller om innehållet i sökandebolagets slutgiltiga anbud, vilket ingavs i oktober 2020, det vill säga nästan ett år efter det att den före detta anställde hade lämnat sökandebolaget (se punkterna 13 och 16 ovan). Vidare, och som framgår av handlingarna i målet och av kommissionens svar på de frågor som tribunalen ställde till den vid förhandlingen, innehöll ”anbudsförfarandets villkor för inbjudan att inge det slutgiltiga anbudet” som skickades till anbudsgivarna i augusti 2020 (se punkt 13 ovan) vissa ändringar i förhållande till de föregående villkoren i ”anbudsförfarandets villkor för inbjudan att inge ett reviderat anbud”. I synnerhet förkortades leveranstiden för satelliterna med nästan ett år, den upphandlande myndighetens frist för att utnyttja optionen på inköp av ytterligare satelliter utöver det ursprungliga antalet (se punkt 7 ovan) förlängdes med 14 månader och kvalifikationen av vissa satelliter för en enkel- eller dubbeluppskjutning ändrades. Sådana ändringar kan inte till sin art sakna betydelse för de tekniska och finansiella villkor som anbudsgivarna har angett i sina slutgiltiga anbud.

96 Av det ovan anförda följer att kommissionen inte var skyldig att utreda de påståenden som framfördes i skrivelsen av den 23 december 2020 eftersom dessa, även om de antas vara styrkta, inte kunde utgöra tillräckliga indicier för att anta att ADS hade gjort sig skyldigt till ett fel, vilket motiverade att ärendet skulle hänskjutas till panelen.

97 Denna bedömning påverkas inte av sökandebolagets argument om att ESA anmodade ADS att lämna upplysningar om den före detta anställde först den 29 januari 2021, det vill säga efter de angripna besluten. Utöver den omständigheten att denna anmodan gjordes till följd av en andra skrivelse från sökandebolaget, som var daterad den 28 januari 2021 (se punkt 23 ovan) och följaktligen i sig senare än de angripna besluten, är det nämligen alltjämt så att det faktum att ADS anmodades att lämna upplysningar efter antagandet av de angripna besluten saknar betydelse för lagenligheten av dessa beslut, med hänsyn till att det inte föreligger någon

skyldighet att hänskjuta ärendet till panelen (se punkt 86 ovan) och på grund av att sökandebolagets påståenden inte avsåg ett område som omfattas av utredningsbefogenheterna för unionens institutioner, byråer eller organ (se punkt 96 ovan).

98 Det ska dessutom, i likhet med vad kommissionen har anfört, konstateras att sökandebolaget informerade kommissionen om sina misstankar först i skrivelsen av den 23 december 2020, trots att det hade beordrat en analys av den före detta anställdes dator redan i november 2019, vilket sökandebolaget har medgett i ansökan, och att bolaget hade ingett en polisanmälan mot den före detta anställde vid de behöriga tyska myndigheterna redan i mars 2020 (se punkt 16 ovan). Under denna period, det vill säga från november 2019 till december 2020, övergick den omtvistade konkurrenspräglade dialogen från den andra fasen till den tredje fasen, vilken började i augusti 2020, och sökandebolaget ingav sitt slutgiltiga anbud i oktober 2020 (se punkt 13 ovan). Detta agerande från sökandebolagets sida tyder på att bolaget självt inte ansåg, åtminstone under en lång period och även när det ingav sitt slutgiltiga anbud, att det misstänkta agerandet av den före detta anställde kunde ge ADS en otillbörlig fördel i samband med den omtvistade konkurrenspräglade dialogen.

99 Det följer av det ovan anförda att kommissionen inte åsidosatte sin skyldighet att hänskjuta ärendet till panelen och än mindre det tredje uteslutningskriterium som har nämnts i punkt 65 ovan.

100 Talan kan därför inte bifallas såvitt avser den första grundens första del.

[*utelämnas*]

Den andra grunden: Åsidosättande av skyldigheten att granska onormalt låga anbud

113 Sökandebolaget har i huvudsak hävdat att kommissionen åsidosatte punkterna 23.1 och 23.2 i avsnitt 2 i kapitel 1 i bilaga I till budgetförordningen, genom att den inte följde de två steg som föreskrevs däri för att förvissa sig om att ADS slutgiltiga anbud inte var onormalt lågt, även om det fanns indikationer på detta. ADS slutgiltiga anbud innehöll nämligen ett betydligt lägre pris än priserna i de slutgiltiga anbuden från TASI och sökandebolaget, och kommissionen kunde därför inte nöja sig med att ange att detta anbud inte föreföll vara onormalt lågt.

114 Kommissionen och intervenienterna har bestritt dessa argument.

115 I punkt 23.1 första stycket i avsnitt 2 i kapitel 1 i bilaga I till budgetförordningen anges att om de priser eller kostnader som föreslås i ett anbud för ett visst kontrakt framstår som onormalt låga ska den upphandlande myndigheten skriftligen begära upplysningar om beståndsdelarna av de priser eller kostnader som den anser vara relevanta, och ge anbudsgivaren möjlighet att lämna synpunkter. Enligt punkt 23.2 i avsnitt 2 i kapitel 1 i bilaga I till budgetförordningen får den upphandlande myndigheten endast avvisa anbudet när de ingivna bevisen inte på ett tillfredsställande sätt förklarar de låga priser eller kostnader som föreslagits.

116 Det följer av dessa bestämmelser att den upphandlande myndighetens bedömning av huruvida det föreligger onormalt låga anbud ska göras i två steg (se, analogt, dom av den 4 juli 2017, European Dynamics Luxembourg m.fl./Europeiska unionens järnvägsbyrå, T-392/15, EU:T:2017:462, punkt 87).

117 Först ska den upphandlande myndigheten bedöma huruvida de anbud som getts in ”framstår som” onormalt låga (se punkt 23.1 i avsnitt 2 i kapitel 1 i bilaga I till budgetförordningen). Användningen av verbet ”framstår som” i budgetförordningen betyder att den upphandlande myndigheten ska företa en *prima facie*-bedömning av huruvida ett anbud är onormalt lågt. Budgetförordningen innebär därmed inget krav på att den upphandlande myndigheten på eget initiativ ska göra en detaljerad bedömning av sammansättningen av varje anbud för att fastställa att det inte utgör ett onormalt lågt anbud. Således ska den upphandlande myndigheten till att börja med endast fastställa huruvida de inlämnade anbuden innehåller något som föranleder misstankar om att de skulle kunna vara onormalt låga (se, analogt, dom av den 4 juli 2017, European Dynamics Luxembourg m.fl./Europeiska unionens järnvägsbyrå, T-392/15, EU:T:2017:462, punkt 88).

118 Om det däremot finns något som ger skäl att misstänka att ett anbud kan vara onormalt lågt, ska den upphandlande myndigheten därefter kontrollera anbudets sammansättning för att försäkra sig om att det inte är onormalt lågt. När den upphandlande myndigheten kontrollerar detta är den skyldig att ge den anbudsgivare som lämnat in nämnda anbud möjlighet att redogöra för skälen till att anbudet enligt anbudsgivaren inte är onormalt lågt. Den upphandlande myndigheten ska därefter bedöma de förklaringar som lagts fram och fastställa om det aktuella anbudet är onormalt lågt, i vilket fall myndigheten är skyldig att förkasta det (se, analogt, dom av den 4 juli 2017, European Dynamics Luxembourg m.fl./Europeiska unionens järnvägsbyrå, T-392/15, EU:T:2017:462, punkt 89).

119 Begreppet ”onormalt låga anbud” definieras inte i budgetförordningen. Det har emellertid redan slagits fast att frågan huruvida ett anbud är onormalt lågt ska bedömas mot bakgrund av anbudets sammansättning och i förhållande till den aktuella prestationen (se, analogt, dom av den 16 maj 2019, Transtec/kommissionen, T-228/18, EU:T:2019:336, punkt 69 (ej publicerad) och där angiven rättspraxis).

120 Det framgår vidare av rättspraxis att det kan finnas något som ger skäl att misstänka att ett anbud kan vara onormalt lågt i synnerhet om det förefaller osäkert dels om ett anbud stämmer överens med lagstiftningen i det land där tjänsterna ska utföras i fråga om ersättning till personal, socialförsäkringsavgifter, iakttagande av säkerhets- och arbetarskyddsföreskrifter och icke kostnadstäckande försäljning, dels om det erbjudna priset inbegriper alla kostnader för de tekniska aspekterna av anbudet. Så är även fallet när priset som föreslås i ett anbud som lämnats in är avsevärt lägre än priserna i de övriga anbud som lämnats in eller det normala marknadspriset (se dom av den 16 maj 2019, Transtec/kommissionen, T-228/18, EU:T:2019:336, punkt 72 (ej publicerad) och där angiven rättspraxis).

121 Sökandebolaget har gjort gällande att skillnaden mellan priset i ADS slutgiltiga anbud och priserna i de slutgiltiga anbuden från de andra anbudsgivarna utgjorde något som föranledde misstankar om att ADS anbud kunde vara onormalt lågt, vilket borde ha föranlett kommissionen att kontrollera anbudets sammansättning för att försäkra sig om att det inte var onormalt lågt.

122 I förevarande fall framgår det av handlingarna i målet att kommissionen valde ut ADS anbud på grundval av utvärderingskommitténs rangordning av anbuden (se punkt 17 ovan). Eftersom ADS anbud valdes ut innebär det, indirekt men nödvändigtvis, att kommissionen, i likhet med utvärderingskommittén, fann att det inte fanns några indicier på att anbudet var onormalt lågt och att det därför inte var ändamålsenligt att begära förtydliganden om sammansättningen av detta anbud. Sökandebolagets argument föranleder inte någon annan bedömning.

123 För det första är det visserligen riktigt att det föreligger en skillnad mellan priset i ADS anbud och priset i TASI:s och sökandebolagets anbud, som uppgår till 11,99 procent respektive 13,9 procent, det vill säga mellan 707 679 174,75 euro och 804 127 000 euro respektive 822 786 000 euro. Det har emellertid redan slagits fast att enbart den omständigheten att priset i den utvalda anbudsgivarens anbud är lägre än priset i en annan anbudsgivares anbud inte i sig kan visa att den utvalda anbudsgivarens anbud är onormalt lågt. Ett anbud kan nämligen vara billigare än ett annat utan att för den skull vara onormalt lågt (se dom av den 26 januari 2017, TV1/kommissionen, T-700/14, ej publicerad, EU:T:2017:35, punkt 58 och där angiven rättspraxis).

124 Så är just fallet i förevarande mål. Skillnaden mellan priset i ADS slutgiltiga anbud och priset i de övriga anbud som ingavs kan inte i sig utgöra ett indicium på att ADS anbud var onormalt lågt, med hänsyn till den aktuella marknadens särdrag.

125 Det ska erinras om att anbudsförfarandet inleddes i form av en konkurrenspräglad dialog, eftersom kommissionen redan hade identifierat och fastställt sina behov, men ännu inte hade fastställt vilka exakta medel som var lämpligast för att tillgodose dessa behov (se punkt 6 ovan). Priserna i anbuden var följaktligen till stor del beroende av de olika tekniska lösningar och medel som varje anbudsgivare hade föreslagit och därmed de respektive kostnaderna.

126 Vidare avsåg den omtvistade konkurrenspräglade dialogen inköp av produkter, i fråga om vilka det inte fanns något marknadspris. Som parterna medgav under förhandlingen som svar på en fråga från tribunalen, följer det av satelliternas särdrag att de inte är varor för vilka det kan finnas ett standardpris eller ett marknadspris. I förevarande fall rörde det sig dessutom om upphandling av satelliter med utvecklade specifikationer för att säkerställa övergången från den första generationens Galileosatelliter till den andra generationens Galileosatelliter (se punkt 7 ovan) och således satelliter för vilka det ännu inte kunde finnas något marknadspris.

127 För det andra konstaterar tribunalen att sökandebolaget, utöver prisskillnaden, inte har anfört något konkret argument till stöd för sitt påstående om att ADS anbud borde ha framstått som onormalt lågt. Bolaget har särskilt inte gjort gällande att det eventuellt föreligger en bristande överensstämmelse med lagstiftningen i det land där tjänsterna skulle utföras eller att det pris som ADS erbjöd inte inbegrep alla kostnader för de tekniska aspekterna av dess anbud. Det ska under alla omständigheter påpekas att sökandebolagets påstående inte stöds av de uppgifter som framgår av handlingarna i målet.

128 Det ska nämligen erinras om att tilldelningen av kontraktet grundade sig på det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, varvid priskriteriet var viktat till 35 procent och kvalitetskriteriet var viktat till 65 procent (se punkt 8 ovan). ADS slutgiltiga anbud rangordnades högre än sökandebolagets anbud, både med avseende på priskriteriet och med avseende på kvalitetskriteriet (se punkt 22 ovan).

129 Vidare framgår det av de beskrivande dokumenten till den omtvistade konkurrenspräglade dialogen, vilka innehåller de villkor som gäller under var och en av dess tre faser (se punkterna 10, 12 och 13 ovan), att anbuden skulle innehålla ett ekonomiskt förslag som motsvarade det tekniska förslaget, samt detaljerade ekonomiska uppgifter, bland annat separata ekonomiska kostnadsförslag.

130 Det framgår i det avseendet av handlingarna i målet att det i utvärderingskommittén inte framfördes några tvivel om utvärderingen av ADS anbud i förhållande till kvalitetskriteriets fjärde underkriterium, som avsåg lämpligheten i förvaltningen, kostnadsberäkningen och planeringen av

utförandet av det föreslagna arbetet (se punkt 8 ovan). Däremot framgår det av skrivelsen av den 19 januari 2021 och av telefaxet av den 22 januari 2021, vilka har omnämnts i punkterna 18 och 21 ovan, att ADS anbud rangordnades på andra plats när det gäller detta underkriterium.

131 Vidare framgår det av kommissionens skriftliga svar av den 29 oktober 2022 på en fråga som tribunalen ställde i samband med åtgärderna för processledning den 17 oktober 2022 och av den handling som bifogades detta svar, vilka sökandebolaget yttrade sig över vid förhandlingen, att de ekonomiska uppgifterna i anbudsgivarnas anbud ingavs av dessa i form av standardiserade filer. Först undersöktes dessa filer i undersökningskommittén med hjälp av en programvara kallad ”ESA Costing Software (ECOS)”, som utarbetats för en helhetsbedömning av priskomponenterna i anbuden. Vad vidare beträffar bland annat ADS slutgiltiga anbud, upprättades en sammanfattande tabell på grundval av programvarans analys, eftersom denna tabell innehöll 21 underkategorier av priskomponenter, bland annat kostnaderna för arbetskraft och olika tekniska uppgifter, samt en vinstmarginal. De ekonomiska uppgifterna i de ingivna anbuden, däribland uppgifterna i ADS slutgiltiga anbud, utvärderades slutligen av en underpanel i utvärderingskommittén, bestående av 14 ledamöter, som ansvarade för att utvärdera det fjärde underkriterium som har nämnts ovan.

132 I förevarande fall har det följaktligen inte visats att det fanns något som gav kommissionen skäl att misstänka att ADS anbud kunde vara onormalt lågt. Kommissionen var därför inte skyldig att kontrollera, i den mening som avses i den rättspraxis som har angetts i punkt 118 ovan, sammansättningen i ADS anbud för att försäkra sig om att det inte var onormalt lågt.

133 I motsats till vad sökandebolaget har gjort gällande åsidosatte således inte kommissionen sina skyldigheter avseende bedömningen av onormalt låga anbud.

134 Vid förhandlingen nämnde dessutom sökandebolaget att det, genom sitt argument om att kommissionen inte kunde nöja sig med att uppge att ADS anbud inte föreföll vara onormalt lågt, avsåg att göra gällande en bristande motivering.

135 Tribunalen konstaterar dock att sökandebolaget inte har anfört något självständigt argument till stöd för denna påstådda bristande motivering, utan det har begränsat sig till att klandra kommissionen för att den inte gjorde en kontroll av huruvida det förelåg onormalt låga anbud, en fråga som inte hänför sig till en anmärkning om åsidosättande av väsentliga formföreskrifter, i synnerhet en bristande motivering i de angripna besluten, utan som hänför sig till frågan huruvida dessa beslut är välgrundade. Som framgår av punkt 132 ovan kan denna anmärkning, vilken avser att kommissionen åsidosatte sina skyldigheter avseende bedömningen av onormalt låga anbud, inte godtas.

136 Talan kan således inte bifallas såvitt avser den andra grunden.

[*utelämnas*]

Den fjärde grunden: Åsidosättande av kommissionens skyldighet att fatta ett självständigt beslut i fråga om tilldelningen av kontraktet

216 Sökandebolaget har i huvudsak hävdat att kommissionen åsidosatte sin skyldighet att fatta ett självständigt beslut i fråga om tilldelningen av kontraktet, genom att den begränsade sig till att bekräfta resultaten i utvärderingsrapporten. Ansvaret för Galileoprogrammet, som kommissionen har ålagts genom artikel 12.1 i förordning nr 1285/2013, medför en skyldighet för kommissionen att fatta ett självständigt beslut i fråga om tilldelningen av kontraktet inom ramen

för den omtvistade konkurrenspräglade dialogen. Vidare kan de delegeringsavtal som har ingåtts mellan kommissionen och ESA enligt artikel 15 i nämnda förordning inte begränsa eller ändra kommissionens ansvar. Dessutom är kommissionen inte bunden av förslaget i utvärderingsrapporten och den förväntas själv undersöka anbudsgivarnas anbud, särskilt som det i förevarande fall fanns indikationer på att utvärderingskommittén hade gjort en felaktig bedömning, vilket borde ha föranlett kommissionen att göra en noggrann kontroll av nämnda rapport.

217 Kommissionen, som stöds av ADS, och Republiken Italien har bestritt dessa argument.

218 För det första finner tribunalen att sökandebolagets argument om kommissionens ansvar inom ramen för Galileoprogrammet utan vidare ska lämnas utan avseende.

219 Det är visserligen riktigt att kommissionen har det övergripande ansvaret för Galileoprogrammet och att den, för Galileoprogrammets installationsfas, ska ingå ett delegeringsavtal med ESA som anger ESA:s uppgifter, särskilt i fråga om upphandling av systemet. Det var just inom ramen för delegeringsavtalet, som ingåtts mellan kommissionen och ESA, som ESA, som agerade i kommissionens namn och för dess räkning, ansvarade för att anordna den omtvistade konkurrenspräglade dialogen, medan kommissionen fortsatt var den upphandlande myndigheten (se punkterna 4 och 5 ovan).

220 I motsats till vad sökandebolaget tycks göra gällande kan emellertid ansvaret för Galileoprogrammet inte ändra eller till och med öka kommissionens skyldigheter i egenskap av upphandlande myndighet, vilka oförändrat är de skyldigheter som allmänt föreskrivs i avdelning VII i budgetförordningen och, särskilt vad beträffar offentlig upphandling i Galileoprogrammets installationsfas, i kapitel V i förordning nr 1285/2013.

221 För det andra ska under alla omständigheter sökandebolagets argument om ett påstått åsidosättande av en skyldighet att fatta ett självständigt beslut i fråga om tilldelningen av kontraktet från kommissionens sida lämnas utan avseende.

222 Enligt artikel 150.1 och 150.2 i budgetförordningen ska de anbud som inges i samband med ett anbudsförfarande utvärderas av en utvärderingskommitté som ska utnämnas av den upphandlande myndigheten. Dessutom får den upphandlande myndigheten avstå från att utse en utvärderingskommitté endast i de fall som föreskrivs i artikel 168.5 i samma förordning. Vidare framgår det av punkt 30.1 i avsnitt 2 i kapitel 1 i bilaga I till budgetförordningen att resultatet av den utvärdering som gjorts av utvärderingskommittén ska anges i en utvärderingsrapport som innehåller ett förslag till tilldelning av kontrakt. Slutligen ska den upphandlande myndigheten fatta sitt beslut antingen genom att godkänna utvärderingsrapporten eller, i förekommande fall, genom att ange skälen till att utvärderingsrapportens rekommendation inte följs eller, i förekommande fall, genom att ange skälen till att den har beslutat att inte tilldela kontraktet, i enlighet med punkt 30.3 i avsnitt 2 i kapitel 1 i bilaga I till budgetförordningen.

223 Härav följer, för det första, att i de fall då en utvärderingskommitté har utnämnts av den upphandlande myndigheten, ankommer det på denna kommitté att utvärdera de anbud som ingetts. Även om det, för det andra, visserligen är riktigt att den upphandlande myndigheten inte är bunden av utvärderingsrapporten, är det likväl så att om den upphandlande myndigheten beslutar att följa det förslag om tilldelning som formulerades i nämnda rapport, kan dess beslut om tilldelning grunda sig på nämnda rapport.

224 I förevarande fall konstaterar tribunalen att anbudsgivarnas slutgiltiga anbud utvärderades av en utvärderingskommitté, som bestod av företrädare för ESA, GSA och kommissionen, vilken redovisade resultaten av sin utvärdering i en utvärderingsrapport, på grundval av vilken kommissionen antog de angripna besluten (se punkterna 14 och 17 ovan). Som kommissionen har angett, utan att sökandebolaget har bestritt detta, bestod denna kommitté dessutom av en grupp på cirka 70 personer som hade lämpliga erfarenheter och kvalifikationer i förhållande till kontraktsföremålet.

225 Den omständigheten att de angripna besluten motiverades med en hänvisning till utvärderingsrapporten, genom att kommissionen ställde sig bakom den ståndpunkt som intogs av den utvärderingskommitté som ansvarade för att utvärdera de ingivna anbuden, påverkar inte på något sätt det faktum att besluten fattades självständigt av kommissionen, i dess egenskap av upphandlande myndighet.

[*utelämnas*]

Mot denna bakgrund beslutar

TRIBUNALEN (sjätte avdelningen)

följande:

1) Talan ogillas.

2) OHB System AG ska bära sina rättegångskostnader och ersätta Europeiska kommissionens rättegångskostnader, inbegripet de kostnader som uppkommit med anledning av det interimistiska förfarandet.

3) Republiken Italien och Airbus Defence and Space GmbH ska bära sina rättegångskostnader.

Costeira Kancheva Zilgalvis

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 26 april 2023.

Underskrifter