

EuG, Beschluss vom 26.05.2021 – T-54/21 R**Titel:**

Öffentliche Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge

Normenkette:

AEUV Art.256, Art. 278, Art.279

Redaktionelle Leitsätze:

1. Der Grundsatz der Gleichbehandlung bedeutet, dass die Bieter sowohl dann, wenn sie ihre Angebote erstellen, als auch dann, wenn ihre Angebote vom öffentlichen Auftraggeber evaluiert werden, gleich behandelt werden müssen (Urteil vom 17. Februar 2011, Kommission/Zypern, C-251/09, nicht veröffentlicht, ECLI:EU:C:2011:84, Rn. 39). (Rn. 49)

2. Da der öffentliche Auftraggeber alle Wirtschaftsteilnehmer gleich und ohne Diskriminierung behandeln und in transparenter Weise vorgehen muss, kommt ihm eine aktive Rolle bei der Anwendung und Beachtung dieser Grundsätze zu. (Rn. 53)

Rechtsgebiete:

Privates Baurecht, Vergaberecht, Europarecht, ausl. Recht, Völkerrecht, Markenrecht

Schlagworte:

Vorläufiger Rechtsschutz, Öffentliche Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge, Beschaffung von Galileo-Übergangssatelliten, Ablehnung des Angebots eines Bieters, Antrag auf einstweilige Anordnung, Fumus boni iuris, Dringlichkeit, Interessenabwägung, Référé, Marchés publics de travaux, de fournitures et de services, Fourniture de satellites de transition Galileo, Rejet de l'offre d'un candidat, Demande de mesures provisoires, Fumus boni iuris, Urgence, Mise en balance des intérêts , aufschiebende Wirkung, Bewerber, Chancengleichheit, Gleichbehandlung, Schadensersatz

Parteien:**Kläger:**

OHB System AG

Beklagter:

Commission européenne

Fundstellen:

BeckRS 2021, 12116

NZBau 2021, 554

ECLI:

ECLI:EU:T:2021:292

Text1

BESCHLUSS DES PRÄSIDENTEN DES GERICHTS

26. Mai 2021*

In der Rechtssache T-54/21 R,

OHB System AG mit Sitz in Bremen (Deutschland), Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte W. .. und F. ..,

Antragstellerin,

gegen

Europäische Kommission,

vertreten durch G. .., J. .. de .., L. .. und L. .. als Bevollmächtigte,

Antragsgegnerin,

wegen eines Antrags nach Art. 278 AEUV auf Aussetzung des Vollzugs der Entscheidungen der im Namen und im Auftrag der Kommission handelnden Europäischen Weltraumorganisation (ESA) vom 19. und 22. Januar 2021, den öffentlichen Auftrag 2018/S 091-206089 nicht an die Antragstellerin zu vergeben, sondern an zwei andere Bieter, sowie darauf, der Kommission aufzugeben, Zugang zu den Vergabeunterlagen zu gewähren, erlässt

DER PRÄSIDENT DES GERICHTS

folgenden

Beschluss

Tenor:

1. Der Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz wird zurückgewiesen.
2. Die Beschlüsse vom 31. Januar 2021, OHB System/Kommission (T-54/21 R), und vom 26. Februar 2021, OHB System/Kommission (T-54/21 R), werden aufgehoben.
3. Die Kostenentscheidung bleibt vorbehalten, mit Ausnahme der Entscheidung über die Kosten, die der Airbus Defence and Space GmbH entstanden sind. Diese trägt die ihr im Rahmen ihres Streithilfeantrags entstandenen Kosten.

Gründe:

Vorgeschichte des Rechtsstreits, Verfahren und Anträge der Parteien

1Die Antragstellerin, die OHB System AG, ist eine Gesellschaft deutschen Rechts, deren Gesellschaftszweck in der Entwicklung und Umsetzung innovativer Raumfahrtssysteme und -projekte sowie dem Angebot spezifischer Luft-, Raumfahrt- und Telematikprodukte besteht.

2Am 15. Mai 2018 veröffentlichte die Europäische Weltraumorganisation (ESA) im Namen und im Auftrag der Europäischen Kommission im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union (2018/S. 091-206089) und auf der Website emits.esa.int eine Aufforderung zur Einreichung eines Teilnehmeantrags.

3Das Verfahren zur Vergabe des Auftrags wurde in Form eines wettbewerblichen Dialogs eingeleitet, da die Kommission bereits ihren Bedarf ermittelt und festgelegt hatte, nicht aber die genauen zu seiner Deckung am besten geeigneten Mittel; es wurde nach den Bestimmungen der Verordnung (EU, Euratom) 2018/1046 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18. Juli 2018 über die Haushaltsordnung für den Gesamthaushaltsplan der Union, zur Änderung der Verordnungen (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 und des Beschlusses Nr. 541/2014/EU sowie zur Aufhebung der Verordnung (EU, Euratom) Nr. 966/2012 (ABl. 2018, L 193, S. 1, im Folgenden:

Haushaltsordnung) sowie der Verordnung (EU) Nr. 1285/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2013 betreffend den Aufbau und den Betrieb der europäischen Satellitennavigationssysteme und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 876/2002 des Rates und der Verordnung (EG) Nr. 683/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates (ABl. 2013, L 347, S. 1) abgewickelt.

4Gegenstand der Ausschreibung war die Beschaffung von Galileo-Übergangssatelliten mit weiterentwickelten Spezifikationen, um die Kontinuität der Galileo-Konstellation von 2025-2026 sicherzustellen und den Übergang von der ersten Generation der Galileo-Satelliten zur zweiten Generation einzuleiten.

5Nachdem die Antragstellerin einen Antrag auf Teilnahme an der Ausschreibung gestellt hatte, teilte ihr die ESA am 25. Juli 2018 mit, dass ihr Antrag alle Anforderungen erfülle.

6Am 11. Oktober 2020 legte die Antragstellerin im Anschluss an ihre Teilnahme an den ersten beiden Verfahrensabschnitten ihr bestes und endgültiges Angebot vor.

7Mit Schreiben vom 23. Dezember 2020 forderte die Antragstellerin die Kommission auf, das Vergabeverfahren auszusetzen, weil einer der Bieter im Dezember 2019 ein Mitglied ihres Führungspersonals (im Folgenden: früherer Mitarbeiter) eingestellt habe, das maßgebend an der Erstellung ihres Angebots mitgewirkt habe, und weil sie vermute, dass dieser frühere Mitarbeiter rechtswidrig sensible Informationen der Antragstellerin erhalten habe, die geeignet seien, dem betreffenden Bieter beim Gewährungsverfahren unzulässige Vorteile zu verschaffen, was nach Art. 136 Abs. 1 Buchst. c Ziff. v, Abs. 4 und Abs. 5 sowie Art. 167 der Haushaltsordnung einen Ausschlussgrund darstelle.

8Mit Schreiben vom 19. Januar 2021 teilte die im Namen und im Auftrag der Kommission handelnde ESA der Antragstellerin mit, dass ihr Angebot nicht berücksichtigt werden könne, da es nicht das wirtschaftlichste Angebot sei (im Folgenden: Entscheidung vom 19. Januar 2021).

9Mit Schreiben vom 20. Januar 2021 teilte die Kommission der Antragstellerin unter Bezugnahme auf deren Schreiben vom 23. Dezember 2020 u. a. mit, dass sie nach Würdigung der begrenzten tatsächlichen Angaben in den Ausführungen der Antragstellerin zu ihrem früheren Mitarbeiter der Ansicht sei, dass es keinen hinreichenden Grund für eine Aussetzung des Vergabeverfahrens gebe; was die von der Antragstellerin geforderten Ermittlungen angehe, werde sie das laufende nationale Gerichtsverfahren abwarten und gegebenenfalls später ergänzende Maßnahmen ergreifen.

10Mit Schreiben vom 22. Januar 2021 übermittelte die ESA der Antragstellerin die detaillierten Ergebnisse der Evaluierung ihres besten und endgültigen Angebots sowie Informationen über die Einreihung der beiden erfolgreichen Bieter (im Folgenden: Entscheidung vom 22. Januar 2021).

11Mit Schreiben vom 28. Januar 2021 focht die Antragstellerin die Entscheidung über die Zuschlagserteilung an und forderte die Kommission und die ESA u. a. auf, den betreffenden Bieter vom Vergabeverfahren auszuschließen.

12Mit Schreiben vom 29. Januar 2021 richtete die ESA ein Auskunftersuchen an den Bieter.

13Mit Klageschrift, die am 29. Januar 2021 bei der Kanzlei des Gerichts eingegangen ist, hat die Antragstellerin Klage erhoben, die u. a. auf die Nichtigerklärung der Entscheidungen vom 19. und 22. Januar 2021 (im Folgenden zusammen: angefochtene Entscheidungen) gerichtet ist.

14Mit gesondertem Schriftsatz, der am gleichen Tag bei der Kanzlei des Gerichts eingegangen ist, hat die Klägerin den vorliegenden Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz eingereicht; er geht im Wesentlichen dahin,

- gemäß Art. 157 Abs. 2 der Verfahrensordnung des Gerichts den Vollzug der angefochtenen Entscheidungen vor Eingang der Stellungnahme der Gegenpartei bis zum Erlass des Beschlusses, der das Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes abschließt, auszusetzen;
- den Vollzug der angefochtenen Entscheidungen bis zur Entscheidung des Gerichts in der Hauptsache auszusetzen;
- alle zum Schutz des status quo erforderlichen einstweiligen Anordnungen zu treffen;
- der Kommission aufzugeben, Zugang zu den Vergabeunterlagen zu gewähren;
- die Entscheidung über die Kosten vorzubehalten.

15Mit Beschluss vom 31. Januar 2021, OHB System/Kommission (T-54/21 R, nicht veröffentlicht), der auf der Grundlage von Art. 157 Abs. 2 der Verfahrensordnung ergangen ist, hat der Präsident des Gerichts den Vollzug der Entscheidung vom 19. Januar 2021 ausgesetzt, bis der das vorliegende Verfahren der einstweiligen Anordnung beendende Beschluss ergeht.

16Mit Schriftsatz, der am 5. Februar 2021 bei der Kanzlei des Gerichts eingegangen ist, hat die Kommission gemäß Art. 159 der Verfahrensordnung beantragt, den Beschluss vom 31. Januar 2021, OHB System/Kommission (T-54/21 R, nicht veröffentlicht), abzuändern; ihre Anträge gehen im Wesentlichen dahin,

- den betreffenden Beschluss aufzuheben;
- hilfsweise, den persönlichen Geltungsbereich dieses Beschlusses zu präzisieren;
- die Entscheidung über die Kosten vorzubehalten.

17Am 12. Februar 2021 hat die Antragstellerin ihre Stellungnahme zu dem in Rn. 16 genannten Antrag eingereicht.

18In ihrer Stellungnahme zum Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz, die am 16. Februar 2021 bei der Kanzlei des Gerichts eingegangen ist, beantragt die Kommission,

- den Antrag auf einstweilige Anordnung und den Antrag auf Aussetzung des Vollzugs als unbegründet zurückzuweisen;
- den Beschluss vom 31. Januar 2021, OHB System/Kommission (T-54/21 R, nicht veröffentlicht), aufzuheben;
- hilfsweise, den persönlichen Geltungsbereich dieses Beschlusses zu präzisieren;
- den Antrag auf unverzügliche Einsicht in die Vergabeakte zurückzuweisen;
- die Entscheidung über die Kosten vorzubehalten.

19Am 19. Februar 2021 hat die Antragstellerin ihre Stellungnahme zur Stellungnahme der Kommission eingereicht.

20Mit Beschluss vom 26. Februar 2021, OHB System/Kommission (T-54/21 R, nicht veröffentlicht), der auf der Grundlage von Art. 157 Abs. 2 der Verfahrensordnung erlassen wurde, hat der Präsident des Gerichts den persönlichen Geltungsbereich des Beschlusses vom 31. Januar 2021, OHB System/Kommission (T-54/21 R, nicht veröffentlicht), präzisiert.

21Am 5. März 2021 hat die Kommission zum Schriftsatz der Antragstellerin vom 19. Februar 2021 Stellung genommen.

22Am 12. März 2021 hat die Antragstellerin einen Antrag auf Erlass einer prozessleitenden Maßnahme nach Art. 88 Abs. 1 der Verfahrensordnung gestellt, der dahin geht, der Kommission aufzugeben, die Dokumentation für die von ihr behauptete intensive Sachprüfung bezüglich der von der Antragstellerin vorgebrachten Bedenken hinsichtlich einer angeblichen Wettbewerbsverletzung durch einen der Bieter vorzulegen.

23Am 22. März 2021 hat die Kommission zu diesem Antrag auf Erlass einer prozessleitenden Maßnahme Stellung genommen.

24Mit Schriftsatz, der am 5. Mai 2021 bei der Kanzlei des Gerichts eingegangen ist, hat die Airbus Defence and Space GmbH (im Folgenden: Airbus) einen Antrag auf Zulassung zur Streithilfe zur Unterstützung der Anträge der Kommission gestellt.

25Am 19. Mai 2021 haben die Hauptparteien ihre Stellungnahmen zu diesem Antrag eingereicht.

Rechtliche Würdigung

26Nach den Art. 278 und 279 AEUV in Verbindung mit Art. 256 Abs. 1 AEUV kann der für die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes zuständige Richter, wenn er dies den Umständen nach für nötig hält, gemäß Art. 156 der Verfahrensordnung die Vollziehung einer vor dem Gericht angefochtenen Handlung aussetzen oder die sonstigen erforderlichen einstweiligen Anordnungen treffen. Nach Art. 278 AEUV haben Klagen jedoch grundsätzlich keine aufschiebende Wirkung, da für die Handlungen der Unionsorgane eine Vermutung der Rechtmäßigkeit gilt. Der für die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes zuständige Richter kann daher nur in Ausnahmefällen die Aussetzung der Vollziehung einer vor dem Gericht angefochtenen Handlung anordnen oder sonstige einstweilige Anordnungen treffen (Beschluss vom 19. Juli 2016, Belgien/Kommission, T-131/16 R, ECLI:EU:T:2016:427, Rn. 12).

27Nach Art. 156 Abs. 4 Satz 1 der Verfahrensordnung müssen Anträge auf vorläufigen Rechtsschutz „den Streitgegenstand bezeichnen und die Umstände, aus denen sich die Dringlichkeit ergibt, sowie die den Erlass der beantragten einstweiligen Anordnung dem ersten Anschein nach rechtfertigenden Sach- und Rechtsgründe anführen“.

28Somit kann der für die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes zuständige Richter die Vollziehung aussetzen und sonstige einstweilige Anordnungen erlassen, wenn dargetan ist, dass die einstweiligen Anordnungen dem ersten Anschein nach in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht gerechtfertigt sind (fumus boni iuris) und dass sie in dem Sinne dringlich sind, dass es zur Verhinderung eines schweren und nicht wiedergutzumachenden Schadens für die Interessen des Antragstellers erforderlich ist, sie vor der Entscheidung zur Hauptsache zu erlassen und wirksam werden zu lassen. Diese Voraussetzungen sind kumulativ, so dass Anträge auf einstweilige Anordnung zurückzuweisen sind, sofern eine von ihnen fehlt. Der für die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes zuständige Richter nimmt gegebenenfalls auch eine Abwägung der widerstreitenden Interessen vor (vgl. Beschluss vom 2. März 2016, Evonik Degussa/Kommission, C-162/15 P-R, ECLI:EU:C:2016:142, Rn. 21 und die dort angeführte Rechtsprechung).

29Im Rahmen dieser Gesamtprüfung verfügt der für die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes zuständige Richter über ein weites Ermessen und kann nach Maßgabe der Besonderheiten des Einzelfalls die Art und Weise, in der diese verschiedenen Voraussetzungen zu prüfen sind, sowie die Reihenfolge ihrer Prüfung frei bestimmen, da keine Rechtsvorschrift ihm ein feststehendes Prüfungsschema für die Beurteilung der

Erforderlichkeit einer vorläufigen Entscheidung vorgibt (vgl. Beschluss vom 19. Juli 2012, Akhras/Rat, C-110/12 P[R], nicht veröffentlicht, ECLI:EU:C:2012:507, Rn. 23 und die dort angeführte Rechtsprechung).

30In Anbetracht des Akteninhalts kommt der Präsident des Gerichts zu dem Ergebnis, dass er über alle für die Entscheidung über den vorliegenden Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz erforderlichen Informationen verfügt, ohne dass eine vorherige mündliche Anhörung der Parteien angebracht wäre.

31Unter den Umständen des vorliegenden Falles ist zunächst zu prüfen, ob die Antragstellerin ausreichende Beweise für das Vorliegen des *fumus boni iuris* beibringt, in dem Sinne, dass sie unter Berücksichtigung der Stellungnahme der Kommission *prima facie* den Eindruck erwecken, dass die angefochtenen Entscheidungen rechtswidrig seien. Sofern diese Voraussetzung erfüllt ist, kann dies auch im Rahmen der Schlüsse berücksichtigt werden, die am Ende der Prüfung der Dringlichkeit zu ziehen sind (vgl. in diesem Sinne Beschluss vom 23. Februar 2001, Österreich/Rat, C-445/00 R, ECLI:EU:C:2001:123, Rn. 100 und 110).

Zum *fumus boni iuris*

32Die Voraussetzung des Vorliegens eines *fumus boni iuris* ist erfüllt, wenn im Stadium des Verfahrens des vorläufigen Rechtsschutzes eine bedeutsame rechtliche Kontroverse besteht, deren Lösung sich nicht sogleich aufdrängt, so dass die Klage dem ersten Anschein nach nicht einer ernsthaften Grundlage entbehrt. Da der Zweck des Verfahrens des vorläufigen Rechtsschutzes darin besteht, die volle Wirksamkeit der künftigen Endentscheidung sicherzustellen, um Lücken in dem durch die Unionsgerichte gewährleisteten Rechtsschutz zu vermeiden, muss sich der für die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes zuständige Richter nämlich darauf beschränken, die Begründetheit der im Rahmen des Hauptsacheverfahrens geltend gemachten Klagegründe *prima facie* zu beurteilen, um festzustellen, ob eine hinreichende Wahrscheinlichkeit besteht, dass die Klage Erfolg haben wird (vgl. Beschlüsse vom 19. Dezember 2013, Kommission/Deutschland, C-426/13 P[R], ECLI:EU:C:2013:848, Rn. 41, und vom 8. April 2014, Kommission/ANKO, C-78/14 P-R, ECLI:EU:C:2014:239, Rn. 15).

33Im vorliegenden Fall stützt die Antragstellerin ihren Antrag im Wesentlichen auf vier Gründe.

Zum ersten Antragsgrund

34Mit dem ersten Antragsgrund wird ein Verstoß gegen Art. 136 Abs. 1 Buchst. c, Abs. 2 und Abs. 4 Buchst. a der Haushaltsordnung sowie gegen den durch Art. 160 Abs. 1 der Haushaltsordnung garantierten Grundsatz der Gleichbehandlung geltend gemacht. Dieser Antragsgrund gliedert sich in zwei Teile.

35Im Rahmen des ersten Teils macht die Antragstellerin im Wesentlichen geltend, einer der Bieter hätte zwingend von der Teilnahme am Vergabeverfahren ausgeschlossen werden müssen. Es habe mutmaßlich eine Absprache oder zumindest ein stillschweigendes Einverständnis zwischen diesem Bieter und dem von ihm im Dezember 2019 eingestellten und mit einer Leitungsfunktion betrauten früheren Mitarbeiter der Antragstellerin darüber gegeben, dass der frühere Mitarbeiter dem Bieter seine Kenntnisse über den Inhalt und die Grundlagen des Angebots der Antragstellerin zur Verfügung stelle. Für einen Ausschluss des betreffenden Bieters sei es nicht erforderlich, dass eine rechtskräftige Gerichts- oder eine bestandskräftige Verwaltungsentscheidung gegen den früheren Mitarbeiter im Sinne von Art. 136 Abs. 1 Buchst. c der Haushaltsordnung vorliege. In Ermangelung einer rechtskräftigen

Gerichts- oder einer bestandskräftigen Verwaltungsentscheidung sei für die Zwecke des Ausschlusses gemäß Art. 136 Abs. 2 der Haushaltsordnung eine vorläufige rechtliche Bewertung zugrunde zu legen. Außerdem müsse der fragliche Bieter auch nach Art. 136 Abs. 4 Buchst. a der Haushaltsordnung ausgeschlossen werden, da der frühere Mitarbeiter der Antragstellerin bei ihm eine Leitungsfunktion inne habe.

36 Im Rahmen des zweiten Teils dieses Antragsgrundes trägt die Antragstellerin vor, unabhängig von den in Art. 136 der Haushaltsordnung vorgesehenen Ausschlussgründen hätte der fragliche Bieter vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werden müssen, weil die mutmaßliche Nutzung der Kenntnisse ihres früheren Mitarbeiters von den Inhalten und Grundlagen ihres Angebots gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung, konkret gegen den Grundsatz des geheimen Wettbewerbs, im Sinne der Rechtsprechung verstoße. Zudem müsse der öffentliche Auftraggeber, wenn er über Anhaltspunkte verfüge, die Zweifel an der Eigenständigkeit und Unabhängigkeit der von bestimmten Bietern eingereichten Angebote aufkommen ließen, nach der Rechtsprechung prüfen, ob deren Angebote tatsächlich eigenständig und unabhängig seien, wobei er gegebenenfalls zusätzliche Informationen von diesen Bietern anfordern müsse. Die Kommission habe somit gegen den durch Art. 160 der Haushaltsordnung garantierten Grundsatz der Gleichbehandlung verstoßen, da sie ihrer Pflicht zur Aufklärung des kollusiven und wettbewerbswidrigen Verhaltens des fraglichen Bieters und des früheren Mitarbeiters der Antragstellerin nicht nachgekommen sei.

37 Die Kommission tritt diesem Vorbringen entgegen. Sie führt aus, Art. 136 Abs. 1 der Haushaltsordnung sehe für alle im vorliegenden Fall relevanten Ausschlusskriterien vor, dass sie durch eine rechtskräftige Gerichts- oder eine bestandskräftige Verwaltungsentscheidung festgestellt worden sein müssten. Das Verfahren aufgrund der Strafanzeige der Antragstellerin gegen ihren früheren Mitarbeiter wegen Verletzung von Geschäftsgeheimnissen sei aber von der zuständigen Staatsanwaltschaft am 18. Dezember 2020 eingestellt worden. Außerdem gehöre der von einem der Bieter eingestellte frühere Mitarbeiter der Antragstellerin nicht zu den in Art. 136 Abs. 4 der Haushaltsordnung genannten Personengruppen. Überdies hätten nach Änderungen des Zeitplans und der Bedingungen für die Aktivierung von Marktoptionen im Sommer 2020 alle Bewerber ihre Preisstrategie fundamental anpassen müssen. Somit sei es sehr unwahrscheinlich, dass der frühere Mitarbeiter der Antragstellerin in diesem Stadium über relevante Informationen hinsichtlich des Angebots der Antragstellerin habe verfügen können. Schließlich habe die von der Antragstellerin angeführte Rechtsprechung zum Erfordernis geheimen Wettbewerbs als Grundprinzip des Vergaberechts Sachverhalte betroffen, die sich ganz erheblich von dem des vorliegenden Falles unterschieden.

38 Zum ersten Teil des ersten Antragsgrundes ist zunächst festzustellen, dass es in Art. 136 Abs. 1 Buchst. c Ziff. ii und v der Haushaltsordnung heißt: „Der zuständige Anweisungsbefugte schließt eine in Artikel 135 Absatz 2 genannte Person oder Stelle von der Teilnahme an Gewährungsverfahren nach dieser Verordnung ... aus, wenn ... durch eine rechtskräftige Gerichts- oder eine bestandskräftige Verwaltungsentscheidung festgestellt wurde, dass die Person oder Stelle im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeit eine schwere Verfehlung begangen hat ...; dazu zählen insbesondere ... ii) Absprachen mit anderen Personen oder Stellen mit dem Ziel einer Wettbewerbsverzerrung [oder] v) [der] Versuch, vertrauliche Informationen über das Verfahren zu erhalten, durch die unzulässige Vorteile beim Gewährungsverfahren erlangt werden könnten ...“

39Im vorliegenden Fall steht fest, dass es während der Laufzeit des fraglichen Vergabeverfahrens in Bezug auf den Bieter, der den früheren Mitarbeiter der Antragstellerin eingestellt hatte, keine rechtskräftige Gerichts- oder bestandskräftige Verwaltungsentscheidung im Sinne von Art. 136 Abs. 1 Buchst. c der Haushaltsordnung gab.

40In Art. 136 Abs. 2 Unterabs. 1 der Haushaltsordnung heißt es jedoch weiter: „In Ermangelung einer rechtskräftigen Gerichts- bzw. bestandskräftige[n] Verwaltungsentscheidung in den Fällen nach Absatz 1 [Buchstabe] c ... legt der zuständige Anweisungsbefugte bei entsprechendem Verhalten einer in Artikel 135 Absatz 2 genannten Person oder Stelle eine vorläufige rechtliche Bewertung für deren Ausschluss zugrunde, wobei er sich auf die festgestellten Sachverhalte oder sonstigen Erkenntnisse aus der Empfehlung des in Artikel 143 genannten Gremiums stützt.“

41Art. 135 Abs. 1 Unterabs. 1 der Haushaltsordnung bestimmt nämlich: „Zum Schutz der finanziellen Interessen der Union errichtet die Kommission ein Früherkennungs- und Ausschlusssystem und unterhält es.“ Nach Art. 135 Abs. 1 Unterabs. 2 der Haushaltsordnung soll dieses System u. a. „a) die frühzeitige Erkennung von in Absatz 2 aufgeführten Personen oder Stellen, die ein Risiko für die finanziellen Interessen der Union darstellen“, und „b) den Ausschluss von in Absatz 2 aufgeführten Personen oder Stellen, auf die eine der in Artikel 136 Absatz 1 genannten Ausschlussituationen zutrifft“, erleichtern.

42Zur Befassung des in Art. 143 der Haushaltsordnung genannten Gremiums geht aus ihrem Art. 142 Abs. 2 Buchst. b und c hervor, dass sich das „Früherkennungs- und Ausschlusssystem ... auf die in Artikel 136 Absatz 2 Unterabsatz 4 genannten Sachverhalte und Erkenntnisse und auf die Übermittlung von Informationen an die Kommission insbesondere ... durch einen Anweisungsbefugten der Kommission, eines von der Kommission eingerichteten Europäischen Amtes oder einer Exekutivagentur [oder] durch ein Unionsorgan, ein Europäisches Amt [oder] eine Agentur“ stützt.

43Im vorliegenden Fall teilte die Antragstellerin der Kommission in ihrem Schreiben vom 23. Dezember 2020 mit, dass es „Indizien“ dafür gebe, dass ihr früherer Mitarbeiter rechtswidrig sensible Informationen der Antragstellerin erhalten habe, die geeignet seien, dem betreffenden Bieter beim Gewährungsverfahren unzulässige Vorteile zu verschaffen.

44Wie die Kommission hervorhebt, enthielt dieses Schreiben mithin nur unbewiesene Behauptungen, so dass die von der Antragstellerin übermittelten Informationen weder für den Nachweis ausreichen, dass das Verhalten des betreffenden Bieters ein Risiko für die finanziellen Interessen der Union darstellen konnte, noch dafür, diesen Bieter aufgrund einer vorläufigen rechtlichen Bewertung seines Verhaltens vom Vergabeverfahren auszuschließen.

45Dem ersten Anschein nach war die Kommission unter den konkreten Umständen der vorliegenden Rechtssache somit nicht verpflichtet, das in Art. 143 der Haushaltsordnung genannte Gremium anzurufen, so dass ihr kein Verstoß gegen Art. 136 Abs. 2 Unterabs. 1 der Haushaltsordnung angelastet werden kann.

46Schließlich schließt der zuständige Anweisungsbefugte nach Art. 136 Abs. 4 Buchst. a der Haushaltsordnung eine in Art. 135 Abs. 2 genannte Person oder Stelle aus, wenn „sich eine natürliche oder juristische Person, die Mitglied des Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgans einer in Artikel 135 Absatz 2 genannten Person oder Stelle ist oder bezüglich dieser Person oder Stelle Vertretungs-, Beschluss- oder Kontrollbefugnisse hat, in einer oder mehreren der in Absatz 1 Buchstaben c bis h [des Artikels 136] genannten Situationen befindet“.

47Hierzu ist festzustellen, dass der frühere Mitarbeiter der Antragstellerin, selbst wenn er als Mitglied des Leitungsorgans des fraglichen Bieters anzusehen sein sollte, nicht unter Art. 136 Abs. 1 Buchst. c bis h der Haushaltsordnung fällt; dies gilt insbesondere für Art. 136 Abs. 1 Buchst. c Ziff. v, da nicht durch eine rechtskräftige Gerichts- oder eine bestandskräftige Verwaltungsentscheidung festgestellt wurde, dass er rechtswidrig sensible Informationen der Antragstellerin erhalten hatte, die geeignet waren, dem betreffenden Bieter beim Gewährungsverfahren unzulässige Vorteile zu verschaffen.

48Zum zweiten Teil des ersten Antragsgrundes, mit dem ein Verstoß gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung, insbesondere den Grundsatz des geheimen Wettbewerbs, gerügt wird, ist zunächst festzustellen, dass der Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter, der darauf abzielt, die Entwicklung eines lautereren und tatsächlichen Wettbewerbs zwischen den an einem Vergabeverfahren teilnehmenden Unternehmen zu erleichtern, verlangt, dass alle Bieter bei der Ausarbeitung ihrer Angebote über die gleichen Chancen verfügen, und somit impliziert, dass die Angebote für alle Bewerber denselben Bedingungen unterliegen (vgl. Urteil vom 9. September 2009, Brink's Security Luxembourg/Kommission, T-437/05, ECLI:EU:T:2009:318, Rn. 114 und die dort angeführte Rechtsprechung).

49Der Grundsatz der Gleichbehandlung bedeutet, dass die Bieter sowohl dann, wenn sie ihre Angebote erstellen, als auch dann, wenn ihre Angebote vom öffentlichen Auftraggeber evaluiert werden, gleich behandelt werden müssen (Urteil vom 17. Februar 2011, Kommission/Zypern, C-251/09, nicht veröffentlicht, ECLI:EU:C:2011:84, Rn. 39).

50Demzufolge muss die Kommission insbesondere in jedem Abschnitt des Verfahrens für die Wahrung der Gleichbehandlung und damit der Chancengleichheit aller Bieter sorgen (Urteil vom 29. April 2004, Kommission/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, ECLI:EU:C:2004:236, Rn. 108; vgl. auch Urteil vom 11. Juni 2014, Communicaid Group/Kommission, T-4/13, nicht veröffentlicht, ECLI:EU:T:2014:437, Rn. 51 und die dort angeführte Rechtsprechung).

51Kann eine Person, sei es auch unbeabsichtigt, die Bedingungen für einen öffentlichen Auftrag in einem für sie günstigen Sinne beeinflussen, obschon sie selbst Bieterin für diesen Auftrag ist, so kann sie sich in einer Lage befinden, die unter Umständen auf einen Interessenkonflikt hinausläuft. Eine solche Situation ist geeignet, den Wettbewerb zwischen den Bietern zu verfälschen, und ist dadurch gekennzeichnet, dass keine Gleichheit der Bieter mehr besteht (vgl. Urteil vom 28. Februar 2018, Vakakis kai Synergates/Kommission, T-292/15, ECLI:EU:T:2018:103, Rn. 97 und die dort angeführte Rechtsprechung).

52Es obliegt dem öffentlichen Auftraggeber, das Vorliegen einer tatsächlichen Gefahr, dass es zu Praktiken kommt, die geeignet sind, die Transparenz zu beeinträchtigen und den Wettbewerb zwischen den Bietern zu verfälschen, zu beurteilen und zu prüfen und einem vom Ausschluss von dem Verfahren bedrohten Bieter die Möglichkeit zu geben, den Nachweis zu erbringen, dass in seinem Fall keine tatsächliche Gefahr des Eintritts eines solchen Interessenkonflikts besteht (vgl. Urteil vom 28. Februar 2018, Vakakis kai Synergates/Kommission, T-292/15, ECLI:EU:T:2018:103, Rn. 100 und die dort angeführte Rechtsprechung).

53Da der öffentliche Auftraggeber alle Wirtschaftsteilnehmer gleich und ohne Diskriminierung behandeln und in transparenter Weise vorgehen muss, kommt ihm eine aktive Rolle bei der Anwendung und Beachtung dieser Grundsätze zu. Er hat insbesondere in jedem Fall zu prüfen, ob mögliche Interessenkonflikte bestehen, und geeignete Maßnahmen zu ergreifen, um sie zu verhindern, aufzudecken und zu beheben (vgl. Urteil vom 28. Februar 2018, Vakakis kai Synergates/Kommission, T-292/15, ECLI:EU:T:2018:103, Rn. 102 und die

dort angeführte Rechtsprechung), gegebenenfalls auch dadurch, dass die Parteien ersucht werden, bestimmte Informationen und Beweise vorzulegen (vgl. Urteil vom 17. Mai 2018, *Specializuo tas transportas*, C-531/16, [ECLI:EU:C:2018:324](#), Rn. 33 und die dort angeführte Rechtsprechung).

54 Wenn eine Verwaltung eine Untersuchung durchzuführen hat, muss sie dies nämlich mit größtmöglicher Sorgfalt tun, um bestehende Zweifel zu zerstreuen und den Sachverhalt aufzuklären (vgl. Urteil vom 28. Februar 2018, *Vakakis kai Synergates/Kommission*, [T-292/15](#), [ECLI:EU:T:2018:103](#), Rn. 107 und die dort angeführte Rechtsprechung).

55 Die Rüge eines Verstoßes gegen den durch Art. 160 der Haushaltsordnung garantierten Grundsatz der Gleichbehandlung ist im Licht all dieser Gesichtspunkte zu prüfen.

56 Zu dem Vorbringen der Antragstellerin, die Kommission sei ihrer Pflicht zur Aufklärung des kollusiven und wettbewerbswidrigen Verhaltens des fraglichen Bieters und des früheren Mitarbeiters der Antragstellerin nicht nachgekommen, ist darauf hinzuweisen, dass es nach der oben in den Rn. 50 und 54 angeführten Rechtsprechung im vorliegenden Fall Sache des öffentlichen Auftraggebers war, aufgrund der ihm obliegenden Sorgfaltspflicht sorgfältig, umsichtig und unparteiisch alle relevanten Gesichtspunkte zu prüfen, um die Gefahr zu bestätigen oder auszuschließen, dass keine Gleichheit der Bieter mehr besteht.

57 Insoweit geht aus den Akten hervor (siehe oben, Rn. 9), dass die Kommission im Anschluss an die Ausführungen im Schreiben der Antragstellerin vom 23. Dezember 2020 in ihrem Schreiben vom 20. Januar 2021 nach Würdigung der tatsächlichen Angaben der Antragstellerin zum Verhalten ihres früheren Mitarbeiters und eines Bieters die Ansicht vertrat, dass es keinen hinreichenden Grund für eine Aussetzung des Vergabeverfahrens gebe. In Bezug auf die von der Antragstellerin geforderten Ermittlungen führte die Kommission u. a. aus, sie werde sich auf das Ergebnis des laufenden nationalen Gerichtsverfahrens stützen und gegebenenfalls später ergänzende Maßnahmen ergreifen.

58 Aus den Schriftsätzen der Kommission geht jedoch hervor, dass die ESA mit Schreiben vom 29. Januar 2021, dem Tag, an dem die Klage gegen die angefochtenen Entscheidungen erhoben worden ist, an den betreffenden Bieter ein Auskunftersuchen richtete. In seiner Antwort vom 1. Februar 2021 räumte der Bieter ein, dass im Rahmen der Vorbereitung seines besten und endgültigen Angebots für das fragliche Vergabeverfahren der frühere Mitarbeiter der Antragstellerin zwar nicht zu dem für die Vorbereitung dieses Angebots und die Preisstrategie in diesem Verfahren verantwortlichen Team gehört habe, aber damit betraut worden sei, dafür zu sorgen, dass das Referat „Spacecraft Equipment“ des Bieters, für das er verantwortlich gewesen sei, den bestmöglichen Beitrag zum Gesamtprogramm liefere. Er räumte ferner ein, dass dieses Referat etwa 20% zum Gesamtprogramm beigetragen habe.

59 Somit beschränkte sich die Kommission, als die Antragstellerin sie auf der Grundlage der Ausführungen in ihrem Schreiben vom 23. Dezember 2020 aufforderte, eine Untersuchung durchzuführen, mit der sich zweifelsfrei feststellen lässt, ob ihr früherer Mitarbeiter rechtswidrig vertrauliche Informationen der Antragstellerin an den betreffenden Bieter weitergegeben hatte, die geeignet waren, diesem Bieter im Rahmen des Vergabeverfahrens einen unzulässigen Vorteil zu verschaffen, offenbar zunächst auf die Angabe, dass sie sich auf das Ergebnis des laufenden nationalen Gerichtsverfahrens stützen werde, ohne von Amts wegen zu ermitteln, ob es möglicherweise eine Regelwidrigkeit gegeben hatte.

60 In einem zweiten Schritt richtete die ESA jedoch am 29. Januar 2021 ein Auskunftersuchen an diesen Bieter, das von ihm knapp und vage beantwortet wurde. Es

kann nicht ausgeschlossen werden, dass diese späte und unvollständige Prüfung nicht ausreichte, um den Umfang der Mitwirkung des früheren Mitarbeiters der Antragstellerin an der Vorbereitung des Vergabeverfahrens im Rahmen seiner neuen Aufgaben im Dienst dieses Bieters zu beurteilen und damit dem Sorgfaltserfordernis zu genügen, das den öffentlichen Auftraggeber in Bezug auf die Beachtung des Grundsatzes der Gleichbehandlung trifft.

61 Ohne der Entscheidung des Gerichts über die Klage vorzugreifen, ist aus dem Vorstehenden zu schließen, dass der zweite Teil des ersten Antragsgrundes dem ersten Anschein nach nicht einer ernsthaften Grundlage entbehrt. Er bedarf daher einer eingehenderen Prüfung, die nicht von dem für die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes zuständigen Richter vorgenommen werden kann, sondern im Rahmen des Verfahrens zur Hauptsache erfolgen muss.

Zum zweiten Antragsgrund

62 Mit dem zweiten Antragsgrund rügt die Antragstellerin einen Verstoß gegen die Bestimmungen über ungewöhnlich niedrige Angebote in den Nrn. 23.1 und 23.2 von Anhang I der Haushaltsordnung, da der Preis in dem von einem der Bieter eingereichten Angebot erheblich niedriger sei als derjenige in den anderen eingereichten Angeboten.

63 Die Kommission hält dem entgegen, das Unionsrecht sehe eine eingehende Prüfung der Frage, ob ein Angebot ungewöhnlich niedrig sei, nur vor, wenn die angebotenen Preise unter den Marktpreisen lägen. Der Preisunterschied sei aber für sich genommen kein ausschlaggebender Faktor. Der entscheidende Faktor dafür, ob ein Angebot ungewöhnlich niedrig erscheine, hänge damit zusammen, ob der von einem Bieter angebotene Preis es ihm ermögliche, den Auftrag gemäß den Verdingungsunterlagen auszuführen. Da der Evaluierungsausschuss keinen Anhaltspunkt gefunden habe, der auf den ersten Blick Anlass zu ernsthaften Bedenken hinsichtlich des Vorliegens eines ungewöhnlich niedrigen Angebots gegeben habe, sei eine eingehendere Prüfung nach den einschlägigen Bestimmungen der Haushaltsordnung nicht erforderlich gewesen. Abgesehen vom Preisunterschied, der in diesem spezifischen Marktsegment nicht ungewöhnlich sei, habe die Antragstellerin keinen objektiven Beweis dafür vorgelegt, dass der vom fraglichen Bieter angebotene Preis ungewöhnlich niedrig sei.

64 Hinsichtlich der Auslegung der Bestimmungen über ungewöhnlich niedrige Angebote in den Nrn. 23.1 und 23.2 von Anhang I der Haushaltsordnung ist darauf hinzuweisen, dass ein öffentlicher Auftraggeber bei der Beurteilung der Gesichtspunkte, die bei einer Entscheidung über die Vergabe eines ausgeschriebenen Auftrags zu berücksichtigen sind, über ein weites Ermessen verfügt. Überdies ist es dem System der Auftragsvergabe auf der Grundlage des wirtschaftlich günstigsten Angebots immanent, dass sich die Bieter bemühen, möglichst wettbewerbsfähige Preise anzubieten, sofern diese nicht ungewöhnlich niedrig sind. Somit besteht eines der Ziele des Systems der Vergabe öffentlicher Aufträge gerade darin, bestmögliche Konditionen zu bestmöglichen Preisen zu erzielen (Urteil vom 26. März 2019, Clestra Hauserman/Parlament, [T-725/17](#), nicht veröffentlicht, [ECLI:EU:T:2019:190](#), Rn. 58 und 59). Die in der Haushaltsordnung vorgesehenen Mechanismen für ungewöhnlich niedrige Angebote kommen folglich nur dann zum Einsatz, wenn die Kommission mit einer Anomalie konfrontiert wird (vgl. in diesem Sinne und entsprechend Urteil vom 15. September 2016, European Dynamics Luxembourg und Evropaiki Dynamiki/Kommission, [T-698/14](#), nicht veröffentlicht, [ECLI:EU:T:2016:476](#), Rn. 66).

65 Nach Nr. 23.1 von Anhang I der Haushaltsordnung verlangt der öffentliche Auftraggeber, wenn die bei einem bestimmten Vertrag im Angebot vorgeschlagenen Preise oder Kosten

ungewöhnlich niedrig zu sein scheinen, schriftlich Aufklärung über die wesentlichen Bestandteile der Preise oder Kosten, die er für relevant hält, und gibt dem Bieter Gelegenheit zur Stellungnahme.

66Daraus folgt, dass der öffentliche Auftraggeber in zwei Schritten prüft, ob ungewöhnlich niedrige Angebote vorliegen (vgl. entsprechend Urteil vom 4. Juli 2017, *European Dynamics Luxembourg u. a./Eisenbahnagentur der Europäischen Union*, [T-392/15](#), [ECLI:EU:T:2017:462](#), Rn. 87).

67In einem ersten Schritt muss der öffentliche Auftraggeber prüfen, ob die eingereichten Angebote ungewöhnlich niedrig zu sein „scheinen“ (vgl. Nr. 23.1 von Anhang I der Haushaltsordnung). Die Verwendung des Verbs „scheinen“ in der Haushaltsordnung bedeutet, dass der öffentliche Auftraggeber eine Prima-facie-Prüfung der Frage vornimmt, ob ein Angebot ungewöhnlich niedrig ist. Die Haushaltsordnung schreibt daher dem öffentlichen Auftraggeber nicht vor, von Amts wegen die Einzelpositionen jedes Angebots eingehend zu prüfen, um festzustellen, ob es nicht ungewöhnlich niedrig ist. Somit muss der öffentliche Auftraggeber im ersten Schritt nur feststellen, ob die eingereichten Angebote einen Hinweis enthalten, der den Verdacht erwecken kann, dass sie ungewöhnlich niedrig sein könnten. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn der in einem eingereichten Angebot genannte Preis erheblich niedriger ist als derjenige in den anderen eingereichten Angeboten oder als der übliche Marktpreis. Enthalten die eingereichten Angebote keinen solchen Hinweis und erscheinen sie daher nicht ungewöhnlich niedrig, kann der öffentliche Auftraggeber die Evaluierung dieses Angebots und das Vergabeverfahren fortsetzen (vgl. in diesem Sinne und entsprechend Urteil vom 4. Juli 2017, *European Dynamics Luxembourg u. a./Eisenbahnagentur der Europäischen Union*, [T-392/15](#), [ECLI:EU:T:2017:462](#), Rn. 88).

68In diesem Rahmen ist mithin die Prüfung, ob die von den Bietern angegebenen Preise ein ungewöhnlich niedriges Angebot darstellen, erforderlich, wenn insoweit zuvor Zweifel an der Verlässlichkeit des Angebots entstehen. Einer solchen spezifischen Prüfung bedarf es hingegen nicht, wenn bei einer vorherigen ersten Prüfung der Angebote keine derartigen Zweifel aufgetaucht sind (vgl. entsprechend Urteil vom 15. September 2016, *European Dynamics Luxembourg und Evropaïki Dynamiki/Kommission*, [T-698/14](#), nicht veröffentlicht, [ECLI:EU:T:2016:476](#), Rn. 62).

69Liegen hingegen Hinweise vor, die den Verdacht erwecken können, dass ein Angebot ungewöhnlich niedrig sein könnte, hat der öffentliche Auftraggeber in einem zweiten Schritt die Einzelpositionen des Angebots zu prüfen, um sich zu vergewissern, dass es nicht ungewöhnlich niedrig ist (vgl. entsprechend Urteil vom 4. Juli 2017, *European Dynamics Luxembourg u. a./Eisenbahnagentur der Europäischen Union*, [T-392/15](#), [ECLI:EU:T:2017:462](#), Rn. 89).

70Im vorliegenden Fall geht aus den dem Gericht zur Verfügung stehenden Akten hervor, dass der Evaluierungsausschuss eine Prima-facie-Prüfung der Bestandteile des vom betreffenden Bieter angebotenen Preises vornahm und feststellte, dass dieser Preis den Verdingungsunterlagen entsprach. Auf der Grundlage aller ihm zur Verfügung stehenden Informationen fand der Evaluierungsausschuss keinen Anhaltspunkt, der auf den ersten Blick Anlass zu ernsthaften Bedenken hinsichtlich des Vorliegens eines ungewöhnlich niedrigen Angebots gab.

71Was speziell das Vorbringen der Antragstellerin betrifft, dass der im Angebot dieses Bieters enthaltene Preis erheblich niedriger sei als derjenige in den übrigen eingereichten Angeboten, war der Evaluierungsausschuss der Ansicht, dass der fragliche Preisunterschied mit

verschiedenen Faktoren zusammenhängen könnte, etwa mit verschiedenen Reifegraden der Projekte.

72Aus dem Vorstehenden ergibt sich, dass der Evaluierungsausschuss eine Prima-facie-Prüfung der Frage vornahm, ob das Angebot des betreffenden Bieters ungewöhnlich niedrig war, und dass er im Rahmen seiner vorläufigen Prüfung keinen Anhaltspunkt fand, der auf den ersten Blick Anlass zu ernsthaften Bedenken in dieser Hinsicht gab.

73Im vorliegenden Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes beruft sich die Antragstellerin lediglich auf den von ihr als erheblich eingestuften Unterschied zwischen den Preisen der eingereichten Angebote, ohne weitere Gesichtspunkte zu nennen, die der Evaluierungsausschuss hätte prüfen müssen oder die darauf hindeuten, dass er seiner Aufgabe nicht ordnungsgemäß nachgekommen wäre.

74Nach alledem entbehrt der zweite Antragsgrund dem ersten Anschein nach einer ernsthaften Grundlage.

Zum dritten Antragsgrund

75Mit ihrem dritten Antragsgrund, mit dem ein Verstoß gegen die in Art. 160 Abs. 1 der Haushaltsordnung vorgesehenen Grundsätze der Transparenz, der Verhältnismäßigkeit, der Gleichbehandlung und der Nichtdiskriminierung im Bereich öffentlicher Aufträge gerügt wird, macht die Antragstellerin geltend, die Bewertung ihres Angebots durch die Kommission beruhe hinsichtlich der Kriterien 1 bis 5 auf unzutreffenden Sachverhaltsannahmen sowie auf sachwidrigen und willkürlichen Erwägungen zu angeblichen Schwachpunkten in ihrem Angebot.

76Die Kommission macht geltend, zum einen seien die Grundsätze der Gleichheit, der Transparenz und der Nichtdiskriminierung im Bereich der öffentlichen Aufträge bei der Evaluierung der Angebote strikt beachtet worden, und zum anderen habe die Antragstellerin nicht nachgewiesen, dass bei der Evaluierung ein offensichtlicher Beurteilungsfehler begangen worden sei, der die Nichtigerklärung des Zuschlags rechtfertigen würde.

77Insoweit ist darauf hinzuweisen, dass der öffentliche Auftraggeber nach ständiger Rechtsprechung während des gesamten Vergabeverfahrens, auch bei der Festlegung und Bewertung der Auswahlkriterien, über ein weites Ermessen verfügt (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 10. Februar 2021, *Sophia Group/Parlament*, [T-578/19](#), nicht veröffentlicht, [ECLI:EU:T:2021:77](#), Rn. 58 und die dort angeführte Rechtsprechung). Insbesondere müssen, um feststellen zu können, dass der öffentliche Auftraggeber bei der Sachverhaltswürdigung einen Fehler begangen hat, der so offensichtlich ist, dass er die Nichtigerklärung der Entscheidung über die Ablehnung eines Angebots zu rechtfertigen vermag, die vom Kläger beigebrachten Beweise ausreichen, um die Würdigung in der fraglichen Entscheidung als nicht plausibel erscheinen zu lassen. Mit anderen Worten ist der auf einen offensichtlichen Fehler gestützte Antragsgrund zurückzuweisen, wenn die beanstandete Beurteilung trotz der vom Kläger vorgetragenen Umstände zutreffend oder annehmbar erscheint (vgl. Urteil vom 7. Juni 2017, *Blaž Jamnik et Blaž/Parlament*, [T-726/15](#), [ECLI:EU:T:2017:376](#), Rn. 38 und die dort angeführte Rechtsprechung).

78Im vorliegenden Fall beschränkt sich die Antragstellerin bei ihren Einwänden gegen die von der ESA in ihrem Schreiben vom 22. Januar 2021 mitgeteilte Beurteilung des Evaluierungsausschusses darauf, mehrere der vom Ausschuss in ihrem Angebot in Bezug auf die Erfahrung der am Projekt beteiligten Personen oder auf bestimmte technische Aspekte ermittelten Schwachpunkte in Abrede zu stellen. Selbst wenn dieses tatsächliche Vorbringen

zutreffen sollte - was der für die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes zuständige Richter im Rahmen des vorliegenden Verfahrens nicht klären kann -, bleibt die Antragstellerin den Nachweis dafür schuldig, inwiefern die behaupteten Fehler so umfangreich und gewichtig sein sollen, dass sie der Beurteilung des Evaluierungsausschusses die Plausibilität nehmen. Vom Unionsrichter kann nämlich insbesondere bei einer Entscheidung im Rahmen eines Eilverfahrens nicht verlangt werden, dass er die vom Ausschuss vorgenommene Analyse der Angebote durch seine eigene ersetzt.

79Nach alledem entbehrt der dritte Rechtsmittelgrund dem ersten Anschein nach einer ernsthaften Grundlage.

Zum vierten Antragsgrund

80Mit ihrem vierten Antragsgrund, mit dem ein Verstoß gegen Art. 12 Abs. 1 der Verordnung Nr. 1285/2013 gerügt wird, macht die Antragstellerin geltend, die Kommission habe ihre Pflicht verletzt, die Angebote selbst zu prüfen und in Bezug auf die Auftragsvergabe eine eigenständige Auswahlentscheidung zu treffen; die mit der ESA gemäß Art. 15 dieser Verordnung geschlossene Übertragungsvereinbarung erlaube es nicht, die Zuständigkeit der Kommission für die Letztentscheidung darüber einem Evaluierungsausschuss zu übertragen, der eine rein vorbereitende Funktion habe.

81Die Kommission tritt diesem Vorbringen entgegen und trägt vor, die Angebote seien von einem Evaluierungsausschuss bewertet worden, dem erfahrene Mitarbeiter der ESA, der Agentur für das europäische globale Satellitennavigationssystem und der Kommission angehört hätten. Außerdem habe der Ausschuss angesichts der Komplexität der Aufgabe eine Gruppe von etwa 70 Experten, darunter Vertreter der Kommission, als Berater, entsprechend ihren Kompetenzen, zu bestimmten Aspekten der Ausschreibung benannt. Die Kommission sei somit schon in diesem rein vorbereitenden Verfahrensstadium eng eingebunden gewesen. Obwohl das Ergebnis der Evaluierung der Angebote nicht bereits die Auftragsvergabe sei, sondern nur ein an den Anweisungsbefugten gerichteter Vorschlag, eine Vergabeentscheidung zu treffen, sei Letzterer entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin weder nach den allgemeinen Vergaberegeln der Union noch nach der mit der ESA geschlossenen Übertragungsvereinbarung zu einer eigenen Prüfung der Angebote verpflichtet. Eine solche Prüfung würde eine unnötige Duplizierung der Arbeit des Evaluierungsausschusses bedeuten, was unverhältnismäßig und in der Praxis schwer durchführbar wäre. Gleichwohl habe die Kommission vor der Vergabe des fraglichen Auftrags neben dem Evaluierungsbericht alle von der ESA eingereichten Unterlagen im Einzelnen geprüft. Die Antragstellerin liefere im Übrigen keinen Beleg zur Untermauerung ihres Standpunkts, dass der Evaluierungsbericht nicht ausreichend geprüft worden sei.

82Insoweit genügt die Feststellung, dass das Vorbringen der Antragstellerin, die Kommission habe das Angebot und den Evaluierungsbericht des Evaluierungsausschusses nicht selbst geprüft, durch keinen Beweis untermauert wird. Sie verweist lediglich auf das Schreiben vom 19. Januar 2021, mit dem die ESA ihr im Namen und im Auftrag der Kommission mitgeteilt habe, dass ihr Angebot nicht berücksichtigt werden könne. Der Umstand, dass die ESA ihrem Schreiben einen Auszug aus der vorbereitenden Beurteilung des Evaluierungsausschusses beifügte, beweist auf den ersten Blick keineswegs, dass die Kommission es unterlassen hätte, die Angebote und den Evaluierungsbericht des Evaluierungsausschusses selbst zu prüfen.

83Nach alledem entbehrt der vierte Antragsgrund dem ersten Anschein nach einer ernsthaften Grundlage.

84Somit ist das Vorliegen eines fumus boni iuris insofern zu bejahen, als der zweite Teil des ersten Antragsgrundes dem ersten Anschein nach nicht einer ernsthaften Grundlage entbehrt.

Zur Dringlichkeit

85In Bezug auf die Beurteilung der Dringlichkeit der beantragten einstweiligen Anordnungen ist darauf hinzuweisen, dass der Zweck des Verfahrens des vorläufigen Rechtsschutzes darin besteht, die volle Wirksamkeit der künftigen endgültigen Entscheidung zu gewährleisten, um eine Lücke in dem vom Unionsrichter gewährten Rechtsschutz zu vermeiden (Beschluss vom 14. Januar 2016, AGC Glass Europe u. a./Kommission, C-517/15 P-R, ECLI:EU:C:2016:21, Rn. 27).

86Um diesen Zweck zu erreichen, ist die Dringlichkeit im Allgemeinen danach zu beurteilen, ob eine einstweilige Anordnung erforderlich ist, um den Eintritt eines schweren und nicht wiedergutzumachenden Schadens bei der Partei, die vorläufigen Rechtsschutz beantragt, zu verhindern. Diese Partei hat nachzuweisen, dass sie den Ausgang des Verfahrens zur Hauptsache nicht abwarten kann, ohne dass ihr ein schwerer und nicht wiedergutzumachender Schaden entstünde (vgl. Beschluss vom 14. Januar 2016, AGC Glass Europe u. a./Kommission, C-517/15 P-R, ECLI:EU:C:2016:21, Rn. 27 und die dort angeführte Rechtsprechung).

87Im Fall von Rechtsstreitigkeiten über die Vergabe öffentlicher Aufträge sind jedoch bei der Beurteilung der Dringlichkeit die Besonderheiten dieser Rechtsstreitigkeiten zu berücksichtigen.

88Angesichts der zwingenden Erfordernisse, die sich aus dem effektiven Schutz ergeben, der im Bereich des öffentlichen Auftragswesens sichergestellt werden muss, kann nämlich nach der Rechtsprechung, wenn der abgelehnte Bieter das Vorliegen eines besonders ernsten fumus boni iuris zu beweisen vermag, von ihm nicht der Nachweis verlangt werden, dass die Zurückweisung seines Antrags auf vorläufigen Rechtsschutz ihm einen nicht wiedergutzumachenden Schaden zufügen würde, da sonst ein unverhältnismäßiger und ungerechtfertigter Eingriff in den effektiven gerichtlichen Rechtsschutz vorläge, den er gemäß Art. 47 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union genießt (Beschluss vom 23. April 2015, Kommission/Vanbreda Risk & Benefits, C-35/15 P[R], ECLI:EU:C:2015:275, Rn. 41).

89Diese Abmilderung der für die Beurteilung der Dringlichkeit geltenden Voraussetzungen, die auf dem Recht auf effektiven gerichtlichen Rechtsschutz beruht, ist jedoch nur während der vorvertraglichen Phase anzuwenden, sofern die in Art. 175 der Haushaltsordnung geregelte Stillhaltefrist eingehalten wird. Sie ist nicht mehr gerechtfertigt, wenn der öffentliche Auftraggeber nach Ablauf dieser Frist und vor der Einreichung des Antrags auf vorläufigen Rechtsschutz den Vertrag mit dem Auftragnehmer geschlossen hat (vgl. in diesem Sinne Beschluss vom 23. April 2015, Kommission/Vanbreda Risk & Benefits, C-35/15 P[R], ECLI:EU:C:2015:275, Rn. 38 und 42).

90Überdies befreit diese Abmilderung den Antragsteller nicht davon, den Nachweis für die Schwere des Schadens zu erbringen, der ihm im Fall der Zurückweisung seines Antrags auf vorläufigen Rechtsschutz entstehen würde (vgl. in diesem Sinne Beschluss vom 22. März 2018, Wall Street Systems UK/EZB, C-576/17 P[R], nicht veröffentlicht, ECLI:EU:C:2018:208, Rn. 26).

91Die Abmilderung der für die Beurteilung der Dringlichkeit im Bereich des öffentlichen Auftragswesens geltenden Voraussetzungen ergibt sich nämlich daraus, dass das Erfordernis, den Eintritt eines nicht wiedergutzumachenden Schadens nachzuweisen, es einem abgelehnten Bieter praktisch unmöglich macht, eine Aussetzung des Vollzugs einer Entscheidung über die Vergabe eines Auftrags zu erreichen, und zwar deshalb, weil der ihm möglicherweise entstehende Schaden finanzieller Art und daher nicht irreparabel ist (vgl. in diesem Sinne Beschluss vom 23. April 2015, Kommission/Vanbreda Risk & Benefits, C-35/15 P[R], ECLI:EU:C:2015:275, Rn. 30). Um den Erfordernissen des im Bereich des öffentlichen Auftragswesens zu gewährleistenden effektiven vorläufigen Rechtsschutzes gerecht zu werden, ist es daher für erforderlich erachtet worden, dem abgelehnten Bieter die Möglichkeit zu geben, die Dringlichkeit auf andere Weise nachzuweisen als dadurch, dass unter allen Umständen die unmittelbar bevorstehende Gefahr des Eintritts eines nicht wiedergutzumachenden Schadens dargetan wird. In einem solchen Fall genügt, sofern ein hinreichend ernster *fumus boni iuris* vorliegt, zur Erfüllung der Voraussetzung der Dringlichkeit der bloße Nachweis, dass ohne eine Aussetzung des Vollzugs der angefochtenen Entscheidung ein schwerer Schaden entstünde (vgl. Beschluss vom 21. April 2017, Post Telecom/EIB, T-158/17 R, nicht veröffentlicht, ECLI:EU:T:2017:281, Rn. 21 und die dort angeführte Rechtsprechung).

92Überdies ist hervorzuheben, dass sich der Verlust der Chance, einen öffentlichen Auftrag zu erhalten und auszuführen, zwangsläufig aus der Ablehnung eines im Rahmen eines Vergabeverfahrens abgegebenen Angebots ergibt und als solcher, unabhängig von einer konkreten Würdigung der Schwere der im Einzelfall behaupteten spezifischen Beeinträchtigung, nicht als schwerer Schaden angesehen werden kann. Folglich würde der Verlust der Chance, den fraglichen Auftrag zu erhalten und auszuführen, einen schweren Schaden darstellen, wenn die Antragstellerin in rechtlich hinreichender Weise nachgewiesen hätte, dass sie aus der Vergabe und der Ausführung des Auftrags im Rahmen des Ausschreibungsverfahrens hinreichend bedeutende Vorteile hätte ziehen können (vgl. Beschluss vom 21. April 2017, Post Telecom/EIB, T-158/17 R, nicht veröffentlicht, ECLI:EU:T:2017:281, Rn. 22 und die dort angeführte Rechtsprechung).

93Im vorliegenden Fall wurden die angefochtenen Entscheidungen der Antragstellerin am 19. und 22. Januar 2021 mitgeteilt, und der Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz wurde am 29. Januar 2021 gestellt, so dass die Antragstellerin ihren Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz vor Ablauf der in Art. 175 Abs. 3 der Haushaltsordnung und in Nr. 35.1 ihres Anhangs I vorgesehenen Stillhaltefrist, d. h. während der vorvertraglichen Phase, gestellt hat.

94Folglich ist die erste Voraussetzung für eine Abmilderung der Anforderungen an die Dringlichkeit im Bereich öffentlicher Aufträge im vorliegenden Fall erfüllt.

95Damit ist zu prüfen, ob die Antragstellerin in rechtlich hinreichender Weise dargetan hat, dass ihr durch den Vollzug der angefochtenen Entscheidungen ein schwerer Schaden entstehen würde.

96Hierzu trägt die Antragstellerin erstens vor, durch den Vollzug der angefochtenen Entscheidungen würde ihr eine reale Chance genommen, einen Umsatz von etwa 819 Mio. Euro zu erzielen, wodurch ihr ein Gewinn von 21 925.876 Euro entginge. Zweitens müsste sie die Hälfte ihrer Mitarbeiter entlassen und ihnen Abfindungen in Höhe von etwa 7,2 Mio. Euro zahlen. Drittens würden ihre Anteile am Markt für Navigationsatelliten durch den Vollzug der Entscheidung über die Vergabe des fraglichen Auftrags gravierend und

irreversibel beeinträchtigt. Während ihr Marktanteil bei den Galileo-Satelliten der ersten Generation und damit am gesamten zugänglichen Markt für Navigationssatelliten der letzten zehn Jahre derzeit 100% betrage, würde er sich nämlich im Fall des Vollzugs der angefochtenen Entscheidungen zumindest für die nächsten zehn Jahre auf null reduzieren. Viertens hätten die angefochtenen Entscheidungen auch negative Auswirkungen auf ihre Reputation, da sie Gefahr laufe, ihre Kompetenz im Bereich der Navigationssatelliten zu verlieren. Sie sei gegenwärtig die Hauptauftragnehmerin bei der ersten Generation von Galileo-Satelliten, und ihr drohe eine deutliche Benachteiligung im Rahmen der Beschaffung weiterer Galileo-Satelliten der zweiten Generation, da die anderen Bieter die einmaligen Entwicklungs-, Test- und Herstellungskosten nicht mehr tragen müssten. Daher wäre die Einreichung eines Angebots durch sie aus wirtschaftlicher Sicht voraussichtlich aussichtslos.

97Die Kommission trägt vor, die Antragstellerin habe nicht dargetan, dass die Voraussetzung der Dringlichkeit im vorliegenden Fall erfüllt sei. Die Ausführungen der Antragstellerin zu ihrem finanziellen Schaden stünden im Widerspruch zu Äußerungen ihres Vorstandsvorsitzenden in einem Interview vom 21. Januar 2021, wonach das Galileo-Programm nur etwa 10% des Jahresumsatzes der Antragstellerin in Höhe von 1 Mrd. Euro ausmache. Das Argument der Antragstellerin, ein Satellitenhersteller könne nur schwer einen bestehenden Hersteller ablösen, sei unzutreffend. In diesem spezifischen Segment seien recht hohe Preisunterschiede zwischen den verschiedenen Angeboten nicht ungewöhnlich. So habe die Antragstellerin selbst im Rahmen des Galileo-Programms im Jahr 2009 für den Bau von Satelliten der ersten Galileo-Generation ein erheblich niedrigeres Angebot vorgelegt als ihr Konkurrent.

98Zur Schwere des geltend gemachten finanziellen Schadens ist festzustellen, dass nach der Rechtsprechung ein objektiv beträchtlicher oder selbst ein nicht unerheblicher finanzieller Schaden als schwer angesehen werden kann, ohne dass es erforderlich wäre, systematisch auf den Umsatz des Unternehmens abzustellen, das ihn zu erleiden befürchtet (vgl. in diesem Sinne Beschluss vom 7. März 2013, EDF/Kommission, C-551/12 P[R], ECLI:EU:C:2013:157, Rn. 32 und 33).

99Unter den Umständen des vorliegenden Falles liegt es in Anbetracht der von der Antragstellerin vorgelegten Zahlen auf der Hand, dass der Wert des streitigen Auftrags sowohl in Bezug auf den fraglichen Sektor als auch in Bezug auf den öffentlichen Auftraggeber und die Antragstellerin beträchtlich ist.

100Außerdem kann, ohne dass es erforderlich wäre, den von der Antragstellerin angeführten Schaden in Verhältnis zu ihrem Umsatz zu setzen, nicht geltend gemacht werden, dass ein so großer Schaden wie der von ihr angeführte - Gewinneinbußen in Höhe von 21 925.876 Euro und Abfindungen für Mitarbeiter, die entlassen werden müssten, in Höhe von 7,2 Mio. Euro - nicht objektiv beträchtlich wäre.

101Da zumindest dieser von der Antragstellerin angeführte Schaden als schwer angesehen werden kann, ist die Voraussetzung der Dringlichkeit im vorliegenden Fall erfüllt.

Zur Interessenabwägung

102Nach der Rechtsprechung müssen im Rahmen des Verfahrens des vorläufigen Rechtsschutzes die Risiken jeder der möglichen Lösungen gegeneinander abgewogen werden. Konkret bedeutet dies, dass namentlich zu prüfen ist, ob das Interesse der Partei, die die einstweiligen Anordnungen begehrt, an der Aussetzung des Vollzugs der angefochtenen Handlung schwerer wiegt als das Interesse an deren sofortiger Anwendung.

Zu dieser Prüfung gehört, ob eine Nichtigerklärung der Handlung im Verfahren zur Hauptsache die Umkehrung der Lage ermöglichen würde, die durch ihren sofortigen Vollzug entstände, und inwieweit umgekehrt die Aussetzung des Vollzugs geeignet wäre, die Erreichung der mit der angefochtenen Handlung verfolgten Ziele zu behindern, falls die Klage abgewiesen würde (vgl. Beschluss vom 1. März 2017, EMA/MSD Animal Health Innovation und Intervet international, C-512/16 P[R], nicht veröffentlicht, ECLI:EU:C:2017:149, Rn. 127 und die dort angeführte Rechtsprechung).

103Im vorliegenden Fall macht die Antragstellerin zu ihrem Interesse zunächst geltend, der mit der unmittelbar bevorstehenden Vergabe des fraglichen Auftrags und der anschließenden Vertragserfüllung verbundene endgültige Verlust der Chance, den Auftrag zu erhalten, wiege schwerer als das Interesse der Kommission, den Zuschlag vor Abschluss des Gerichtsverfahrens zu erteilen. Würde die Zuschlagserteilung nicht ausgesetzt, würde die rückwirkende Nichtigerklärung einer Vergabeentscheidung dem abgelehnten Bieter nämlich keinen Vorteil mehr verschaffen, so dass die Chance, den Auftrag zu erhalten, unwiederbringlich verloren wäre. In einem solchen Fall hätte dieser Bieter nur Anspruch auf Schadensersatz wegen des Verlusts einer Chance, da ihm durch die Entscheidung, sein Angebot abzulehnen, in der Praxis die Möglichkeit, den Zuschlag für den betreffenden Auftrag zu erhalten, endgültig genommen würde, selbst wenn die Entscheidung rückwirkend für nichtig erklärt werden sollte.

104Sodann macht die Antragstellerin geltend, wenn sie den fraglichen Auftrag nicht erhalte, würde ihr ein Gewinn in Höhe von etwa 22 Mio. Euro entgehen, hätte sie erhebliche Auslastungsprobleme und müsste sie sich von einer Vielzahl von Mitarbeitern trennen und ihnen Abfindungen in Höhe von insgesamt 7,2 Mio. Euro zahlen.

105Schließlich führt sie aus, es bestehe ein allgemeines Interesse daran, einen Verstoß gegen das Unionsrecht aufgrund seines offensichtlichen und schweren Charakters unverzüglich zu beenden.

106Die Kommission trägt zu ihrem Interesse vor, bei der Abwägung seien nicht nur die Interessen der Parteien des Verfahrens des vorläufigen Rechtsschutzes zu berücksichtigen, sondern auch alle von den beantragten einstweiligen Anordnungen betroffenen Interessen. Es sei nämlich zu berücksichtigen, dass eine Aussetzung des streitigen Vergabeverfahrens erhebliche technische und finanzielle Folgen für das Weltraumprogramm der Union hätte.

107Zunächst bestehe kein Spielraum hinsichtlich der geplanten Liefertermine, und jede Verzögerung bei der Vertragsunterzeichnung und damit beim Beginn der Entwicklung von Satelliten der zweiten Generation hätte Auswirkungen auf den erreichbaren Termin für den Start der Satelliten.

108Sodann würden die finanziellen Folgen einer Verzögerung bei der Unterzeichnung der Verträge für die erfolgreichen Bewerber und/oder die Kommission auf etwa 3 bis 5 Mio. Euro pro Monat und nicht unterzeichneten Vertrag geschätzt. Außerdem müsste die Kommission, falls die im Rahmen des streitigen Verfahrens beschafften Satelliten nicht rechtzeitig zur Verfügung gestellt werden könnten, von der Antragstellerin mindestens zwei weitere Satelliten der ersten Generation erwerben, was einem Transaktionsvolumen von etwa 100 Mio. Euro entspräche. Dies würde zu einer ineffizienten Verwendung von Unionsmitteln und zu Verzögerungen bei der Systementwicklung führen, die die Wettbewerbsfähigkeit der Union beeinträchtigen würden. Überdies müsste die Kommission, falls die Antragstellerin obsiege, für den Erwerb von Satelliten der zweiten Generation die Differenz zwischen dem Angebot

des letztlich erfolgreichen Bewerbers und dem der Antragstellerin in Höhe von 115 Mio. Euro zusätzlich aufwenden.

109Schließlich würde die Verzögerung eines derart bedeutsamen Projekts die Reputation der Union als öffentlicher Auftraggeber erheblich schädigen.

110Somit liege es auf der Hand, dass die technischen, finanziellen und politischen Risiken für das Galileo-Programm und das Risiko für die Reputation der Union größeres Gewicht hätten als das Interesse der Antragstellerin an der Vermeidung eines rein finanziellen Schadens. Während sich die von der Antragstellerin erwarteten Gewinneinbußen auf etwa 22 Mio. Euro beliefen, habe die Union allein in der Zeit von 2014 bis 2020 über 7 Mrd. Euro in die europäischen Satellitennavigationsprogramme investiert, und das Gesamtvolumen der vom streitigen Vergabeverfahren erfassten Satelliten betrage etwa 1,47 Mrd. Euro.

111Erstens ist in Bezug auf das mit dem endgültigen Verlust der Chance, den fraglichen Auftrag zu erhalten, verbundene Risiko darauf hinzuweisen, dass es im Fall des Obsiegens der Antragstellerin im Hauptsacheverfahren möglich wäre, den mit dem Verlust dieser Chance verbundenen Schaden zu bewerten, so dass der ihr insoweit tatsächlich entstehende individuelle Schaden in vollem Umfang ersetzt werden könnte.

112Sollten die von der Antragstellerin beantragten einstweiligen Anordnungen hingegen erlassen werden, wäre es der Kommission nicht möglich, mit einem der Zuschlagsempfänger einen Vertrag zu schließen, was erhebliche technische und finanzielle Folgen für das Weltraumprogramm der Union hätte. Am raschen Abschluss dieses Vertrags besteht daher ein wichtiges allgemeines Interesse.

113Zweitens ist, was das finanzielle Interesse der Antragstellerin angeht, der Kommission beizupflichten, dass die von der Antragstellerin erwarteten Gewinneinbußen und die ihren Mitarbeitern zu zahlenden Abfindungen zwar etwa 30 Mio. Euro betragen würden, doch muss dieser Betrag in Verhältnis zum Volumen der europäischen Satellitennavigationsprogramme gesetzt werden, das beträchtlich ist, da die Union dafür allein in der Zeit von 2014 bis 2020 über 7 Mrd. Euro investiert hat und da das Gesamtvolumen der vom streitigen Vergabeverfahren erfassten Satelliten etwa 1,47 Mrd. Euro beträgt.

114Drittens steht in Bezug auf das allgemeine Interesse in Form des Erfordernisses, einen Verstoß gegen das Unionsrecht aufgrund seines hinreichend offensichtlichen und schweren Charakters unverzüglich zu beenden, fest, dass die Voraussetzungen für den Erlass einer einstweiligen Anordnung nicht nur kumulativ, sondern auch miteinander verflochten sind, so dass ein Tätigwerden des für die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes zuständigen Richters unter den Umständen des vorliegenden Falles im Hinblick auf die Analyse der abzuwägenden Interessen nur gerechtfertigt wäre, wenn ein sehr starker *fumus boni iuris* vorläge, der zur Feststellung eines hinreichend offensichtlichen und schweren Verstoßes gegen das Unionsrecht führen würde. Würde eine solche Feststellung getroffen, müsste die Interessenabwägung zugunsten der von den Auswirkungen eines solchen Verstoßes betroffenen Partei ausfallen (Beschluss vom 4. Dezember 2014, *Vanbreda Risk & Benefits/Kommission*, T-199/14 R, [ECLI:EU:T:2014:1024](#), Rn. 194 [nicht veröffentlicht]).

115Aus der Prüfung der den *fumus boni iuris* betreffenden Voraussetzung geht hervor, dass er sich auf den Zweifel daran bezieht, ob der öffentliche Auftraggeber in hinreichendem Maß seiner Verpflichtung nachgekommen ist, zu prüfen, ob die Bieter ihre Angebote unter gleichen Bedingungen vorlegen konnten. Insoweit ist jedoch nicht nur darauf hinzuweisen, dass das Verfahren wegen der Strafanzeige, die von der Antragstellerin bei der deutschen

Staatsanwaltschaft gestellt worden war, eingestellt wurde, sondern auch, dass die im Namen und im Auftrag der Kommission handelnde ESA an den betreffenden Bieter ein Auskunftersuchen richtete, um etwaige Regelwidrigkeiten zu prüfen. Daher kann nicht davon ausgegangen werden, dass der im vorliegenden Fall festgestellte *fumus boni iuris* besonders stark ist und dazu führen kann, dass die Interessenabwägung zugunsten des Erlasses einstweiliger Anordnungen ausfällt.

116Im Ergebnis spricht daher in Anbetracht dieser Gesichtspunkte die Abwägung der bestehenden Interessen gegen den Erlass der beantragten einstweiligen Anordnungen.

117Folglich ist der Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz zurückzuweisen, ohne dass über das Begehren der Antragstellerin, der Kommission aufzugeben, Zugang zu den Vergabeunterlagen zu gewähren, oder über ihren Antrag auf Erlass einer prozessleitenden Maßnahme entschieden zu werden braucht.

118Da der vorliegende Beschluss das Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes beendet, sind der auf der Grundlage von Art. 157 Abs. 2 der Verfahrensordnung erlassene Beschluss vom 31. Januar 2021, OHB System/Kommission (T-54/21 R, nicht veröffentlicht), mit dem der Präsident des Gerichts den Vollzug der Entscheidung vom 19. Januar 2021 ausgesetzt hat, bis der das vorliegende Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes beendende Beschluss ergeht, sowie der ebenfalls auf der Grundlage von Art. 157 Abs. 2 der Verfahrensordnung erlassene Beschluss vom 26. Februar 2021, OHB System/Kommission (T-54/21 R, nicht veröffentlicht), mit dem der persönliche Geltungsbereich des Beschlusses vom 31. Januar 2021, OHB System/Kommission (T-54/21 R, nicht veröffentlicht), beschränkt wurde, aufzuheben.

119Gemäß Art. 158 Abs. 5 der Verfahrensordnung ist die Entscheidung über die Kosten vorzubehalten.

Zum Streithilfeantrag

120Da mit dem vorliegenden Beschluss der Antrag der Antragstellerin auf vorläufigen Rechtsschutz zurückgewiesen wird, entspricht es nicht der Verfahrensökonomie, über den Antrag von Airbus auf Zulassung zur Streithilfe zur Unterstützung der Anträge der Kommission zu entscheiden.

121Unter den Umständen der vorliegenden Rechtssache trägt Airbus ihre eigenen Kosten.

Aus diesen Gründen hat

DER PRÄSIDENT DES GERICHTS

beschlossen:

1. Der Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz wird zurückgewiesen.
2. Die Beschlüsse vom 31. Januar 2021, OHB System/Kommission (T-54/21 R), und vom 26. Februar 2021, OHB System/Kommission (T-54/21 R), werden aufgehoben.
3. Die Kostenentscheidung bleibt vorbehalten, mit Ausnahme der Entscheidung über die Kosten, die der Airbus Defence and Space GmbH entstanden sind. Diese trägt die ihr im Rahmen ihres Streithilfeantrags entstandenen Kosten.

Luxemburg, den 26. Mai 2021

Text1

ORDONNANCE DU PRÉSIDENT DU TRIBUNAL

26 mai 2021 *

Dans l'affaire T-54/21 R,

OHB System AG, établie à Brême (Allemagne),

représentée par Mes W. Würfel et F. Hausmann, avocats,

partie requérante,

contre

Commission européenne,

représentée par MM. G. Wilms, J. Estrada de Solà, L. Mantl et Mme L. André, en qualité d'agents,

partie défenderesse,

ayant pour objet une demande fondée sur l'article 278 TFUE et tendant, d'une part, au sursis à l'exécution des décisions de l'Agence spatiale européenne (ESA) des 19 et 22 janvier 2021, agissant au nom et pour le compte de la Commission, de ne pas retenir l'offre de la requérante pour le marché public 2018/S 091-206089 et d'attribuer ce marché public à deux autres soumissionnaires, ainsi que, d'autre part, à ce qu'il soit ordonné à la Commission de donner accès aux documents de l'appel d'offres,

LE PRÉSIDENT DU TRIBUNAL

rend la présente

Ordonnance

Tenor:

1) La demande en référé est rejetée.

2) Les ordonnances du 31 janvier 2021, OHB System/Commission (T-54/21 R), et du 26 février 2021, OHB System/Commission (T-54/21 R), sont rapportées.

3) Les dépens sont réservés, à l'exception de ceux exposés par Airbus Defence and Space GmbH. Cette dernière supportera les dépens dans le cadre de sa demande d'intervention.

Gründe:

Antécédents du litige, procédure et conclusions des parties

1La requérante, OHB System AG, est une société de droit allemand qui a pour objet le développement et la mise en œuvre de systèmes et de projets spatiaux innovants ainsi que la commercialisation de produits aéronautiques, spatiaux et télématiques spécifiques.

2Le 15 mai 2018, l'Agence spatiale européenne (ESA), agissant au nom et pour le compte de la Commission européenne, a publié une invitation à introduire une demande de participation dans le supplément du Journal officiel de l'Union européenne (2018/S. 091-206089) et sur le site Internet emits.esa.int.

3La procédure de passation de marché a été lancée sous la forme d'un dialogue compétitif, dès lors que la Commission avait déjà identifié et défini ses besoins, mais pas encore les moyens précis les plus appropriés pour y répondre, et s'est déroulée conformément aux dispositions du règlement (UE, Euratom) 2018/1046 du Parlement européen et du Conseil, du 18 juillet 2018, relatif aux règles financières applicables au budget général de l'Union, modifiant les règlements (UE) n° 1296/2013, (UE) n° 1301/2013, (UE) n° 1303/2013, (UE) n° 1304/2013, (UE) n° 1309/2013, (UE) n° 1316/2013, (UE) n° 223/2014, (UE) n° 283/2014 et la décision n° 541/2014/UE, et abrogeant le règlement (UE, Euratom) n° 966/2012 (JO 2018, L 193, p. 1, ci-après le « règlement financier »), et du règlement (UE) n° 1285/2013 du Parlement européen et du Conseil, du 11 décembre 2013, relatif à la mise en place et à l'exploitation des systèmes européens de radionavigation par satellite et abrogeant le règlement (CE) n° 876/2002 du Conseil et le règlement (CE) n° 683/2008 du Parlement européen et du Conseil (JO 2013, L 347, p. 1).

4L'objectif de ce marché était d'acquérir des satellites de transition Galileo ayant des caractéristiques évoluées pour assurer la continuité de la constellation Galileo en 2025-2026 et initier le passage de la première génération à la seconde génération de satellites Galileo.

5Le 25 juillet 2018, après le dépôt par la requérante d'une demande de participation audit marché, l'ESA lui a communiqué que celle-ci remplissait toutes les conditions.

6Le 11 octobre 2020, après avoir participé aux deux premières étapes de la procédure, la requérante a soumis sa meilleure offre définitive.

7Par lettre du 23 décembre 2020, la requérante a demandé à la Commission la suspension de la procédure de passation du marché, au motif que, dans le courant du mois de décembre 2019, l'un des soumissionnaires aurait engagé un membre de son personnel dirigeant (ci-après l'« ancien employé ») qui avait participé de manière décisive à l'établissement de son offre et qu'elle soupçonnait que cet ancien employé ait illégalement obtenu des informations sensibles de la requérante susceptibles d'apporter à ce soumissionnaire des avantages indus dans le cadre de la procédure d'attribution, ce qui constituerait un motif d'exclusion, conformément à l'article 136, paragraphe 1, sous c), v), paragraphe 4 et paragraphe 5, et à l'article 167 du règlement financier.

8Par lettre du 19 janvier 2021, l'ESA, agissant au nom et pour le compte de la Commission, a informé la requérante de la décision de ne pas retenir son offre, car elle n'était pas l'offre économiquement la plus avantageuse (ci-après la « décision du 19 janvier 2021 »).

9Par lettre du 20 janvier 2021, la Commission, se référant à la lettre de la requérante du 23 décembre 2020, a informé cette dernière notamment que, après avoir apprécié les faits limités mentionnés dans ses allégations relatives à son ancien employé, elle considérait qu'il n'y avait pas de motif suffisant pour justifier une suspension de la procédure de passation du marché et, en ce qui concerne la demande d'enquête présentée par la requérante, qu'elle s'en remettait à la procédure juridictionnelle nationale en cours et qu'elle prendrait ultérieurement, le cas échéant, des mesures complémentaires.

10Par lettre du 22 janvier 2021, l'ESA a fourni à la requérante les résultats détaillés de l'évaluation de sa meilleure offre définitive et des informations concernant le classement des deux soumissionnaires retenus (ci-après la « décision du 22 janvier 2021 »).

11Par lettre du 28 janvier 2021, la requérante a contesté la décision d'attribution du marché et a notamment demandé à la Commission et à l'ESA d'exclure le soumissionnaire en cause de la procédure de passation de marché.

12Par lettre du 29 janvier 2021, l'ESA a adressé une demande de renseignements audit soumissionnaire.

13Par requête déposée au greffe du Tribunal le 29 janvier 2021, la requérante a introduit un recours tendant, notamment, à l'annulation des décisions des 19 et 22 janvier 2021 (ci-après, prises ensemble, les « décisions attaquées »).

14Par acte séparé déposé au greffe du Tribunal le même jour, la requérante a introduit la présente demande en référé, dans laquelle elle conclut, en substance, à ce qu'il plaise au président du Tribunal :

- surseoir à l'exécution des décisions attaquées avant même que l'autre partie à la procédure n'ait présenté ses observations, jusqu'au prononcé de l'ordonnance mettant fin à la procédure de référé, en application de l'article 157, paragraphe 2, du règlement de procédure du Tribunal;

- surseoir à l'exécution des décisions attaquées jusqu'à l'arrêt du Tribunal dans l'affaire au principal;
- prendre toute mesure provisoire nécessaire au maintien du statu quo;
- ordonner à la Commission de fournir l'accès au dossier de l'appel d'offres;
- réserver la décision sur les dépens.

15 Par ordonnance du 31 janvier 2021, OHB System/Commission (T-54/21 R, non publiée), adoptée sur le fondement de l'article 157, paragraphe 2, du règlement de procédure, le président du Tribunal a ordonné le sursis à l'exécution de la décision du 19 janvier 2021 jusqu'à la date de l'ordonnance mettant fin à la présente procédure de référé.

16 Par acte déposé au greffe du Tribunal le 5 février 2021, la Commission a introduit une demande de modification de l'ordonnance du 31 janvier 2021, OHB System/Commission (T-54/21 R, non publiée), sur le fondement de l'article 159 du règlement de procédure, dans laquelle elle conclut, en substance, à ce qu'il plaise au président du Tribunal :

- rapporter l'ordonnance en cause;
- à titre subsidiaire, préciser la portée ratione personae de ladite ordonnance;
- réserver la décision sur les dépens.

17 Le 12 février 2021, la requérante a déposé ses observations sur la demande mentionnée au point 16 ci-dessus.

18 Dans ses observations sur la demande en référé, déposées au greffe du Tribunal le 16 février 2021, la Commission conclut à ce qu'il plaise au président du Tribunal :

- rejeter la demande de mesures provisoires et la demande de sursis à exécution comme dénuées de fondement;
- rapporter l'ordonnance du 31 janvier 2021, OHB System/Commission (T-54/21 R, non publiée);
- à titre subsidiaire, préciser la portée ratione personae de ladite ordonnance;
- rejeter la demande d'accès immédiat au dossier d'appel d'offres;
- réserver la décision sur les dépens.

19 Le 19 février 2021, la requérante a déposé ses observations sur les observations de la Commission.

20 Par ordonnance du 26 février 2021, OHB System/Commission (T-54/21 R, non publiée), adoptée sur le fondement de l'article 157, paragraphe 2, du règlement de procédure, le président du Tribunal a précisé la portée ratione personae de l'ordonnance du 31 janvier 2021, OHB System/Commission (T-54/21 R, non publiée).

21 Le 5 mars 2021, la Commission a déposé ses observations sur le mémoire de la requérante du 19 février 2021.

22 Le 12 mars 2021, la requérante a déposé une demande de mesure d'organisation de la procédure en vertu de l'article 88, paragraphe 1, du règlement de procédure, visant à ce que le Tribunal ordonne à la Commission de produire les documents relatifs à l'analyse approfondie qu'elle a effectuée concernant les doutes soulevés par la requérante quant à une prétendue violation de la concurrence par un des soumissionnaires.

23 Le 22 mars 2021, la Commission a déposé ses observations sur ladite demande de mesure d'organisation de la procédure.

24 Par requête déposée au greffe du Tribunal le 5 mai 2021, la société Airbus Defence and Space GmbH (ci-après « Airbus ») a demandé à intervenir au soutien des conclusions de la Commission.

25 Le 19 mai 2021, les parties principales ont déposé leurs observations sur cette demande.

En droit

26 Il ressort d'une lecture combinée des articles 278 et 279 TFUE, d'une part, et de l'article 256, paragraphe 1, TFUE, d'autre part, que le juge des référés peut, s'il estime que les circonstances l'exigent, ordonner le sursis à l'exécution d'un acte attaqué devant le Tribunal ou prescrire les mesures provisoires nécessaires, et ce en application de l'article 156 du règlement de procédure. Néanmoins, l'article 278 TFUE pose le principe du caractère non suspensif des recours, les actes adoptés par les institutions de l'Union bénéficiant d'une présomption de légalité. Ce n'est donc qu'à titre exceptionnel que le juge des référés peut ordonner le sursis à l'exécution d'un acte attaqué devant le Tribunal ou prescrire des mesures provisoires (ordonnance du 19 juillet 2016, Belgique/Commission, [T-131/16 R](#), [ECLI:EU:T:2016:427](#), point 12).

27 L'article 156, paragraphe 4, première phrase, du règlement de procédure dispose que les demandes en référé doivent spécifier « l'objet du litige, les circonstances établissant l'urgence ainsi que les moyens de fait et de droit justifiant à première vue l'octroi de la mesure provisoire à laquelle elles concluent ».

28 Ainsi, le sursis à exécution et les autres mesures provisoires peuvent être accordés par le juge des référés s'il est établi que leur octroi est justifié à première vue en fait et en droit (*fumus boni juris*) et qu'ils sont urgents, en ce sens qu'il est nécessaire, pour éviter un préjudice grave et irréparable aux intérêts de la partie qui les sollicite, qu'ils soient édictés et produisent leurs effets avant la décision dans l'affaire principale. Ces conditions sont cumulatives, de telle sorte que les demandes de mesures provisoires doivent être rejetées dès lors que l'une d'elles fait défaut. Le juge des référés procède également, le cas échéant, à la mise en balance des intérêts en présence (voir ordonnance du 2 mars 2016, Evonik Degussa/Commission, [C-162/15 P-R](#), [ECLI:EU:C:2016:142](#), point 21 et jurisprudence citée).

29 Dans le cadre de cet examen d'ensemble, le juge des référés dispose d'un large pouvoir d'appréciation et reste libre de déterminer, au regard des particularités de l'espèce, la manière dont ces différentes conditions doivent être vérifiées ainsi que l'ordre de cet examen, dès lors qu'aucune règle de droit ne lui impose un schéma d'analyse préétabli pour apprécier la nécessité de statuer provisoirement [voir ordonnance du 19 juillet 2012, Akhras/Conseil, [C-110/12 P\(R\)](#), non publiée, [ECLI:EU:C:2012:507](#), point 23 et jurisprudence citée].

30 Compte tenu des éléments du dossier, le président du Tribunal estime qu'il dispose de tous les éléments nécessaires pour statuer sur la présente demande en référé, sans qu'il soit utile d'entendre, au préalable, les parties en leurs explications orales.

31 Dans les circonstances du cas d'espèce, il convient d'examiner si la requérante apporte, tout d'abord, des éléments de preuve suffisants pour établir le *fumus boni juris* de ses allégations, en ce sens que, compte tenu des observations de la Commission, elles créent l'impression *prima facie* que les décisions attaquées sont entachées d'illégalité. Si cette condition est remplie, ce fait pourra également être pris en compte dans le cadre des conclusions à tirer à l'issue de l'analyse relative à l'urgence (voir, en ce sens, ordonnance du 23 février 2001, Autriche/Conseil, [C-445/00 R](#), [ECLI:EU:C:2001:123](#), points 100 et 110).

Sur le *fumus boni juris*

32S'agissant de la condition relative à l'existence d'un *fumus boni juris*, il y a lieu de rappeler qu'elle est remplie dès lors qu'il existe, au stade de la procédure de référé, une controverse juridique importante dont la solution ne s'impose pas d'emblée, de sorte que, à première vue, le recours n'est pas dépourvu de fondement sérieux. En effet, la finalité de la procédure de référé étant de garantir la pleine efficacité de la décision définitive à intervenir, afin d'éviter une lacune dans la protection juridique assurée par les juridictions de l'Union, le juge des référés doit se borner à apprécier à première vue le bien-fondé des moyens invoqués dans le cadre du litige au fond afin d'établir s'il existe une probabilité de succès du recours suffisamment grande [voir ordonnance du 19 décembre 2013, *Commission/Allemagne*, [C 426/13 P\(R\)](#), [ECLI:EU:C:2013:848](#), point 41, et du 8 avril 2014, *Commission/ANKO*, [C-78/14 P-R](#), [ECLI:EU:C:2014:239](#), point 15].

33En l'espèce, à l'appui de sa demande, la requérante invoque en substance quatre moyens. Sur le premier moyen

34Le premier moyen est tiré d'une violation de l'article 136, paragraphe 1, sous c), paragraphe 2 et paragraphe 4, sous a), du règlement financier ainsi que du principe d'égalité de traitement, tel que garanti par l'article 160, paragraphe 1, du règlement financier. Ce moyen se subdivise en deux branches.

35Dans le cadre de la première branche, la requérante fait, en substance, valoir que l'un des soumissionnaires devrait nécessairement être exclu de la participation à la procédure d'attribution. Selon elle, il y a une présomption d'accord, ou à tout le moins d'entente tacite, entre ledit soumissionnaire et l'ancien employé de la requérante, engagé par ce soumissionnaire dans le courant du mois de décembre 2019 et dans l'entreprise duquel il occuperait une fonction de direction, sur le fait que le premier apporterait au second ses connaissances relatives au contenu et aux bases de l'offre de la requérante. Selon celle-ci, il n'est pas nécessaire, aux fins de l'exclusion du soumissionnaire concerné, d'avoir un jugement définitif ou une décision administrative définitive à l'encontre de l'ancien employé au sens de l'article 136, paragraphe 1, sous c), du règlement financier. En l'absence de jugement définitif ou de décision administrative définitive, il faudrait se baser sur une qualification juridique préliminaire aux fins de l'exclusion, conformément à l'article 136, paragraphe 2, du règlement financier. De plus, ledit soumissionnaire devrait être exclu également en application de l'article 136, paragraphe 4, sous a), du règlement financier, puisque l'ancien employé de la requérante occuperait chez ledit soumissionnaire une fonction de direction.

36Dans le cadre de la seconde branche de ce moyen, la requérante soutient que, indépendamment des motifs d'exclusion prévus à l'article 136 du règlement financier, le soumissionnaire en cause devait être exclu de la procédure de passation de marché, parce que l'utilisation présumée des connaissances de l'ancien employé de la requérante, relatives au contenu et aux bases de l'offre de celle-ci constituerait une violation du principe d'égalité de traitement, concrètement du principe d'une concurrence secrète, au sens de la jurisprudence. En outre, elle relève que, selon la jurisprudence, le pouvoir adjudicateur, lorsqu'il dispose d'éléments mettant en doute le caractère autonome et indépendant des offres présentées par certains soumissionnaires, est tenu de vérifier, le cas échéant en exigeant des informations supplémentaires de ces soumissionnaires, si leurs offres sont effectivement autonomes et indépendantes. La Commission aurait ainsi violé le principe d'égalité de traitement garanti par l'article 160 du règlement financier en ce qu'elle n'aurait

pas satisfait à son obligation de clarifier le comportement collusif et anticoncurrentiel dudit soumissionnaire et de l'ancien employé de la requérante.

37La Commission conteste ces arguments. Selon elle, l'article 136, paragraphe 1, du règlement financier prévoit, pour tous les critères d'exclusion pertinents dans le cas d'espèce, qu'ils doivent être établis par un jugement définitif ou une décision administrative définitive. Or, elle relève que, à la suite de la plainte déposée au pénal par la requérante contre son ancien employé pour violation de secrets d'affaires, le parquet compétent a classé l'affaire sans suite le 18 décembre 2020. En outre, la Commission allègue que l'ancien employé de la requérante engagé par l'un des soumissionnaires n'appartient pas à l'une des catégories de personnes visées à l'article 136, paragraphe 4, du règlement financier. De plus, la Commission relève que, à la suite des modifications du calendrier et des conditions pour l'activation des options du marché qui ont eu lieu durant l'été 2020, tous les candidats ont dû adapter substantiellement leur stratégie de prix. Ainsi, il serait très improbable que l'ancien employé de la requérante ait pu détenir, à ce stade, des informations pertinentes sur l'offre de la requérante. Enfin, la Commission allègue que la jurisprudence citée par la requérante relative à la nécessité du secret de la concurrence comme principe fondamental du droit des marchés publics porte sur des faits qui se distinguent très considérablement de ceux de la présente espèce.

38En ce qui concerne la première branche du premier moyen, il convient de rappeler, tout d'abord, que, aux termes de l'article 136, paragraphe 1, sous c), ii) et v), du règlement financier, « [l]'ordonnateur compétent exclut une personne ou une entité visée à l'article 135, paragraphe 2, de la participation aux procédures d'attribution régies par le présent règlement [s]il a été établi par un jugement définitif ou une décision administrative définitive que la personne ou l'entité a commis une faute professionnelle grave [...], y compris en particulier [,] ii) [la] conclusion d'un accord avec d'autres personnes ou d'autres entités en vue de fausser la concurrence [ou] v) [la] tentative d'obtenir des informations confidentielles susceptibles de lui donner un avantage indu lors de la procédure d'attribution ».

39En l'espèce, il est constant que, lorsqu'était pendante la procédure de passation du marché en cause, il n'existait aucun jugement définitif ou aucune décision administrative définitive, au sens de l'article 136, paragraphe 1, sous c), du règlement financier, concernant le soumissionnaire ayant engagé l'ancien employé de la requérante.

40Toutefois, l'article 136, paragraphe 2, premier alinéa, du règlement financier précise que, « [e]n l'absence de jugement définitif ou, le cas échéant, de décision administrative définitive dans les cas visés au paragraphe 1, [sous] c), [...], l'ordonnateur compétent exclut une personne ou une entité visée à l'article 135, paragraphe 2, sur la base d'une qualification juridique préliminaire de la conduite visée dans [ce point], compte tenu des faits établis ou d'autres constatations figurant dans la recommandation émise par l'instance visée à l'article 143 ».

41En effet, l'article 135, paragraphe 1, premier alinéa, du règlement financier, dispose que, « [a]fin de protéger les intérêts financiers de l'Union, la Commission met en place et exploite un système de détection rapide et d'exclusion ». Selon l'article 135, paragraphe 1, second alinéa, du règlement financier, l'objectif de ce système est de faciliter, notamment, « a) la détection rapide des personnes ou entités visées au paragraphe 2, qui constituent un risque pour les intérêts financiers de l'Union » et « b) l'exclusion des personnes ou entités visées au paragraphe 2, qui se trouvent dans l'une des situations d'exclusion visées à l'article 136, paragraphe 1 ».

42Quant à la saisine de l'instance visée à l'article 143 du règlement financier, il ressort du paragraphe 2, sous b) et c), de l'article 142 de ce règlement, que « [l]e système de détection rapide et d'exclusion se fonde sur les faits et constatations visés à l'article 136, paragraphe 2, quatrième alinéa, ainsi que sur la transmission d'informations à la Commission par, en particulier [, notamment,] un ordonnateur de la Commission, d'un office européen mis sur pied par la Commission ou d'une agence exécutive [ou par] une institution de l'Union, un office européen ou une agence ».

43En l'espèce, la requérante a informé la Commission, par sa lettre du 23 décembre 2020, « qu'il y avait des indications » selon lesquelles son ancien employé aurait illégalement obtenu des informations sensibles de la requérante, susceptibles d'apporter au soumissionnaire en cause des avantages indus lors de la procédure d'attribution.

44Par conséquent, comme le souligne la Commission, cette lettre ne lui ayant fourni que des allégations non étayées, les informations transmises par la requérante ne suffisaient pas à établir que le comportement du soumissionnaire en cause était susceptible de constituer un risque pour les intérêts financiers de l'Union ni à exclure ce soumissionnaire de la procédure d'attribution, sur la base d'une qualification juridique préliminaire de sa conduite.

45Par conséquent, il apparaît, à première vue, que, dans les circonstances propres de la présente affaire, la Commission n'était pas tenue de saisir l'instance visée à l'article 143 du règlement financier, de sorte qu'aucune violation de l'article 136, paragraphe 2, premier alinéa, de ce règlement ne peut lui être reprochée.

46Enfin, en vertu de l'article 136, paragraphe 4, sous a), du règlement financier, l'ordonnateur compétent exclut une personne ou une entité visée à l'article 135, paragraphe 2, dans le cas où « une personne physique ou morale qui est membre de l'organe d'administration, de direction ou de surveillance de la personne ou de l'entité visée à l'article 135, paragraphe 2, ou qui possède des pouvoirs de représentation, de décision ou de contrôle à l'égard de ladite personne ou entité, se trouve dans une ou plusieurs des situations visées au paragraphe 1, [sous] c) à h), » dudit article 136.

47À cet égard, il convient de relever que, à supposer même que l'ancien employé de la requérante puisse être considéré comme un membre de l'organe de direction du soumissionnaire en cause, cet employé ne se trouve pas dans une des situations visées à l'article 136, paragraphe 1, sous c) à h), du règlement financier, en particulier dans la situation visée au paragraphe 1, sous c), v), de cet article, dans la mesure où il n'a pas été établi par un jugement définitif ou par une décision administrative définitive qu'il aurait illégalement obtenu des informations sensibles de la requérante susceptibles d'apporter audit soumissionnaire des avantages indus lors de la procédure d'attribution.

48S'agissant de la seconde branche du premier moyen, tirée d'une violation du principe d'égalité de traitement, en particulier du principe d'une concurrence secrète, il importe de relever, à titre liminaire, que le principe d'égalité de traitement entre les soumissionnaires, qui a pour objectif de favoriser le développement d'une concurrence saine et effective entre les entreprises participant à une procédure de marché public, impose que tous les soumissionnaires disposent des mêmes chances dans la formulation des termes de leurs offres et implique donc que celles-ci soient soumises aux mêmes conditions pour tous les compétiteurs (voir arrêt du 9 septembre 2009, *Brink's Security Luxembourg/Commission*, T-437/05, [ECLI:EU:T:2009:318](#), point 114 et jurisprudence citée).

49Le principe d'égalité de traitement signifie que les soumissionnaires doivent se trouver sur un pied d'égalité aussi bien au moment où ils préparent leurs offres qu'au moment où celles-ci sont évaluées par le pouvoir adjudicateur (arrêt du 17 février 2011, Commission/Chypre, C-251/09, non publié, ECLI:EU:C:2011:84, point 39).

50À cet effet, la Commission est notamment tenue de veiller, à chaque phase de la procédure, au respect de l'égalité de traitement et, par voie de conséquence, à l'égalité des chances de tous les soumissionnaires (arrêt du 29 avril 2004, Commission/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, ECLI:EU:C:2004:236, point 108; voir, également, arrêt du 11 juin 2014, Communicaid Group/Commission, T-4/13, non publié, ECLI:EU:T:2014:437, point 51 et jurisprudence citée).

51Or, si une personne peut, sans en avoir même l'intention, alors qu'elle est elle-même soumissionnaire pour le marché public en cause, influencer les conditions de celui-ci dans un sens qui lui est favorable, cette personne peut se trouver dans une situation susceptible d'aboutir à un conflit d'intérêts. Une telle situation est de nature à fausser la concurrence entre les soumissionnaires et se caractérise par la rupture de l'égalité entre les soumissionnaires (voir arrêt du 28 février 2018, Vakakis kai Synergates/Commission, T-292/15, ECLI:EU:T:2018:103, point 97 et jurisprudence citée).

52Il appartient au pouvoir adjudicateur d'apprécier et de vérifier l'existence d'un risque réel de survenance de pratiques susceptibles de menacer la transparence et de fausser la concurrence entre les soumissionnaires et de laisser au soumissionnaire risquant d'être exclu de la procédure la possibilité de démontrer que, dans son cas, il n'existe pas de risque réel de survenance d'un tel conflit d'intérêts (voir arrêt du 28 février 2018, Vakakis kai Synergates/Commission, T-292/15, ECLI:EU:T:2018:103, point 100 et jurisprudence citée).

53Dès lors que le pouvoir adjudicateur doit traiter les opérateurs économiques sur un pied d'égalité de manière non discriminatoire et agir avec transparence, il lui est dévolu un rôle actif dans l'application et le respect desdits principes. En particulier, le pouvoir adjudicateur est, en toute hypothèse, tenu de vérifier l'existence d'éventuels conflits d'intérêts et de prendre les mesures appropriées afin de les prévenir, de les détecter et d'y remédier (voir arrêt du 28 février 2018, Vakakis kai Synergates/Commission, T-292/15, ECLI:EU:T:2018:103, point 102 et jurisprudence citée), y compris, le cas échéant, en demandant aux parties de fournir certaines informations et éléments de preuve (voir arrêt du 17 mai 2018, Specializuotas transportas, C-531/16, ECLI:EU:C:2018:324, point 33 et jurisprudence citée).

54En effet, lorsqu'une administration est appelée à mener une enquête, il lui incombe de mener celle-ci avec tous les soins possibles en vue de dissiper les doutes qui existent et de clarifier la situation (voir arrêt du 28 février 2018, Vakakis kai Synergates/Commission, T-292/15, ECLI:EU:T:2018:103, point 107 et jurisprudence citée).

55C'est à la lumière de l'ensemble de ces éléments qu'il convient d'apprécier l'allégation de violation du principe d'égalité de traitement garanti par l'article 160 du règlement financier.

56S'agissant de l'argument par lequel la requérante soutient que la Commission n'aurait pas satisfait à son obligation de clarifier le comportement collusif et anticoncurrentiel du soumissionnaire en cause et de l'ancien employé de la requérante, il convient de rappeler que, selon la jurisprudence mentionnée aux points 50 et 54 ci-dessus, il incombait en l'espèce au pouvoir adjudicateur, en vertu de l'obligation de diligence qui pesait sur lui, d'examiner

avec soin, prudence et impartialité tous les éléments pertinents afin de confirmer ou, au contraire, d'écarter le risque de rupture de l'égalité entre les soumissionnaires.

57À cet égard, il ressort du dossier, comme mentionné au point 9 ci-dessus, que, à la suite des allégations figurant dans la lettre de la requérante du 23 décembre 2020, la Commission a estimé, dans sa lettre du 20 janvier 2021, après avoir apprécié les faits invoqués par la requérante relativement au comportement de son ancien employé et d'un soumissionnaire, qu'il n'y avait pas de motif suffisant pour justifier la suspension de la procédure de passation du marché. En ce qui concerne la demande d'enquête présentée par la requérante, la Commission a considéré notamment qu'elle s'appuierait sur le résultat de la procédure juridictionnelle nationale en cours et qu'elle prendrait ultérieurement, le cas échéant, des mesures complémentaires.

58Il ressort toutefois des écritures de la Commission que l'ESA a, par lettre du 29 janvier 2021, à savoir le jour de l'introduction du recours contre les décisions attaquées, envoyé une demande de renseignements au soumissionnaire concerné. Dans sa réponse du 1^{er} février 2021, ce dernier a reconnu que, dans le cadre de la préparation de sa meilleure offre définitive pour la procédure d'attribution en cause et bien que l'ancien employé de la requérante ne fût pas partie de l'équipe responsable pour la préparation de cette offre et la stratégie de prix dans cette procédure, cet employé avait été chargé de veiller à ce que l'unité « Équipement du vaisseau spatial » (Spacecraft Equipment) dudit soumissionnaire, dont il était responsable, offre la meilleure contribution possible à l'ensemble du programme. Ce soumissionnaire a également reconnu que la contribution de cette unité à l'ensemble du programme avait représenté environ 20% de celui-ci.

59Ainsi, il apparaît que, lorsque la requérante a, sur la base des allégations figurant dans sa lettre du 23 décembre 2020, invité la Commission à mener une enquête permettant d'établir avec certitude si son ancien employé avait illégalement partagé avec le soumissionnaire concerné des informations confidentielles provenant de la requérante et susceptibles d'apporter à ce soumissionnaire un avantage indu dans le cadre de la procédure d'attribution, la Commission s'est limitée à considérer, dans un premier temps, qu'elle s'appuierait sur le résultat de la procédure juridictionnelle nationale en cours et s'est abstenue d'enquêter ex officio sur l'existence d'une éventuelle irrégularité.

60Toutefois, dans un second temps, l'ESA a pris l'initiative d'adresser une demande de renseignements audit soumissionnaire le 29 janvier 2021, demande à laquelle le soumissionnaire concerné a apporté une réponse succincte et vague. Il ne saurait être exclu que cette mesure de vérification tardive et incomplète ait été insuffisante pour apprécier l'étendue de la participation de l'ancien employé de la requérante à la préparation de la procédure d'attribution dans le cadre de ses nouvelles fonctions au service dudit soumissionnaire et, partant, pour satisfaire à l'exigence de diligence qui s'impose au pouvoir adjudicateur concernant le respect du principe d'égalité de traitement.

61Il résulte de ce qui précède que, sans préjuger de la décision du Tribunal sur le recours au principal, il y a lieu de conclure que la seconde branche du premier moyen invoqué par la requérante apparaît, à première vue, non dépourvue de fondement sérieux. Elle mérite donc un examen approfondi qui ne saurait être effectué par le juge des référés, mais doit l'être dans le cadre de la procédure au fond.

Sur le deuxième moyen

62Le deuxième moyen est tiré d'une violation des dispositions relatives aux offres anormalement basses figurant aux points 23.1 et 23.2 de l'annexe I du règlement financier, la requérante alléguant que le prix proposé dans l'offre soumise par l'un des soumissionnaires était considérablement inférieur à celui des autres offres soumises.

63La Commission répond qu'un examen approfondi de la question de savoir si une offre est anormalement basse n'est prévu par le droit de l'Union que si les prix proposés sont inférieurs aux prix du marché. La différence de prix ne serait cependant pas, en soi, un facteur déterminant. Le facteur clé pour déterminer si une offre apparaît comme anormalement basse serait lié à la question de savoir si le prix proposé par un soumissionnaire lui permet d'exécuter le marché conformément au cahier des charges. Le comité d'évaluation n'ayant décelé aucun indice de nature à susciter, à première vue, des doutes sérieux quant à l'existence d'une offre anormalement basse, il n'aurait pas été nécessaire, en application des dispositions pertinentes du règlement financier, d'effectuer une analyse plus approfondie. Enfin, la Commission allègue que, mis à part les écarts de prix, qui ne sont pas inhabituels dans ce segment de marché spécifique, la requérante ne produit aucun élément de preuve objectif qui attesterait que le prix du soumissionnaire en cause est anormalement bas.

64S'agissant de l'interprétation des dispositions relatives aux offres anormalement basses figurant aux points 23.1 et 23.2 de l'annexe I du règlement financier, il y a lieu de rappeler qu'un pouvoir adjudicateur dispose d'un large pouvoir d'appréciation quant aux éléments à prendre en considération en vue de prendre la décision de passer un marché sur appel d'offres. Par ailleurs, il est inhérent au système de passation de marchés sur la base de l'offre économiquement la plus avantageuse que les soumissionnaires s'efforcent de proposer les prix les plus compétitifs possibles, à condition qu'ils ne soient pas anormalement bas. Ainsi, précisément, un des objectifs du système de passation de marchés publics est d'obtenir les meilleures conditions aux meilleurs prix possibles (arrêt du 26 mars 2019, Clestra Hauserman/Parlement, [T-725/17](#), non publié, [ECLI:EU:T:2019:190](#), points 58 et 59). Ce n'est, partant, que lorsque la Commission est face à une anomalie que sont mis en œuvre les mécanismes prévus par le règlement financier à l'égard des offres anormalement basses (voir, en ce sens et par analogie, arrêt du 15 septembre 2016, European Dynamics Luxembourg et Evropaïki Dynamiki/Commission, [T-698/14](#), non publié, [ECLI:EU:T:2016:476](#), point 66).

65Aux termes du point 23.1 de l'annexe I du règlement financier, si, pour un marché donné, le prix ou les coûts proposés dans l'offre apparaissent anormalement bas, le pouvoir adjudicateur demande, par écrit, les précisions qu'il juge opportunes sur la composition du prix ou des coûts et donne au soumissionnaire la possibilité de présenter ses observations.

66Il ressort de ce qui précède que l'appréciation, par le pouvoir adjudicateur, de l'existence d'offres anormalement basses s'opère en deux temps (voir, par analogie, arrêt du 4 juillet 2017, European Dynamics Luxembourg e.a./Agence de l'Union européenne pour les chemins de fer, [T-392/15](#), [ECLI:EU:T:2017:462](#), point 87).

67Dans un premier temps, le pouvoir adjudicateur doit apprécier si les offres soumises « apparaissent » anormalement basses (voir point 23.1 de l'annexe I du règlement financier). L'usage du verbe « apparaître » dans le règlement financier implique que le pouvoir adjudicateur procède à une appréciation prima facie du caractère anormalement bas d'une offre. Le règlement financier n'impose dès lors pas au pouvoir adjudicateur de procéder d'office à une analyse détaillée de la composition de chaque offre afin d'établir qu'elle ne constitue pas une offre anormalement basse. Ainsi, dans un premier temps, le pouvoir

adjudicateur doit uniquement déterminer si les offres soumises contiennent un indice de nature à éveiller le soupçon qu'elles pourraient être anormalement basses. Tel est notamment le cas lorsque le prix proposé dans une offre soumise est considérablement inférieur à celui des autres offres soumises ou au prix habituel du marché. Si les offres soumises ne contiennent pas un tel indice et n'apparaissent donc pas anormalement basses, le pouvoir adjudicateur peut continuer l'évaluation de cette offre et la procédure d'attribution du marché (voir, en ce sens et par analogie, arrêt du 4 juillet 2017, *European Dynamics Luxembourg e.a./Agence de l'Union européenne pour les chemins de fer*, [T-392/15](#), [ECLI:EU:T:2017:462](#), point 88).

68Dans ce cadre, l'examen des prix proposés par les soumissionnaires afin de déterminer s'ils sont constitutifs d'une offre anormalement basse doit donc être effectué lorsque, au préalable, des doutes quant à la fiabilité de l'offre apparaissent à cet égard. En revanche, un tel examen spécifique n'est pas requis si de tels doutes ne ressortent pas d'un premier examen préalable des offres (voir, par analogie, arrêt du 15 septembre 2016, *European Dynamics Luxembourg et Evropaïki Dynamiki/Commission*, [T-698/14](#), non publié, [ECLI:EU:T:2016:476](#), point 62).

69En revanche, s'il existe des indices de nature à éveiller le soupçon qu'une offre pourrait être anormalement basse, le pouvoir adjudicateur doit procéder, dans un second temps, à la vérification de la composition de l'offre afin de s'assurer que celle-ci n'est pas anormalement basse (voir, par analogie, arrêt du 4 juillet 2017, *European Dynamics Luxembourg e.a./Agence de l'Union européenne pour les chemins de fer*, [T-392/15](#), [ECLI:EU:T:2017:462](#), point 89).

70En l'espèce, il ressort du dossier dont dispose le Tribunal que le comité d'évaluation a effectué une analyse prima facie des éléments du prix de l'offre du soumissionnaire concerné et a constaté que le prix indiqué par ce dernier correspondait au cahier des charges. Sur la base de toutes les informations dont il disposait, le comité d'évaluation n'a décelé aucun indice de nature à susciter, à première vue, des doutes sérieux quant à l'existence d'une offre anormalement basse.

71En ce qui concerne spécifiquement l'allégation de la requérante selon laquelle le prix proposé dans l'offre dudit soumissionnaire est considérablement inférieur à celui des autres offres soumises, le comité d'évaluation a considéré que la différence de prix en cause pourrait s'expliquer par divers facteurs, tels que les différents degrés de maturité des projets.

72Il découle de ce qui précède que le comité d'évaluation a procédé à une appréciation prima facie du caractère anormalement bas de l'offre du soumissionnaire concerné et que, dans le cadre de son examen préliminaire, il n'a décelé aucun indice de nature à susciter, à première vue, des doutes sérieux quant au caractère anormalement bas de cette offre.

73Dans la présente procédure en référé, la requérante se limite à se prévaloir de l'écart, présenté comme important, entre les prix des offres soumises, sans identifier d'autres éléments que le comité d'évaluation aurait dû examiner ou qui indiqueraient que celui-ci ne se serait pas acquitté correctement de sa tâche.

74Il résulte de ce qui précède que le deuxième moyen est, à première vue, dépourvu de fondement sérieux.

Sur le troisième moyen

75Par son troisième moyen, tiré d'une violation des principes de transparence, de proportionnalité, d'égalité de traitement et de non-discrimination en matière de marchés

publics, prévus à l'article 160, paragraphe 1, du règlement financier, la requérante soutient que la Commission s'est appuyée, dans l'évaluation des critères 1 à 5 de son offre, sur des prémisses factuelles erronées ainsi que sur des considérations erronées et arbitraires relativement à de prétendus points faibles dans son offre.

76La Commission fait valoir, d'une part, que les principes d'égalité, de transparence et de non-discrimination en matière de marchés publics ont été strictement respectés lors de l'évaluation des offres et, d'autre part, que la requérante n'a pas établi l'existence d'une erreur manifeste d'appréciation dans cette évaluation qui justifierait d'annuler l'attribution du marché.

77À cet égard, il convient de rappeler que, selon une jurisprudence constante, le pouvoir adjudicateur dispose d'un large pouvoir d'appréciation tout au long de la procédure de passation du marché, y compris en ce qui concerne le choix et l'évaluation des critères de sélection (voir, en ce sens, arrêt du 10 février 2021, *Sophia Group/Parlement*, [T-578/19](#), non publié, [ECLI:EU:T:2021:77](#), point 58 et jurisprudence citée). En particulier, afin d'établir que, dans l'appréciation des faits, le pouvoir adjudicateur a commis une erreur à ce point manifeste qu'elle est de nature à justifier l'annulation de la décision de rejet d'une offre, les éléments de preuve apportés par la partie requérante doivent être suffisants pour priver de plausibilité les appréciations retenues dans la décision en cause. En d'autres termes, le moyen tiré de l'erreur manifeste doit être rejeté si, en dépit des éléments avancés par la partie requérante, l'appréciation mise en cause peut être admise comme vraie ou valable (voir arrêt du 7 juin 2017, *Blaž Jamnik et Blaž/Parlement*, [T-726/15](#), [ECLI:EU:T:2017:376](#), point 38 et jurisprudence citée).

78En l'espèce, pour remettre en cause l'appréciation du comité d'évaluation, communiquée par l'ESA dans sa lettre du 22 janvier 2021, la requérante se limite à contester plusieurs des points faibles identifiés dans son offre par ce comité en ce qui concerne l'expérience des personnes impliquées dans le projet ou certains aspects techniques. Quand bien même ces arguments de nature factuelle seraient exacts, ce que le juge des référés ne saurait déterminer dans le cadre de la présente procédure, la requérante reste en défaut d'établir la mesure dans laquelle les erreurs alléguées seraient d'une ampleur et d'une importance telles qu'elles priveraient de plausibilité l'appréciation du comité d'évaluation. En effet, il ne saurait être exigé du juge de l'Union, notamment lorsqu'il statue dans le cadre d'une procédure d'urgence, de substituer son analyse des offres à celle effectuée par ledit comité.

79Il résulte de ce qui précède que le troisième moyen est, à première vue, dépourvu de fondement sérieux.

Sur le quatrième moyen

80Par son quatrième moyen, tiré d'une violation de l'article 12, paragraphe 1, du règlement (UE) no 1285/2013, la requérante allègue que la Commission a manqué à son obligation de procéder à son propre examen des offres et d'adopter une décision de sélection autonome en vue de l'attribution du marché, dans la mesure où la convention de délégation conclue avec l'ESA en application de l'article 15 de ce règlement ne permet pas de transférer la compétence de la Commission quant à la décision finale à cet égard à une commission d'évaluation des offres, qui n'a qu'une fonction purement préparatoire.

81La Commission conteste cette argumentation, en soutenant que les offres ont été évaluées par un comité d'évaluation composé de collaborateurs expérimentés de l'ESA, de l'Agence du système global de navigation par satellite européen et de la Commission. Ledit comité

aurait désigné en outre, vu la complexité de la tâche, un groupe d'environ 70 experts, dont des représentants de la Commission, en vue de le conseiller, selon leurs compétences, sur des aspects précis de l'appel d'offres. La Commission aurait donc été étroitement impliquée dès ce stade, purement préparatoire, de la procédure. La Commission ajoute que, bien que le résultat de l'évaluation des offres ne soit pas l'attribution du marché elle-même, mais seulement une proposition faite à l'ordonnateur de prendre une décision d'attribution, ce dernier n'est tenu, ni en vertu des règles générales de l'Union sur les marchés publics ni en vertu de la convention de délégation conclue avec l'ESA, de procéder à un examen propre des offres, contrairement à ce que suggérerait la requérante. Selon la Commission, un tel examen constituerait une duplication inutile du travail du comité d'évaluation et la tâche serait disproportionnée et difficile à organiser en pratique. Avant l'attribution du marché en cause, la Commission aurait néanmoins examiné en détail, outre le rapport d'évaluation, l'intégralité du dossier présenté par l'ESA. Enfin, la Commission fait valoir que la requérante ne fournit aucun élément de preuve étayant son point de vue selon lequel le rapport d'évaluation n'a pas fait l'objet d'un examen suffisant.

82À cet égard, il suffit de constater que l'allégation de la requérante selon laquelle la Commission aurait omis de procéder à son propre examen de l'offre et du rapport d'évaluation du comité d'évaluation n'est étayée par aucun élément de preuve. Elle se limite à renvoyer à la lettre du 19 janvier 2021 par laquelle l'ESA l'a informée, au nom et pour le compte de la Commission, que son offre n'avait pas été retenue. Le fait que l'ESA y ait ajouté un extrait de l'appréciation préparatoire du comité d'évaluation ne démontre aucunement, à première vue, que la Commission aurait omis de procéder à son propre examen des offres et du rapport d'évaluation du comité d'évaluation.

83Il résulte de ce qui précède que le quatrième moyen est, à première vue, dépourvu de fondement sérieux.

84Il y a donc lieu d'admettre l'existence d'un *fumus boni juris*, dans la mesure où la seconde branche du premier moyen apparaît, à première vue, non dépourvue de fondement sérieux.
Sur l'urgence

85S'agissant de l'appréciation du caractère urgent des mesures provisoires demandées, il convient de rappeler que la finalité de la procédure de référé est de garantir la pleine efficacité de la future décision définitive, afin d'éviter une lacune dans la protection juridique assurée par le juge de l'Union (ordonnance du 14 janvier 2016, *AGC Glass Europe e.a./Commission*, [C-517/15 P-R](#), [ECLI:EU:C:2016:21](#), point 27).

86Pour atteindre cet objectif, l'urgence doit, de manière générale, s'apprécier au regard de la nécessité qu'il y a de statuer provisoirement afin d'éviter qu'un préjudice grave et irréparable ne soit occasionné à la partie qui sollicite la protection provisoire. Il appartient à cette partie d'apporter la preuve qu'elle ne saurait attendre l'issue de la procédure relative au recours au fond sans subir un préjudice grave et irréparable (voir ordonnance du 14 janvier 2016, *AGC Glass Europe e.a./Commission*, [C-517/15 P-R](#), [ECLI:EU:C:2016:21](#), point 27 et jurisprudence citée).

87S'agissant, toutefois, du contentieux relatif à la passation des marchés publics, il convient de tenir compte des particularités de ce contentieux aux fins de l'appréciation de l'urgence.

88En effet, il ressort de la jurisprudence que, compte tenu des impératifs découlant de la protection effective qui doit être garantie en matière de marchés publics, lorsque le soumissionnaire évincé parvient à démontrer l'existence d'un *fumus boni juris*

particulièrement sérieux, il ne saurait être exigé de sa part qu'il établisse que le rejet de sa demande en référé risquerait de lui causer un préjudice irréparable, sous peine qu'il soit porté une atteinte excessive et injustifiée à la protection juridictionnelle effective dont il bénéficie au titre de l'article 47 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne [ordonnance du 23 avril 2015, Commission/Vanbreda Risk & Benefits, C-35/15 P(R), ECLI:EU:C:2015:275, point 41].

89Toutefois, cet assouplissement des conditions applicables pour apprécier l'existence de l'urgence, justifié par le droit à un recours juridictionnel effectif, ne s'applique que pendant la phase précontractuelle, pour autant que le délai d'attente résultant de l'article 175 du règlement financier soit respecté. Dès lors que le contrat a été conclu avec l'attributaire après l'écoulement de ce délai et avant l'introduction de la demande en référé, l'assouplissement susmentionné ne se justifie plus [voir, en ce sens, ordonnance du 23 avril 2015, Commission/Vanbreda Risk & Benefits, C-35/15 P(R), ECLI:EU:C:2015:275, points 38 et 42].

90Par ailleurs, cet assouplissement ne dispense aucunement la partie requérante d'établir la gravité du préjudice qui serait causé par le rejet de sa demande en référé [voir, en ce sens, ordonnance du 22 mars 2018, Wall Street Systems UK/BCE, C-576/17 P(R), non publiée, ECLI:EU:C:2018:208, point 26].

91En effet, il y a lieu de rappeler que l'assouplissement des conditions applicables pour apprécier l'existence de l'urgence en matière de marchés publics résulte du fait que l'exigence de démonstration de la survenance d'un préjudice irréparable rend pratiquement impossible pour un soumissionnaire évincé d'obtenir un sursis à l'exécution d'une décision d'attribution d'un marché, au motif que le préjudice qu'il est susceptible de subir, étant d'ordre financier, n'est pas irréparable [voir, en ce sens, ordonnance du 23 avril 2015, Commission/Vanbreda Risk & Benefits, C-35/15 P(R), ECLI:EU:C:2015:275, point 30]. Il a donc été jugé nécessaire, afin de respecter les impératifs découlant de la protection provisoire effective qui doit être garantie en matière de marchés publics, de permettre au soumissionnaire évincé d'établir l'urgence autrement que par la démonstration, en toutes circonstances, d'un risque imminent de survenance d'un préjudice irréparable. Dans un tel cas, et pour autant qu'il existe un *fumus boni juris* suffisamment sérieux, la seule preuve de la gravité du préjudice qui serait causé par l'absence de sursis à l'exécution de la décision attaquée peut être considérée comme suffisante pour remplir la condition relative à l'urgence (voir ordonnance du 21 avril 2017, Post Telecom/BEI, T-158/17 R, non publiée, ECLI:EU:T:2017:281, point 21 et jurisprudence citée).

92Par ailleurs, il convient de souligner que la perte d'une chance de se voir attribuer et d'exécuter un marché public est inhérente au rejet d'une offre soumise dans le cadre d'une procédure d'attribution et ne saurait être regardée comme constitutive, en soi, d'un préjudice grave, indépendamment d'une appréciation concrète de la gravité de l'atteinte spécifique alléguée dans chaque cas d'espèce. En conséquence, c'est à la condition que la partie requérante ait démontré à suffisance de droit qu'elle aurait pu retirer des bénéfices suffisamment significatifs de l'attribution et de l'exécution du marché dans le cadre de la procédure d'appel d'offres que le fait, pour elle, d'avoir perdu une chance de se voir attribuer et d'exécuter ledit marché constituerait un préjudice grave (voir ordonnance du 21 avril 2017, Post Telecom/BEI, T-158/17 R, non publiée, ECLI:EU:T:2017:281, point 22 et jurisprudence citée).

93En l'espèce, les décisions attaquées ont été communiquées à la requérante les 19 et le 22 janvier 2021 et la demande en référé a été introduite le 29 janvier 2021, de sorte que la

requérante a introduit sa demande en référé avant l'écoulement du délai d'attente prévu à l'article 175, paragraphe 3, du règlement financier et au point 35.1 de l'annexe I de ce règlement, c'est-à-dire pendant la phase précontractuelle.

94Par conséquent, il convient de conclure que la première condition de l'assouplissement des exigences relatives à l'urgence en matière de marchés publics est remplie en l'espèce.

95Partant, il convient d'examiner si la requérante a établi à suffisance de droit que l'exécution des décisions attaquées engendrerait pour elle un préjudice grave.

96À cet égard, la requérante soutient, en premier lieu, que l'exécution des décisions attaquées la priverait d'une chance réelle de réaliser un chiffre d'affaires d'environ 819 millions d'euros, engendrant un manque à gagner de 21 925 876 euros. En deuxième lieu, la requérante allègue qu'elle subirait un préjudice d'environ 7,2 millions d'euros en raison d'indemnités à verser à la moitié de ses collaborateurs, qui devraient être licenciés. En troisième lieu, la requérante fait valoir que ses parts de marché sur le marché des satellites de navigation seraient gravement et irréversiblement affectées par l'exécution de la décision d'attribution du marché en cause. En effet, alors que la part de marché de la requérante dans les satellites Galileo de première génération, et donc dans l'ensemble du marché accessible des satellites de navigation de ces dix dernières années, est actuellement de 100%, en cas d'exécution des décisions attaquées, cette part de marché serait réduite à néant au moins pour les dix prochaines années. En quatrième lieu, la requérante allègue que les décisions attaquées ont également un impact négatif sur sa réputation, dans la mesure où elle risque de perdre une compétence en matière de satellites de navigation. La requérante étant actuellement le principal contribuable du marché de la première génération de satellites Galileo, elle risquerait de subir un net désavantage dans le cadre de la fourniture d'autres satellites Galileo de seconde génération, étant donné que les autres soumissionnaires ne devront plus supporter les coûts uniques de développement, de tests et de production. De ce fait, la soumission par la requérante d'une offre serait probablement vaine du point de vue économique.

97La Commission considère que la requérante n'a pas démontré que la condition relative à l'urgence est remplie en l'espèce. La Commission allègue, tout d'abord, que les considérations de la requérante relatives à son préjudice financier sont en contradiction avec les propos tenus par le président de son conseil d'administration dans une interview datée du 21 janvier 2021, selon lesquels le programme Galileo ne représente qu'environ 10% du chiffre d'affaires annuel de la requérante, qui est d'un milliard d'euros. Ensuite, la Commission soutient que l'argument de la requérante selon lequel il serait difficile pour un fabricant de satellites de remplacer un fabricant existant est inexact. Selon elle, des écarts de prix assez importants entre les différentes offres ne sont pas inhabituels dans ce segment spécifique, la requérante en étant elle-même un contre-exemple convaincant dans le cadre du programme Galileo, pour lequel elle a présenté en 2009, pour la fabrication de satellites Galileo de la première génération, une offre nettement plus basse que celle de son concurrent.

98S'agissant de la gravité du préjudice financier invoqué, il y a lieu de relever qu'il a été jugé qu'un préjudice financier objectivement considérable ou même non négligeable peut être considéré comme grave, sans qu'il soit nécessaire de le rapporter systématiquement au chiffre d'affaires de l'entreprise qui craint de le subir [voir, en ce sens, ordonnance du 7 mars 2013, EDF/Commission, C-551/12 P(R), ECLI:EU:C:2013:157, points 32 et 33].

99Dans les circonstances de l'espèce, eu égard aux chiffres avancés par la requérante, il est patent que la valeur du marché litigieux est considérable tant pour ce qui concerne le secteur en cause que pour ce qui concerne le pouvoir adjudicateur et la requérante.

100En outre, sans qu'il soit nécessaire de rapporter le préjudice invoqué par la requérante à son chiffre d'affaires, il ne saurait être affirmé qu'un préjudice d'une envergure telle que celle du préjudice invoqué par la requérante, résultant d'un manque à gagner de 21 925 876 euros et d'indemnités pour un montant de 7,2 millions d'euros à verser aux collaborateurs qui devraient être licenciés, ne soit pas objectivement considérable.

101Dès lors qu'au moins ce préjudice invoqué par la requérante peut être considéré comme étant grave, il y a lieu de conclure que la condition relative à l'urgence est remplie en l'espèce.

Sur la mise en balance des intérêts

102Selon la jurisprudence, les risques liés à chacune des solutions possibles doivent être mis en balance dans le cadre de la procédure de référé. Concrètement, cela implique notamment d'examiner si l'intérêt de la partie qui sollicite les mesures provisoires à obtenir le sursis à l'exécution de l'acte attaqué prévaut ou non sur l'intérêt que présente l'application immédiate de celui-ci. Lors de cet examen, il convient de déterminer si l'annulation éventuelle de cet acte par le juge du fond permettrait le renversement de la situation qui serait provoquée par son exécution immédiate et, inversement, dans quelle mesure le sursis serait de nature à faire obstacle aux objectifs poursuivis par l'acte attaqué au cas où le recours principal serait rejeté [voir ordonnance du 1^{er} mars 2017, EMA/MSD Animal Health Innovation et Intervet international, C-512/16 P(R), non publiée, ECLI:EU:C:2017:149, point 127 et jurisprudence citée].

103En l'espèce, s'agissant de l'intérêt de la requérante, celle-ci soutient tout d'abord que la perte définitive de la chance d'obtenir le marché en cause en raison de son attribution imminente et de l'exécution du contrat qui s'ensuivrait l'emporte sur l'intérêt de la Commission à attribuer ce marché avant la clôture de la procédure juridictionnelle. En effet, selon la requérante, si l'attribution du marché n'était pas suspendue, l'annulation rétroactive d'une décision d'attribution n'apporterait plus aucun avantage au soumissionnaire évincé, de sorte que la perte de chance de l'obtenir serait irrémédiable. Dans un tel cas, ce soumissionnaire n'aurait droit qu'à une indemnité au titre de la perte d'une chance, dès lors que la décision de rejet de son offre, même en cas d'annulation avec effet rétroactif de celle-ci, aurait, en pratique, définitivement anéanti la possibilité pour lui de se voir attribuer le marché concerné.

104Ensuite, la requérante fait valoir que, si elle n'obtient pas le marché en cause, elle subira un manque à gagner d'environ 22 millions d'euros, elle aura d'importants problèmes de capacité et devra se séparer d'un grand nombre de collaborateurs en leur versant des indemnités d'un montant total de l'ordre de 7,2 millions d'euros.

105Enfin, elle affirme qu'il existe un intérêt général à mettre fin sans retard à une violation du droit de l'Union en raison de son caractère manifeste et grave.

106En ce qui concerne l'intérêt de la Commission, celle-ci avance qu'il convient de prendre en considération dans la mise en balance non seulement les intérêts des parties à la procédure en référé, mais aussi tous les intérêts qui seraient affectés par les mesures provisoires sollicitées. En effet, il faudrait tenir compte du fait qu'une suspension de la procédure de passation de marché litigieuse aurait des conséquences techniques et financières considérables pour le programme spatial de l'Union.

107Tout d'abord, selon la Commission, il n'existe aucune marge quant aux délais de livraison prévus et tout retard dans la signature des contrats, et, partant, pour le début du développement des satellites de seconde génération, aurait des répercussions sur le délai envisageable pour le lancement des satellites.

108Ensuite, les conséquences financières d'un retard dans la signature des contrats pour les candidats retenus et/ou pour la Commission seraient estimées à un montant approximatif de 3 à 5 millions d'euros par mois et par contrat non signé. En outre, dans l'hypothèse où les satellites achetés dans le cadre de la procédure litigieuse ne pourraient être mis à disposition en temps utile, la Commission serait contrainte d'acquérir au moins deux nouveaux satellites de première génération auprès de la requérante, ce qui représenterait un volume de transaction estimé à 100 millions d'euros. Il en découlerait une utilisation inefficace de fonds de l'Union et des retards dans l'évolution du système qui porteraient atteinte à la compétitivité de l'Union. De plus, si la requérante obtenait gain de cause, la Commission fait valoir qu'elle devrait déboursier une somme supplémentaire de 115 millions d'euros pour l'acquisition des satellites de seconde génération, correspondant à la différence entre l'offre du dernier candidat retenu et celle de la requérante.

109Enfin, la Commission allègue que le retard d'un projet aussi important porterait gravement atteinte à la réputation de l'Union en tant que pouvoir adjudicateur.

110Ainsi, selon la Commission, il est manifeste que les risques techniques, financiers et politiques pour le programme Galileo et le risque en matière de réputation de l'Union pèsent davantage que l'intérêt de la requérante à éviter un préjudice d'ordre purement financier. Si les pertes de bénéfices attendues par la requérante s'élèveraient à environ 22 millions d'euros, l'Union aurait investi, pendant la seule période allant de 2014 à 2020, plus de 7 milliards d'euros dans les programmes européens de navigation par satellite et la valeur globale des satellites sur lesquels porte la procédure de passation de marché litigieuse représenterait environ 1,47 milliard d'euros.

111En premier lieu, s'agissant du risque lié à la perte définitive de la chance d'obtenir le marché en cause, il importe de signaler que, dans l'hypothèse où la requérante obtiendrait gain de cause dans la procédure au fond, le préjudice lié à la perte de cette chance pourrait être évalué, ce qui permettrait de réparer intégralement le dommage individuel effectivement subi à ce titre.

112En revanche, dans l'hypothèse où les mesures provisoires demandées par la requérante seraient ordonnées, la Commission serait dans l'impossibilité de conclure un contrat avec l'un des adjudicataires, ce qui aurait des conséquences techniques et financières considérables pour le programme spatial de l'Union. La conclusion rapide de ce contrat relève donc d'un intérêt général important.

113En deuxième lieu, quant à l'intérêt financier de la requérante, force est de constater, à l'instar de la Commission, que, si la perte de bénéfices attendue par la requérante et les indemnités à verser à ses collaborateurs s'élèveraient à environ 30 millions d'euros, ce montant doit être mis en rapport avec la valeur des programmes européens de navigation par satellite, qui est considérable, puisque l'Union a investi, pendant la seule période allant de 2014 à 2020, plus de 7 milliards d'euros dans ceux-ci et que la valeur globale des satellites sur lesquels porte la procédure de passation de marché litigieuse représente environ 1,47 milliard d'euros.

114En troisième lieu, s'agissant de l'intérêt général qui consiste en la nécessité de mettre fin immédiatement à une violation du droit de l'Union en raison de son caractère suffisamment manifeste et grave, dans la mesure où il est constant que les conditions requises pour l'octroi d'une mesure provisoire sont non seulement cumulatives mais également interdépendantes, l'intervention du juge des référés dans les circonstances de l'espèce ne se justifierait, au regard de l'analyse de la balance des intérêts, qu'en présence d'un fumus boni juris très fort conduisant à la constatation d'une violation suffisamment manifeste et grave du droit de l'Union. Une telle constatation ferait pencher la balance des intérêts en faveur de la partie subissant les effets d'une telle violation [ordonnance du 4 décembre 2014, Vanbreda Risk & Benefits/Commission, T-199/14 R, ECLI:EU:T:2014:1024, point 194 (non publié)].

115Il ressort de l'examen de la condition relative au fumus boni juris que celui-ci concerne le doute quant à la question de savoir si le pouvoir adjudicateur s'est suffisamment acquitté de son obligation de vérifier si les soumissionnaires avaient pu présenter leurs offres dans des conditions d'égalité. Or, il convient d'observer à cet égard non seulement que la plainte déposée par la requérante auprès du parquet allemand a été classée sans suite, mais également que l'ESA, agissant au nom et pour le compte de la Commission, a pris l'initiative d'adresser une demande de renseignements au soumissionnaire concerné afin d'examiner le risque d'illégalités. Il ne saurait dès lors être considéré que le fumus boni iuris constaté dans le cas d'espèce est particulièrement fort et de nature à faire pencher la balance des intérêts en faveur de l'octroi de mesures provisoires.

116Force est, dès lors, de conclure que, au regard de ces éléments, la balance des intérêts en présence penche en faveur de l'absence d'octroi des mesures provisoires demandées.

117En conséquence, sans qu'il soit nécessaire de se prononcer sur la demande de la requérante visant à ordonner à la Commission de donner accès au dossier de l'appel d'offres ni sur la demande de mesure d'organisation de la procédure, la demande en référé doit être rejetée.

118La présente ordonnance clôturant la procédure de référé, il y a lieu de rapporter l'ordonnance du 31 janvier 2021, OHB System/Commission (T-54/21 R, non publiée), adoptée sur le fondement de l'article 157, paragraphe 2, du règlement de procédure, par laquelle le président du Tribunal a ordonné le sursis à l'exécution de la décision du 19 janvier 2021 jusqu'à la date de l'ordonnance mettant fin à la présente procédure de référé, ainsi que l'ordonnance du 26 février 2021, OHB System/Commission (T-54/21 R, non publiée), également adoptée sur le fondement de l'article 157, paragraphe 2, du règlement de procédure, par laquelle la portée ratione personae de l'ordonnance du 31 janvier 2021, OHB System/Commission (T-54/21 R, non publiée), a été limitée.

119En vertu de l'article 158, paragraphe 5, du règlement de procédure, il convient de réserver les dépens.

Sur la demande d'intervention

120Dans la mesure où la présente ordonnance rejette la demande de mesures provisoires introduite par la requérante, il n'est pas nécessaire, dans l'intérêt de l'efficacité de la procédure, de statuer sur la demande d'intervention d'Airbus au soutien des conclusions de la Commission.

121Dans les circonstances de la présente affaire, Airbus supportera ses propres dépens.

Par ces motifs,

LE PRÉSIDENT DU TRIBUNAL

ordonne : 1) La demande en référé est rejetée.

2) Les ordonnances du 31 janvier 2021, OHB System/Commission (T-54/21 R), et du 26 février 2021, OHB System/Commission (T-54/21 R), sont rapportées.

3) Les dépens sont réservés, à l'exception de ceux exposés par Airbus Defence and Space GmbH. Cette dernière supportera les dépens dans le cadre de sa demande d'intervention.

Fait à Luxembourg, le 26 mai 2021.

* Verfahrenssprache: Deutsch.

* Langue de procédure : l'allemand.

Zitiervorschlag:

EuG Beschl. v. 26.5.2021 – T-54/21 R, BeckRS 2021, 12116