



Sbírka soudních rozhodnutí

STANOVISKO GENERÁLNÍHO ADVOKÁTA
PAOLA MENGOZZIHO
přednesené dne 25. listopadu 2015¹

Věc C-396/14

**MT Højgaard A/S
Züblin A/S
proti
Banedanmark**

[žádost o rozhodnutí o předběžné otázce podaná Klagenævnet for Udbud (odvolací komise v oblasti veřejných zakázek, Dánsko)]

„Řízení o předběžné otázce — Článek 267 SFEU — Právní moc Soudního dvora —
Postavení předkládajícího orgánu jakožto soudu — Nezávislost — Směrnice 2004/17/ES —
Veřejné zakázky — Vyjednávací řízení — Zásada rovného zacházení — Přeměna skupiny
hospodářských subjektů v průběhu zadávacího řízení — Zadání zakázky společnosti, která nebyla
předběžně vybrána“

1. Může veřejný zadavatel v případě, kdy v rámci zadávacího řízení byla předběžně vybrána a předložila nabídku skupina hospodářských subjektů a následně se před zadáním zakázky rozpadla kvůli úpadku jednoho ze svých dvou členů, povolit s ohledem na zásadu rovného zacházení zbývajícím členovi, který jako takový nepodal přihlášku, a nebyl tudíž předběžně vybrán, aby se nadále účastnil řízení a nakonec mu byla zakázka zadána?
2. To je podstatou dosud neřešené otázky, kterou Soudnímu dvoru předložila Klagenævnet for Udbud (odvolací komise v oblasti veřejných zakázek) v rámci sporu mezi MT Højgaard A/S a Züblin A/S (společně dále jen „MTHZ“), skupinou hospodářských subjektů, která se účastnila zadávacího řízení, a Banedanmark, správcem železniční infrastruktury v Dánsku a veřejným zadavatelem v tomto řízení. MTHZ v řízení před předkládajícím soudem tvrdí, že Banedanmark tím, že povolila společnosti Per Aarsleff A/S (dále jen „společnost Aarsleff“) – zbývajícím členům skupiny, která se rozpadla v průběhu řízení – aby se účastnila zadávacího řízení namísto skupiny, přestože společnost Aarsleff nebyla předběžně vybrána, porušila zásadu rovného zacházení zakotvenou v článku 10 směrnice 2004/17/ES².
3. Dánská vláda v této věci Soudní dvůr předně žádá, aby specifikoval důvody, proč je Klagenævnet for Udbud (odvolací komise v oblasti veřejných zakázek) považována za soud ve smyslu článku 267 SFEU. Pokud jde dále o věcnou odpověď na otázku položenou předkládajícím soudem, Soudní dvůr bude muset nalézt rovnováhu mezi veřejným zájmem veřejných zadavatelů na tom, aby byla zadávací řízení otevřena co nejširší možné hospodářské soutěži tak, aby byla zajištěna co možná největší účast uchazečů na těchto řízeních, na jedné straně a zájmem – či spíše právem – všech uchazečů, kteří se účastní zadávacího řízení, aby jejich účast na řízení probíhala za důsledného dodržování zásady rovnosti příležitostí všech uchazečů, na straně druhé.

¹ — Původní jazyk: francouzština.

² — Směrnice Evropského parlamentu a Rady ze dne 31. března 2004 o koordinaci postupů při zadávání zakázek subjekty působícími v odvětví vodního hospodářství, energetiky, dopravy a poštovních služeb (Úř. věst. L 134, s. 1; Zvl. vyd. 06/07, s. 19).

I – Právní rámec

A – Unijní právo

4. Zakázka dotčená v původním řízení se týká stavby železniční trati, a vztahují se tudíž na ni ustanovení směrnice 2004/17, běžně nazývané jako „odvětvová směrnice“.

5. V bodě 9 odůvodnění směrnice 2004/17 je uvedeno, že „[p]ro zajištění otevřeného zadávání veřejných zakázek subjekty působícími v odvětví [...] dopravy [...] v hospodářské soutěži je žádoucí, aby byla vypracována ustanovení, která zavádějí na úrovni Společenství koordinaci zakázek překračujících určitou hodnotu. Tato koordinace je založena na požadavcích vyplývajících z článků 14, 28 a 49 Smlouvy o ES a článku 97 Smlouvy o Euratomu, zejména na zásadě rovného zacházení, přičemž zásada zákazu diskriminace je pouze jejím zvláštním vyjádřením [...]. Tato koordinace by s ohledem na druh odvětví, kterých se týká, měla při zachování uplatnění uvedených zásad vytvořit rámec pro zdravou obchodní praxi a měla by umožnit co největší pružnost“.

6. Článek 10 této směrnice, nadepsaný „Zásady zadávání zakázek“, stanoví, že „[z]adavatelé jednají s hospodářskými subjekty na základě zásad rovnosti a zákazu diskriminace a postupují transparentním způsobem“.

7. Článek 11 odst. 2 uvedené směrnice stanoví, že „[p]odávat nabídky nebo postupovat jako zájemci mohou skupiny hospodářských subjektů. Zadavatelé nesmějí od takových skupin vyžadovat určitou právní formu k tomu, aby mohly podat nabídku nebo žádosti o účast, avšak od vybrané skupiny může být vyžadováno získání takové právní formy, jestliže jí byla zadána zakázka, pokud je tato přeměna nezbytná pro řádné plnění zakázky“.

8. Článek 51 směrnice téže směrnice, nadepsaný „Obecná ustanovení“, který je součástí kapitoly VII směrnice, nadepsané „Vedení řízení“, stanoví:

„1. Za účelem výběru účastníků ve svých zadávacích řízeních:

- a) zadavatelé, kteří stanovili pravidla a kritéria pro vyloučení uchazečů nebo zájemců v souladu s čl. 54 odst. 1, 2 nebo 4, vyloučí hospodářské subjekty, které spadají pod tato pravidla a splňují tato kritéria;
- b) vyberou uchazeče a zájemce v souladu s objektivními pravidly a kritérii stanovenými podle článku 54;
- c) v omezených a vyjednávacích řízeních s výzvou k účasti v soutěži případně sníží v souladu s článkem 54 počet zájemců vybraných podle písmen a) a b).

[...]

3. Zadavatelé ověřují soulad [...] nabídek [podaných uchazeči], kte[ří] jsou takto vybrán[i], s pravidly a požadavky vztahujícími se na nabídky a zadávají zakázku na základě kritérií stanovených v člancích 55 a 57.“

9. Článek 54 směrnice 2004/17 upravuje kritéria pro kvalitativní výběr, která stanoví zadavatelé, a v poslední větě odstavce 3 stanovuje, že v omezených a vyjednávacích řízeních „[p]očet vybraných zájemců [...] musí zohledňovat nutnost zajištění přiměřené hospodářské soutěže“.

10. S účinnosti od 18. dubna 2016 bude směrnice 2004/17 zrušena směrnicí 2014/25/EU³.

B – *Dánské právo*

11. Klagenævnet for Udbud (odvolací komise v oblasti veřejných zakázek) byla zřízena zákonem č. 344 o odvolací komisi v oblasti veřejných zakázek (lov n. 344 om Klagenævnet for Udbud) ze dne 6. června 1991. Její organizace a činnost je upravena zákonem č. 492 o provádění pravidel zadávání zakázek (lov n. 492 om håndhævelse af udbudsreglerne med senere ændringer) ze dne 12. května 2010, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o zadávání veřejných zakázek“), jakož i vyhláškou č. 887 o odvolací komisi v oblasti veřejných zakázek (bekendtgørelse n. 887/2011 om Klagenævnet for Udbud) ze dne 11. srpna 2011, ve znění pozdějších předpisů.

12. Zákon o některých obchodních činnostech (lov om visse erhvervsdrivende virksomheder), zveřejněný vyhláškou č. 1295 ze dne 15. listopadu 2013, vymezuje v § 2 prvním pododstavci pojem „interessentskab“ (veřejná obchodní společnost, dále jen „I/S“) jako „podnik, v němž všichni společníci odpovídají za jeho závazky osobně, neomezeně a společně a nerozdílně“. I/S je samostatnou právnickou osobou a právním subjektem, který je nadán právní způsobilostí.

II – **Skutkové okolnosti v původním řízení, vnitrostátní řízení a předběžná otázka**

13. V lednu 2013 zveřejnil Banedanmark podle směrnice 2004/17 oznámení o zahájení zadávacího řízení v podobě vyjednávacího řízení, které se týkalo realizace projektu nazvaného „TP 4 Urban Tunnels“ v rámci stavby nové železniční tratě mezi městy Kodaň (Dánsko) a Ringsted (Dánsko).

14. Ze zadávací dokumentace této zakázky vyplývá, že v rámci zahájeného řízení se počítalo s podáním tří nabídek a že jednání se mělo konat po podání prvních dvou nabídek, a přitom třetí a poslední nabídka měla vést k zadání zakázky. V oznámení o zakázce bylo rovněž uvedeno, že Banedanmark má v úmyslu vyzvat k podání nabídky čtyři až šest zájemců a že v případě, kdyby byl počet zájemců vyšší než šest, provede předběžný výběr na základě referencí na obdobné stavební práce. Pro předběžný výběr nebyly stanoveny žádné minimální požadavky.

15. Žádost podalo pět hospodářských subjektů a Banedanmark všech pět předběžně vybral. V červnu 2013 ovšem jeden z podniků odstoupil, takže zbyli čtyři předběžně vybraní uchazeči.

16. Byla mezi nimi i skupina tvořená společnostmi E. Pihl & Søn A/S (dále jen „společnost Pihl“) a společností Aarsleff, která se předběžného výběru účastnila jakožto konsorcium v podobě I/S s názvem „JV Pihl – Aarsleff – TP 4 Urban Tunnels I/S“. Společnosti Pihl a Aarsleff patřily mezi největší stavební podniky v Dánsku. Smlouvu o založení I/S tyto společnosti uzavřely dne 26. srpna 2013.

17. Téhož dne byl ovšem vydán rozsudek o prohlášení úpadku společnosti Pihl. Banedanmark o tom byl informován v průběhu odpoledne téhož dne a okamžitě se společností Aarsleff dotázal, jaké důsledky bude mít úpadek na probíhající zadávací řízení.

18. Dne 27. srpna 2013 podala I/S – bez ohledu na prohlášení úpadku, ke kterému došlo předešlého dne – první nabídku, kterou podepsaly společnosti Aarsleff a Pihl, ovšem nikoliv insolvenční správce posledně uvedené společnosti.

3 — Směrnice Evropského parlamentu a Rady ze dne 26. února 2014 o zadávání zakázek subjekty působícími v odvětví vodního hospodářství, energetiky, dopravy a poštovních služeb a o zrušení směrnice 2004/17 (Úř. věst. L 94, s. 243).

19. Po dlouhotrvající korespondenci se společností Aarsleff, která se týkala řešení důsledků úpadku společnosti Pihl, Banedanmark informoval dne 15. října 2013 všechny uchazeče o svém rozhodnutí povolit společnosti Aarsleff, aby se nadále sama účastnila zadávacího řízení, a to nehledě na úpadek společnosti Pihl.

20. Ve svém sdělení odůvodnil Banedanmark toto rozhodnutí tím, že společnost Aarsleff splňuje podmínky vyžadované k účasti na zadávacím řízení i bez technických a finančních schopností společnosti Pihl a že skutečnost, že tato společnost byla součástí skupiny, nepředstavovala rozhodující důvod pro připuštění její účasti na předmětném zadávacím řízení. V tomto sdělení Banedanmark rovněž zdůraznil, že společnost Pihl nebude v rámci skupiny nahrazena novým uchazečem, a že vybraní uchazeči tudíž zůstanou stejní, jelikož zadávacího řízení se nemůže účastnit žádný nový subjekt. Banedanmark také uvedl, že společnost Aarsleff převzala po zahájení insolvenčního řízení více než 50 zaměstnanců společnosti Pihl, včetně osob, které mají pro realizaci projektu, jehož se týká zadávací řízení, klíčový význam.

21. Společnost Aarsleff následně podala vlastním jménem druhou nabídku, přičemž oznámila, že ji podává jako právní nástupce skupiny založené se společností Pihl, že insolvenční správce nedal najevo, zda má v úmyslu ve smlouvě o založení skupiny pokračovat, a tudíž tuto smlouvu ukončila. Po vyhodnocení obdržených druhých nabídek se Banedanmark v souladu s podmínkami stanovenými v oznámení o zakázce rozhodl vybrat tři nabídky, které považoval za hospodářsky nejvýhodnější, a vyzval tři vybrané uchazeče, aby podali třetí a poslední nabídku. Byla mezi nimi i společnost Aarsleff a skupina MTHZ. Poslední nabídka byla předložena dne 12. prosince 2013.

22. Dne 20. prosince 2013 oznámil Banedanmark třem vybraným uchazečům, že se rozhodl zadat zakázku společnosti Aarsleff, jejíž nabídka byla celkově z hlediska kvality a ceny hospodářsky nejvýhodnější.

23. V návaznosti na toto rozhodnutí se MTHZ obrátila na předkládající soud, přičemž zaprvé navrhla, aby konstatoval, že Banedanmark tím, že umožnil společnosti Aarsleff účast na zadávacím řízení namísto skupiny, kterou tato společnost založila se společností Pihl, přestože společnost Aarsleff nebyla předběžně vybrána, porušil zásady rovného zacházení a transparentnosti ve smyslu článku 10 směrnice 2004/17. MTHZ zadruhé navrhla, aby bylo zrušeno rozhodnutí o zadání zakázky společnosti Aarsleff.

24. Z předkládacího rozhodnutí ze dne 28. ledna 2014 vyplývá, že předkládající soud odmítl přiznat odvolání podanému MTHZ odkladný účinek, protože nebyla splněna podmínka naléhavosti. Předkládající soud však v tomto rozhodnutí usoudil, že je splněna podmínka *fumus boni juris*, jelikož na základě posouzení odvolání bylo podle jeho názoru možné na první pohled dovodit, že je pravděpodobné, že konečné rozhodnutí návrhu MTHZ znějícímu na zrušení vyhoví. V tomto ohledu předkládající soud předně uvedl, že je třeba rozlišovat situaci, v níž dochází k přeměně skupiny před zadáním zakázky, a situaci, v níž k této přeměně dochází po zadání zakázky. Dále konstatoval, že skutečnost, že zadavatel předběžně vybral skupinu, neznamená, že byli jednotlivě předběžně vybráni i její členové, a to bez ohledu na fakt, že zadavatel může na základě žádosti konstatovat, že požadované podmínky splnili i jednotliví členové skupiny.

25. Klagensævnet for Udbud (odvolací komise v oblasti veřejných zakázek) v předkládacím rozhodnutí předně uvádí, že v dánském právním řádu neexistuje žádné ustanovení, které by zakazovalo, aby po podání nabídek došlo ke změně ve složení skupiny zhotovitelů, která se účastní zadávacího řízení. Uvedený orgán dále připomíná, že Banedanmark v oznámení o zakázce nestanovil minimální kvalitativní podmínky týkající se technických schopností uchazečů a kvalitativní posouzení žádostí měl provést pouze tehdy, pokud by jich bylo více než šest. Za těchto podmínek je podle předkládajícího orgánu třeba mít na základě poskytnutých informací o společnosti Aarsleff za prokázané, že tato společnost by byla předběžně vybrána, i pokud by podala žádost přímo, a nikoliv prostřednictvím skupiny založené se společností Pihl.

26. Klagenævnet for Udbud (odvolací komise v oblasti veřejných zakázek) má nicméně pochybnosti o slučitelnosti zvoleného postupu se zásadou rovného zacházení. Za těchto podmínek se rozhodla přerušit řízení a položit Soudnímu dvoru následující předběžnou otázku:

„Musí být zásada rovného zacházení zakotvená v článku 10 směrnice 2004/17 [...] ve spojení s článkem 51 této směrnice vykládána v tom smyslu, že v takové situaci, jaká nastala v původním řízení, brání tomu, aby zadavatel zadal zakázku uchazeči, který v rámci předběžného výběru nepodal žádost, a nebyl tudíž mezi předběžně vybranými?“

III – Řízení před Soudním dvorem

27. Předkládací rozhodnutí došlo Soudnímu dvoru dne 20. srpna 2014. Vyjádření předložily MTHZ, dánská vláda a Evropská komise, které se rovněž zúčastnily jednání, jež se konalo dne 8. září 2015.

IV – Právní analýza

28. Před zodpovězením předběžné otázky položené předkládajícím soudem je třeba se nejprve věnovat otázce týkající se pravomoci Soudního dvora, kterou vznesla dánská vláda.

A – *K pravomoci Soudního dvora*

29. Dánská vláda se domnívá, že by již Soudní dvůr v rozsudku Unitron Scandinavia a 3-S⁴ uznal, že předkládající orgán v posuzované věci, tj. Klagenævnet for Udbud (odvolací komise v oblasti veřejných zakázek), je „soudem“ ve smyslu článku 267 SFEU, s ohledem na faktory, které Soudní dvůr zohlednil v nedávno vydaném rozsudku TDC⁵, v němž vyvstala otázka, zda má postavení soudu jiná odvolací komise podle dánského práva, a to Teleklagenævnet (odvolací komise v oblasti telekomunikací), je nezbytné objasnit, zda a z jakých důvodů lze takto kvalifikovat Klagenævnet for Udbud (odvolací komisi v oblasti veřejných zakázek).

30. V tomto ohledu je třeba připomenout, že podle ustálené judikatury přihlíží Soudní dvůr při posouzení toho, zda je předkládající orgán „soudem“ ve smyslu článku 267 SFEU, což je otázka, která je upravena výlučně unijním právem, k souboru faktorů, například zda je daný orgán zřízen zákonem, zda se jedná o stálý orgán, zda má obligatorní jurisdikci, zda má řízení před ním kontradiktorní povahu, zda aplikuje právní předpisy a zda je nezávislý⁶.

31. Pokud jde o kritéria související s tím, zda je předkládající orgán zřízen zákonem, zda se jedná o stálý orgán, zda má řízení před ním kontradiktorní povahu a zda aplikuje právní předpisy, ze spisu nevyplývá žádná okolnost, která by povahu Klagenævnet for Udbud (odvolací komise v oblasti veřejných zakázek) jakožto soudu ve smyslu článku 267 SFEU, jak ji uznal Soudní dvůr v rozsudku Unitron Scandinavia a 3-S (C-275/98, EU:C:1999:567), mohla zpochybnit. Na základě informací, které byly Soudnímu dvoru předloženy v rámci tohoto řízení, je ale naproti tomu třeba podrobněji analyzovat kritéria související s obligatorní jurisdikcí a jeho nezávislostí; je přitom třeba podotknout, že právě na základě posledně uvedeného kritéria Soudní dvůr ve výše uvedeném rozsudku TDC (C-222/13, EU:C:2014:2265) odmítl přiznat postavení soudu Teleklagenævnet (odvolací komisi v oblasti telekomunikací).

4 — C-275/98, EU:C:1999:567. Viz zejména bod 15, který odkazuje na body 17 a 18 stanoviska generálního advokáta Albera v téže věci (C-275/98, EU:C:1999:384).

5 — C-222/13, EU:C:2014:2265.

6 — Mimo jiné viz rozsudky Bundesdruckerei (C-549/13, EU:C:2014:2235, bod 21) a TDC (C-222/13, EU:C:2014:2265, bod 27).

32. Zaprvé, pokud jde o obligatorní jurisdikci Klagenævnet for Udbud (odvolací komise v oblasti veřejných zakázek), uvádím pouze to, že okolnost, že pravomoc tohoto orgánu je výlučná jen v období tzv. „standstill“⁷ a alternativou ve vztahu k pravomoci soudů se stává až na konci tohoto období, nemůže podle mého názoru povahu jurisdikce tohoto orgánu zpochybnit.

33. Z judikatury totiž vyplývá, že existence právního prostředku nápravy, který je alternativou soudního prostředku, nutně nevylučuje možnost kvalifikovat orgán, u něhož je tento alternativní prostředek podán, jako „soud členského státu“ ve smyslu článku 267 SFEU, a to pod podmínkou, že je rozhodnutí předkládajícího orgánu závazné – což v projednávaném případě není zpochybňováno⁸ – a daný orgán je zřízen zákonem a jeho pravomoc nezávisí na vůli stran⁹. Nadto je třeba uvést, že jelikož bylo odvolání v původním řízení podáno v období „standstill“, jurisdikce Klagenævnet for Udbud (odvolací komise v oblasti veřejných zakázek) byla v tomto okamžiku obligatorní.

34. Zadruhé, pokud jde o kritérium související s nezávislostí, je třeba připomenout, že pojem „nezávislost“, který je inherentní poslání rozhodovat jako soud, znamená především to, že dotýčný orgán má vlastnost třetí strany v poměru k orgánu, který přijal rozhodnutí, proti němuž byl podán opravný prostředek. Z judikatury vyplývá, že tento pojem zahrnuje vnější aspekt, který předpokládá, že je orgán chráněn před vnějšími zásahy nebo tlaky, které by mohly ohrozit nezávislost rozhodování jeho členů ve sporech, které jim jsou předloženy, a vnitřní aspekt, který souvisí s pojmem „nestrannost“ a týká se rovného odstupu ve vztahu ke stranám sporu a jejich příslušným zájmům s ohledem na předmět sporu. Tyto záruky nezávislosti a nestrannosti vyžadují existenci pravidel, pokud jde zejména o složení orgánu, jmenování, funkční období, jakož i důvody pro zdržení se hlasování, vyloučení pro podjatost a odvolání jeho členů, která umožní rozptýlit jakékoli legitimní pochybnosti jednotlivců, pokud jde o neovlivnitelnost tohoto orgánu ve vztahu k vnějším skutečnostem a jeho neutralitu ve vztahu k zájmům vzájemně se střetávajícím ve věci¹⁰.

35. V rozsudku TDC, kterého se dovolává dánská vláda, Soudní dvůr dospěl k závěru, že Teleklagenævnet (odvolací komise v oblasti telekomunikací) není soudem ve smyslu článku 267 SFEU, jelikož konstatoval, že tento orgán nesplňuje kritérium nezávislosti. Soudní dvůr opřel svůj závěr o dvě skutečnosti. Zaprvé, pokud jde o vnější aspekt nezávislosti, Soudní dvůr uvedl, že zatímco dánská právní úprava stanoví zvláštní záruky při odvolávání soudců obecných soudů, podmínky odvolávání členů Teleklagenævnet (odvolací komise v oblasti telekomunikací) předmětem zvláštní úpravy nejsou, přičemž na případy protiprávního odvolání se uplatní obecná pravidla správního a pracovního práva¹¹. Zadruhé, pokud jde o vnitřní aspekt nezávislosti, Soudní dvůr vyloučil, že by Teleklagenævnet (odvolací komise v oblasti telekomunikací) měla ve vztahu k zájmům, o něž se jedná, postavení třetí strany, a konstatoval, že v případě podání žaloby proti jeho rozhodnutí u obecných soudů má tento subjekt v řízení postavení žalovaného¹².

36. Podle informací, které má Soudní dvůr k dispozici, však v případě Klagenævnet for Udbud (odvolací komise v oblasti veřejných zakázek) žádná z těchto dvou skutečností, které vzal Soudní dvůr do úvahy v rozsudku TDC, není dána.

7 — Viz § 3 odst. 1 a § 5 odst. 1 zákona o zadávání veřejných zakázek.

8 — Podle § 13, § 14 a § 16 až § 18 zákona o zadávání veřejných zakázek může Klagenævnet for Udbud (odvolací komise v oblasti veřejných zakázek) mimo jiné zrušovat nezákonná rozhodnutí nebo zadávací řízení, vydávat příkazy, ukládat finanční sankce, přiznávat odškodnění a zrušovat platnost smluv.

9 — Viz rozsudek Consorci Sanitari del Maresme (C-203/14, EU:C:2015:664, body 22 a 23, jakož i citovanou judikaturu). Viz rovněž úplnou analýzu judikatury o této otázce, která je obsažena ve stanovisku generálního advokáta Jääskinena v téže věci (C-203/14, EU:C:2015:445, body 40 a následující).

10 — Mimo jiné viz rozsudek Wilson (C-506/04, EU:C:2006:587, body 49 až 53 a citovaná judikatura).

11 — Rozsudek TDC (C-222/13, EU:C:2014:2265, body 34 až 36).

12 — Tamtéž (bod 37).

37. Pokud jde zaprvé o vnitřní aspekt nezávislosti, dánská vláda jak ve vyjádření, tak na jednání výslovně tvrdila, že Klagenævnet for Udbud (odvolací komise v oblasti veřejných zakázek) není na rozdíl od Teleklagenævnet (odvolací komise v oblasti telekomunikací) účastnicí řízení o žalobách, kterou jsou podány u obecných soudů proti jejím rozhodnutím. Není tudíž důvod pochybovat o jejím postavení třetí strany ve vztahu k zájmům, o něž se jedná.

38. Zadruhé, pokud jde o vnější aspekt nezávislosti, je třeba uvést, že ze spisu, který má Soudní dvůr k dispozici, vyplývá, že mezi Teleklagenævnet (odvolací komisí v oblasti telekomunikací) a Klagenævnet for Udbud (odvolací komisí v oblasti veřejných zakázek) existují podstatné rozdíly, co se týče jejich složení, záruk proti odvolání jejich členů a jejich fungování.

39. Z relevantních ustanovení zákona o zadávání veřejných zakázek v této souvislosti vyplývá, že Klagenævnet for Udbud (odvolací komise v oblasti veřejných zakázek) – která byla vytvořena kromě jiného za účelem provádění směrnice 89/665/EHS¹³ – se skládá z předsedy a několika místopředsedů (kteří tvoří předsednictvo), jakož i z několika expertních členů; všechny jmenuje ministr pro podnikání a růst (Erhvervs- og vækstministeren) na období maximálně čtyř let¹⁴.

40. Na rozdíl od Teleklagenævnet (odvolací komise v oblasti telekomunikací) ovšem musí být předsednictvo Klagenævnet for Udbud (odvolací komise v oblasti veřejných zakázek) složeno ze soudců obvodních soudů a vrchních oblastních soudů¹⁵. Jak přitom uvedl Soudní dvůr v rozsudku TDC¹⁶, tito soudci požívají zvláštní ochrany proti odvolání. Zdá se, že tato ochrana, která má oporu v článku 64 dánské ústavy, se podle toho, co bylo uvedeno na jednání, vztahuje i na předsednictvo odvolacích komisí.

41. Z analýzy ustanovení zákona navíc vyplývá, že členové předsednictva mohou hrát v rámci rozhodovací činnosti Klagenævnet for Udbud (odvolací komise v oblasti veřejných zakázek) mnohem důležitější roli než expertní členové. Za normálních okolností je totiž tento orgán tvořen členem předsednictva, který jedná jako předseda, a expertním členem. V případě rovnosti hlasů při přijímání rozhodnutí, rozhoduje hlas předsedy¹⁷. Členové předsednictva kromě toho mohou přijímat některá rozhodnutí bez účasti expertních členů¹⁸ a při přijímání rozhodnutí ve věcech, které jsou složitější nebo se týkají principiálních otázek, mají většinový hlas¹⁹.

42. Je pravda, že dánské právo ve vztahu k části členů Klagenævnet for Udbud (odvolací komise v oblasti veřejných zakázek), a sice členů expertních, stejně jako ve vztahu k členům Teleklagenævnet (odvolací komise v oblasti telekomunikací) podle všeho nestanovuje zvláštní pravidla týkající se jejich odvolávání; v případě protiprávního odvolání se uplatní pouze obecná pravidla správního a pracovního práva.

13 — Směrnice Rady ze dne 21. prosince 1989 o koordinaci právních a správních předpisů týkajících se přezkumného řízení při zadávání veřejných zakázek na dodávky a stavební práce (Úř. věst. L 395, s. 33; Zvl. vyd. 06/01, s. 246), v pozměněném znění.

14 — Viz § 9 odst. 1 a 2 první věta zákona o zadávání veřejných zakázek.

15 — Viz § 9 odst. 2 druhá věta zákona o zadávání veřejných zakázek.

16 — Rozsudek TDC (C-222/13, EU:C:2014:2265, bod 35).

17 — Viz § 10 odst. 4 první věta a odst. 5 zákona o zadávání veřejných zakázek. Podle prvně uvedeného ustanovení platí, že projednání konkrétní věci se s výjimkou situace popsané v odstavci 6 tohoto ustanovení účastní člen předsednictva a expertní člen. Podle druhého ustanovení se rozhodnutí Klagenævnet for Udbud (odvolací komise v oblasti veřejných zakázek) přijímají prostou většinou a v případě rovnosti hlasů rozhoduje hlas předsedy.

18 — Viz § 10 odst. 6 zákona o zadávání veřejných zakázek.

19 — Viz § 10 odst. 4 zákona o zadávání veřejných zakázek, podle kterého může předseda Klagenævnet for Udbud (odvolací komise v oblasti veřejných zakázek) ve zvláštních případech rozhodnout o zvýšení počtu členů předsednictva a expertních členů, kteří se podílejí na projednání určité věci. V takovém případě musí počet členů předsednictva odpovídat počtu expertních členů. Z tohoto ustanovení, jež se používá ve věcech, které jsou složitější nebo se týkají principiálních otázek, vyplývá, že i v těchto typech obzvláště důležitých věcí bude Klagenævnet for Udbud (odvolací komise v oblasti veřejných zakázek) složena ze stejného počtu členů předsednictva a expertních členů, což znamená, že členové předsednictva budou mít při přijímání rozhodnutí – vzhledem k tomu, že hlas předsedy je rozhodující – většinový hlas.

43. V tomto ohledu však musím poznamenat, že ačkoli je pravda, že Soudní dvůr v některých rozhodnutích konstatoval, že k tomu, aby mohla být považována za splněnou podmínka nezávislosti předkládajícího orgánu, judikatura vyžaduje zejména to, aby byly výslovnými ustanoveními právních předpisů upraveny případy odvolávání členů tohoto orgánu²⁰, je nutno uvést, že v těchto věcech představovalo konstatování neexistence takových pravidel kritérium, které bylo dozajista velmi důležité, avšak bylo pouze součástí celkové analýzy²¹ faktorů, které charakterizují dotyčný předkládající orgán. Právě na základě celkové analýzy všech těchto faktorů Soudní dvůr v uvedených věcech odmítl dotyčným orgánům přiznat postavení soudu²². V některých případech, týkajících se zejména vnitrostátních soudů, které se zabývají žalobami v oblasti zadávání veřejných zakázek podle směrnice 89/665, Soudní dvůr ostatně postavení soudu předkládajícímu orgánu přiznal, aniž si položil otázku, zda taková pravidla existují²³.

44. V projednávaném případě je třeba uvést, že nejenže se na velkou část členů Klagenævnet for Udbud (odvolací komise v oblasti veřejných zakázek), a zejména na členy, kteří hrají významnější roli v rámci rozhodovací činnosti, vztahuje zvláštní záruka proti odvolání, a to záruka ústavní, ale rovněž ze spisu vyplývá, že nezávislost tohoto orgánu ve vztahu k případným neoprávněným tlakům nebo zásahům z vnějšku posilují i jiné faktory. Klagenævnet for Udbud (odvolací komise v oblasti veřejných zakázek) tak má ve vztahu k orgánu, který přijal rozhodnutí, jež je předmětem odvolání v původním řízení, postavení třetí strany²⁴. Zejména nemá žádnou funkční vazbu na Erhvervsstyrelsen (dánský úřad pro podnikání), který jí dává k dispozici sekretariát, ani na veřejné zadavatele, jejichž akty jsou u ní napadeny²⁵. Klagenævnet for Udbud (odvolací komise v oblasti veřejných zakázek) kromě toho plní své funkce zcela samostatně, aniž je na kohokoli hierarchicky vázána či komukoli podřízena, a od nikoho nepřijímá příkazy či pokyny²⁶. Všichni její členové jsou povinni své funkce vykonávat nezávisle²⁷. Navíc vzhledem k tomu, že Klagenævnet for Udbud (odvolací komise v oblasti veřejných zakázek) může mimo jiné konstatovat protiprávnost nezákonných rozhodnutí nebo zadávacích řízení, jakož i vydávat v souvislosti se zadávacími řízeními příkazy, plní v podstatě funkci soudu²⁸.

45. Nakonec je třeba připomenout, že Soudní dvůr již v souvislosti s posuzováním právního postavení vnitrostátních orgánů uvedených ve směrnici 89/665, které jsou příslušné k přezkumu v oblasti zadávání veřejných zakázek, potvrdil, že povahu „soudu“ ve smyslu článku 267 SFEU má několik dalších vnitrostátních orgánů, které jsou v podstatě srovnatelné s předkládajícím orgánem v posuzované věci²⁹.

46. S ohledem na všechny tyto úvahy podle mého názoru není namístě zpochybňovat závěr, který Soudní dvůr vyvodil v rozsudku Unitron Scandinavia a 3-S, podle něhož má Klagenævnet for Udbud (odvolací komise v oblasti veřejných zakázek) postavení „soudu“ ve smyslu článku 267 SFEU.

20 — Usnesení Pilato (C-109/07, EU:C:2008:274, bod 24 *in fine*) a rozsudek TDC (C-222/13, EU:C:2014:2265, bod 32).

21 — Viz rozsudek Syfait a další (C-53/03, EU:C:2005:333, bod 37).

22 — Viz analýzu Soudního dvora v rozsudcích Schmid (C-516/99, EU:C:2002:313, body 37 až 43); Syfait a další (C-53/03, EU:C:2005:333, body 30 až 37) a usnesení Pilato (C-109/07, EU:C:2008:274, body 25 až 30). Viz rovněž rozsudek TDC (C-222/13, EU:C:2014:2265), v němž Soudní dvůr odmítl uznat nezávislost Teleklagenævnet (odvolací komise v oblasti telekomunikací) na základě dvou skutečností – jedna souvisela s vnitřním aspektem a druhá s vnějším aspektem (viz bod 35 tohoto stanoviska).

23 — Viz zejména rozsudek HI (C-92/00, EU:C:2002:379, body 24 až 28).

24 — Viz rozsudek Consorci Sanitari del Maresme (C-203/14, EU:C:2015:664, bod 19 a citovaná judikatura).

25 — Viz a *contrario* rozsudek Schmid (C-516/99, EU:C:2002:313, body 37 až 40).

26 — Viz rozsudek Consorci Sanitari del Maresme (C-203/14, EU:C:2015:664, bod 19 a citovaná judikatura).

27 — Viz § 1 odst. 4 vyhlášky č. 887 ze dne 11. srpna 2011 o odvolací komisi v oblasti veřejných zakázek. K relevanci této skutečnosti viz rozsudek Dorsch Consult (C-54/96, EU:C:1997:413, bod 35).

28 — Viz rozsudek Dorsch Consult (C-54/96, EU:C:1997:413, bod 37).

29 — Viz rozsudek Consorci Sanitari del Maresme (C-203/14, EU:C:2015:664, bod 26 a citovaná judikatura).

B – K předběžné otázce

47. Předkládající soud se svou předběžnou otázkou táže, zda musí být zásada rovného zacházení zakotvená v článku 10 směrnice 2004/17 ve spojení s článkem 51 této směrnice vykládána v tom smyslu, že v takové situaci, jaká nastala v původním řízení, brání tomu, aby zadavatel zadal zakázku uchazeči, který v rámci předběžného výběru nepodal přihlášku, a nebyl tudíž předběžně vybrán.

48. Předběžná otázka souvisí s těmito skutkovými okolnostmi: skupina dvou podniků, která byla založena ve formě obchodní společnosti a byla předběžně vybrána v zadávacím řízení, se rozpadla v důsledku úpadku jednoho z jejích členů a veřejný zadavatel povolil zbývajícím členům, aby se nadále účastnili řízení namísto skupiny, a nakonec mu zakázku zadal, a to nehledě na okolnost, že tento člen nebyl jako takový mezi předběžně vybranými. Právě taková je situace, na niž odkazuje předkládající soud ve své předběžné otázce.

49. Předběžná otázka se tedy v podstatě týká toho, zda veřejný zadavatel může s ohledem na zásadu rovného zacházení povolit členovi skupiny hospodářských subjektů, který nebyl sám předběžně vybrán, aby v průběhu zadávacího řízení nastoupil na místo skupiny.

1. K použitelnému právnímu rámci

50. Nejprve je třeba uvést, že směrnice 2004/17 neobsahuje žádné konkrétní pravidlo, které by se týkalo změn ve složení skupiny hospodářských subjektů.

51. Jediné ustanovení této směrnice, které se týká skupin hospodářských subjektů, je čl. 11 odst. 2³⁰, jež však neupravuje jejich přeměnu v průběhu zadávacího řízení. Jelikož tedy směrnice neobsahuje žádné ustanovení, které by upravovalo takové přeměny, je třeba dovodit, že jejich právní úprava spadá do pravomoci členských států³¹. Za těchto podmínek přísluší stanovení relevantních pravidel podle okolností vnitrostátnímu zákonodárci – v rovině obecné – či veřejnému zadavateli – v rovině zvláštní³².

52. K tomu je ještě třeba uvést, že v rozsudku *Makedoniko Metro a Michaniki*³³ Soudní dvůr rozhodl, že směrnice 93/37 o zadávání veřejných zakázek na stavební práce³⁴ nebrání vnitrostátní právní úpravě, která zakazuje, aby po podání nabídek došlo ke změně ve složení skupiny zhotovitelů, jež se účastní zadávacího řízení.

53. V projednávaném případě nicméně z předkládacího usnesení vyplývá jednak to, že dánská právní úprava nestanoví zvláštní pravidla pro změny ve složení skupin hospodářských subjektů, a jednak to, že zvláštní pravidla v tomto směru nestanovil v oznámení o zakázce ani veřejný zadavatel.

54. Za těchto podmínek se budou na otázku přípustnosti změn ve složení skupin hospodářských subjektů v průběhu zadávacího řízení vztahovat obecné právní zásady, které jsou součástí unijního právního řádu, zejména zásada rovného zacházení a transparentnosti zakotvená v článku 10 směrnice 2004/17, a tato přípustnost bude podmíněna dodržováním uvedených zásad.

30 — Viz bod 7 tohoto stanoviska. Tento článek je v podstatě převzat do čl. 37 odst. 2 a 3 směrnice 2014/25.

31 — Ve vztahu ke směrnici Rady 93/37/EHS ze dne 14. června 1993 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce (Úř. věst. L 199, s. 54; Zvl. vyd. 06/02, s. 163) viz obdobně rozsudek *Makedoniko Metro a Michaniki* (C-57/01, EU:C:2003:47, bod 61).

32 — Při přijímání těchto pravidel musí zákonodárci a veřejný zadavatel vždy dodržovat obecné právní zásady. V tomto ohledu viz bod 9 odůvodnění směrnice 2004/17 a ještě jednoznačněji bod 2 odůvodnění směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/18 ze dne 31. března 2004 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, dodávky a služby (Úř. věst. L 134, s. 114; Zvl. vyd. 06/07, s. 132). Rovněž viz bod 2 odůvodnění směrnice 2014/25.

33 — C-57/01, EU:C:2003:47, body 61 a 63.

34 — Viz poznámku pod čarou 31.

2. K zásadě rovného zacházení v rámci zadávacích řízení

55. Podle ustálené judikatury platí, že zásada rovného zacházení vyžaduje, aby se srovnatelnými situacemi nebylo zacházeno odlišně a s odlišnými situacemi stejně, není-li takové zacházení objektivně odůvodněno³⁵.

56. Soudní dvůr opakovaně prohlásil, že zásada rovného zacházení s uchazeči a povinnost veřejných zadavatelů zajistit její dodržování odpovídají podstatě unijních právních předpisů v oblasti veřejných zakázek³⁶.

57. Zásada rovného zacházení s uchazeči, jejímž cílem je přispívat k podpoře rozvoje zdravé a účinné soutěže mezi podniky, které se účastní řízení o zadání veřejné zakázky, ukládá, aby všichni uchazeči měli při vypracování svých nabídek stejné příležitosti, a tedy aby nabídky všech soutěžitelů podléhaly stejným podmínkám³⁷. Tato zásada znamená, že uchazeči musejí mít rovné postavení *po celou dobu* zadávacího řízení, a to zejména při sestavování svých nabídek i při posuzování těchto nabídek zadavatelem³⁸.

58. Je pravda, že Soudní dvůr rozhodl, že jedním z cílů pravidel v oblasti veřejných zakázek je otevření se co nejširší možné hospodářské soutěži a že je v zájmu unijního práva zajistit co možná největší účast uchazečů na zadávacím řízení³⁹ a že o toto otevření je usilováno nejen v zájmu Unie v oblasti volného pohybu zboží a služeb, ale rovněž ve vlastním zájmu příslušného veřejného zadavatele, který tak bude mít větší výběr, pokud jde o nejvýhodnější nabídku a nabídku, která nejlépe vyhovuje potřebám dotyčné veřejnoprávní korporace⁴⁰.

59. V oblasti veřejných zakázek nicméně musí být zohledněny jak snaha o zajištění účinné hospodářské soutěže, tak dodržování zásady rovnosti mezi uchazeči. I když Soudní dvůr v této souvislosti konstatoval, že uplatňování zásady rovného zacházení v řízeních o zadání veřejné zakázky není cílem samo o sobě, ale musí být chápáno z pohledu cílů, k jejichž sledování přispívá⁴¹, realizovat a plnit cíl spočívající v podpoře otevření se co nejširší možné hospodářské soutěži lze pouze tehdy, pokud jsou hospodářské subjekty, které se účastní zadávání veřejné zakázky, schopny tak činit za rovných podmínek, bez jakéhokoliv náznaku diskriminace⁴². Vzhledem k tomu, že je podpora účinné hospodářské soutěže součástí širšího cíle podpory hospodářské soutěže, která musí být předně zdravá, a pak až účinná, je její prosazování nutně omezeno dodržováním zásady rovného zacházení s uchazeči⁴³.

35 — Mimo jiné viz rozsudky *Fabricom* (C-21/03 a C-34/03, EU:C:2005:127, bod 27 a citovaná judikatura) a *Manova* (C-336/12, EU:C:2013:647, bod 30).

36 — V tomto smyslu viz rozsudky *Fabricom* (C-21/03 a C-34/03, EU:C:2005:127, bod 26) a *Michaniki* (C-213/07, EU:C:2008:731, bod 45 a citovaná judikatura).

37 — V tomto smyslu viz rozsudky *Komise v. CAS Succhi di Frutta* (C-496/99 P, EU:C:2004:236, bod 110) a *eVigilo* (C-538/13, EU:C:2015:166, bod 33).

38 — V tomto smyslu viz rozsudky *SIAC Construction* (C-19/00, EU:C:2001:553, body 33 a 34); *Michaniki* (C-213/07, EU:C:2008:731, bod 45 a citovaná judikatura) a usnesení *Vivaio dei Molini Azienda Agricola Porro Savoldi* (C-502/11, EU:C:2012:613, bod 38). Zdůrazněno autorem tohoto stanoviska.

39 — V tomto smyslu viz rozsudky *Assitur* (C-538/07, EU:C:2009:317, bod 26) a *CoNISMa* (C-305/08, EU:C:2009:807, bod 37).

40 — Rozsudek *CoNISMa* (C-305/08, EU:C:2009:807, bod 37). V případě vyjednávacích řízení je ostatně požadavek „přiměřené“ hospodářské soutěže výslovně zdůrazněn v čl. 54 odst. 3 směrnice 2004/17, který je uveden v bodě 9 tohoto stanoviska.

41 — V tomto smyslu viz rozsudek *Manova* (C-336/12, EU:C:2013:647, bod 29).

42 — Viz stanovisko generálního advokáta Légera ve spojených věcech *Fabricom* (C-21/03 a C-34/03, EU:C:2004:709, bod 22), jakož i stanovisko generálního advokáta Poiaraes Madura ve věci *Michaniki* (C-213/07, EU:C:2008:544, bod 23).

43 — V tomto smyslu viz stanovisko generálního advokáta Poiaraes Madura ve spojených věcech *La Cascina a další* (C-226/04 a C-228/04, EU:C:2005:524, bod 26).

60. V tomto ohledu je třeba ještě uvést, že jak zdůraznili někteří zúčastnění, zásada rovného zacházení s uchazeči může hrát zásadní roli před zadáním zakázky, kdy si jednotliví uchazeči navzájem konkurují. Jakmile je zakázka zadána, předmětem zájmu se naproti tomu stává její plnění. Za této situace na základě událostí, jako je přeměna skupiny, jíž byla zakázka zadána, v zásadě nevystávají problémy, které by se týkaly rovného zacházení s uchazeči, nýbrž spíše problémy týkající se případné změny základních podmínek dotyčné zakázky⁴⁴ či ohrožení jejího řádné plnění⁴⁵.

61. Právě s ohledem na tyto zásady je třeba analyzovat omezení – která nastavuje zásada rovného zacházení v takovém případě, o jaký se jedná v posuzované věci – možnosti veřejného zadavatele povolit před zadáním zakázky hospodářskému subjektu, který původně nebyl předběžně vybrán, aby nastoupil na místo jiného subjektu, a to zejména skupiny, která byla předběžně vybrána a jejíž byl součástí.

3. K možnosti povolit hospodářskému subjektu, který nebyl předběžně vybrán, aby v zadávacím řízení nastoupil na místo jiného subjektu

62. Vše nasvědčuje tomu, že se zúčastnění v zásadě shodují na tom, že v zadávacích řízeních s předběžním výběrem mohou podat nabídky pouze ti uchazeči, kteří byli předběžně vybráni, a pouze těm tedy může být zadána zakázka.

63. S tímto přístupem, který se – jak správně zdůraznila MTHZ – opírá o právní základ výslovně stanovený v čl. 51 odst. 3 směrnice 2004/17, souhlasím. Vzhledem k tomu, že toto ustanovení stanoví, že veřejní zadavatelé „ověřují soulad [...] nabídek [podaných uchazeči], *kte[r]í jsou takto vybrán[i]*“, vyžaduje, aby byly předběžně vybrané subjekty a subjekty, které podávají nabídky, totožné⁴⁶. Mezi předběžně vybraným hospodářským subjektem a subjektem, který podává nabídku a jemuž může být případně zadána zakázka, tedy musí v zásadě existovat právní a materiální totožnost.

64. V tomto ohledu je třeba uvést, že ačkoli Komise tvrdila na jednání opak, podle mého názoru v projednávaném případě není pochyb o tom, že mezi skupinou založenou v podobě I/S a společností Aarsleff neexistuje právní ani materiální totožnost. Ačkoli byla společnost Aarsleff jedním ze společníků I/S, je totiž nepochybné, že jde o právnickou osobu, která je materiálně i právně odlišná od skupiny, jejíž byla součástí.

65. Po tomto objasnění je třeba si položit otázku, zda lze – s ohledem na zásadu rovného zacházení, jak je vyložena v bodech 55 až 59 tohoto stanoviska – ze zásady povinné totožnosti předběžně vybraného uchazeče a uchazeče, který podává nabídku, připustit výjimky, a to zejména za takových okolností, jaké nastaly ve sporu v původním řízení.

66. Podle mého názoru přitom uvedená zásada nemůže mít absolutní dosah a být bezvýjimečná. Domnívám se, že se lze setkat s případy, byť ojedinělými, ve kterých by měla být změna totožnosti uchazeče v průběhu řízení připuštěna, a to zejména s ohledem na požadavek zachování co nejširšího možného otevření se hospodářské soutěži v rámci zadávacího řízení.

44 — Viz rozsudek Pressetext Nachrichtenagentur (C-454/06, EU:C:2008:351, body 40 a následující).

45 — V tomto ohledu je třeba uvést, že směrnice 2014/25 v čl. 89 odst. 1 písm. d) bodu ii) výslovně upravuje případ změny dodavatele po zadání zakázky. Podle tohoto ustanovení není nutné zahájit nové zadávací řízení, zejména pokud nový dodavatel nahrazuje dodavatele, jemuž zadavatel původně zakázku zadal, v důsledku „univerzálního nebo singulárního právního nástupnictví, kdy do postavení původního dodavatele v důsledku restrukturalizace, včetně převzetí, fúzí, akvizic nebo úpadku, vstupuje jiný hospodářský subjekt, který splňuje původně stanovená kvalifikační kritéria pro výběr, pokud tento krok nepřináší další podstatné změny smlouvy na zakázku a jeho cílem není obeat uplatňování [...] směrnice“.

46 — V rámci právní úpravy jednacího řízení s předchozí výzvou k účasti v soutěži je čl. 47 odst. 2 nové směrnice 2014/25 v tomto směru ještě jednoznačnější, jelikož stanoví, že „jednání se mohou zúčastnit jen ty hospodářské subjekty, které k tomu byly zadavatelem vyzvány na základě posouzení předložených informací“.

67. Jak jsem nicméně uvedl v bodě 59 tohoto stanoviska, vzhledem k tomu, že takový požadavek je omezen dodržováním zásady rovného zacházení, veřejný zadavatel nemůže diskriminovat uchazeče tím, že svůj postup odůvodní požadavkem maximálního otevření zadávacího řízení hospodářské soutěži. Případné výjimky ze zásady totožnosti předběžně vybraného uchazeče a uchazeče, který podává nabídku – na které se jakožto na výjimky ze zásady obecného dosahu ostatně uplatní restriktivní přístup⁴⁷ – jsou absolutně omezeny dodržováním zásady rovného zacházení s uchazeči.

68. Poté, co jsme identifikovali tyto zásady, je třeba položit si otázku, jaký konkrétní přístup nejlépe umožňuje dostat požadavkům – které, jak se zdá, mohou být v takovém případě, o jaký jde v původním řízení, sporné – jež plynou z důsledného dodržování zásady rovnosti příležitostí uchazečů a maximálního otevření se hospodářské soutěži.

69. Každý ze zúčastněných navrhuje odlišný přístup.

70. Z důvodů, které jsem právě vyložil v bodě 66 tohoto stanoviska, se předně domnívám, že by měl být vyloučen přístup, ke kterému se patrně přiklání MTHZ a podle něhož u zásady totožnosti předběžně vybraného subjektu a subjektu, který podává nabídku, nesmí existovat žádné výjimky.

71. Pokud jde o Komisi, ta se v podstatě domnívá, že pokud subjekt, který nebyl předběžně vybrán – v projednávaném případě zejména zbývající člen skupiny – splnil podmínky zadávací dokumentace, zásada rovného zacházení nebrání tomu, aby mu veřejný zadavatel povolil pokračovat v řízení. Takové řešení nicméně nemůže zabezpečit, že bude důsledně dodržen požadavek rovnosti příležitostí uchazečů.

72. Okolnost, že nový subjekt dodržuje pravidla zadávací dokumentace⁴⁸, nepochybně představuje nezbytnou podmínku toho, aby nedocházelo k diskriminaci uchazečů. Pouze tato okolnost jako taková však nemůže zaručit, že nový subjekt, kterému je povoleno se účastnit zadávacího řízení později než ostatním uchazečům, nezíská v okamžiku, kdy opětovně vstupuje do řízení, konkurenční výhody. Tyto výhody mohou spočívat například ve znalosti informací, které ostatní uchazeči neměli k dispozici⁴⁹, když se rozhodli se zadávacího řízení zúčastnit⁵⁰.

73. Dánská vláda se domnívá, že v takovém případě, o jaký jde v posuzované věci, zásada rovného zacházení nebrání tomu, aby veřejný zadavatel změny totožnosti uchazeče v období mezi předběžným výběrem a zadáním zakázky mohl připustit, jsou-li splněny dvě podmínky. Zaprvé nadále existující část uchazeče, jehož totožnost byla pozměněna, musí sama o sobě splňovat požadavky způsobilosti stanovené pro předběžný výběr a zadruhé změna totožnosti uchazeče nesmí mít vliv na okruh předběžně vybraných zájemců v tom smyslu, že i kdyby se nadále existující část uchazeče od začátku účastnila předběžného výběru v nové formě, předběžně vybraní zájemci by byli stále stejní.

74. Domnívám se však, že ani toto řešení není uspokojivé. První podmínka totiž podle mě v podstatě odpovídá podmínce, kterou vyžaduje řešení navržené Komisí. Co se týče druhé podmínky, nemyslím si, že by pro účely zajištění důsledného dodržování zásady rovnosti příležitostí uchazečů stačovalo, aby změna subjektu neměla vliv na okruh předběžně vybraných zájemců. Z týchž důvodů, jaké jsou uvedeny v bodě 72 tohoto stanoviska, se totiž domnívám, že k dodržování požadavku rovnosti příležitostí uchazečů nepostačuje, že nebyl žádný subjekt z řízení neoprávněně vyloučen ani že nebyla neoprávněně připuštěna jeho účast.

47 — V tomto smyslu viz rozsudky *Honyvem Informazioni Commerciali* (C-465/04, EU:C:2006:199, bod 24), jakož i *Pfeiffer a další* (C-397/01 až C-403/01, EU:C:2004:584, bod 52 a citovaná judikatura).

48 — Není ostatně jasné, zda by podle tohoto návrhu musel nový subjekt splňovat podmínky zadávací dokumentace v okamžiku, kdy došlo k přeměně, nebo zda by je musel splňovat v okamžiku, kdy byli předběžně vybráni všichni ostatní uchazeči.

49 — Viz rozsudek *Fabricom* (C-21/03 a C-34/03, EU:C:2005:127, bod 29), v němž Soudní dvůr zohlednil případné konkurenční výhody vzhledem k informacím, jež mohl uchazeč získat o dotyčné veřejné zakázce.

50 — Je třeba ostatně uvést, že sama Komise ve svém vyjádření připouští, že kritérium, které navrhuje, nemůže ve všech případech zajistit, aby nevzniklo nebezpečí narušení hospodářské soutěže.

75. Neexistují-li pravidla, která by předem výslovně stanovil zákonodárce či veřejný zadavatel, je podle mého názoru vhodné, aby zadavatel provedl případ od případu a na základě všech informací o skutkovém stavu, které má k dispozici, konkrétní analýzu a ověřil tak, zda předmětná změna subjektu povede k tomu, že uchazeči nebudou mít v průběhu zadávacího řízení, zejména – ale nejen – při vypracovávání svých nabídek, rovné postavení. Na základě této analýzy se zejména ověří, zda tím, že uvedená změna narušila konkurenční proces, poskytla novému uchazeči konkurenční výhodu.

76. *In abstracto* přitom připadá v úvahu vícero případů změny subjektu, v této souvislosti ale není nutné je analyzovat. Uvedu pouze to, že v případě, kdy má změna totožnosti subjektu výlučně formální, a nikoliv materiální význam, jelikož například spočívá výlučně ve změně formy nebo ve vnitřní reorganizaci, která nemá podstatné dopady⁵¹, je nepravděpodobné, že by taková změna mohla vyvolat situaci nerovných příležitostí.

77. Taková situace, o jakou jde v původním řízení, v níž se skupina založená v právní formě právnické osoby odlišné od hospodářských subjektů, které jsou její součástí, rozpadne a v řízení je nahrazena zbývajícím členem skupiny, však podle mého názoru nepředstavuje případ změny totožnosti subjektu, která by měla výlučně formální, a nikoliv materiální význam.

78. Za těchto podmínek se domnívám, že je na předkládajícím soudu, aby na základě informací o skutkovém stavu, které má k dispozici, konkrétně zjistil, zda v projednávaném případě došlo rozhodnutím Banedanmark k porušení zásady rovného zacházení s jednotlivými uchazeči, kteří se účastnili řízení, a zejména zda společnost Aarsleff získala v okamžiku, kdy jí bylo povoleno, aby v řízení nahradila I/S, ve vztahu k ostatním uchazečům konkurenční výhodu.

79. Na základě informací, které má Soudní dvůr k dispozici ve spisu, se v tomto ohledu omezím na následující úvahy.

80. Předkládající soud předně zdůrazňuje, že je nutno považovat za prokázanou skutečnost, že pokud by společnost Aarsleff podala žádost přímo namísto jejího podání prostřednictvím rozpadlé skupiny, byla by i tak předběžně vybrána. Podle mého názoru nicméně tato okolnost nevylučuje, že v projednávaném případě může dojít k porušení zásady rovného zacházení. Rozhodující otázkou v posuzované věci není (pouze) to, zda by společnost Aarsleff mohla, či nemohla být hypoteticky sama předběžně vybrána, ale to, zda s ní bylo v okamžiku, kdy jí bylo povoleno, aby se sama účastnila řízení, aniž byla předtím předběžně vybrána, zacházeno odlišně, což jí přineslo konkurenční výhodu.

81. Vše dále nasvědčuje tomu, že se společnost Aarsleff mohla rozhodnout, že se bude zadávacího řízení účastnit sama, na základě informací, které ostatní uchazeči v okamžiku, kdy se rozhodli jej zúčastnit, k dispozici neměli⁵². MTHZ zejména namítla, že pokud bylo společnosti Aarsleff po prohlášení úpadku společnosti Pihl, a tedy po rozpadu skupiny umožněno, aby takové rozhodnutí přijala, mohl jí být jednak znám přesný počet podniků, které se účastnily tohoto řízení a předložily nabídky, a jednak věděla, že nabídka předložená skupinou, jejíž součástí byla společnost Aarsleff, byla vyhodnocena jako druhá nejlepší nabídka. Za všech těchto okolností je kromě toho třeba rovněž dodat, že společnost Aarsleff měla po prohlášení úpadku společnosti Pihl možnost převzít více než 50 zaměstnanců této společnosti, včetně osob, které měly pro realizaci projektu, kterého se týkalo zadávací řízení, klíčovou úlohu⁵³.

51 — Obdobně viz rozsudek *Pressetext Nachrichtenagentur* (C-454/06, EU:C:2008:351, body 43 až 45).

52 — V tomto ohledu viz poznámku pod čarou 49 tohoto stanoviska.

53 — V tomto ohledu je třeba uvést, že ze sdělení, které zaslal Banedanmark ostatním uchazečům (zmiňovaného v bodě 20 tohoto stanoviska), vyplývá, že tuto okolnost zohlednil, když se rozhodl povolit společnosti Aarsleff, aby nastoupila na místo již rozpadlé skupiny.

82. V situaci, kdy se dva hospodářské subjekty rozhodnou před zahájením zadávacího řízení vytvořit skupinu, jejímž výlučným cílem je účast na tomto řízení, přitom lze usuzovat, že tyto dva subjekty přijaly po vyhodnocení účelnosti a rizik tohoto projektu obchodní rozhodnutí se zadávacího řízení zúčastnit společně a sdílet z něj plynoucí přínosy i rizika. Za těchto podmínek je třeba konkrétně analyzovat, zda možnost změnit toto obchodní rozhodnutí v pozdější fázi řízení – kdy ohledně průběhu řízení panuje menší nejistota – která je dána některému z uvedených dvou subjektů tím, že je mu povoleno, aby se řízení účastnil sám, nevede k odlišnému zacházení s ostatními uchazeči a nepřináší s sebou konkurenční výhodu. Je třeba ověřit, zda bylo takové pozdější obchodní rozhodnutí skutečně přijato na základě jiných informací, než které měli k dispozici ostatní uchazeči, když přijali rozhodnutí zúčastnit se řízení v určité formě nebo složení, aniž následně měli možnost ho změnit.

V – Závěry

83. Na základě výše uvedených úvah navrhuji Soudnímu dvoru, aby na předběžnou otázku formulovanou Klagensævnet for Udbud (odvolací komisí v oblasti veřejných zakázek) odpověděl následujícím způsobem:

- „1) Článek 51 odst. 3 směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/17/ES ze dne 31. března 2004 o koordinaci postupů při zadávání zakázek subjekty působícími v odvětví vodního hospodářství, energetiky, dopravy a poštovních služeb musí být vykládán v tom smyslu, že mezi hospodářským subjektem, který byl předběžně vybrán v rámci zadávacího řízení s předběžným výběrem, a hospodářským subjektem, který podává nabídku v rámci téhož řízení, musí v zásadě existovat právní a materiální totožnost.
- 2) V takové situaci, jaká nastala v původním řízení, kdy dva hospodářské subjekty založily za účelem účasti na zadávacím řízení skupinu ve formě obchodní společnosti a proti jednomu z nich bylo po předběžném výběru skupiny, ale před zadáním zakázky zahájeno insolvenční řízení, takže se skupina rozpadla, musí být článek 10 směrnice 2004/17 vykládán v tom smyslu, že je na veřejném zadavateli, aby na základě konkrétní analýzy vycházející ze všech informací o skutkových okolnostech, které má k dispozici, ověřil, zda případné rozhodnutí povolit zbývajícím členovi skupiny, který původně nebyl předběžně vybrán, aby se nadále účastnil řízení namísto skupiny, povede k tomu, že uchazeči nebudou mít v průběhu řízení, zejména při vypracovávání svých nabídek, rovné příležitosti. Konkrétně se o takový případ bude jednat, pokud zbývajícím člen skupiny mohl přijmout rozhodnutí v rámci zadávacího řízení na základě informací, které ostatní uchazeči v okamžiku, kdy museli přijmout totéž rozhodnutí, k dispozici neměli a pokud měl možnost získat po zahájení řízení klíčové informace pro realizaci projektu, které v okamžiku, kdy měl být předběžně vybrán, k dispozici neměl.“