



## PERSCOMMUNIQUÉ nr. 66/23

Luxemburg, 26 april 2023

Arrest van het Gerecht in zaak T-54/21 | OHB System/ Commissie

### **Galileo-programma: het beroep van OHB System tegen de gunning van de opdracht voor overgangssatellieten aan Thales Alenia Space Italia en Airbus Defence & Space wordt verworpen**

*Volgens het Gerecht was de Commissie niet verplicht een nader onderzoek in te stellen naar de grieven van OHB System tegen Airbus Defence & Space*

Bij aankondiging van opdracht van 15 mei 2018<sup>1</sup> heeft het Europees Ruimtevaartagentschap (ESA) namens en voor rekening van de Commissie een aanbestedingsprocedure uitgeschreven voor de levering van overgangssatellieten in het kader van het Galileo-programma, dat tot doel heeft een Europees systeem voor navigatie en plaatsbepaling per satelliet voor civiele doeleinden op te zetten en te exploiteren. Deze procedure werd ingeleid in de vorm van een concurrentiegericht dialogo, aangezien de Commissie haar behoeften reeds had aangeduid en vastgesteld, maar nog niet had bepaald welke specifieke middelen het meest geschikt waren om daaraan te voldoen. Het ESA was belast met de organisatie van de aanbestedingsprocedure, terwijl de Commissie de aanbestedende dienst bleef.<sup>2</sup> Er was bepaald dat er twee gegadigden konden worden gekozen en dat de opdracht zou worden gegund op basis van de economisch voordeligste inschrijving.

Na afloop van de eerste fase van de concurrentiegericht dialogo, waarin gegadigden werden uitgenodigd om een aanvraag tot deelname in te dienen, heeft het ESA drie inschrijvers geselecteerd, namelijk OHB System AG (verzoekster), Airbus Defence and Space GmbH (ADS) en Thales Alenia Space Italia (TASI). Na de tweede fase, die bedoeld was om vast te stellen en nader te omschrijven welke middelen geschikt waren om aan de behoeften van de aanbestedende dienst te voldoen, en de derde fase, waarin het ESA de inschrijvers heeft verzocht hun „definitieve offerte” in te dienen, zijn de definitieve offertes beoordeeld door een evaluatiecomité, dat zijn resultaten in een beoordelingsverslag heeft uiteengezet. Op basis van dit verslag heeft de Commissie besloten om verzoeksters offerte niet te kiezen en om de opdracht aan TASI en ADS te gunnen (hierna: „bestreden besluiten”). Beide besluiten zijn verzoekster bij brief van 19 januari 2021 meegedeeld.

Al vóór de vaststelling van de bestreden besluiten had verzoekster de Commissie en het ESA bij brief van 23 december 2020 meegedeeld dat een van haar voormalige werknemers, de Chief Operating Officer (hoofd operationele zaken), die ruime toegang had tot de gegevens van het project en had deelgenomen aan de voorbereiding van haar offerte, in december 2019 door ADS in dienst was genomen. Volgens verzoekster waren er aanwijzingen dat deze voormalige werknemer gevoelige informatie had verkregen en was er, nadat zij aangifte

<sup>1</sup> Aankondiging gepubliceerd in het Supplement op het *Publicatieblad van de Europese Unie* van 15 mei 2018 (PB 2018/S 091-206089).

<sup>2</sup> Overeenkomstig artikel 15, lid 1, van verordening (EU) nr. 1285/2013 van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2013 betreffende de uitvoering en exploitatie van de Europese satellietnavigatiesystemen en tot intrekking van verordening (EG) nr. 876/2002 van de Raad en verordening (EG) nr. 683/2008 van het Europees Parlement en de Raad (PB 2013, L 347, blz. 1) had de Commissie met het ESA een delegatieovereenkomst gesloten voor de stationeringsfase van het Galileo-programma.

tegen hem had gedaan, een nationaal strafrechtelijk onderzoek ingesteld. Verzoekster had de Commissie dan ook verzocht om de litigieuze concurrentiegerichtte dialoog op te schorten, de kwestie te onderzoeken en ADS in voorkomend geval van die dialoog uit te sluiten. Bij brief van 20 januari 2021 heeft de Commissie verzoekster meegedeeld dat er onvoldoende gronden waren om een dergelijke opschorting te rechtvaardigen. Aangezien het onderzoek van de nationale autoriteiten naar de beweringen aan de gang was, maar er nog geen definitieve rechterlijke beslissing of definitief administratief besluit daarover was, was er ook geen grond om ADS van de litigieuze concurrentiegerichtte dialoog uit te sluiten.

Het Gerecht wijst het beroep tot nietigverklaring van de bestreden besluiten in zijn geheel af en geeft met name verduidelijkingen over de toepassing van de criteria voor de uitsluiting van een inschrijver en de voorlegging van de zaak aan de bevoegde instantie op grond van het Financieel Reglement van 2018<sup>3</sup>. Het gaat ook nader in op de verplichting om de samenstelling van een abnormaal laag geachte offerte te verifiëren en op het autonome karakter van het gunningsbesluit in het geval dat de aanbestedende dienst zich ertoe beperkt de motivering van het beoordelingsverslag over te nemen.

### **Beoordeling door het Gerecht**

In de eerste plaats verwerpt het Gerecht de grief betreffende de schending van de in het Financieel Reglement van 2018 neergelegde criteria op grond waarvan een inschrijver kan worden uitgesloten.

Om te beginnen brengt het Gerecht in herinnering dat een aanbestedende dienst een inschrijver van deelname aan een aanbestedingsprocedure uitsluit wanneer deze zich in een of meer van de situaties bevindt waarop de drie daarmee overeenkomende uitsluitingscriteria van het Financieel Reglement van 2018 betrekking hebben.

In het onderhavige geval stelt het Gerecht vast dat de eerste twee criteria niet van toepassing zijn, aangezien er ten tijde van de concurrentiegerichtte dialoog geen definitieve rechterlijke beslissing of definitief administratief besluit voorlag waarin was vastgesteld dat er sprake was van een ernstige beroepsfout van de betrokken inschrijver of van een natuurlijke persoon of rechtspersoon die lid was van het bestuurs-, leidinggevend of toezichthoudend orgaan van deze inschrijver dan wel beschikte over bevoegdheden tot vertegenwoordiging, besluitvorming of controle. Op grond van het derde uitsluitingscriterium, dat in het onderhavige geval als enige kan worden toegepast, mag de aanbestedende dienst, bij gebreke van een definitieve rechterlijke beslissing of een definitief administratief besluit, alleen op basis van een voorlopige kwalificatie<sup>4</sup> besluiten om een inschrijver van de aanbestedingsprocedure uit te sluiten en dat ook alleen maar als deze dienst eerst van de in artikel 143 van het Financieel Reglement van 2018 bedoelde instantie (hierna: „de instantie”) een aanbeveling heeft gekregen waarin, rekening houdend met de feiten en bevindingen, is vastgesteld dat de inschrijver een ernstige beroepsfout heeft begaan.

Allereerst onderzoekt het Gerecht of de Commissie haar verplichtingen niet is nagekomen door in strijd met het derde uitsluitingscriterium de zaak in het onderhavige geval niet aan de instantie voor te leggen.

In dit verband merkt het Gerecht op dat het onderliggende doel van het voorleggen van de zaak aan de instantie is gelegen in de bescherming van de financiële belangen van de Unie en dat de voorlopige juridische kwalificatie, die uitsluitend door deze instantie kan worden vastgesteld, noodzakelijkerwijs betrekking heeft op de gedragingen van de inschrijvers zelf en op feiten of bevindingen die in essentie zijn vastgesteld in het kader van audits of onderzoeken door de bevoegde autoriteiten van de Unie of, in voorkomend geval, van de lidstaten. Het Gerecht komt op grond hiervan tot de slotsom dat de aanbestedende dienst de zaak alleen hoeft voor te leggen aan de instantie wanneer de vastgestelde feiten waarover hij beschikt, geen eenvoudige verdenkingen vormen maar voldoende aanwijzingen om een vermoeden van schuld van de inschrijver te staven. In het onderhavige geval stelt

---

<sup>3</sup> Verordening (EU, Euratom) 2018/1046 van het Europees Parlement en de Raad van 18 juli 2018 tot vaststelling van de financiële regels van toepassing op de algemene begroting van de Unie, tot wijziging van verordeningen (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 en besluit nr. 541/2014/EU en tot intrekking van verordening (UE, Euratom) nr. 966/2012 (PB 2018, L 193, blz. 1), meer in het bijzonder de artikelen 136 en 145 van deze verordening.

<sup>4</sup> In de zin van artikel 136, lid 2, van het Financieel Reglement van 2018.

het Gerecht ten eerste vast dat de brief van 23 december 2020 het enige gegeven met betrekking tot het vermeend onrechtmatige gedrag van ADS was waarover de Commissie beschikte. Ten tweede heeft verzoekster in het kader van haar beweringen in die brief geen feiten en bevindingen vermeld die zijn vastgesteld in het kader van audits of onderzoeken door de bevoegde autoriteiten van de Unie of de lidstaten. Ten derde was bij deze brief geen enkel bewijs gevoegd dat de genoemde beweringen kon staven. Ten vierde hadden de geformuleerde grieven geen betrekking op het gedrag van ADS, maar op het vermeende gedrag van de voormalige werknemer van verzoekster.

Het Gerecht leidt hieruit af dat deze beweringen niet konden worden beschouwd als feiten of bevindingen die voldoende aanwijzingen voor een vermoeden van schuld van ADS konden vormen op grond waarvan het gerechtvaardigd zou zijn de zaak aan de instantie voor te leggen.

Vervolgens gaat het Gerecht na of de Commissie niettemin verplicht was die beweringen te onderzoeken. In dit verband merkt het Gerecht op dat **ADS enkel wordt verweten dat zij in de loop van de betrokken aanbestedingsprocedure een voormalige werknemer van verzoekster heeft aangesteld. In beginsel vormt dit feit op zich geen aanwijzing dat zij zich zodanig heeft gedragen dat van een ernstige beroepsfout kan worden gesproken.**

Ook **het door verzoekster aangevoerde feit dat haar voormalige werknemer haar bedrijfsgeheim heeft geschonden doordat hij op onrechtmatige wijze gevoelige informatie over haar heeft verkregen die ADS tijdens de litigieuze concurrentiegerichtte dialoog een ongerechtvaardigd voordeel kon verschaffen, vormt hoe dan ook geen aanwijzing voor een gedraging van ADS zelf en kan dus geen vermoeden van schuld van ADS aantonen.** Voorts heeft verzoekster in haar brief van december 2020 geen concrete argumenten en gegevens verstrekt, zodat **de bewering over de verkregen gevoelige informatie die ADS een ongerechtvaardigd voordeel kan hebben verschaft, vaag en hypothetisch is** en dus geen aanwijzing kan vormen. Voor het overige merkt het Gerecht op dat de voormalige werknemer verzoekster heeft verlaten kort nadat zij haar herziene offerte in het kader van de tweede fase van de concurrentiegerichtte dialoog had ingediend en dat hij dus in geen geval kon beschikken over informatie over de dialoog die in de derde fase tussen verzoekster en het ESA heeft plaatsgevonden, noch over de inhoud van verzoeksters definitieve offerte.

**De Commissie was dus niet verplicht de beweringen in de brief van december 2020 te onderzoeken,** aangezien deze onvoldoende aanwijzingen vormden voor een vermoeden van schuld van ADS op grond waarvan het gerechtvaardigd zou zijn om de zaak aan de instantie voor te leggen.

In de tweede plaats verwerpt het Gerecht de grief inzake niet-inachtneming van de vereisten waaraan het onderzoek van abnormaal lage offertes dient te voldoen. Het Gerecht brengt in herinnering dat de aanbestedende dienst op grond van de bepalingen van het Financieel Reglement van 2018 in twee stappen dient te beoordelen of er sprake is van abnormaal lage inschrijvingen, wat dient te worden geëvalueerd aan de hand van de samenstelling van de inschrijving en de te verrichten dienst.<sup>5</sup> Bij de eerste stap moet de aanbestedende dienst beoordelen of de ingediende inschrijvingen een aanwijzing bevatten die het vermoeden kan wekken dat deze inschrijvingen abnormaal laag zouden kunnen zijn. Dit is met name het geval wanneer het onzeker lijkt of de offerte in overeenstemming is met de geldende wetgeving en of de voorgestelde prijs alle uit de technische aspecten van de inschrijving voortvloeiende kosten omvat. Hetzelfde geldt wanneer de voorgestelde prijs aanmerkelijk lager is dan de prijs van de andere inschrijvingen of dan de gebruikelijke marktprijs. Indien dergelijke aanwijzingen bestaan, moet de aanbestedende dienst bij de tweede stap de samenstelling van de offerte onderzoeken en de betrokken inschrijver de mogelijkheid bieden zijn prijs te rechtvaardigen. Indien de aanbestedende dienst ondanks de verstrekte toelichtingen vaststelt dat de inschrijving abnormaal laag is, moet hij deze afwijzen.

In het onderhavige geval stelt het Gerecht vast dat het verschil tussen de prijs in de definitieve offerte van ADS en die in de andere offertes, gelet op de bijzonderheden van de betrokken opdracht, op zich geen aanwijzing kan vormen dat de offerte abnormaal laag was. Ten eerste is de aanbestedingsprocedure in de vorm van een

---

<sup>5</sup> Bijlage I, hoofdstuk 1, afdeling 2, punt 23.1, eerste alinea, en punt 23.2 van het Financieel Reglement van 2018.

concurrentiegericht dialoge ingeleid, aangezien de Commissie nog niet had bepaald met welke specifieke middelen zij aan haar behoeften kon voldoen. De prijzen van de offertes waren dus afhankelijk van de verschillende door elke inschrijver voorgestelde technische oplossingen en middelen. Ten tweede volgt uit de bijzondere kenmerken van de betrokken satellieten dat het hier niet gaat om goederen waarvoor een standaardprijs of marktprijs bestaat. Bovendien heeft verzoekster naast het prijsverschil geen concreet argument aangevoerd ter ondersteuning van haar stelling dat de offerte van ADS als abnormaal laag had moeten worden beschouwd.

Het Gerecht komt tot de slotsom dat **niet is aangetoond dat er aanwijzingen waren op grond waarvan de Commissie had kunnen vermoeden dat ADS een abnormaal lage offerte had ingediend**. Bijgevolg was de Commissie niet verplicht de samenstelling van de offerte van ADS te onderzoeken om zich ervan te vergewissen dat deze niet abnormaal laag was.

In de derde plaats verwerpt het Gerecht de grief dat de Commissie niet heeft voldaan aan haar verplichting om een autonoom besluit over de gunning van de opdracht vast te stellen, doordat zij enkel de resultaten van het beoordelingsverslag heeft bevestigd.

Toegegeven, de Commissie draagt de algemene verantwoordelijkheid voor het Galileo-programma en moet voor de stationeringsfase van dit programma een delegatieovereenkomst sluiten met het ESA waarin de taken van dit agentschap worden omschreven, met name wat betreft de aanbesteding van het systeem. Het is juist in het kader van de tussen de Commissie en het ESA gesloten delegatieovereenkomst dat het ESA, handelend in naam en voor rekening van de Commissie, belast was met de organisatie van de litigieuze concurrentiegericht dialoge, terwijl de Commissie de aanbestedende dienst bleef. De verantwoordelijkheid voor het Galileo-programma kan de verplichtingen van de Commissie als aanbestedende dienst echter niet wijzigen, laat staan uitbreiden.

Voorts is het, in het geval dat de aanbestedende dienst overeenkomstig het Financieel Reglement van 2018 een evaluatiecomité heeft benoemd, aan dat comité om in een beoordelingsverslag zijn oordeel over de offertes te geven. De aanbestedende dienst is niet gebonden aan dit verslag, maar mag zich wel daarop baseren bij de toekenning van de betrokken opdracht. **Het feit dat de bestreden besluiten zijn gemotiveerd door een verwijzing naar het beoordelingsverslag, doordat de Commissie het standpunt van het met de beoordeling van de ingediende offertes belaste evaluatiecomité heeft overgenomen, doet dus niets af aan het feit dat deze besluiten autonoom zijn vastgesteld.**

**NOTA BENE:** Het beroep tot nietigverklaring strekt tot nietigverklaring van met het recht van de Unie strijdige handelingen van de instellingen van de Unie. Onder bepaalde voorwaarden kunnen de lidstaten, de Europese instellingen en particulieren bij het Hof van Justitie of het Gerecht een beroep tot nietigverklaring instellen. Indien het beroep gegrond is, wordt de handeling nietig verklaard. De betrokken instelling moet in voorkomend geval voorzien in de door de nietigverklaring van de handeling ontstane leemte in de regelgeving.

**NOTA BENE:** Tegen de beslissing van het Gerecht kan binnen een termijn van twee maanden en tien dagen vanaf de betekening ervan een tot rechtsvragen beperkte hogere voorziening worden ingesteld bij het Hof.

Voor de media bestemd niet-officieel stuk, dat het Gerecht niet bindt.

De [volledige tekst](#) van het arrest is op de dag van de uitspraak te vinden op de website CURIA.

Contactpersoon voor de pers: Stefaan Van der Jeught ☎ (+352) 4303 2170

Volg ons!

