

Věc C-737/22

**Žádost o rozhodnutí o předběžné otázce**

**Datum doručení:**

1. prosince 2022

**Předkládající soud:**

Østre Landsret (Dánsko)

**Datum předkládacího rozhodnutí:**

11. listopadu 2022

**Žalobkyně:**

Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S

**Žalovaná:**

BibMedia A/S

[...]

---

**ØSTRE LANDSRET**

(odvolací soud pro východní oblast, Dánsko)

**USNESENÍ**

**ze dne 11. listopadu 2022**

[...]

**Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S**

[...]

proti

**BibMedia A/S**

- 1 [...] Řízení v projednávané věci bylo zahájeno žalobkyní Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S (služba zajišťující pro dánský stát a obce zadávání veřejných zakázek, dále jen „SKI“) proti společnosti Audio Visionary Music A/S (dále jen „AVM“) a týká se zákonnosti zadávacího řízení vedeného SKI na rámcovou

dohodu o dodávkách knihovních materiálů a poskytování s tím souvisejících přípravných služeb.

- 2 Østre Landsret (odvolací soud pro východní oblast, Dánsko) se v souladu s čl. 267 odst. 2 Smlouvy o fungování Evropské unie (SFEU) rozhodl předložit Soudnímu dvoru Evropské unie (dále jen „Soudní dvůr“) žádost o rozhodnutí o předběžné otázce ohledně výkladu zákazu jednání, který lze dovodit z judikatury Soudního dvora týkající se základních zásad rovného zacházení a transparentnosti, jak jsou vyjádřeny v čl. 18 odst. 1 směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU ze dne 26. února 2014 o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/ES (dále jen „směrnice o zadávání veřejných zakázek“). Dále je Soudní dvůr žádán o vyjádření k problematice toho, zda má na rozsah zákazu jednání vliv skutečnost, že se v projednávané věci jedná o otevřené řízení rozdělené na jednotlivé části (viz články 27 a 46 směrnice o zadávání veřejných zakázek).

### OKOLNOSTI A PRŮBĚH ŘÍZENÍ VE VĚCI

- 3 Žalobkyně, SKI, je ústřední orgán zajišťující zadávání veřejných zakázek, který je ve vlastnictví dánského státu a Kommunernes Landsforening, což je sdružení a zájmová organizace dánských obcí. SKI byla založena za účelem racionalizace a profesionalizace zadávání veřejných zakázek, a to i prostřednictvím koncipování, zadávání a realizace rámcových dohod jménem zákazníků SKI (státních a obecních zadavatelů).
- 4 V době vedení dotčeného zadávacího řízení působila AVM jako poskytovatel přípravných služeb pro knihovní materiály na příslušném trhu. S účinností od 1. března 2021 se stala majitelem všech akcií společnosti AVM společnost BibMedia A/S. AVM následně zanikla fúzí se společností BibMedia A/S, a ta je tak účastnicí řízení v projednávané věci.
- 5 Dne 4. února 2020 zahájila SKI zadávací řízení na rámcovou dohodu č. 50.05 na knihovní materiály týkající se dodávek knihovních materiálů a poskytování přípravných služeb. Tato rámcová dohoda je rozdělena na osm částí a její celková odhadovaná hodnota se pohybuje mezi 748 mil. DKK a 1,021 mld. DKK. Části této veřejné zakázky, které jsou v projednávané věci relevantní, jsou „část 1: dánské knihy a hudebniny (východ)“ s odhadovanou hodnotou 253 mil. DKK a „část 2: dánské knihy a hudebniny (západ)“ s odhadovanou hodnotou 475 mil. DKK.
- 6 Ve všech částech této veřejné zakázky šlo o uzavření rámcové dohody s jediným dodavatelem, přičemž kritériem pro zadání zakázky byla nejnižší cena. Nabídky obsahovaly informace o určitých základních údajích týkajících se daného uchazeče, vyplněné jednotné evropské osvědčení pro veřejné zakázky (dále jen „jednotné osvědčení“) a vyhotovený seznam nabídek s uvedením cen poměrně skromného počtu produktových řad pro každou jednotlivou část veřejné zakázky.

- 7 Při zveřejnění zadávací dokumentace byly v bodu 3.1 specifikací uvedeny následující informace týkající se modelu použitého pro zadání částí 1 a 2 veřejné zakázky:

*„Části 1 a 2 veřejné zakázky jsou vzájemně závislé (viz bod 3.1.1), přičemž pokud uchazeč podá nabídku pro jednu z těchto částí, budou nabídky automaticky podány pro obě tyto části. Z tohoto pravidla nejsou připuštěny žádné výjimky, a není tedy možné podat nabídku pouze pro jednu z uvedených dvou částí veřejné zakázky týkajících se dánských knih a hudebnin.*

*Kromě výše uvedeného nejsou stanovena žádná omezení ohledně počtu částí veřejné zakázky, pro které by uchazeč měl či mohl předkládat nabídky.*

*SKI očekává, že zadá veřejnou zakázku jednomu dodavateli pro každou jednotlivou část veřejné zakázky. Těmtož dodavateli lze zadat několik částí veřejné zakázky.*

*Trh knihovních materiálů se vyznačuje tím, že na něm působí pouze několik specializovaných dodavatelů a potenciálních uchazečů. Dánské knihy a hudebniny představují největší skupinu výrobků z hlediska obratu a jsou pro potenciální uchazeče z obchodního hlediska důležité. Za účelem zachování hospodářské soutěže na tomto trhu do budoucna je kategorie dánských knih a hudebnin rozdělena do dvou částí podle kritéria zeměpisného rozdělení země. Zúčastnění zákazníci jsou takto rozděleni na dvě skupiny, a sice východní a západní skupinu. Z přílohy A a dílčích příloh A.1 a A.2 vyplývá, které obce spadají pod část 1: dánské knihy a hudebniny (východ) a které pod část 2: dánské knihy a hudebniny (západ).“*

- 8 Z bodu 3.1.1 specifikací rovněž plyne:

*„Zadávací řízení na dánské knihy a hudebniny je vedeno podle tzv. ‚modelu východ/západ‘, což znamená, že záměrem je zadat veřejnou zakázku jednomu dodavateli pro východní Dánsko a jinému dodavateli pro západní Dánsko, avšak s tím, že pro všechny zákazníky budou platit stejné nabízené ceny bez ohledu na to, zda se nacházejí ve východním Dánsku nebo v západním Dánsku.*

*Uchazeči nabízejí ceny za ziskovou marži a přípravu, které musí být totožné – a použijí se – jak pro část veřejné zakázky vztahující se na východní Dánsko, tak pro část veřejné zakázky vztahující se na západní Dánsko.*

*Uchazeči, který předloží hospodářsky nejvýhodnější nabídku, bude veřejná zakázka zadána jakožto dodavateli pro část 2: dánské knihy a hudebniny (západ).*

*Uchazeči, který předloží v pořadí druhou hospodářsky nejvýhodnější nabídku, bude veřejná zakázka zadána jakožto dodavateli pro část 1: dánské knihy a hudebniny (východ). Tento uchazeč však musí přijmout skutečnost, že zadání veřejné zakázky tomuto uchazeči jakožto dodavateli pro východní Dánsko vyžaduje, aby tento uchazeč dodával zákazníkům ve východním Dánsku produkty*

*a služby, na které se vztahuje rámcová dohoda, za přesně stejné ceny, jaké nabídl uchazeč, jenž předložil hospodářsky nejvýhodnější nabídku, a za které bude uchazeč s hospodářsky nejvýhodnější nabídkou dodávat v západním Dánsku.*

*Pokud uchazeč, který předložil v pořadí druhou hospodářsky nejvýhodnější nabídku, nesouhlasí s tím, aby se stal dodavatelem pro východní Dánsko, přejde tato příležitost na uchazeče, který předložil v pořadí třetí hospodářsky nejvýhodnější nabídku, přičemž tento uchazeč musí obdobně přijmout skutečnost, že zadání veřejné zakázky jemu jakožto dodavateli pro východní Dánsko vyžaduje, aby tento uchazeč dodával zákazníkům ve východním Dánsku produkty a služby, na které se vztahuje rámcová dohoda, za přesně stejné ceny, jaké nabídl uchazeč, jenž předložil hospodářsky nejvýhodnější nabídku, a za které bude uchazeč s hospodářsky nejvýhodnější nabídkou dodávat v západním Dánsku.*

*Pokud ani tento uchazeč nebude souhlasit s tím, aby se stal dodavatelem pro východní Dánsko, přejde tato příležitost na dalšího uchazeče v pořadí a tak dále. Pokud se mezi uchazeči ze seznamu, jejichž nabídky splňují podmínky zakázky, nenajde žádný dodavatel pro východní Dánsko, bude zakázka pro východní Dánsko zadána dodavateli, jemuž byla zadána zakázka pro západní Dánsko. V takovém případě bude tento dodavatel dodavatelem pro celé Dánsko, tedy pro část 1 i 2 veřejné zakázky, a tento dodavatel bude dodávat za stejné ceny v rámci celé země.*

*Pro uchazeče je důsledkem modelu východ/západ to, že pokud by z hodnocení vyplynulo, že předložili hospodářsky nejvýhodnější nabídku, zavazují se poskytnout ostatním uchazečům neomezený přístup k jimi nabízeným cenám – nejprve tedy uchazeči, který předložil v pořadí druhou hospodářsky nejvýhodnější nabídku, a v případě, že tento uchazeč nebude souhlasit s tím, aby se stal dodavatelem pro východní Dánsko, dalšímu uchazeči v pořadí atd.*

*Důvodem, proč dodavatel s hospodářsky nejvýhodnější nabídkou získá západní Dánsko, je skutečnost, že v západním Dánsku lze očekávat vyšší obrat než ve východním Dánsku. Uchazeč, který získá východní Dánsko, by si tak měl být rovněž vědom skutečnosti, že přijetím podmínek platných pro pozici dodavatele pro východní Dánsko se tento uchazeč zavazuje zajistit, aby i při cenách, které mu byly stanoveny, byl schopen – s přihlédnutím ke svým vlastním nákladům – podnikat se ziskem, přestože lze očekávat, že obrat ve východním Dánsku bude nižší než v západním Dánsku. Rozložení očekávaného obratu mezi východním Dánskem na jedné straně a západním Dánskem na druhé straně je uvedeno v bodě A.1.“*

- 9 Dne 3. března 2020, posledního dne lhůty pro podání nabídek, obdržela SKI nabídky společností AVM a BibMedia A/S (jediné dvě významné dodavatelky na trhu). Obě uchazečky předložily nabídky pro všechny části veřejné zakázky.
- 10 Z provedeného hodnocení vyplynulo, že společnost BibMedia A/S předložila hospodářsky nejvýhodnější nabídku (nabídla nejnižší cenu) pro všechny části této

veřejné zakázky, zatímco společnost AVM předložila v pořadí druhou hospodářsky nejvýhodnější nabídku pro všechny části.

- 11 V důsledku modelu uplatněného pro zadání částí 1 a 2 veřejné zakázky, který je popsán ve specifikacích, oslovila SKI společnost AVM s nabídkou zadání části 1 (východ), pokud společnost AVM přistoupí na to, že bude povinna dodávat za ceny, které nabídla společnost BibMedia A/S jakožto uchazečka s nejnižší nabídkou a o nichž byla společnost AVM v okamžiku, kdy ji SKI oslovila, informována.
- 12 Společnost AVM tuto podmínku přijala, načež SKI zaslala dne 21. dubna 2020 rozhodnutí o zadání zakázky.
- 13 Společnost AVM následně, dne 30. dubna 2021, podala stížnost ke *Klagenævnet for Udbud* (orgán vykonávající dozor nad veřejnými zakázkami, Dánsko, dále jen „dozorový orgán“). Dozorový orgán byl zřízen za účelem plnění povinností, které pro Dánsko vyplývají ze směrnic o přezkumných řízeních, a jeho úkolem je rozhodovat o stížnostech týkajících se porušení *udbudsloven* (zákon o veřejných zakázkách), směrnic Evropské unie v oblasti zadávání veřejných zakázek, Smlouvy o fungování Evropské unie (SFEU) a z nich vyplývajících zásad rovného zacházení a transparentnosti apod., z *tilbudsloven* (zákon o nabídkových řízeních), kterých se případně dopustili veřejní zadavatelé.
- 14 Dozorový orgán ve věci C-20/05105: *Audio Visionary Music A/S v. Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S* rozhodl dne 14. ledna 2021, přičemž dospěla k následujícímu závěru:
 

„[SKI] porušila zásadu rovného zacházení (viz § 2 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách a § 56 zákona o veřejných zakázkách) tím, že použila takový postup pro zadání částí 1 a 2 veřejné zakázky, kdy může uchazeč, jenž předložil druhou nejlepší nabídku, svou nabídku změnit i po uplynutí lhůty stanovené pro podání nabídky a následně mu může být část 1 veřejné zakázky zadána.“
- 15 Dozorový orgán odůvodnil své rozhodnutí mimo jiné i tak, že:

„se jedná o otevřené řízení, přičemž jakmile uchazeč svou nabídku předložil, nemůže být tato nabídka v zásadě změněna, a to ani z podnětu veřejného zadavatele, ani z podnětu uchazeče.

*Zásady rovného zacházení a transparentnosti v otevřeném řízení tak brání jakémukoli jednání mezi veřejným zadavatelem a uchazečem. Pokud je uchazeči na základě podnětu zadavatele umožněno změnit (snížit) nabízenou cenu tak, aby odpovídala stanovené nižší ceně, znamená to, že uchazeč získává možnost změnit zásadní podmínku své nabídky, tedy přesnou výši nabídky obsaženou v původní nabídce, způsobem, z něhož má zadavatel prospěch a který uchazeči umožňuje vylepšit nabízenou cenu, a tím i svou nabídku, a to za účelem získání dané zakázky. Takový druh řízení by byl dle běžné praxe v rozporu se zákazem jednání.*

*Otázkou zůstává, zda skutečnost, že v tomto konkrétním zadávacím řízení je takový postup popsán ve specifikacích, znamená, že tento postup lze v projednávané věci považovat za souladný se zásadami rovného zacházení a transparentnosti, a je tudíž legální. Dozorový orgán je toho názoru, že od zákazu jednání v rámci otevřeného řízení se nelze odchýlit na základě pouhé skutečnosti, že SKI popsala model východ/západ ve specifikacích, jako tomu bylo v projednávané věci.“*

- 16 Dne 9. července 2021 zahájila SKI u Retten i Glostrup (okresní soud v Glostrupu, Dánsko) řízení, v němž napadá mimo jiné i tuto část rozhodnutí dozorového orgánu. Dne 7. prosince 2021 byla věc postoupena Østre Landsret (odvolací soud pro východní oblast, Dánsko) jako soudu prvního stupně.

### **DÁNSKÁ PRAVIDLA PRO ZADÁVÁNÍ VEŘEJNÝCH ZAKÁZEK**

- 17 Směrnice 2014/24/EU (směrnice o zadávání veřejných zakázek) byla do dánského právního řádu provedena zákonem č. 1564 ze dne 15. prosince 2015, ve znění pozdějších změn (zákon o veřejných zakázkách).
- 18 Ustanovení § 2 zákona o veřejných zakázkách provádí čl. 18 odst. 1 směrnice o zadávání veřejných zakázek a upravuje obecné zásady tohoto zákona. Toto ustanovení stanoví:

*§ 2. Pokud jde o veřejné zakázky uvedené v hlavách II až IV, veřejný zadavatel musí dodržovat zásady rovného zacházení, transparentnosti a proporcionality.*

*Odstavec 2. Otevřené řízení nelze koncipovat s úmyslem vyloučit jej z oblasti působnosti tohoto zákona nebo uměle omezit hospodářskou soutěž. Hospodářská soutěž se považuje za uměle omezenou, pokud je zadávací řízení koncipováno se záměrem bezdůvodně zvýhodnit nebo znevýhodnit určitý hospodářský subjekt či subjekty.*

- 19 Ustanovení § 49 zákona o veřejných zakázkách provádí čl. 46 odst. 1 až 3 směrnice o zadávání veřejných zakázek. Odstavec 3 tohoto ustanovení se týká požadavků na rozdělení veřejných zakázek do jednotlivých částí a stanoví:

*§ 49*

*[...]*

*Odstavec 3. V oznámení o zahájení zadávacího řízení uvede zadavatel následující informace:*

- 1. zda může uchazeč předložit nabídky pro jednu, několik nebo všechny části veřejné zakázky,*
- 2. zda lze uchazeči zadat jednu, několik nebo všechny části veřejné zakázky, a pokud tomu tak je, jak lze jednotlivé části veřejné zakázky nebo skupiny částí této veřejné zakázky kombinovat, a*

3. *objektivní a nediskriminační kritéria nebo pravidla, jimiž se bude řídit zadávání částí veřejné zakázky, včetně způsobu, jakým budou části veřejné zakázky zadávány, pokud by použití těchto kritérií nebo pravidel mělo jinak za následek, že by bylo jednomu uchazeči zadáno více částí veřejné zakázky, než je maximální počet částí, které lze tomuto uchazeči zadat.*

- 20 Ustanovení § 56 zákona o veřejných zakázkách se týká procesních pravidel pro zadávání veřejných zakázek a provádí některé části článku 27 směrnice o zadávání veřejných zakázek. Toto ustanovení stanoví:

*§ 56. V otevřeném řízení může kterýkoli hospodářský subjekt reagovat na oznámení o zahájení zadávacího řízení podáním nabídky. Oznámení o zahájení zadávacího řízení musí obsahovat informace uvedené v příloze V části C směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU ze dne 26. února 2014 o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/ES (Úř. věst. 2014, L 94, s. 65). Veřejný zadavatel použije standardní formulář (viz § 128 odst. 3).*

## **POUŽITELNÁ USTANOVENÍ UNIJNÍHO PRÁVA**

- 21 Ustanoveními unijního práva, kterých se projednávána věc především týká, jsou základní zásady rovného zacházení a transparentnosti, jak jsou zakotveny v článku 18 směrnice o zadávání veřejných zakázek, a rozsah zakazu jednání ve vztahu k jednotlivým částem veřejné zakázky (viz článek 46 směrnice o zadávání veřejných zakázek a „otevřené řízení“ v souladu s článkem 27 směrnice o zadávání veřejných zakázek).

## **TVRZENÍ ŽALOBKYNĚ**

- 22 SKI popírá, že by se použitím modelu východ/západ dopustila porušení zásady rovného zacházení ve smyslu čl. 18 odst. 1 směrnice o zadávání veřejných zakázek. Zvolená koncepce veřejné zakázky je bez ohledu na použití „otevřeného řízení“ legální a v souladu s právní úpravou zadávání veřejných zakázek, včetně zásady rovného zacházení, zásady transparentnosti a zakazu jednání z nich odvozeného, jakož i judikaturou v oblasti zadávání veřejných zakázek.
- 23 Model východ/západ byl vytvořen především za účelem zachování hospodářské soutěže v oblasti těchto služeb, které spadaly pod části 1 a 2 veřejné zakázky, neboť část 2 veřejné zakázky pokrývala největší skupinu výrobců v rámci dané veřejné zakázky z hlediska obratu. V tomto ohledu je podstatné, že neexistuje žádný soukromý trh podobných služeb ani žádní jiní zadavatelé, kteří by podobné veřejné zakázky nabízeli. Rámcová dohoda SKI tak *de facto* představuje celý trh. Hospodářské subjekty na trhu, kterým nebyla některá část veřejné zakázky zadána, tedy hrozí, že zůstanou na okraji zájmu, nebo dokonce ukončí svou činnost. Trh pro tuto skupinu výrobců je tak již řadu let provázen obdobími, kdy je hospodářská soutěž utlumená, či dokonce vůbec nefunguje, což může zákazníky SKI, a v konečném důsledku i daňové poplatníky, citelně poškozovat. V průběhu

zadávacího řízení na dotčenou rámcovou dohodu se tedy SKI zaměřila především na zachování hospodářské soutěže v maximálním možném rozsahu, přičemž prostředkem k dosažení tohoto cíle bylo i rozdělení tohoto segmentu dotčené veřejné zakázky na dvě části (východ a západ) a použití modelu, který v zásadě připouští dva různé dodavatele, což je v souladu s hlavními cíli článku 46 směrnice o zadávání veřejných zakázek (viz bod 79 odůvodnění této směrnice). Tento bod odůvodnění uvádí, že *„[b]udou-li veřejné zakázky rozděleny na části, veřejní zadavatelé by například kvůli tomu, aby zachovali hospodářskou soutěž nebo aby zajistili spolehlivost dodávek, měli mít možnost omezit počet částí, pro něž může hospodářský subjekt podat nabídku; zároveň by měli mít možnost omezit počet částí, jež mohou být zadány kterémukoliv jednotlivému uchazeči.“* Současným stanovením podmínky, podle níž musí být obě části veřejné zakázky dodávány za stejné ceny, jaké byly nabídnuty uchazečem, který podal hospodářsky nejvýhodnější nabídku, se SKI rovněž snažila chránit před spekulativním nabízením vysokých cen za jednu z uvedených částí veřejné zakázky na úkor zákazníků SKI a v konečném důsledku i daňových poplatníků. Pokud by měl uchazeč tímto způsobem zaručenu alespoň jednu veřejnou zakázku, mohl by spekulativně předkládat nabídky s vysokými cenami pro obě části veřejné zakázky. Toto nebezpečí bylo eliminováno požadovanou povinností uchazeče dodávat za stejnou cenu jako uchazeč, který získal část 1 veřejné zakázky.

- 24 Před zahájením zadávacího řízení byla vedena tržní konzultace. Z informací získaných z dotčeného trhu vyplynulo, že tento trh obecně shledává uvedený model spravedlivým a slučitelným s podporou hospodářské soutěže, a to jak hmatatelně, tak z dlouhodobého hlediska. V odpovědi na konzultaci, kterou poskytla společnost BibMedia A/S, jež rovněž předložila nabídku v rámci následného zadávacího řízení (viz výše), bylo uvedeno i následující:

*„Návrh SKI rozdělit část 1: dánské knihy a přípravné práce na popsany model východ/západ považujeme za důvodný, neboť nastíněný model bude i nadále uchazeče motivovat k předložení nejpritažlivější nabídky, aby byl největší podíl z hlediska objemu přidělen právě jim. Pluralita dodavatelů pro část 1 veřejné zakázky zajišťuje silnou hospodářskou soutěž do budoucna, jakož i to, že budou i nadále vyvíjena nová řešení a služby, což bude knihovnám ku prospěchu.“*

- 25 SKI tak tvrdí, že tento model je zcela v souladu s kritérii zaměřenými na posuzování kvality, která jsou navíc v centru pozornosti právní úpravy v oblasti zadávání veřejných zakázek, a sice v podobě nutnosti zajistit efektivní využití veřejných prostředků (viz bod 2 odůvodnění směrnice o zadávání veřejných zakázek) i účinnou hospodářskou soutěž (viz body 90 a 69 odůvodnění této směrnice), a to jak v rámci konkrétního zadávacího řízení, které je předmětem řízení v projednávané věci, tak do budoucna ve vztahu ke specifické soutěžní situaci, která je pro tento trh příznačná.
- 26 Na podporu legality dotčeného modelu se tak uvádí, že:



- Skutečnost, že druhému nejlevnějšímu uchazeči je umožněno souhlasit s dodávkami za stejné ceny, jaké byly nabídnuty nejlevnějším uchazečem, a je možno mu tak zadat část 1 veřejné zakázky, neznámá „jednání“, které by bylo v rozporu se zákazem jednání zakotveným v právu upravujícím zadávání veřejných zakázek, včetně zásad a úvah, které tvoří základ tohoto zakazu a § 56 zákona o veřejných zakázkách vycházejí.
- Právě naopak, model východ/západ představuje objektivní mechanický postup zadávání veřejné zakázky, který se uplatní poté, co bylo sestaveno pořadí nabídek, přičemž mezi SKI a uchazečem, který předložil druhou nejlepší nabídku, nedochází k žádnému jinému kontaktu, než je souhlas tohoto uchazeče s tím, že bude provádět dodávky za podmínek předem stanovených v zadávací dokumentaci a za stejné ceny, jaké byly nabídnuty uchazečem, který předložil nejlepší nabídku.
- Jedná se rovněž o zadávací řízení rozdělené na části, což je jasně a transparentně popsáno v zadávací dokumentaci. V žádném případě nemá SKI v souvislosti se zadáváním zakázek možnost volby, která by byla v rozporu se zásadou transparentnosti, jak je zakotvena v článku 18 směrnice o zadávání veřejných zakázek, ani není uchazeči, který předložil druhou nejlepší nabídku, umožněno svévolně svou nabídku měnit po uplynutí lhůty pro předložení nabídky, aby si tak zajistil lepší postavení, než na jaké mu dle podmínek specifikací vznikl nárok, navíc v rozporu se zásadami rovného zacházení a transparentnosti. Právě naopak, zadávání probíhá v mezích předem určených parametrů pro zadání jednotlivých částí veřejné zakázky, které jsou popsány v zadávací dokumentaci, jakož i v mezích parametrů článku 46 směrnice o zadávání veřejných zakázek, navíc po provedení postupu, který je rovněž mimo sféru vlivu SKI i dotčených uchazečů.
- Zadávání zakázek v souladu s modelem východ/západ je tak prováděno jednotně, po předchozím posouzení předložených nabídek na základě stanoveného kritéria pro zadání zakázky spočívajícího v nabídnutí „nejnižší ceny“ a po provedení předem stanoveného a jasně popsaného řízení pro zadání částí dané veřejné zakázky. Navíc vzhledem k tomu, že tento model je rovněž používán v okamžiku, kdy již bylo sestaveno pořadí nabídek (tj. po provedení hodnocení), nehrozí žádné nebezpečí narušení hospodářské soutěže mezi uchazeči v podobě nespravedlivé diskriminace.

## TVRZENÍ ŽALOVANÉ

- 27 Žalovaná tvrdí, že rozhodnutí dozorového orgánu a jeho odůvodnění jsou správná a musí být potvrzena.
- 28 Zásada rovného zacházení zakotvená v článku 18 směrnice o zadávání veřejných zakázek a § 2 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách, jakož i zákaz jednání, který z této zásady vyplývá, znamenají, že zadavatel nemůže v rámci otevřeného řízení

s jediným uchazečem jednat. V tomto kontextu je irelevantní, že zadavatel možnost jednání popsal v zadávací dokumentaci.

- 29 Žalovaná tvrdí, že poskytnutí možnosti jednomu z uchazečů, aby svou nabídku po uplynutí lhůty pro podání nabídky změnil tak, aby odpovídala ceně uchazeče s nejnižší nabídkou, představuje jednání.
- 30 Podle žalované představuje takováto situace, kdy je jednomu uchazeči umožněno snížit cenu své nabídky tak, aby odpovídala ceně uchazeče s nejnižší nabídkou, změnu nabídky, kterou po uplynutí lhůty pro podání nabídky nelze připustit.
- 31 Model východ/západ používaný SKI tak představuje jednání ve smyslu směrnice o zadávání veřejných zakázek.
- 32 Žalovaná rovněž tvrdí, že tento postup nemůže být legálně využit v souvislosti s „otevřeným řízením“ podle článku 27 směrnice o zadávání veřejných zakázek (viz § 56 zákona o veřejných zakázkách). Tento druh zadávacího řízení tak neumožňuje vedení jednání, a to ani tím způsobem, že bude jedinému uchazeči umožněno změnit svou nabídku po uplynutí lhůty stanovené pro podání nabídky.
- 33 SKI měla naopak dotčené zadávací řízení vést v mezích parametrů stanovených ve směrnici o zadávání veřejných zakázek, přičemž zde existuje možnost využití legálních postupů, které do značné míry splňují cíle, jichž chce SKI dosáhnout prostřednictvím modelu východ/západ. Zadavatel tak může veřejnou zakázku rozdělit na části, přičemž je právně přípustné omezit možnost, aby tentýž uchazeč získal všechny části veřejné zakázky, a to za účelem zajištění hospodářské soutěže do budoucna. V mezích postupů stanovených směrnicí o zadávání veřejných zakázek však není možné získat několik možných dodavatelů a dosáhnout stejné ceny. Zadavatelé si tak musí vybrat mezi tím, zda jediný uchazeč získá všechny části veřejné zakázky se stejnou cenou, nebo zda budou jednotlivé části veřejné zakázky zadány několika různým uchazečům, ale s různými cenami. Pokud se zadavatel rozhodne omezit možnost zadání všech částí veřejné zakázky témuž uchazeči, musí pro menší část veřejné zakázky přijmout cenu uchazeče s druhou nejnižší nabídkou.

## **ODŮVODNĚNÍ PŘEDLOŽENÍ PŘEDBĚŽNÉ OTÁZKY**

- 34 Judikatura Soudního dvora týkající se zásady rovného zacházení a zásady transparentnosti ve směrnici o zadávání veřejných zakázek, jakož i rozsahu zákazu jednání, který z nich vyplývá, se zabývá zejména tím, jak je v případě výhrad uvedených v nabídce omezeno jejich vypořádání ze strany zadavatele a jak je omezeno zpětné shromažďování a doplňování informací zadavatelem (viz zejména rozsudek Soudního dvora ze dne 10. října 2013, Manova A/S, C-336/12, EU:C:2013:647, a ze dne 11. května 2017, Archus a Gama, C-131/16, EU:C:2017:358), popřípadě shromažďování informací, které v již předložené nabídce chybí nebo jsou nepřesné (viz rozsudek ze dne 29. března 2012, SAG ELV Slovensko a další, C-599/10, EU:C:2012:191).

- 35 Kromě toho se Soudní dvůr podle všeho zabýval rozsahem zákazu jednání v souvislosti s nahrazením podniků, jejichž kapacity hodlá uchazeč využít (viz zejména rozsudek ze dne 3. června 2021, Rad Service Sri Unipersonale a další v. Del Debbio SpA a další, C-210/20, EU:C:2021:445).
- 36 Společným rysem předchozí praxe je patrně to, že rozsah zákazu jednání je vykládán ve vazbě na možnost zadavatele napravit skutečnost, že zájemce/uchazeč nesplňuje požadavky uvedené v zadávací dokumentaci, a tato judikatura se tak týká situací, kdy zájemce/uchazeč potenciálně získá právní postavení, na které podle zadávací dokumentace neměl nárok, a které je tudíž v rozporu se základními zásadami unijního práva (viz rozsudek ze dne 22. června 1993, Komise Evropských společenství v. Dánské království, C-243/89, EU:C:1993:257; rozsudek ze dne 25. dubna 1996, Komise Evropských společenství v. Belgické království, C-87/94, EU:C:1996:161; a rozsudek ze dne 7. dubna 2016, Partner Apelski Dariusz v. Zarząd Oczyszczania Miasta, C-324/14, EU:C:2016:214).
- 37 Soudní dvůr však podle všeho neměl dosud příležitost zabývat se otázkou, v jakém rozsahu zákaz jednání, v souvislosti s vyhlášením soutěže na jednotlivé části veřejné zakázky v zadávacím řízení typu „otevřeného řízení“, brání tomu, aby bylo uchazeči, který nepředložil hospodářsky nejvýhodnější nabídku, umožněno po uplynutí lhůty pro podání nabídky, a v souladu s podmínkami předem stanovenými ve specifikacích, souhlasit s tím, že bude služby nabízené pro jednu z částí veřejné zakázky poskytovat za stejnou cenu jako uchazeč, který předložil hospodářsky nejvýhodnější nabídku, a jemuž je tudíž zadána jiná část veřejné zakázky.
- 38 Østre Landsret (odvolací soud pro východní oblast, Dánsko), který je v projednávané věci soudem prvního stupně, na základě výše uvedeného konstatuje, že je třeba položit Soudnímu dvoru následující předběžnou otázku.

SOD ROZHODL USNESENÍM TAK, ŽE:

- 39 Soudní dvůr bude požádán o zodpovězení následující předběžné otázky:

*Brání zásady transparentnosti a rovného zacházení zakotvené v článku 18 směrnice o zadávání veřejných zakázek a zákaz jednání, který z nich vyplývá, tomu, aby bylo uchazeči, který předložil v pořadí druhou hospodářsky nejvýhodnější nabídku v rámci otevřeného řízení na veřejnou zakázku rozdělenou na jednotlivé části (viz články 27 a 46 směrnice o zadávání veřejných zakázek), umožněno po uplynutí lhůty pro podání nabídky, a v souladu s podmínkami předem stanovenými ve specifikacích, poskytovat služby nabízené v rámci jedné z částí veřejné zakázky za stejných podmínek jako uchazeč, který předložil hospodářsky nejvýhodnější nabídku, a jemuž je tudíž zadána jiná část této veřejné zakázky, když zadávací řízení na obě dotčené části veřejné zakázky byla zahájena současně?*

[...]