

ARRÊT DE LA COUR (septième chambre)

12 juin 2025 (\*)

« Pourvoi – Marchés publics de services – Procédure d’appel d’offres – Fourniture de satellites de transition Galileo – Dialogue compétitif – Rejet de l’offre d’un soumissionnaire – Attribution du marché concerné à d’autres soumissionnaires »

Dans l’affaire C-415/23 P,

ayant pour objet un pourvoi au titre de l’article 56 du statut de la Cour de justice de l’Union européenne, introduit le 5 juillet 2023,

**OHB System AG**, établie à Brême (Allemagne), représentée par M<sup>e</sup> W. Würfel, Rechtsanwalt,

partie requérante,

les autres parties à la procédure étant :

**Commission européenne**, représentée par M<sup>me</sup> L. André, MM. J. Estrada de Solà et L. Mantl, en qualité d’agents,

partie défenderesse en première instance,

**République italienne**,

**Airbus Defence and Space GmbH**, établie à Taufkirchen (Allemagne), représentée par M<sup>es</sup> P. E. Partsch, C.-E. Seestädt et B. ten Seldam, Rechtsanwälte,

parties intervenantes en première instance,

LA COUR (septième chambre),

composée de M. M. Gavalec (rapporteur), président de chambre, MM. Z. Csehi et F. Schalin, juges,

avocat général : M. M. Campos Sánchez-Bordona,

greffier : M. A. Calot Escobar,

vu la procédure écrite,

vu la décision prise, l’avocat général entendu, de juger l’affaire sans conclusions,

rend le présent

## Arrêt

- 1 Par son pourvoi, OHB System AG demande l'annulation de l'arrêt du Tribunal de l'Union européenne du 26 avril 2023, [OHB System/Commission](#) (T-54/21, ci-après l'« arrêt attaqué », EU:T:2023:210), par lequel celui-ci a rejeté son recours, fondé sur l'article 263 TFUE, tendant à l'annulation des décisions de la Commission européenne, communiquées à la requérante les 19 et 22 janvier 2021, de ne pas retenir son offre, soumise dans le cadre d'un appel d'offres sous la forme de dialogue compétitif 2018/S 091-206089 relatif à la fourniture de satellites de transition Galileo, ainsi que d'attribuer le marché à deux autres soumissionnaires (ci-après les « décisions litigieuses »).

### Le cadre juridique

#### *Le règlement (UE, Euratom) 2018/1046*

- 2 L'article 136 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 »), intitulé « Critères d'exclusion et décisions d'exclusion », disposait, à ses paragraphes 1, 2 et 4 :

« 1. 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 ou de la sélection pour l'exécution des fonds de l'Union [européenne] lorsque cette personne ou entité se trouve dans une ou plusieurs des situations d'exclusion suivantes :

[...]

- c) 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 en ayant violé des dispositions législatives ou réglementaires applicables ou des normes de déontologie de la profession à laquelle elle appartient, ou en ayant adopté une conduite fautive qui a une incidence sur sa crédibilité professionnelle, dès lors que cette conduite dénote une intention fautive ou une négligence grave, y compris en particulier l'une des conduites suivantes :

[...]

- ii) conclusion d'un accord avec d'autres personnes ou d'autres entités en vue de fausser la concurrence ;

[...]

- v) tentative d'obtenir des informations confidentielles susceptibles de lui donner un avantage indu lors de la procédure d'attribution ;

[...]

2. En l'absence de jugement définitif ou, le cas échéant, de décision administrative définitive dans les cas visés au paragraphe 1, points c), d), f), g) et h), du présent article ou dans le cas visé au paragraphe 1, point e), du présent article, 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 ces points, compte tenu des faits établis ou d'autres constatations figurant dans la recommandation émise par l'instance visée à l'article 143 [(ci-après l'« instance »)].

[...]

4. L'ordonnateur compétent exclut une personne ou une entité visée à l'article 135, paragraphe 2, dans les cas suivants :

- a) 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, points c) à h), du présent article ;

[...] »

3 L'article 141 du règlement financier, intitulé « Rejet d'une procédure d'attribution », prévoyait, à son paragraphe 1, premier alinéa :

« L'ordonnateur compétent écarte d'une procédure d'attribution déterminée un participant qui :

- a) se trouve dans une situation d'exclusion établie conformément à l'article 136 ;
- b) a présenté de fausses déclarations en ce qui concerne les informations exigées pour participer à la procédure ou n'a pas communiqué ces informations ;

- c) a participé précédemment à la préparation de documents utilisés lors de la procédure d'attribution, si cela entraîne une violation du principe d'égalité de traitement, notamment une distorsion de concurrence qui ne peut être corrigée autrement. »
- 4 L'article 143 de ce règlement, intitulé « Instance », contenait notamment des règles concernant la procédure d'adoption, par l'instance, d'une recommandation relative à l'exclusion d'un soumissionnaire.
- 5 L'article 160 dudit règlement, intitulé « Principes applicables aux marchés et champ d'application », énonçait :
- « 1. Tous les marchés financés totalement ou partiellement par le budget respectent les principes de transparence, de proportionnalité, d'égalité de traitement et de non-discrimination.
2. Tous les marchés font l'objet d'une mise en concurrence la plus large possible, sauf dans les cas de recours à la procédure visée à l'article 164, paragraphe 1, point d).
- [...] »
- 6 L'article 167 du même règlement, intitulé « Attribution des marchés », disposait, à son paragraphe 1 :
- « Les marchés sont attribués sur la base de critères d'attribution, pour autant que le pouvoir adjudicateur ait vérifié le respect des éléments suivants :
- [...] »
- b) le candidat ou le soumissionnaire n'est pas exclu en application de l'article 136 ni écarté en application de l'article 141 ;
- [...] »
- 7 L'article 170 du règlement financier, intitulé « Décision d'attribution et information des candidats ou des soumissionnaires », prévoyait :
- « 1. L'ordonnateur compétent désigne l'attributaire, dans le respect des critères de sélection et d'attribution précisés dans les documents de marché.
2. Le pouvoir adjudicateur communique à tout candidat soumissionnaire les motifs du rejet de sa demande de participation ou de son offre, ainsi que la durée des délais d'attente visés à l'article 175, paragraphe 2, et à l'article 178, paragraphe 1.

Pour l'attribution de marchés spécifiques relevant d'un contrat-cadre avec remise en concurrence, le pouvoir adjudicateur informe les soumissionnaires du résultat de l'évaluation.

3. Le pouvoir adjudicateur communique à tout soumissionnaire qui ne se trouve pas dans une situation d'exclusion visée à l'article 136, paragraphe 1, qui n'est pas écarté en application de l'article 141, dont l'offre est conforme aux documents de marché et qui en fait la demande par écrit :

- a) le nom du soumissionnaire, ou des soumissionnaires dans le cas d'un contrat-cadre, à qui le marché est attribué et, sauf dans le cas d'un marché spécifique relevant d'un contrat-cadre avec remise en concurrence, les caractéristiques et les avantages relatifs de l'offre retenue, le prix payé ou la valeur du marché, selon ce qui convient ;
- b) les progrès des négociations et du dialogue des soumissionnaires.

Toutefois, le pouvoir adjudicateur peut décider de ne pas communiquer certaines informations, lorsque leur divulgation ferait obstacle à l'application des lois, serait contraire à l'intérêt public, porterait préjudice aux intérêts commerciaux légitimes d'opérateurs économiques ou pourrait nuire à une concurrence loyale entre ceux-ci. »

8 Ce règlement contenait une annexe I dont le point 23, intitulé « Offres anormalement basses », disposait :

« 23.1. 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.

[...]

23.2. Le pouvoir adjudicateur ne rejette l'offre que si les éléments de preuve fournis n'expliquent pas de manière satisfaisante le prix ou les coûts bas proposés.

Le pouvoir adjudicateur rejette l'offre s'il établit que celle-ci est anormalement basse parce qu'elle contrevient aux obligations applicables dans les domaines du droit environnemental, social et du travail.

23.3. Le pouvoir adjudicateur qui constate qu'une offre est anormalement basse du fait de l'obtention d'une aide d'État par le soumissionnaire ne peut rejeter cette offre pour ce seul motif que si le soumissionnaire n'est pas en mesure de démontrer, dans un délai suffisant fixé par le pouvoir

adjudicateur, que l'aide en question était compatible avec le marché intérieur au sens de l'article 107 [TFUE]. »

- 9 Le point 31 de cette annexe, intitulé « Information des candidats et des soumissionnaires », énonçait :

« 31.1. Le pouvoir adjudicateur informe, par voie électronique, tous les candidats ou soumissionnaires, simultanément et individuellement, des décisions prises concernant l'issue de la procédure dès que possible, après les étapes suivantes :

- a) la phase d'ouverture pour les cas visés à l'article 168, paragraphe 3 ;
- b) l'adoption d'une décision sur la base des critères d'exclusion et de sélection dans le cadre des procédures de passation de marchés organisées en deux étapes distinctes ;
- c) la décision d'attribution.

Le pouvoir adjudicateur indique dans chaque cas les motifs du rejet de l'offre ou de la demande de participation ainsi que les voies de recours disponibles.

En informant l'attributaire, le pouvoir adjudicateur précise que la décision notifiée ne constitue pas un engagement de sa part.

31.2. Le pouvoir adjudicateur communique les informations prévues à l'article 170, paragraphe 3, le plus tôt possible, et dans tous les cas dans un délai de quinze jours à compter de la réception d'une demande écrite. Lorsque le pouvoir adjudicateur passe des marchés pour son propre compte, il doit utiliser des moyens électroniques. Le soumissionnaire peut également transmettre la demande par voie électronique.

[...] »

- 10 Le point 35 de ladite annexe était intitulé « Délai d'attente avant la signature du contrat » et disposait :

« 35.1. Le délai d'attente débute :

- a) soit le lendemain de la date d'envoi simultanée, par voie électronique, des notifications aux attributaires et aux soumissionnaires évincés ;
- b) soit, lorsque le contrat ou le contrat-cadre est attribué conformément au point 11.1, deuxième alinéa, point b), le lendemain de la publication au *Journal officiel de l'Union européenne* de l'avis d'attribution visé au point 2.4.

Le cas échéant, le pouvoir adjudicateur peut suspendre la signature du contrat pour examen complémentaire si les demandes ou commentaires formulés par des candidats ou soumissionnaires évincés ou lésés, ou toute autre information pertinente reçue durant la période énoncée à l'article 175, paragraphe 3, le justifient. Dans le cas d'une suspension, tous les candidats ou soumissionnaires sont informés dans les trois jours ouvrables suivant la décision de suspension.

Lorsque le contrat ou le contrat-cadre ne peut pas être attribué à l'attributaire envisagé, le pouvoir adjudicateur peut l'attribuer au soumissionnaire qui suit dans le classement.

[...] »

### ***La directive 2014/24/UE***

- 11 L'article 57 de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2014, sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE (JO 2014, L 94, p. 65), intitulé « Motifs d'exclusion », dispose, à son paragraphe 4 :

« Les pouvoirs adjudicateurs peuvent exclure ou être obligés par les États membres à exclure tout opérateur économique de la participation à une procédure de passation de marché dans l'un des cas suivants :

[...]

- c) le pouvoir adjudicateur peut démontrer par tout moyen approprié que l'opérateur économique a commis une faute professionnelle grave qui remet en cause son intégrité ;

[...] »

### **Les antécédents du litige**

- 12 Les antécédents du litige sont exposés aux points 2 à 23 de l'arrêt attaqué et peuvent être résumés comme suit.
- 13 OHB System 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, y compris les satellites géostationnaires et de basse altitude.
- 14 Le programme Galileo vise à mettre en place et à exploiter un système européen de radionavigation et de positionnement par satellite, spécifiquement

conçu à des fins civiles, comprenant une constellation de satellites et un réseau mondial de stations au sol.

- 15 Conformément au 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), la Commission assume la responsabilité générale du programme Galileo et, pour la phase de déploiement de ce programme, elle doit conclure une convention de délégation avec l'Agence spatiale européenne (ASE), qui précise les tâches de cette dernière, notamment en ce qui concerne la passation des marchés se rapportant à ce système.
- 16 Dans le cadre de la convention de délégation conclue entre la Commission et l'ASE pour la phase de déploiement du programme Galileo, l'ASE est chargée d'organiser les procédures de passation de marchés publics relatives à ce programme et la Commission demeure le pouvoir adjudicateur.
- 17 Par un avis de marché du 15 mai 2018, publié au Supplément au *Journal officiel de l'Union européenne* du 15 mai 2018 (JO 2018/S 091-206089) et sur le site Internet [emits.esa.int](http://emits.esa.int), l'ASE, agissant au nom et pour le compte de la Commission, a lancé une procédure d'appel d'offres relative à la fourniture de satellites de transition Galileo, sous la forme d'un dialogue compétitif (ci-après le « dialogue compétitif litigieux »). La procédure a été lancée sous cette forme, dès lors que la Commission avait déjà identifié et défini ses besoins, mais n'avait pas encore défini les moyens précis les plus appropriés pour y répondre.
- 18 Le dialogue compétitif litigieux portait sur l'acquisition d'un nombre initial de quatre (pouvant aller jusqu'à douze) satellites de transition Galileo ayant des caractéristiques évoluées pour assurer le passage de la première génération à la seconde génération de satellites Galileo. Il a été décidé de recourir à de multiples sources d'approvisionnement, de telle sorte que deux attributaires pourraient être sélectionnés et deux contrats pourraient être signés pour la fourniture en parallèle d'un nombre prévisionnel de deux satellites pour chacun de ces attributaires.
- 19 L'attribution du marché concerné se fondait sur l'offre économiquement la plus avantageuse, en fonction de deux critères d'attribution, celui du prix, pondéré à 35 %, et celui de la qualité, pondéré globalement à 65 %. Le critère de la qualité se divisait en cinq sous-critères.
- 20 Le dialogue compétitif litigieux s'est déroulé en trois phases. Les deux premières phases se sont déroulées conformément aux dispositions du règlement n° 1285/2013 ainsi que du règlement (UE, Euratom) n° 966/2012 du

Parlement européen et du Conseil, du 25 octobre 2012, relatif aux règles financières applicables au budget général de l'Union et abrogeant le règlement (CE, Euratom) n° 1605/2002 du Conseil (JO 2012, L 298, p. 1), et du règlement délégué (UE) n° 1268/2012 de la Commission, du 29 octobre 2012, relatif aux règles d'application du règlement (UE, Euratom) n° 966/2012 du Parlement européen et du Conseil relatif aux règles financières applicables au budget général de l'Union (JO 2012, L 362, p. 1). La troisième phase s'est déroulée conformément aux dispositions du règlement n° 1285/2013 ainsi que du règlement 2018/1046.

- 21 La première phase du dialogue compétitif litigieux a débuté au mois de mai 2018 avec la publication, par l'ASE, d'une « invitation à introduire une demande de participation ».
- 22 Au vu des demandes de participation reçues, l'ASE a sélectionné trois soumissionnaires, à savoir OHB System, Airbus Defence and Space GmbH (ci-après « ADS ») et Thales Alenia Space Italia (ci-après « TASI ») (ci-après, pris ensemble, les « soumissionnaires »).
- 23 La deuxième phase a débuté au mois de juillet 2018 et visait l'identification et la définition des moyens propres à satisfaire au mieux les besoins du pouvoir adjudicateur. Dans un premier temps, l'ASE a invité les soumissionnaires à soumettre une « offre préliminaire » et leur a envoyé, notamment, les « conditions spéciales de l'appel d'offres pour l'invitation à soumettre une offre préliminaire ». Dans un second temps, après une période de dialogue, l'ASE a invité les soumissionnaires à soumettre une « offre révisée » et leur a envoyé, notamment, les « conditions de l'appel d'offres pour l'invitation à soumettre une offre révisée ». Le 26 septembre 2018, OHB System a déposé son offre préliminaire et, le 11 octobre 2019, elle a déposé son offre révisée.
- 24 La troisième phase a débuté au mois d'août 2020 et, à la suite d'une autre période de dialogue, l'ASE a invité les soumissionnaires à soumettre leur « offre finale » et leur a envoyé notamment les « conditions de l'appel d'offres pour l'invitation à soumettre l'offre finale ». Le 11 octobre 2020, OHB System a déposé son offre finale.
- 25 Entre le mois d'octobre et le mois de décembre 2020, les offres finales des soumissionnaires ont été évaluées par un comité d'évaluation, composé de représentants de l'ASE, de l'Agence du système global de navigation par satellite (GNSS) européen (GSA) et de la Commission, lequel a présenté les résultats de l'évaluation dans un rapport d'évaluation (ci-après le « rapport d'évaluation »).
- 26 Par une lettre du 23 décembre 2020, adressée à la Commission avec notamment l'ASE en copie (ci-après la « lettre du 23 décembre 2020 »), OHB

System a demandé, en substance, à la Commission, tout d'abord, de suspendre le dialogue compétitif litigieux, au motif d'un « soupçon de violation du secret de ses affaires par un employé [d']ADS », ensuite, d'enquêter sur la question et, enfin, le cas échéant, d'exclure ADS du dialogue compétitif litigieux.

- 27 Dans cette lettre, la requérante informait la Commission, en substance, de ce qui suit : premièrement, un ancien employé (ci-après l'« ancien employé ») avait travaillé pour OHB System du 22 décembre 2016 jusqu'à la fin du mois de novembre 2019 et, en tant que directeur général administratif, avait eu un accès étendu aux données du projet concerné et avait participé à la préparation de l'offre soumise par OHB System dans le cadre du dialogue compétitif litigieux. En particulier, il avait été impliqué dans la « stratégie » de la partie technique de son offre ainsi que dans la « stratégie » concernant le prix et le calcul du prix de cette offre. Deuxièmement, le 11 novembre 2019, à la suite d'une demande de cet ancien employé en ce sens, celui-ci et OHB System avaient signé la résiliation anticipée de son contrat de travail. Troisièmement, au mois de décembre 2019, ADS avait engagé ledit ancien employé et, au cours de l'année 2020, avait placé ce dernier à la tête du département chargé de l'offre soumise par ADS dans le cadre du dialogue compétitif litigieux. En outre, il existait des indices selon lesquels l'ancien employé avait obtenu des informations sensibles d'OHB System, susceptibles d'apporter à ADS un avantage indu dans le cadre du dialogue compétitif litigieux. Quatrièmement, OHB System avait ordonné une analyse de l'ordinateur que l'ancien employé utilisait au sein de cette entreprise, cette analyse ayant conduit à des documents qui démontraient que, tout d'abord, il avait l'intention de changer d'employeur depuis le mois de juin 2019, ensuite, dans le cadre des négociations visant son engagement par ADS, il avait notamment indiqué à cette dernière que, en l'engageant, elle aurait des avantages dans des projets dans lesquels elle était en concurrence avec la requérante et, enfin, il y avait des indices démontrant que l'ancien employé avait copié des fichiers confidentiels d'OHB System. Cinquièmement, l'ensemble de ces circonstances faisaient l'objet d'une enquête pénale menée par le parquet compétent en Allemagne, à la suite d'une plainte déposée, au mois de mars 2020, par la requérante contre l'ancien employé.
- 28 Sur la base du rapport d'évaluation, la Commission a décidé de ne pas retenir l'offre d'OHB System et de retenir les offres de TASI et d'ADS. Les décisions litigieuses ont été communiquées à OHB System par l'ASE par une lettre du 19 janvier 2021 et par une télécopie du 22 janvier 2021.
- 29 Par cette lettre du 19 janvier 2021, l'ASE a informé la requérante de la décision de ne pas retenir son offre au motif qu'elle n'était pas l'offre économiquement la plus avantageuse. En annexe à cette lettre figurait un extrait de l'évaluation, par le comité d'évaluation, de son offre finale à la lumière des cinq sous-critères du critère de la qualité.

- 30 Par la suite, OHB System a demandé à l'ASE, par une télécopie du 20 janvier 2021, de lui communiquer les informations des soumissionnaires retenus, les caractéristiques et les avantages relatifs de leurs offres, le prix total utilisé pour établir le classement ainsi que l'évaluation détaillée de sa propre offre.
- 31 Par une lettre du 20 janvier 2021, la Commission, en se référant à la lettre du 23 décembre 2020, a informé OHB System que, premièrement, il n'y avait pas de motifs suffisants pour justifier une suspension du dialogue compétitif litigieux à ce stade, deuxièmement, les allégations d'appropriation illégale des secrets des affaires de la requérante faisaient déjà l'objet d'une enquête par les autorités nationales, sur les conclusions de laquelle elle pouvait s'appuyer et prendre des mesures supplémentaires, si nécessaire, et, troisièmement, ces allégations n'étaient pas établies par un jugement définitif ou une décision administrative définitive, au sens de l'article 136, paragraphe 1, du règlement financier, de sorte qu'il n'existait pas de motif pour exclure ADS du dialogue compétitif litigieux.
- 32 Par la télécopie du 22 janvier 2021, l'ASE a communiqué à OHB System le nom des soumissionnaires retenus, à savoir TASI et ADS, le prix total et le classement final de leurs offres, ainsi que le classement de celles-ci selon les cinq sous-critères du critère de la qualité. En annexe à cette télécopie, l'ASE a envoyé à OHB System les résultats détaillés de l'évaluation de son offre à la lumière de ces cinq sous-critères.
- 33 Les offres des soumissionnaires ont été classées comme suit : l'offre de TASI en première position, l'offre d'ADS en deuxième position et l'offre d'OHB System en troisième position. Ces offres ont été évaluées au regard des deux critères d'attribution indiqués au point 19 du présent arrêt. S'agissant du critère de la qualité, les offres de TASI, d'ADS et d'OHB System ont été classées, respectivement, en première, en deuxième et en troisième positions. S'agissant du critère du prix, les offres d'ADS, avec un prix total de 707 679 174,75 euros, de TASI, avec un prix total de 804 127 000 euros, et d'OHB System, avec un prix total de 822 786 000 euros, ont été classées, respectivement, en première, en deuxième et en troisième positions.
- 34 Par une lettre du 28 janvier 2021 (ci-après la « lettre de réclamation »), OHB System a demandé à la Commission, premièrement, d'exclure ADS du dialogue compétitif litigieux, deuxièmement, de modifier les décisions litigieuses en lui attribuant le marché, troisièmement, de lui accorder l'accès au dossier complet du dialogue compétitif litigieux et au rapport d'évaluation ainsi que, quatrièmement, de ne pas signer les contrats jusqu'à ce qu'une décision soit prise concernant les objections qu'elle avait soulevées. Dans cette lettre, OHB System soutenait qu'ADS devait être exclue, étant donné que, d'une part, elle avait violé le principe du secret de la compétition en impliquant l'ancien

employé dans la préparation de son offre et, d'autre part, son offre était anormalement basse.

### **Le recours devant le Tribunal et l'arrêt attaqué**

- 35 Par une requête déposée le 29 janvier 2021 au greffe du Tribunal, la requérante a introduit un recours tendant, d'une part, à l'annulation des décisions litigieuses et, d'autre part, à enjoindre à la Commission de produire le dossier de passation du marché concerné ainsi que d'accorder à OHB System un accès complet à celui-ci.
- 36 À l'appui de son recours, OHB System a invoqué cinq moyens. Le premier moyen était tiré d'une violation des critères d'exclusion prévus à l'article 136 du règlement financier ainsi que des principes d'égalité de traitement et de « concurrence secrète ». Le deuxième moyen était tiré d'une violation de l'obligation d'examen des offres anormalement basses. Le troisième moyen était tiré d'erreurs manifestes d'appréciation dans l'évaluation de l'offre d'OHB System. Le quatrième moyen était tiré d'une violation de l'obligation, incombant à la Commission, d'adopter une décision autonome quant à l'attribution du marché concerné. Enfin, le cinquième moyen était tiré d'une violation de l'obligation de motivation incombant à la Commission.
- 37 Par un acte séparé déposé au greffe du Tribunal le 29 janvier 2021, OHB System a introduit une demande en référé visant au sursis à l'exécution de la décision mentionnée au point 29 du présent arrêt. Par une ordonnance du 31 janvier 2021, adoptée sur le fondement de l'article 157, paragraphe 2, du règlement de procédure du Tribunal, le président du Tribunal a ordonné le sursis à l'exécution de cette décision jusqu'à la date de l'ordonnance mettant fin à la procédure de référé. Par une ordonnance du 26 février 2021, adoptée également sur le fondement de cette disposition, le président du Tribunal a précisé que cette ordonnance du 31 janvier 2021 ne portait que sur l'attribution du marché concerné à ADS. Par l'ordonnance du 26 mai 2021, OHB System/Commission (T-54/21 R, EU:T:2021:292), le président du Tribunal a rejeté cette demande en référé et rapporté ces ordonnances.
- 38 Par l'arrêt attaqué, le Tribunal a rejeté au fond les cinq moyens mentionnés au point 36 du présent arrêt.
- 39 Aux points 58 à 100 de l'arrêt attaqué, le Tribunal a examiné la première branche du premier moyen, tirée d'une violation des critères d'exclusion prévus à l'article 136 du règlement financier, et l'a écartée comme étant non fondée.
- 40 Aux points 58 à 65 de cet arrêt, le Tribunal a présenté les trois critères d'exclusion prévus respectivement à l'article 136, paragraphe 1, sous c), ii) et v), à l'article 136, paragraphe 4, sous a), et à l'article 136, paragraphe 2,

premier alinéa, du règlement financier. Après avoir jugé, aux points 66 et 69 dudit arrêt, que les conditions d'application de ces deux premiers critères n'étaient pas réunies, il a examiné si les conditions d'application du troisième desdits critères d'exclusion étaient réunies. À cet égard, il a considéré que la question se posait de savoir si la Commission, en n'ayant pas saisi l'instance, avait manqué aux obligations lui incombant en vertu de l'article 136, paragraphe 2, premier alinéa, et de l'article 143 dudit règlement. Dans ce contexte, après avoir apporté, aux points 72 à 76 de l'arrêt attaqué, quelques précisions sur la saisine de l'instance, ainsi que rappelé, au point 77 de celui-ci, le contenu de cet article 136, paragraphe 2, quatrième alinéa, le Tribunal a jugé, au point 78 de cet arrêt, que le pouvoir adjudicateur ne doit saisir l'instance que lorsque les faits établis dont il dispose constituent des indices suffisants pour établir une présomption de culpabilité du soumissionnaire. Au point 79 dudit arrêt, le Tribunal a ajouté que l'exigence de disposer de tels indices est conforme aux finalités d'un système qui vise notamment la détection rapide et l'exclusion des soumissionnaires dont le comportement constitue un risque pour les intérêts financiers de l'Union, qu'elle découle du principe de bonne gestion financière, en ce qu'elle évite de retarder une procédure de passation de marchés sans raison valable, qu'elle est une conséquence du rôle dévolu à l'instance et qu'elle résulte de la portée de la qualification juridique préliminaire mentionnée audit article 136, paragraphe 2, premier alinéa, dans la mesure où celle-ci vise la conduite d'un soumissionnaire en cas d'absence de jugement définitif ou de décision administrative définitive et ne peut donc pas se fonder sur de simples soupçons.

- 41 Aux points 80 à 96 de l'arrêt attaqué, le Tribunal a examiné si la Commission disposait d'indices suffisants laissant présumer qu'ADS était coupable d'une faute professionnelle grave menaçant les intérêts financiers de l'Union, sous la forme de la conclusion d'un accord avec d'autres personnes ou entités en vue de fausser la concurrence ou de la tentative d'obtenir des informations confidentielles susceptibles de lui donner un avantage indu lors du dialogue compétitif litigieux.
- 42 Or, aux points 81 à 86 de cet arrêt, il a constaté que le seul élément dont la Commission disposait concernant un prétendu comportement fautif d'ADS était la lettre du 23 décembre 2020 et que les allégations mentionnées dans celle-ci ne pouvaient pas être considérées comme étant des faits ou des constatations susceptibles de constituer des indices suffisants pour soutenir une présomption de culpabilité d'ADS, justifiant la saisine de l'instance, et que ces allégations n'étaient pas étayées.
- 43 Aux points 87 à 95 dudit arrêt, le Tribunal a vérifié si, toutefois, la Commission était tenue d'enquêter sur lesdites allégations. À cet égard, aux points 88 et 89 du même arrêt, il a observé que la lettre du 23 décembre 2020 ne mentionnait aucun comportement imputable à ADS, mais se limitait à relater

le fait qu'ADS avait engagé l'ancien employé, ce qui ne constituait pas, à lui seul, un indice d'un comportement d'ADS susceptible de constituer une faute professionnelle grave. Au point 90 de l'arrêt attaqué, il a relevé que, par cette lettre, OHB System faisait valoir que cet ancien employé avait violé le secret des affaires en ce qu'il avait illégalement obtenu des informations sensibles d'elle, susceptibles d'apporter à ADS un avantage indu lors du dialogue compétitif litigieux. À cet égard, le Tribunal a ajouté, au point 91 de cet arrêt, qu'une telle violation, à la supposer étayée, ne serait pas, en tout état de cause, l'indice d'une conduite d'ADS elle-même et ne serait donc pas susceptible d'établir une présomption de culpabilité de celle-ci. En outre, selon lui, ladite lettre n'aurait contenu qu'une allégation vague et hypothétique selon laquelle ADS aurait pu obtenir de telles informations. En effet, la même lettre ne contiendrait aucun élément concret permettant d'identifier ces prétendues informations, mais se bornerait à mentionner de manière générale que ledit ancien employé avait été impliqué dans la « stratégie » de la partie technique et dans la « stratégie » relative au prix et au calcul du prix de l'offre d'OHB System. De plus, au point 95 dudit arrêt, le Tribunal a observé que, bien que l'ancien employé ait quitté OHB System peu de temps après le dépôt de son offre révisée dans le cadre de la deuxième phase du dialogue compétitif litigieux, il n'était pas en mesure d'avoir des informations sur le contenu de l'offre finale d'OHB System qui a été déposée presque un an après le départ de cet ancien employé, au terme de la troisième phase de ce dialogue au cours de laquelle la Commission avait apporté des modifications importantes aux conditions de l'appel d'offres. Au terme de cet examen, le Tribunal a jugé, au point 96 du même arrêt, que la Commission n'était donc pas tenue d'enquêter sur les allégations contenues dans la lettre du 23 décembre 2020, dans la mesure où celles-ci, à les supposer étayées, n'étaient pas de nature à constituer des indices suffisants pour établir une présomption de culpabilité d'ADS justifiant la saisine de l'instance.

- 44 Au point 97 de l'arrêt attaqué, le Tribunal a jugé que son appréciation n'était pas remise en cause par l'argument d'OHB System selon lequel l'ASE n'avait demandé à ADS des informations sur l'ancien employé que le 29 janvier 2021, soit postérieurement aux décisions litigieuses. À cet égard, il a considéré que, outre le fait que cette demande avait été faite à la suite de la lettre de réclamation, elle-même postérieure à ces décisions, il n'en demeurait pas moins que le fait que ces informations avaient été demandées à ADS postérieurement à l'adoption desdites décisions était sans incidence sur la légalité de celles-ci, compte tenu de l'inexistence d'une obligation de saisir l'instance et du fait que les allégations d'OHB System ne concernaient pas un domaine soumis au pouvoir d'enquête des institutions, des agences ou des organes de l'Union.
- 45 Enfin, au point 98 de cet arrêt, le Tribunal a constaté que la requérante n'avait informé la Commission de ses soupçons que dans la lettre du 23 décembre 2020, alors qu'elle avait ordonné l'analyse de l'ordinateur de l'ancien employé

dès le mois de novembre 2019 et qu'elle avait déposé, auprès des autorités allemandes compétentes, une plainte contre l'ancien employé dès le mois de mars 2020. Or, pendant cette période, soit du mois de novembre 2019 au mois de décembre 2020, le dialogue compétitif litigieux a évolué de sa deuxième phase à sa troisième phase, qui a débuté au mois d'août 2020, OHB System ayant soumis son offre finale au mois d'octobre 2020. Selon le Tribunal, ce comportement de la requérante indique qu'elle n'a pas estimé, au moins pendant une large période et même lors de la soumission de son offre finale, que le comportement soupçonné de l'ancien employé était susceptible d'apporter à ADS un avantage indu dans le cadre du dialogue compétitif litigieux.

- 46 Le Tribunal a conclu, aux points 99 et 100 dudit arrêt, que la Commission n'avait pas violé son obligation de saisine de l'instance ni, a fortiori, le troisième critère d'exclusion mentionné au point 65 du même arrêt, de telle sorte qu'il a écarté la première branche du premier moyen comme étant non fondée.
- 47 Aux points 103 à 112 de l'arrêt attaqué, le Tribunal a examiné la seconde branche du premier moyen, tirée d'une violation des principes d'égalité de traitement et de concurrence secrète, et l'a écartée comme étant non fondée.
- 48 Après avoir rappelé le contenu du principe d'égalité de traitement entre les soumissionnaires au point 104 de cet arrêt, le Tribunal a écarté, au point 106 dudit arrêt, l'argument d'OHB System selon lequel la Commission aurait dû exclure ADS du dialogue compétitif litigieux, en renvoyant au point 100 du même arrêt, dont il résulte que la Commission n'a pas violé les critères d'exclusion prévus à l'article 136 du règlement financier en ce qui concernait ADS et que la non-exclusion de celle-ci ne pouvait donc entraîner une violation de ce principe.
- 49 Après avoir estimé, au point 107 de l'arrêt attaqué, que l'existence de doutes mettant en cause le caractère autonome et indépendant de l'offre d'ADS n'était aucunement démontrée, OHB System « n'avançant d'ailleurs pas d'argument concret à cet égard », le Tribunal a jugé, au point 108 de cet arrêt, que la Commission n'avait pas violé une prétendue obligation de clarifier le comportement anticoncurrentiel allégué d'ADS et, encore moins, celui de l'ancien employé.
- 50 Aux points 109 et 110 dudit arrêt, le Tribunal a estimé que ces appréciations n'étaient pas remises en cause par les arguments d'OHB System, tirés de plusieurs arrêts de la Cour, dès lors que les situations en cause dans les affaires ayant donné lieu à ces derniers arrêts n'avaient aucune similitude, factuelle ou juridique, avec celle en cause dans la présente affaire.

- 51 Au point 111 de l'arrêt attaqué, le Tribunal a écarté l'argument d'OHB System tiré du niveau de preuve requis et de la répartition de la charge de la preuve. En renvoyant aux points 78 et 79 de cet arrêt, le Tribunal a estimé que la saisine de l'instance exige que le pouvoir adjudicateur ait des indices suffisants pour établir que le soumissionnaire est coupable d'une faute professionnelle grave menaçant les intérêts financiers de l'Union. Or, ainsi qu'il résulterait du point 96 dudit arrêt, de tels indices n'existeraient pas en l'espèce.
- 52 Aux points 115 à 136 de du même arrêt, le Tribunal a écarté comme étant non fondé le deuxième moyen, tiré d'une violation de l'obligation d'examen des offres anormalement basses.
- 53 Après avoir rappelé, aux points 115 à 118 de l'arrêt attaqué, le contenu des points 23.1 et 23.2 de l'annexe I du règlement financier ainsi que l'appréciation en deux temps que doit effectuer le pouvoir adjudicateur pour s'assurer qu'une offre n'est pas anormalement basse, le Tribunal a rappelé, au point 119 de cet arrêt, que, bien que la notion « d'offre anormalement basse » ne soit pas définie dans ce règlement, le caractère anormalement bas d'une offre doit être apprécié par rapport à la composition de cette offre ainsi que par rapport à la prestation en cause et, au point 120 dudit arrêt, que des indices de nature à éveiller le soupçon qu'une offre est anormalement basse peuvent exister notamment lorsqu'il apparaît incertain, d'une part, que cette offre respecte la législation du pays dans lequel les services devraient être exécutés, en matière de rémunération du personnel, de contribution au régime de sécurité sociale, de respect des normes de sécurité et de santé au travail ainsi que de vente à perte, et, d'autre part, que le prix proposé intègre tous les coûts induits par les aspects techniques de ladite offre. Il en irait de même lorsque le prix proposé dans une offre soumise est considérablement inférieur à celui des autres offres ou au prix habituel du marché.
- 54 Au point 122 de l'arrêt attaqué, le Tribunal a jugé que l'offre d'ADS ayant été retenue, il s'ensuit implicitement, mais nécessairement, que la Commission a considéré, à l'instar du comité d'évaluation, qu'il n'existait pas d'indices que cette offre était anormalement basse et qu'il n'était donc pas utile de demander des précisions sur celle-ci. Cette appréciation ne serait d'ailleurs pas remise en cause par les arguments d'OHB System. Aux points 123 et 124 de cet arrêt, le Tribunal a estimé que l'écart entre le prix de l'offre finale d'ADS et celui des autres offres soumises ne pouvait constituer, à lui seul, un indice du caractère anormalement bas de l'offre d'ADS, compte tenu des particularités du marché en cause. En effet, le dialogue compétitif litigieux aurait visé l'acquisition de produits pour lesquels un prix de marché n'existe pas.
- 55 Au point 127 de l'arrêt attaqué, le Tribunal a constaté que, hormis cette différence de prix, la requérante n'a pas avancé d'argument concret à l'appui de son allégation selon laquelle l'offre d'ADS aurait dû apparaître

anormalement basse. En particulier, elle n'aurait pas fait valoir un éventuel manque de respect de la législation du pays dans lequel les services devaient être exécutés ou la non-inclusion dans le prix proposé par ADS de tous les coûts induits par les aspects techniques de son offre.

56 Aux points 132 et 133 de cet arrêt, le Tribunal a jugé qu'OHB System n'avait pas démontré l'existence d'indices de nature à éveiller le soupçon de la Commission selon lequel l'offre d'ADS pouvait être anormalement basse et en a conclu que la Commission n'était pas tenue de procéder à une vérification de la composition de l'offre d'ADS et n'avait pas violé ses obligations relatives à l'examen des offres anormalement basses.

57 Enfin, aux points 134 et 135 dudit arrêt, le Tribunal a écarté l'argument invoqué par OHB System au cours de l'audience selon lequel son argumentation selon laquelle la Commission ne pouvait pas se borner à indiquer que l'offre d'ADS ne lui paraissait pas anormalement basse visait à soulever un défaut de motivation. À cet égard, le Tribunal a considéré que la requérante n'avait développé aucun argument autonome à l'appui de ce prétendu défaut de motivation, mais s'était limitée à reprocher à la Commission de ne pas avoir effectué une vérification concernant l'existence d'offres anormalement basses, question qui relèverait non pas d'un grief tiré de la violation des formes substantielles, en particulier d'un défaut de motivation des décisions attaquées, mais du bien-fondé de ces décisions.

### **Les conclusions des parties au pourvoi**

58 Par son pourvoi, OHB System demande à la Cour :

- d'annuler l'arrêt attaqué et les décisions litigieuses ;
- à titre subsidiaire, d'annuler l'arrêt attaqué et de renvoyer l'affaire devant le Tribunal, et
- de condamner la Commission aux dépens.

59 La Commission demande à la Cour :

- de rejeter le premier moyen ;
- de rejeter les deuxième et troisième moyens comme étant irrecevables et, à titre subsidiaire, comme étant non fondés, et
- de condamner OHB System aux dépens.

## Sur le pourvoi

- 60 À l'appui de son pourvoi, la requérante soulève trois moyens. Le premier moyen est tiré d'une interprétation et d'une application erronées du principe d'égalité. Le deuxième moyen est tiré d'une qualification juridique incomplète des faits en l'absence de prise en compte de la lettre de réclamation. Le troisième moyen est tiré de l'absence d'examen d'un défaut de motivation.

### *Argumentation des parties*

- 61 Par son premier moyen, OHB System soutient, en substance, que le Tribunal a commis une erreur de droit dans son interprétation et son application du principe d'égalité de traitement mentionné à l'article 160, paragraphe 1, du règlement financier. Ce moyen se divise en deux branches.
- 62 Par la première branche dudit moyen, OHB System allègue, en substance, que le Tribunal a erronément jugé, au point 106 de l'arrêt attaqué, qu'une offre ne peut être exclue que si les critères d'exclusion énoncés à l'article 136 du règlement financier sont réunis, alors même qu'il ressortirait de la jurisprudence de la Cour qu'une offre doit être exclue indépendamment de l'existence de motifs d'exclusion concrets lorsque, contrairement au principe d'égalité de traitement, cette offre n'a pas été présentée de manière autonome et indépendante (arrêts du 17 mai 2018, [Specializuotas transportas](#), C-531/16, EU:C:2018:324, et du 11 juillet 2019, [Telecom Italia](#), C-697/17, EU:C:2019:599). Or, tel serait le cas lorsqu'un soumissionnaire bénéficie d'avantages injustifiés au regard des autres soumissionnaires lors de la présentation des offres, ce qui affecterait nécessairement la position concurrentielle de ceux-ci. Ainsi, le Tribunal se serait abstenu à tort de vérifier si l'offre d'ADS devait être exclue pour violation du principe d'égalité de traitement.
- 63 Par la seconde branche du même moyen, OHB System reproche au Tribunal, en premier lieu, de ne pas avoir examiné, au point 111 de l'arrêt attaqué, la violation alléguée du principe d'égalité de traitement sur la base des critères appropriés. En effet, plutôt que d'apprécier si le pouvoir adjudicateur avait veillé activement, à chaque phase de la procédure, au respect du principe d'égalité de traitement et d'égalité des chances des soumissionnaires en vérifiant l'existence d'éventuels conflits d'intérêts ainsi qu'en adoptant les mesures appropriées afin de les prévenir, de les détecter et d'y remédier, le Tribunal se serait borné à vérifier, en application de l'article 136 du règlement financier, s'il existait des indices suffisants pour établir qu'ADS était coupable d'une faute professionnelle grave menaçant les intérêts financiers de l'Union de nature à justifier une saisine de l'instance.

- 64 En second lieu, aux points 108 à 110 de l'arrêt attaqué, le Tribunal aurait commis deux erreurs de droit. D'une part, il n'aurait pas justifié, en fait et en droit, les raisons pour lesquelles la jurisprudence mentionnée au point 109 de cet arrêt ne serait pas pertinente, alors même que, dans son ordonnance du 26 mai 2021, [OHB System/Commission](#) (T-54/21 R, EU:T:2021:292), le président du Tribunal se serait référé à celle-ci pour apprécier la condition relative à l'existence d'un *fumus boni juris*. D'autre part, le Tribunal n'aurait pas tenu compte de la jurisprudence relative au niveau de preuve requis en vue de démontrer l'existence d'offres qui ne sont ni autonomes ni indépendantes (arrêt du 17 mai 2018, [Specializuotas transportas](#), C-531/16, EU:C:2018:324), dont il découlerait qu'il n'incombe pas à un soumissionnaire évincé d'apporter une preuve complète d'une perturbation de la concurrence, mais qu'il suffit que ce dernier porte à la connaissance du pouvoir adjudicateur des indices relatifs à cette perturbation pour que celui-ci soit tenu de procéder à une vérification en demandant à l'autre soumissionnaire, en l'occurrence ADS, d'apporter la preuve contraire. Or, si le Tribunal avait tenu compte de ces principes, il aurait conclu qu'OHB System avait apporté de tels indices.
- 65 La Commission fait valoir que le premier moyen, pris en ses deux branches, n'est pas fondé.

#### *Appréciation de la Cour*

- 66 Par son premier moyen, visant les points 106 et 109 à 111 de l'arrêt attaqué, OHB System reproche, en substance, au Tribunal d'avoir commis une erreur de droit en ayant contrôlé le respect du principe d'égalité de traitement au regard seulement des critères d'exclusion prévus à l'article 136 du règlement financier, et non pas également de la jurisprudence de la Cour concernant l'exigence du caractère autonome et indépendant de l'offre ainsi que le niveau de preuve requis d'un soumissionnaire concurrent afin que le pouvoir adjudicateur soit tenu de procéder à une vérification des indices rapportés par ce soumissionnaire à cet égard.
- 67 Il convient de rappeler d'emblée que l'article 160, paragraphe 1, de ce règlement dispose que tous les marchés financés totalement ou partiellement par le budget de l'Union respectent les principes de transparence, de proportionnalité, d'égalité de traitement et de non-discrimination. Conformément au paragraphe 2 de cet article, tous les marchés font l'objet d'une mise en concurrence la plus large possible.
- 68 Selon une jurisprudence constante, le principe d'égalité de traitement et l'obligation de transparence signifient, notamment, 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 et constituent la base des règles de l'Union relatives aux procédures de

passation des marchés publics (voir, en ce sens, arrêts du 11 juillet 2019, [Telecom Italia](#), C-697/17, EU:C:2019:599, point 32, et du 13 juin 2024, [BibMedia](#), C-737/22, EU:C:2024:495, point 30 ainsi que jurisprudence citée).

- 69 Il s'ensuit 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 un 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, en ce sens, arrêts du 12 mars 2015, [eVigilo](#), C-538/13, EU:C:2015:166, point 33, et du 8 juin 2023, [ANAS](#), C-545/21, EU:C:2023:451, point 32 ainsi que jurisprudence citée).
- 70 Ainsi, à chaque phase d'une procédure d'appel d'offres, le pouvoir adjudicateur est tenu de veiller au respect de ce principe et, partant, de l'égalité des chances de tous les soumissionnaires (voir, en ce sens, arrêts du 29 avril 2004, [Commission/CAS Succhi di Frutta](#), C-496/99 P, EU:C:2004:236, points 108 à 110, et du 12 mars 2015, [eVigilo](#), C-538/13, EU:C:2015:166, point 33).
- 71 Il ressort de la jurisprudence de la Cour que, au vu du devoir incombant au pouvoir adjudicateur de respecter le principe d'égalité de traitement et des chances de tous les soumissionnaires, relevant de l'essence même des règles de l'Union relatives aux procédures de passation des marchés publics, celui-ci 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, en ce sens, arrêt du 17 mai 2018, [Specializuotas transportas](#), C-531/16, EU:C:2018:324, point 32 et jurisprudence citée).
- 72 Eu égard aux principes de base rappelés au point 68 du présent arrêt, cette jurisprudence est, contrairement à ce que le Tribunal a jugé aux points 109 et 110 de l'arrêt attaqué, transposable à une situation, telle que celle en cause en l'espèce, caractérisée par le recrutement, par un soumissionnaire, au cours d'un dialogue compétitif, d'un directeur général administratif d'un soumissionnaire concurrent, ayant un accès étendu aux données du projet de l'offre de ce dernier, notamment dans la mesure où, par la suite, ce directeur a été placé à la tête du département chargé d'élaborer, dans le cadre de ce dialogue compétitif, l'offre soumise par le soumissionnaire ayant procédé à ce recrutement.
- 73 En effet, s'il n'est pas porté atteinte au principe d'égalité par le seul fait du recrutement, pendant un dialogue compétitif, d'un employé-cadre d'un soumissionnaire concurrent qui peut détenir, de prime abord, des informations confidentielles sur l'offre de ce dernier, en particulier concernant la stratégie technique et le calcul du prix, il ne saurait être exclu que le soumissionnaire

recrutant ait obtenu ces informations au moyen de ce recrutement et que ce dernier lui ait ainsi procuré un avantage indu lors de la procédure d'attribution. Or, cette circonstance serait susceptible de procurer au soumissionnaire recrutant des avantages injustifiés au regard des autres soumissionnaires, entraînant nécessairement une détérioration de la situation concurrentielle de ces derniers. Une telle situation suffirait même, en principe, à justifier que l'offre du soumissionnaire recrutant ne soit pas prise en compte par le pouvoir adjudicateur (voir, par analogie, arrêt du 11 juillet 2019, [Telecom Italia](#), C-697/17, EU:C:2019:599, points 51 et 52).

- 74 Partant, dans une telle situation, un pouvoir adjudicateur qui prend connaissance d'éléments objectifs mettant en doute le caractère autonome et indépendant d'une offre, est tenu d'examiner toutes les circonstances pertinentes ayant conduit à la présentation de l'offre concernée afin de prévenir, de détecter les éléments susceptibles d'entacher la procédure d'adjudication et d'y remédier, y compris, le cas échéant, en demandant aux parties de fournir certaines informations et éléments de preuve (arrêt du 17 mai 2018, [Specializuotas transportas](#), C-531/16, EU:C:2018:324, point 33 et jurisprudence citée).
- 75 Or, en l'espèce, le raisonnement suivi par le Tribunal aux points 106, 109 et 110 de l'arrêt attaqué procède d'une interprétation incorrecte des principes rappelés aux points 67 à 71 du présent arrêt.
- 76 Par ailleurs, en ce qui concerne le niveau de preuve requis en vue de démontrer l'existence d'offres qui ne sont ni autonomes ni indépendantes, le principe d'effectivité exige que la preuve d'une violation des règles de passation des marchés publics de l'Union puisse être rapportée non seulement par des preuves directes, mais également moyennant des indices, pourvu que ceux-ci soient objectifs et concordants et que les soumissionnaires liés soient en mesure d'apporter la preuve contraire (arrêt du 17 mai 2018, [Specializuotas transportas](#), C-531/16, EU:C:2018:324, point 37 et jurisprudence citée).
- 77 Il s'ensuit que, en présence de tout élément objectif mettant en doute le caractère autonome et indépendant d'une offre, rapporté non seulement par des preuves directes, mais également au moyen d'indices, le pouvoir adjudicateur est tenu de vérifier toutes les circonstances pertinentes ayant conduit à la présentation de cette offre, y compris l'existence d'éventuels conflits d'intérêts.
- 78 Dès lors, en considérant au point 111 de l'arrêt attaqué, en méconnaissance de la jurisprudence, rappelée aux points 74 et 76 du présent arrêt, relative à l'obligation incombant au pouvoir adjudicateur de vérifier un comportement anticoncurrentiel lorsque celui-ci a été allégué et porté à sa connaissance, qu'il convenait d'écarter l'argument d'OHB System tiré du niveau de preuve requis et de la répartition de la charge de la preuve au seul motif que la saisine de

l'instance exigeait que le pouvoir adjudicateur eût des indices suffisants pour établir que le soumissionnaire était coupable d'une faute professionnelle grave menaçant les intérêts financiers de l'Union, le Tribunal a commis une erreur de droit.

- 79 Eu égard à l'ensemble des considérations qui précèdent, et sans qu'il soit nécessaire d'examiner les deuxième et troisième moyens, lesquels ne sauraient entraîner une annulation plus étendue de l'arrêt attaqué, il y a lieu d'accueillir le premier moyen et, en conséquence, d'annuler l'arrêt attaqué.

### **Sur le recours devant le Tribunal**

- 80 Conformément à l'article 61, premier alinéa, du statut de la Cour de justice de l'Union européenne, lorsque le pourvoi est fondé, la Cour annule la décision du Tribunal. Elle peut alors soit statuer elle-même définitivement sur le litige, lorsque celui-ci est en état d'être jugé, soit renvoyer l'affaire devant le Tribunal pour qu'il statue.

- 81 Au point 78 du présent arrêt, il a été jugé que le Tribunal a commis une erreur de droit en omettant d'examiner l'argument d'OHB System visant à critiquer la méconnaissance, par la Commission, de son devoir de vérifier, en présence d'un élément objectif mettant en doute le caractère autonome et indépendant d'une offre, toutes les circonstances pertinentes ayant conduit à la présentation de cette offre, y compris l'existence d'éventuels conflits d'intérêts ainsi que de prendre les mesures appropriées afin de les prévenir, de les détecter et d'y remédier.

- 82 Le Tribunal n'ayant pas effectué cet examen, auquel il lui appartenait de procéder au regard de la jurisprudence constante, la Cour considère que le présent litige n'est pas en état d'être jugé. Il convient, dès lors, de renvoyer l'affaire devant le Tribunal.

### **Sur les dépens**

- 83 L'affaire étant renvoyée devant le Tribunal, il convient de réserver les dépens afférents à la présente procédure de pourvoi.

Par ces motifs, la Cour (septième chambre) déclare et arrête :

- 1) **L'arrêt du Tribunal de l'Union européenne du 26 avril 2023, OHB System/Commission (T-54/21, EU:T:2023:210), est annulé.**
- 2) **L'affaire est renvoyée devant le Tribunal de l'Union européenne.**

**3) Les dépens sont réservés.**

Signatures