Sbírka soudních rozhodnutí

STANOVISKO GENERÁLNÍHO ADVOKÁTA
MANUELA CAMPOSE SÁNCHEZ-BORDONY
přednesené dne 23. ledna 2019 [1]

Věc C-697/17

Telecom Italia SpA
proti
Ministero dello Sviluppo Economico,
Infrastrutture e telecomunicazioni per l'Italia SpA (Infratel Italia SpA),
za účasti:
Open Fiber SpA

[žádost o rozhodnutí o předběžné otázce podaná Consiglio di Stato (Státní rada, Itálie)]

„Řízení o předběžné otázce – Veřejné zakázky – Směrnice 2014/24/EU – Užší řízení – Hospodářské subjekty připuštěné k podání nabídky – Provádění fúze sloučením v průběhu zadávacího řízení – Nezbytnost zachovat si právní totožnost od fáze předběžného výběru do podání nabídky“

1. Consiglio di Stato (Státní rada, Itálie) se v této žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce táže, zda podle směrnice 2014/24/EU [2] musí být zachována „právní a materiální totožnost“ společnosti původně vybrané v užším zadávacím řízení na veřejnou zakázku, když tato společnost zahájí proces fúze sloučením s jinou, rovněž vybranou společností, která nakonec nepředložila žádnou nabídku.

2. Projednávaná věc je jistým způsobem opakem věci, ve které byl vydán rozsudek MT Højgaard a Züblin [3], a v níž byl předběžně vybraný uchazeč součástí skupiny podniků, která se později rozpadla. V uvedené věci bylo nejasné, zda se dotyčný uchazeč mohl po rozpadu dané skupiny nadále účastnit vlastním jménem jednacího řízení o zadání zakázky.

3. Soudní dvůr tak má příležitost rozvinout svou judikaturu k požadavku totožnosti mezi předběžně vybranými hospodářskými subjekty a hospodářskými subjekty, které podávají nabídku.

I. Právní rámec

A. Unijní právo. Směrnice 2014/24

4. Článek 8 stanoví:

„Tato směrnice se nevztahuje na veřejné zakázky a soutěže o návrh, jejichž hlavním účelem je umožnit veřejným zadavatelům poskytovat nebo užívat veřejné komunikační sítě nebo poskytovat veřejnosti jednu či více služeb elektronických komunikací.

1 – Původní jazyk: španělština.

2 – 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).

3 – Rozsudek ze dne 24. května 2016 (C-396/14, EU:C:2016:347).

Pro účely tohoto článku se ‚veřejnou komunikační sítí' a ‚službami elektronických komunikací' rozumí veřejná komunikační síť a služby elektronických komunikací ve smyslu směrnice Evropského parlamentu a Rady 2002/21/ES[4]"

5. Podle čl. 18 odst. 1 platí:

„Veřejní zadavatelé jednají s hospodářskými subjekty na základě zásady rovného zacházení a nediskriminace a postupují transparentním a přiměřeným způsobem.

Zadávací řízení na veřejné zakázky nelze koncipovat se záměrem vyloučit je z oblasti působnosti této směrnice nebo uměle zúžit hospodářskou soutěž. Hospodářská soutěž se považuje za uměle zúženou, pokud je zadávací řízení na veřejnou zakázku koncipováno se záměrem bezdůvodně zvýhodňovat nebo znevýhodňovat určité hospodářské subjekty."

6. Článek 28 stanoví:

„1. V užším řízení může kterýkoli hospodářský subjekt jako odpověď na výzvu k účasti v soutěži, jež obsahuje informace uvedené v příloze V části B nebo C, podat žádost o účast tím, že předloží informace pro výběr na základě kvalifikace požadované veřejným zadavatelem.

[…]

2. Nabídku mohou podat jen ty hospodářské subjekty, které k tomu byly veřejným zadavatelem vyzvány na základě jeho posouzení předložených informací. Veřejní zadavatelé mohou v souladu s článkem 65 omezit počet vhodných zájemců, kteří budou vyzváni k účasti v zadávacím řízení.

[…]"

B. Vnitrostátní právo. Codice dei contratti pubblici (Kodex veřejných zakázek)[5]

7. Článek 61 odst. 3 stanoví:

„Nabídku mohou předložit jen ty hospodářské subjekty, které k tomu byly veřejným zadavatelem vyzvány na základě jeho posouzení předložených informací."

8. Podle čl. 48 odst. 11 platí:

„V případě užšího nebo jednacího řízení či soutěžního dialogu je hospodářský subjekt, který byl osobně vyzván, nebo uchazeč, který byl osobně pozván do soutěžního dialogu, oprávněn k podání nabídky nebo jednat svým jménem či jako zplnomocněný zástupce seskupených hospodářských subjektů."

II. Spor v původním řízení a předběžné otázky

9. Infratel Italia SpA (dále jen „Infratel") vyhlásila jménem Ministero dello Sviluppo economico (ministerstvo pro hospodářský rozvoj, Itálie) užší řízení za účelem udělení koncese na výstavbu, údržbu a správu ultraširokopásmové pasivní sítě ve veřejném vlastnictví na blíže určených územích.

4 – Směrnice ze dne 7. března 2002 o společném předpisovém rámci pro sítě a služby elektronických komunikací (rámcová směrnice) (Úř. věst. 2002, L 108, s. 33; Zvl. vyd. 13/29, s. 349).

5 – Legislativní nařízení č. 50 ze dne 18. dubna 2016 (GURI č. 91 ze dne 19. dubna 2016, běžný dodatek č. 10), kterým se provádějí mimo jiné ustanovení směrnice 2014/24 (dále jen „CCP").

10. Užší řízení, rozdělené na pět částí (odpovídajících stejnému počtu geografických oblastí), probíhalo v následujících fázích:

a) podávání žádostí o účast (do 18. července 2016);

b) rozesílání výzev k účasti vybraným subjektům (do 9. srpna 2016) a

c) podávání nabídek (do 17. října 2016).

11. Žádosti o účast podaly Telecom Italia SpA („Telecom Italia“), Metroweb Sviluppo SpA („Metroweb Sviluppo“), Enel Open Fiber SpA („Enel Open Fiber“) [6] a dva další subjekty (první fáze řízení). Infratel je přijala a uvedené podniky vyzvala k účasti (druhá fáze řízení) jako vybrané uchazeče.

12. Metroweb Sviluppo, přestože byla ve druhé fázi vybrána, nepředložila žádnou nabídku, takže fakticky upustila od účasti na podávání nabídek.

13. Infratel dne 9. ledna 2017 zveřejnila seznam připuštěných uchazečů a dne 24. ledna 2017 předběžné pořadí úspěšných uchazečů. Enel Open Fiber se umístila na prvním místě ve všech pěti částech a Telecom Italia na druhém místě ve všech částech kromě části zakázky č. 4, kde obsadila třetí místo.

14. Po ukončení řízení získala Telecom Italia přístup k dokumentům v držení správního orgánu, po nahlédnutí do nichž shledala, že v době mezi fází předběžného výběru a lhůtou pro podání nabídky (17. října 2016) došlo mezi společnostmi Metroweb Sviluppo a Enel Open Fiber ke složité podnikové operaci.

15. Tato operace spočívala ve spojení podniků, při kterém společnosti Enel SpA („Enel“) a Cassa Depositi e Prestiti SpA („CDP“) prostřednictvím dceřiné společnosti posledně uvedené, a sice CDP Equity SpA („CDPE“), získaly společnou kontrolu nad podnikem vzniklým fúzí společností Enel Open Fiber a Metroweb Italia SpA („Metroweb Italia“).

16. V rámci dané operace mělo podle „rámcové investiční dohody“ uzavřené dne 10. října 2016 mezi *holdingovou* společností Enel (která kontrolovala společnost Enel Open Fiber) a společností Metroweb Italia (která kontrolovala společnost Metroweb Sviluppo) dojít k tomu, že:

– Enel a CDPE získají každá 50 % základního kapitálu společnosti Enel Open Fiber;

– Enel Open Fiber nabude 100 % základního kapitálu společnosti Metroweb Italia;

– Metroweb Italia provede fúzi sloučením s několika společnostmi ze skupiny Metroweb Italia, mimo jiné se společností Metroweb Sviluppo, a

– Enel Open Fiber zfúzuje se společností vzešlou z fúze skupiny Metroweb Italia, čímž vznikne „nová Enel Open Fiber“ [7].

17. Při provádění této dohody byla Metroweb Sviluppo (účastnící se zadávacího řízení) dne 17. října 2016 přejata skupinou Metroweb. Dne 23. ledna 2017 byla dohodnuta fúze sloučením společnosti Metroweb se společností Open Fiber.

6 – Enel Open Fiber nese od prosince 2016 název Open Fiber.

7 – Viz bod 9 rozhodnutí Komise ze dne 15. prosince 2016 prohlašující spojení podniků za slučitelné se společným trhem a s Dohodou o EHP (Případ M.8234 – Enel/CDP Equity/Cassa Depositi e Prestiti/Enel Open Fiber/Metroweb Italia).

18. Navrhované spojení bylo dne 10. listopadu 2016 [8] oznámeno v souladu s nařízením (ES) č. 139/2004 [9] Evropské komisi. Rozhodnutím ze dne 15. prosince 2016 rozhodla Komise, že proti operaci nevznese námitky [10].

19. Výsledky všech pěti částí, na které bylo rozděleno užší řízení, napadla Telecom Italia pěti žalobami podanými k Tribunale amministrativo regionale del Lazio (Regionální správní soud pro Lazio, Itálie), který je zamítl pěti rozsudky podobného obsahu.

20. Za těchto okolností podala Telecom Italia pět odvolání ke Consiglio di Stato (Státní rada), která se rozhodla přerušit řízení a položit následující předběžnou otázku:

„Musí být čl. 28 odst. 2 první věta směrnice 2014/24/EU vykládán v tom smyslu, že vyžaduje úplnou právní a hospodářskou totožnost mezi předběžně vybranými subjekty a subjekty, které podávají nabídku, v rámci užšího řízení, a musí být konkrétně toto ustanovení vykládáno tak, že brání dohodě uzavřené mezi holdingovými společnostmi, které kontrolují dva předběžně vybrané subjekty, v době mezi předběžným výběrem a podáváním nabídek, pokud: a) předmětem a účinkem této dohody je (mimo jiné) fúze sloučením jednoho předběžně vybraného podniku s jiným předběžně vybraným podnikem (operace mimoto povolená Evropskou komisí), b) účinky fúze nastaly po podání nabídky nástupnické společnosti (důvod, proč se v době podání nabídky její složení nezměnilo v porovnání se složením existujícím v době předběžného výběru) a c) zanikající podnik (jehož složení nebylo změněno k poslednímu dni pro podání nabídek) se přesto rozhodl nezúčastnit se užšího řízení, pravděpodobně v souladu se smluvními podmínkami stanovenými v dohodě uzavřené mezi holdingovými společnostmi?“

21. Předkládající soud poukazuje na to, že sporné řízení se neřídí v plném rozsahu směrnicí 2014/24 či směrnicí 2014/23/EU [11], ale jen pravidly upravujícími oznámení o zahájení zadávacího řízení, podle kterých se použije článek 61 CCP, jímž se provádí článek 28 směrnice 2014/24.

22. V oznámení o zahájení zadávacího řízení bylo dále stanoveno, že v soutěži zvítězí ekonomicky nejvýhodnější nabídka na základě nejlepšího poměru mezi kvalitou a cenou ve smyslu článku 95 CCP, jímž se provádí článek 67 téže směrnice.

23. Předkládající soud má pochybnosti o tom, zda se v kontextu užšího řízení upraveného článkem 28 směrnice 2014/24 může uplatnit zásada právní a materiální totožnosti dovozená Soudním dvorem ve věci MT Højgaard a Züblin [12].

24. Consiglio di Stato (Státní rada) poznamenává, že fúze – dovršená v lednu 2017 – v době podávání nabídek (říjen 2016) sotva začala, takže struktura společnosti Enel Open Fiber tehdy ještě nebyla změněna. Konečně má za neprokazatelné, že by zúčastněné subjekty měly v úmyslu prostřednictvím dohody o fúzi – která vedla k trvalé změně ve struktuře dotčených společností – jednat ve vzájemné shodě tak, aby narušily hospodářskou soutěž v zadávacím řízení.

8 – Úř. věst. 2016, C 427, s. 5.

9 – Nařízení Rady ze dne 20. ledna 2004 o kontrole spojování podniků (nařízení ES o spojování) (Úř. věst. 2004, L 24, s. 1; Zvl. vyd. 08/03, s. 40).

10 – Úř. věst. 2017, C 15, s. 1.

11 – Směrnice Evropského parlamentu a Rady ze dne 26. února 2014 o udělování koncesí (Úř. věst. 2014, L 94, s. 1).

12 – Věc C-396/14 (EU:C:2016:347).

III. Řízení před Soudním dvorem a stanoviska účastníků řízení

25. Předběžná otázka byla zapsána do rejstříku kanceláře Soudního dvora dne 11. prosince 2017. Písemná vyjádření předložily Telecom Italia, Infratel, Open Fiber, Kontrolní úřad ESVO, italská vláda a Komise. Jednání konaného dne 15. listopadu 2018 se zúčastnili všichni zúčastnění s výjimkou Kontrolního úřadu ESVO.

26. Telecom Italia tvrdí, že v kontextu programu fúze sloučením se ve skutečnosti mění materiální – a nikoli právní – totožnost předběžně vybraného nástupnického podniku, a v důsledku toho je fúze neslučitelná se zásadou podle čl. 28 odst. 2 směrnice 2014/24.

27. Telecom Italia se dále domnívá, že kdyby se předkládající soud omezil na posouzení subjektivní a formální totožnosti společnosti Enel Open Fiber k poslednímu dni pro podávání nabídek, podcenil by komplexnost sporné operace a rozčlenil jednotný program postupné integrace se společností Metroweb Sviluppo. Podle ní šlo ve skutečnosti o jednotný program, který byl bez ohledu na veškeré antikartelové zásady zahájen obligátní rámcovou dohodou uzavřenou v době mezi předběžným výběrem a posledním dnem pro podávání nabídek, spuštěn v průběhu zadávacího řízení a ukončen po konečném zadání zakázky, ale před podepsáním smlouvy. Rámcová dohoda sloučila, počínaje oznámením o zahájení zadávacího řízení, obě společnosti do jediného rozhodovacího centra, což společnosti Metroweb Sviluppo umožnilo nepodat nabídku a zároveň zajistit si možnost být vybrána, jako by nabídku podala. Tato by měla být sankcionována stejně, jako by jedno a totéž rozhodovací centrum podalo dvě nabídky.

28. Infratel považuje předběžnou otázku za nepřípustnou pro její hypotetickou povahu, protože předkládající soud nemá pochybnosti o výkladu použitelného unijního práva a o předmětu původního řízení již rozhodl. Podpůrně tvrdí, že u předběžně vybraných subjektů, u kterých došlo k podání nabídky, nedošlo k žádným změnám. V okamžiku podání nabídky jednala Enel Open Fiber jako jediný subjekt se stejnou strukturou jako ve fázi předběžného výběru. Její právní osobnost nebyla fúzí změněna, takže její totožnost je stejná jako totožnost předběžně vybraného podniku.

29. I Open Fiber namítá nepřípustnost předběžné otázky:

– zaprvé proto, že se dotýká souladu rámcové dohody se směrnici 2014/24, přestože její soulad s právem se v původním řízení nezpochybňuje;

– zadruhé proto, že věc by vzhledem k tomu, že v ní jde o koncesi na výstavbu komunikační sítě, spadala pod směrnici 2014/23, ovšem tato směrnice je, stejně jako směrnice 2014/24, v důsledku výjimky v nich stanovené pro komunikační sítě a služby nepoužitelná. Nelze mít za to, že podklady pro řízení odkazují na článek 28 směrnice 2014/24;

– zatřetí proto, že údajný zákaz provést fúzi sloučením mezi předběžně vybranými subjekty nepředstavuje zásadu vlastní unijnímu právnímu řádu, a

– začtvrté proto, že předkládající soud nemá žádné pochybnosti o výkladu unijního práva.

30. Ve věci samé se Open Fiber ztotožňuje se stanoviskem předkládajícího soudu a uzavírá, že její přizvání do fáze posuzování nabídek není v rozporu s článkem 28 směrnice 2014/24 ani s judikaturou Soudního dvora.

31. Italská vláda se rovněž přiklání k nepřípustnosti, neboť předkládající soud podle ní jen v obecné rovině zmiňuje pravidlo unijního práva a uznává, že mezi spornou situací a uvedeným pravidlem není žádný vztah, protože nabídka společnosti Enel Open Fiber byla učiněna toutéž právnickou osobou, které bylo umožněno zúčastnit se užšího řízení.

32. K věci samé italská vláda uvádí, že z čl. 51 odst. 2 směrnice 2004/17/ES [13] by vyplývala nezbytnost úplné hospodářské i právní totožnosti subjektu, který byl vyzván k účasti, se subjektem, který podává nabídku. Článek 28 odst. 2 směrnice 2014/24 zavedl ovšem mírnější požadavek.

33. Podle italské vlády z vnitrostátních právních předpisů ani s obecných zásad unijního práva neplyne, že by fúze předběžně vybraných subjektů sloučením, povolená Komisí a dovršená po podání nabídky nástupnickou společností, byla protiprávní operací.

34. Podle Kontrolního úřadu ESVO v případě, kdy – stejně jako tomu podle jeho názoru bylo v projednávané věci – hospodářský subjekt, jenž nakonec předkládá nabídku, splňuje podmínky stanovené zadavatelem a ostatní soutěžitelé zároveň nejsou tím, že je mu umožněno podání nabídky, znevýhodněni, nedochází k nedodržení požadavku totožnosti. Požadavek totožnosti – který v žádném případě není požadavkem absolutním – není v rozporu s uzavřením dohody vedoucí k fúzi dvou předběžně vybraných subjektů v průběhu zadávacího řízení na veřejnou zakázku.

35. Komise má za to, že předběžná otázka by měla být přeformulována, neboť by mohla vyznívat tak, že je Soudní dvůr dotazován na legalitu dohody o fúzi.

36. Komise tvrdí, že právní názory vyjádřené v rozsudku MT Højgaard a Züblin [14] v souvislosti se směrnicí 2004/17 by se daly obdobně uplatnit v obdobných situacích, na které se vztahuje směrnice 2014/24. Poznamenává ovšem, že situace ve věci, ve které byl vydán citovaný rozsudek, se zásadně liší od situace nastalé v projednávané věci. V projednávaném případě, na rozdíl od ní, nenastala žádná změna totožnosti mezi datem provedení předběžného výběru subjektů připuštěných k podání nabídky a datem podání nabídek.

37. Komise nesouhlasí s tím, že by uzavření dohody o fúzi sloučením samo o sobě znamenalo zhoršení soutěžního postavení ostatních uchazečů nebo porušení zásady rovného zacházení. Takové nebezpečí lze vyloučit, pokud strany v souladu s čl. 7 odst. 1 nařízení č. 139/2004 neuskutečnily dané spojení, a to ani částečně, a nevyměnily si s předstihem citlivé informace, které by mohly mít vliv na jejich jednání v průběhu zadávacího řízení na veřejnou zakázku, a pokud o uzavření dohody o fúzi věděly všechny hospodářské subjekty, které se řízení účastnily.

38. Podle Komise je skutečnost, že zanikající podnik upustil od své účasti v užším řízení, irelevantní. Tato okolnost nemůže mít vliv na připuštění nástupnického podniku do fáze posuzování, ledaže by vyšlo najevo, že strany částečně provedly dohodu o fúzi a vyměnily si citlivé informace, které by mohly mít vliv na jejich jednání v průběhu zadávacího řízení, a porušily tak zásadu rovného zacházení.

IV. Analýza

A. K přípustnosti žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce

39. Infratel, Open Fiber a italská vláda považují předběžnou otázku za nepřípustnou, jelikož údajně není relevantní pro spor v původním řízení, má údajně hypotetickou povahu nebo ve skutečnosti neodpovídá opravdové pochybnosti předkládajícího soudu.

40. Mám však za to, že by této námitce nemělo být vyhověno.

13 – 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. 2004, L 134, s. 1; Zvl. vyd. 06/07, s. 19).

14 – Věc C-396/14 (EU:C:2016:347).

41. Consiglio di Stato (Státní rada) uvedla, že zadávací řízení se řídí pravidly obsaženými v oznámení o zahájení zadávacího řízení, z nichž jedno odkazuje na článek 61 CCP, jímž se provádí článek 28 směrnice 2014/24. Mezi odvolacími důvody, které vznesla Telecom Italia, je vedle jiných důvodů týkajících se vnitrostátního práva uvedeno i porušení zásady totožnosti vyžadované unijním právem [15].

42. Předkládající soud odmítl odvolatelkou namítaná porušení vnitrostátního práva a uvedl, že k projednání mu zbývá jen odvolací důvod vycházející z možného porušení unijního práva, které „je pro účely rozhodnutí projednávaného sporu relevantní a rozhodující a ve vztahu ke kterému má zdejší senát za to, že je nezbytné položit předběžnou otázku ve smyslu článku 267 SFEU“ [16].

43. Za těchto okolností mám za to, je třeba uplatnit domněnku relevantnosti předběžných otázek. Jde, jak známo, o domněnku vyvratitelnou, i když jen v případě, že nastanou přesně určené okolnosti, a sice a) je-li zjevné, že žádaný výklad nebo žádané posouzení platnosti unijní normy nemá žádný vztah k realitě nebo předmětu sporu v původním řízení, b) jestliže se jedná o hypotetický problém nebo c) nedisponuje-li Soudní dvůr skutkovými nebo právními poznatky nezbytnými pro užitečnou odpověď na otázky, které jsou mu položeny [17].

44. V projednávané věci podle mého názoru nenastala žádná z těchto tří okolností. A pokud Consiglio di Stato (Státní rada) uvádí důvody, které podle jejího názoru potvrzují určitý výklad článku 28 směrnice 2014/24, pak to zajisté neznamená, že by neměla pochybnosti o smyslu zmíněného ustanovení [18].

45. Předkládající soud považuje svůj výklad citovaného ustanovení za průchodný, ale připouští, že může případně existovat i jiný, a proto je nutné, aby povolaně zasáhl Soudní dvůr. Tímto postupem zajišťuje loajální spolupráci se Soudním dvorem při výkonu spravedlnosti, ze které vychází bod 17 doporučení pro vnitrostátní soudy o zahájení řízení o předběžné otázce [19].

B. K věci samé

46. Komise správně navrhuje, že je vhodné přeformulovat otázku Consiglio di Stato (Státní rada), protože by mohla vyvolávat mylný dojem, že se týká slučitelnosti dohody o fúzi s unijním právem. Soud ovšem ve skutečnosti nevyjadřuje v souvislosti s touto dohodou žádnou pochybnost ani nezpochybňuje její platnost.

47. Sporná je tudíž jen otázka, zda čl. 28 odst. 2 směrnice 2014/24 brání tomu, aby byl do fáze posuzování nabídek (v užším zadávacím řízení) připuštěn subjekt procházející fúzí sloučením s jiným, rovněž předběžně vybraným subjektem.

15 – Konkrétně Telecom Italia namítla, že došlo k „porušení kogentní zásady právní a hospodářské totožnosti mezi předběžně vybranými subjekty a subjekty, jež podávají nabídky, a kterou v kontextu užšího řízení ukládá čl. 28 odst. 2 směrnice 2014/24/EU a relevantní judikatura Soudního dvora“ (bod 7.3 předkládacího usnesení).

16 – Bod 7.4 předkládacího usnesení.

17 – Srov. kupř. rozsudky ze dne 16. června 2015, Gauweiler a další (C-62/14, EU:C:2015:400), body 24 a 25; ze dne 4. května 2016, Pillbox 38 (C-477/14, EU:C:2016:324), body 15 a 16; ze dne 5. července 2016, Ogňanov (C-614/14, EU:C:2016:514), bod 19; ze dne 15. listopadu 2016, Ullens de Schooten (C-268/15, EU:C:2016:874), bod 54; ze dne 28. března 2017, Rosneft (C-72/15, EU:C:2017:236), body 50 a 155; ze dne 10. července 2018, Jehovan todistajat (C-25/17, EU:C:2018:551), bod 31, a ze dne 4. října 2018, Kantarev (C-571/16, EU:C:2018:807), bod 44.

18 – V bodě 8.4 *in fine* předkládacího usnesení se uvádí, že „[k] jinému závěru lze dospět pouze v případě, že by Soudní dvůr rozhodl, že unijní právo zakazuje uzavírání dohod mezi soutěžiteli téhož zadávacího řízení, jejichž prostřednictvím se uskuteční operace, jako je fúze sloučením, která je v zásadě umožněna samotným unijním právním řádem“.

19 – „Předkládající soud rovněž může uvést stručně svůj názor na odpověď, která má být poskytnuta na položené předběžné otázky.“ Takový názor „může být pro Soudní dvůr užitečný“ (Úř. věst. 2018, C 257, s. 1).

48. To je konkrétně obsahem otázky vznesené předkládajícím soudem, který považuje čl. 28 odst. 2 směrnice 2014/24, jak bylo již uvedeno [20], za ustanovení použitelné (neboť na něj odkazují vnitrostátní právní předpisy) na jím projednávanou věc a na jehož výkladu závisí rozhodnutí sporu, jakmile se vypořádá s otázkami vnitrostátního práva v něm řešenými.

49. I když Infratel, Open Fiber a italská vláda na jednání trvaly na tom, aby toto posouzení Consiglio di Stato (Státní rada) bylo prodiskutováno, mám za to, že výklad práva použitelného na věc provedený předkládajícím soudem je adekvátní a dostatečně odůvodněný.

50. Vzhledem k jasnému oddělení funkcí vnitrostátních soudů od funkcí Soudní dvora, jež je typické pro řízení zavedené článkem 267 SFEU, přísluší pouze Consiglio di Stato (Státní rada), které byl spor předložen a která nese odpovědnost za soudní rozhodnutí, jež musí vydat, posoudit s ohledem na konkrétní okolnosti věci jak nezbytnost rozhodnutí o předběžné otázce pro vydání rozsudku, tak relevanci otázek, které klade Soudnímu dvoru [21]. Uvedené posouzení předpokládá, že bylo již určeno, které předpisy se vztahují na danou věc, což je úkon, vůči kterému, z již uvedených důvodů, v tomto případě nelze z hlediska adekvátnosti a odůvodnění nic namítat.

1. Právní a materiální totožnost subjektů vybraných v užším řízení

51. Je tudíž třeba určit, zda čl. 28 odst. 2 směrnice 2014/24 „vyžaduje úplnou právní a hospodářskou totožnost mezi předběžně vybranými subjekty a subjekty, které podávají nabídku, v rámci užšího řízení“ za situace, kdy se dva předběžně vybrané subjekty dohodly na fúzi sloučením jednoho z nich s následujícími zvláštnostmi:

– projekt fúze byl dohodnut v době mezi datem výběru a termínem pro podávání nabídek a byl následně povolen Komisí;

– účinky fúze nastaly poté, co nástupnická společnost podala nabídku, a

– zanikající společnost se rozhodla neúčastnit se užšího řízení.

52. Uvedený „požadavek právní a materiální totožnosti mezi předběžně vybranými subjekty a subjekty, které podávají nabídku“ vychází z čl. 51 odst. 3 směrnice 2004/17, podle kterého zadavatelé „ověřují soulad […] nabídek [podaných uchazeči], kte[ří] jsou takto vybrán[i]“. Tak uvedl Soudní dvůr v rozsudku MT Højgaard a Züblin [22], na který předkládající soud výslovně odkazuje.

53. Táž norma je vyjádřena v čl. 28 odst. 2 směrnice 2014/24, podle kterého „[n]abídku mohou [(v užších řízeních)] podat jen ty hospodářské subjekty, které k tomu byly veřejným zadavatelem vyzvány“.

54. Tento požadavek slouží v konečném důsledku k zaručení zásady rovného zacházení s uchazeči [23]. Její důsledné uplatňování by mělo vést „k závěru, že pouze ty hospodářské subjekty, které byly předběžně vybrány, mohou jako takové předložit nabídky a stát se úspěšnými uchazeči“ [24].

20 – Viz výše, body 21 až 23, 41 a 42 tohoto stanoviska.

21 – Příkladmo za všechny viz rozsudek ze dne 26. června 2007, Ordre des barreaux francophones et germanophone a další (C-305/05, EU:C:2007:383, bod 18).

22 – Věc C-396/14 (EU:C:2016:347, bod 40).

23 – Tato zásada, „jejímž cílem je podporovat rozvoj zdravé a účinné soutěže mezi podniky, které se účastní řízení o zadání veřejné zakázky, […] vyžaduje, aby všichni uchazeči měli při vypracování znění svých nabídek stejné příležitosti, a tedy aby nabídky všech soutěžitelů podléhaly stejným podmínkám“. Rozsudek MT Højgaard a Züblin (C-396/14, EU:C:2016:347, bod 38).

24 – Tamtéž, bod 39.

55. Článek 28 odst. 2 směrnice 2014/24 má zajistit, aby užší řízení byla skutečně užší, tedy aby v nich podávat nabídky mohly jen ty hospodářské subjekty, které byly k tomu vyzvány veřejným zadavatelem, a nikoli jiné. Touto výzvou se určuje rámec, na který se z hlediska osobní působnosti *zužuje* zadávací řízení.

56. Kdyby bylo podání nabídky umožněno hospodářskému subjektu, který nebyl předběžně vybrán, bylo by s ním ve srovnání s ostatními subjekty zacházeno příznivěji. Tyto ostatní subjekty by mohly podat nabídku teprve po formálním požádání o účast v (užším) řízení a poté, co veřejný zadavatel provede ve vztahu k nim příslušné posuzování.

57. Ve věci MT Højgaard a Züblin Soudní dvůr uvedl, že pravidlo totožnosti „může být v[jednacím] řízení zmírněn[o] za účelem zajištění přiměřené soutěže“ [25]. Na tento závěr je nutné nahlížet v kontextu uvedené věci, jehož skutkové okolnosti byly, jak jsem již zmínil, přesně opačné než v projednávané věci.

58. Generální advokát P. Mengozzi správně popsal podmínky uvedené věci s tím, že je uvedl do souvislosti „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 zbývajícímu členovi, aby se nadále účastnil řízení namísto skupiny, a nakonec mu zakázku zadal, a to nehledě na okolnost, že tento člen nebyl jako takový mezi předběžně vybranými“ [26].

59. Kdyby tehdy byla zásada totožnosti uplatněna striktně a byl učiněn závěr, že zbývající člen skupiny podniků se coby odlišný subjekt nemohl nadále účastnit řízení, snížil by se počet zájemců o zadání zakázky na tři. Takový výsledek by ale byl v rozporu s oznámením o zahájení zadávacího řízení, podle kterého byl zadavatel tohoto názoru, že pro účely zajištění soutěže musí být alespoň čtyři zájemci [27].

60. Hledáním rovnováhy mezi zásadou rovného zacházení s uchazeči – o kterou usiluje zásada totožnosti – a zaručením účinné soutěže – v situaci, kdy by navíc snížení počtu uchazečů mohlo zmařit zadání zakázky – dospěl Soudní dvůr k závěru, že k porušení zásady rovného zacházení nedochází, když veřejný zadavatel „povolí jednomu ze dvou hospodářských subjektů, které tvořily skupinu podniků, kterou jako takovou vyzval k podání nabídky, aby nahradil tuto skupinu po jejím zániku a zúčastnil se sám za sebe [jednacího] řízení o zadání zakázky, pokud se prokáže, že tento hospodářský subjekt *samostatně splňuje požadavky* definované uvedeným zadavatelem a pokračování v jeho účasti v uvedeném řízení *nevede ke zhoršení konkurenčního postavení* ostatních uchazečů“ [28].

61. V projednávané věci nelze jednoznačně konstatovat, že by se vyloučení nástupnického podniku (což ve skutečnosti požaduje Telecom Italia), související s odstoupením zanikajícího podniku z řízení z vlastní iniciativy, mělo projevit takovým omezením počtu uchazečů, které by z důvodu poklesu pod požadované minimum mohlo znemožnit zadání zakázky.

62. Není tedy nutně třeba upravovat požadavky zásady totožnosti v zájmu nikoli již soutěže mezi uchazeči, nýbrž zásady samotného zachování zadávacího řízení. Proto vzhledem k tomu, že nenastala konkrétní a zvláštní okolnost, ze které vychází řešení přijaté v rozsudku MT Højgaard a Züblin [29], není v zásadě důvod „zmírňovat“ požadavek totožnosti.

25 – Tamtéž, bod 41.

26 – Stanovisko generálního advokáta P. Mengozziho ve věci MT Højgaard a Züblin (C-396/14, EU:C:2015:774, bod 48).

27 – Tak je vysvětleno v bodech 10 a 42 rozsudku MT Højgaard a Züblin (C-396/14, EU:C:2016:347).

28 – Rozsudek MT Højgaard a Züblin (C-396/14, EU:C:2016:347, bod 44); kurzivou zvýraznil autor stanoviska.

29 – Věc C-396/14, EU:C:2016:347.

63. Soudní dvůr nicméně dospěl v uvedené věci k závěru, že je namístě zásadu totožnosti „zmírnit“, na základě skutečnosti, že nešlo o to, že by o uplatnění nabídky usiloval uchazeč naprosto odlišný od předběžně vybraných uchazečů (což je typická situace, kterou měl normotvůrce článku 28 odst. 2 směrnice 2014/24 na mysli). Připustil, že je může provést společnost, která v důsledku své vazby na některý z předběžně vybraných subjektů (jehož ve skutečnosti byla nedílnou součástí) nestojí zcela mimo řízení.

64. I v projednávané věci jde o případ, kdy nastala – resp. nastávala – změna v majetkové struktuře dvou z předběžně vybraných subjektů, z nichž jeden byl převzat druhým. Proto ani v této věci nejde o případný vstup třetí osoby stojící zcela mimo užší řízení.

2. Dopad fúze sloučením na právní a materiální totožnost vybraného uchazeče

65. Podle informací poskytnutých předkládajícím soudem nebyla právní osobnost společnosti Enel Open Fiber k datu, ke kterému tato společnost poté, co byla vybrána, uplatnila svou nabídku – což je přesně ten okamžik zadávacího řízení, na který se táže předkládající soud – nijak změněna. Slovy předkládajícího soudu, její „složení nebylo změněno k poslednímu dni pro podání nabídek“.

66. K tomu je třeba poznamenat, jak podotkla Komise [30], že tato fúze sloučením se vzhledem k tomu, že byla součástí spojení podniků s celoevropským významem, nemohla uskutečnit bez předchozího souhlasu (přesněji řečeno bez nevznesení námitek a prohlášení její slučitelnosti s vnitřním trhem) Komise, o kterém bylo rozhodnuto dne 15. prosince 2016, tedy dva měsíce po uplynutí lhůty pro podávání nabídek.

67. Předkládající soud nicméně ve skutečnosti zajímá to, zda okolnost, že jednání o fúzi mezi subjekty, které měly fúzovat a byly již veřejným zadavatelem vybrány, už probíhala, znamenala určitou *materiální* změnu osobnosti společnosti Enel Open Fiber, která by byla dostačující pro závěr, že tato společnost nebyla *de facto* coby subjekt práva shodná s již předběžně vybranou společností Enel Open Fiber.

68. Pochybnost spočívá jinými slovy v tom, zda pro vyloučení z (užšího) zadávacího řízení postačí, aby *probíhala* změna ve vlastnické struktuře předběžně vybraného uchazeče, který přejímá nebo hodlá přejmout jiného, rovněž předběžně vybraného uchazeče [31].

69. Argumentem pro vyloučení by mohlo být, že vzhledem k tomu, že proces fúze má vyústit ve strukturální změnu jak nástupnické, tak zanikající společnosti, vyžaduje zásada transparentnosti a zásada rovného zacházení s uchazeči, aby se s tímto výsledkem počítalo již v okamžiku, kdy se spolu s navrhovanou dohodou o fúzi již začíná rýsovat *vlastní splynutí* dotčených společností. Došlo by tak k přerušení materiální totožnosti mezi subjektem, který byl vybrán, a subjektem, který podal nabídku, jenž by pro tyto účely již nebyl týmž subjektem.

70. Tento argument ovšem nepovažuji za přesvědčivý. Opomíjí totiž, že v projednávané věci byly oba subjekty (nástupnický i zanikající) již před fúzí předběžně vybrány k podání nabídek, takže lze hovořit jak o přerušení *materiální totožnosti*, tak o – rovněž *materiálním* – pokračování existence obou subjektů.

30 – Bod 31 jejího písemného vyjádření.

31 – Jak uvádí ve svém písemném vyjádření Telecom Italia (bod 31), „při takovém scénáři je nerozhodné, jaký je [další] formálněprávní osud zanikající společnosti (Metroweb Sviluppo) […]; ve skutečnosti k tomu, aby fúze byla neslučitelná se […] zásadou zakotvenou v čl. 28 odst. 2 směrnice 2014/24, postačí, aby se změnila materiální spíše než právní totožnost nástupnické společnosti (Open Fiber) […]“.

71. Navíc považuji za nepřiměřené dovádět požadavek *materiální totožnosti* až do takového extrému, když jde o fúzi společností sloučením. Při operaci tohoto typu si nástupnická společnost zachovává svou právní osobnost a zvětšuje své jmění tím, že do sebe začleňuje zanikající společnost [32]. Z *materiálního* hlediska se tato změna jmění nástupnického podniku ve skutečnosti neliší od situace, ve které by došlo ke zvýšení jejího základního kapitálu nebo k jiným obdobným operacím. Kdyby předběžně vybraní uchazeči nesměli v průběhu užšího řízení na veřejné zakázky provádět podnikové operace tohoto typu, protože by tím narušili svou *materiální totožnost*, byla by jejich schopnost podnikat zbytečně a nepřiměřeně oslabena.

72. Na jednání Telecom Italia poupravila své písemné vyjádření a uznala, že operace tohoto typu (včetně fúzí) by z hlediska, které je v projednávané věci významné, byly irelevantní, kdyby zahrnovaly subjekty stojící mimo zadávací řízení. Tím podle mého názoru připouští, že její výtka se ve skutečnosti netýká ani tak zachování materiální totožnosti předběžně vybraného uchazeče (neboť ta by se – v souladu s jejím původním tvrzením – změnila i při sloučení s jakýmkoli jiným podnikem), jako spíše rizika protisoutěžních dohod, které by mohlo vyplývat z fúze s jiným zájemcem v témže zadávacím řízení.

73. Zákaz změn ve struktuře akcionářů předběžně vybraného podniku v průběhu užšího zadávacího řízení by navíc mohl vyústit v právní nejistotu, na kterou poukazuje Consiglio di Stato (Státní rada) v předkládacím usnesení [33].

74. Samotná směrnice 2014/24 stanoví, že dodavatele, který byl označen za úspěšného uchazeče, může v důsledku restrukturalizace (mj. z důvodu fúze) nahradit nový dodavatel, aniž je nutné zahajovat nové zadávací řízení [34]. Jsou-li splněny podmínky, na které normotvůrce váže tuto možnost [35], nevidím důvod, proč by se toto ustanovení nemohlo použít i v případě probíhajícího řízení [36].

75. Konečně je třeba zdůraznit, že případný důvod pro vyloučení v důsledku výše uvedeného by musel být *výslovně* uveden v podkladech pro řízení, ve vnitrostátních právních předpisech nebo v příslušných unijních předpisech. V projednávané věci tomu tak není, takže v plném rozsahu platí závěry vyjádřené v rozsudku Specializuotas transportas [37] ohledně „[u]ložení povinnosti uchazečům, [kterou] neukládá účinné vnitrostátní právo ani oznámení o zahájení zadávacího řízení či zadávací dokumentace, [protože to] by […] nebylo jasně vymezenou podmínkou ve smyslu [uvedené judikatury]“ [38].

32 – Podle čl. 3 odst. 1 směrnice Evropského parlamentu a Rady 2011/35/EU ze dne 5. dubna 2011 o fúzích akciových společností (Úř. věst. 2011, L 110, s. 1) se pro účely této směrnice „fúzí sloučením“ rozumí operace, kterou „jedna nebo více společností převádí v důsledku zrušení bez likvidace celé své obchodní jmění na jinou společnost výměnou za přidělení akcií nástupnické společnosti akcionářům jedné nebo více zanikajících společností a případně doplatek na dorovnání, který nesmí překročit 10 % jmenovité hodnoty přidělených akcií, nebo nemají-li jmenovitou hodnotu, jejich účetní hodnoty“.

33 – „Kdyby zásady, které lze dovodit z čl. 28 odst. 2, měly být chápány natolik široce, byly by důsledky pro zadavatele jen stěží únosné a existovalo by přetrvávající riziko, že rozhodnutí v zadávacím řízení by se stala protiprávními […] po ukončení řízení […] [, což by bylo] ve zjevném rozporu s obecnou zásadou stability právního stavu“ (bod 8.3 *in fine* předkládacího usnesení).

34 – Hypotézou čl. 72 odst. 1 písm. d) bodu ii) je konkrétně „univerzální[…] nebo singulární[…] právní[…] 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 to nepřináší další podstatné změny smlouvy na veřejnou zakázku a jeho cílem není obejít uplatňování této směrnice“.

35 – Tuto možnost lze odůvodnit jak zásadou zachování veřejné zakázky, tak zájmem na neohrožování případných změn akcionářů, které vstupují do normálního průběhu podnikových operací. Ty by mohly být omezeny, kdyby změny v kapitálové struktuře měly negativní dopad na užší zadávací řízení. Společnostem by tak bylo znemožněno provádění restrukturalizačních procesů.

36 – V bodě 110 odůvodnění směrnice 2014/24 se uvádí, že „úspěšný uchazeč plnící veřejnou zakázku by měl mít možnost, zejména pokud byla veřejná zakázka zadána více než jednomu podniku, během jejího plnění projít určitými strukturálními změnami, například čistě interní reorganizací, převzetím, fúzí a akvizicí nebo insolvencí. Tyto strukturální změny by neměly automaticky vyžadovat nové zadávací řízení na všechny veřejné zakázky plněné tímto uchazečem.“

37 – Rozsudek ze dne 17. května 2018 (C-531/16, EU:C:2018:324).

38 – Tamtéž, bod 24.

3. Zásada rovného zacházení s (ostatními) vybranými subjekty

76. Vycházeje z kontinuity mezi oběma předběžně vybranými subjekty (nástupnickou a zanikající společností) mám za to, že není důvod hovořit o narušení zásady rovného zacházení ve vztahu k ostatním uchazečům. Žádný z nich nebude muset soutěžit s hospodářským subjektem stojícím zcela mimo užší řízení, nýbrž se subjektem, jenž je *materiálně* nesporně spjat s oběma subjekty, které rovněž byly předběžně vybrány a musely být posuzovány ve stejném řízení.

77. Z toho důvodu nebyla zásada rovného zacházení *v okamžiku podání nabídek*, jenž je v projednávané věci nejzásadnější, nijak narušena. Není pochyb o tom, že i Enel Open Fiber – bez ohledu na to, že později fúzoval s jiným z předběžně vybraných subjektů – úspěšně prošel předběžným výběrem, takže jeho situace se zásadně liší od situace třetí osoby, která by byla vyzvána bez nutnosti projít řízením, jímž musely projít subjekty připuštěné do užšího řízení.

78. Zásada rovného zacházení s uchazeči, jejímž cílem je podporovat rozvoj zdravé a účinné soutěže mezi podniky, které se rozhodnou účastnit se řízení o zadání veřejné zakázky, vyžaduje, aby všichni uchazeči měli při vypracování svých nabídek stejné příležitosti. Vyplývá z ní tedy požadavek, aby nabídky všech soutěžitelů podléhaly stejným podmínkám [39], a její účinky se uplatní na celé zadávací řízení, zejména při sestavování jejich přihlášek i při jejich posuzování zadavatelem [40].

79. Mohla skutečnost, že k fúzi mezi dvěma subjekty došlo po uplynutí lhůty pro podávání nabídek, ale *před sestavením jejich konečného pořadí* [41], poškodit ostatní uchazeče, protože se octli v situaci nerovného zacházení? Nejsem toho názoru. Rozhodné je to, aby byla zakázka byla nakonec zadána tomu, kdo splňuje podmínky stanovené v oznámení o zahájení zadávacího řízení, za předpokladu, že úspěšný uchazeč nebyl v žádném okamžiku daného řízení zvýhodněn.

80. Relevantními faktory jsou v projednávané věci, která se týká užšího řízení, zejména:

– skutečnost, že Enel Open Fiber byla řádně předběžně vybrána a její právní osobnost zůstala nedotčena, i když struktura jejích akcionářů byla převzetím jiného uchazeče změněna, a

– skutečnost, že Metroweb Sviluppo coby zanikající uchazeč nakonec nepředložila žádnou nabídku, přestože byla předběžně vybrána. To v konečném důsledku znamená, že fúze obou uvedených subjektů se projevila podáním jen jediné nabídky.

81. Ve skutečnosti nebylo z hlediska zaručení zásady rovného zacházení dokonce ani absolutně nezbytné, aby Metroweb odstoupila z řízení, neboť Soudní dvůr rozhodl, že propojení uchazeči mohou současně podat nabídky v rámci stejného řízení za podmínky, že nejde o „koordinované a sladěné nabídky, tedy nikoli samostatné a nezávislé, z nichž by jim mohly vyplynout neodůvodněné výhody ve vztahu k ostatním uchazečům“ [42].

82. Možné nebezpečí protisoutěžních dohod, které by mohlo při fúzi vyvstat, ve skutečnosti nesouvisí se změnou materiální totožnosti společnosti Enel Open Fiber, nýbrž s tím, že mezi dvěma uchazeči mohlo docházet k nedovoleným kontaktům, a to bez ohledu na to, zda byli do fúze zapojeni.

83. Nic nenaznačuje, že by nabídky společností Metroweb Sviluppo a Enel Open Fiber byly koordinované nebo sladěné, a v každém případě byla nakonec podána jen jedna z nich, což vylučuje nebezpečí protisoutěžní dohody.

39 – Rozsudek ze dne 12. března 2015, eVigilo (C-538/13, EU:C:2015:166, bod 33 a citovaná judikatura).

40 – Viz kupř. rozsudek ze dne 16. prosince 2008, Michaniki (C-213/07, EU:C:2008:731, bod 45).

41 – Jak bylo již uvedeno (výše v bodě 17), k fúzi došlo dne 23. ledna 2017 a předběžné pořadí úspěšných uchazečů pro všech pět částí zakázky bylo zveřejněno dne 24. ledna 2017.

42 – Specializuotas transportas (C-531/16, EU:C:2018:324, bod 29).

84. Consiglio di Stato (Státní rada) navíc výslovně odmítla, že by účelem dohody o fúzi bylo obcházení pravidel hospodářské soutěže a „v podstatě narušení rovnováhy zadávacího řízení k újmě jiných soutěžitelů a samotného veřejného zadavatele […] Nelze mít důvodně za to, že by spojení uskutečněné na základě rámcové dohody ze dne 10. října 2016 jako takové představovalo kartelovou dohodu mezi účastníky zadávacího řízení“ [43].

85. Nicméně lze si položit otázku, v jakých případech může probíhající fúze ohrozit zásadu rovnosti. Nevylučuji, že by k tomu teoreticky mohlo dojít, kdyby se fúze začala – v rozporu s čl. 7 odst. 1 nařízení ES o spojování [44] – *de facto* uskutečňovat a umožnila by výměnu informací mezi dotčenými a předběžně vybranými subjekty, které by se v důsledku toho mohly dostat do výhodnějšího postavení ve vztahu k ostatním uchazečům [45].

86. Zda tomu tak bylo v projednávané věci, musí určit předkládající soud, i když – jak jsem již uvedl – podle jeho názoru, jak vyplývá z předkládacího usnesení, se strukturální fúze obou společností „velmi odlišuj[e] od kartelové dohody mezi dvěma uchazeči, jejichž cílem je narušit rovnováhu jediného zadávacího řízení“ [46].

87. Souhrnně vzato, podání nabídky uchazečem, u kterého probíhá fúze s jiným, rovněž vybraným uchazečem, není v rozporu s čl. 28 odst. 2 směrnice 2014/24, ledaže by oba subjekty koordinovaly nebo slaďovaly své jednání v užším zadávacím řízení tak, aby jim mohly vyplynout neodůvodněné výhody ve vztahu k ostatním uchazečům, což musí určit vnitrostátní soud.

V. Závěr

88. S ohledem na výše uvedené úvahy navrhuji, aby Soudní dvůr na otázky Consiglio di Stato (Státní rada, Itálie) odpověděl takto:

„Článek 28 odst. 2 směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU ze dne 26. února 2014 o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/ES musí být vykládán v tom smyslu, že nebrání tomu, aby v užším řízení byl do fáze posuzování nabídek připuštěn hospodářský subjekt, který uzavřel dohodu o fúzi sloučením s jiným, rovněž vybraným hospodářským subjektem, pokud:

– tato dohoda o fúzi nebyla z právního hlediska ani fakticky prováděna před fází podávání nabídek a

– oba subjekty nekoordinovaly, ani neslaďovaly své jednání v užším zadávacím řízení tak, aby jim mohly vyplynout neodůvodněné výhody ve vztahu k ostatním uchazečům, což musí určit vnitrostátní soud.“

43 – Předkládací usnesení, bod 8.4.

44 – Podle kterého „[s]pojení s významem pro celé Společenství […] nebo spojení, které má být přezkoumáno Komisí […], nesmí být uskutečněno ani před jeho oznámením ani před jeho prohlášením za slučitelné se společným trhem rozhodnutím […]“.

45 – Šlo by o případy popsané ve shora citovaném bodě 29 rozsudku Specializuotas transportas (C-531/16, EU:C:2018:324). Taková situace by mohla případně nastat, kdyby faktické (a protiprávní) uskutečnění fúze – zahájené před podáním nabídek – před rozhodnutím Komise mělo vliv na obsah nabídky společnosti Enel Open Fiber, obdobně jako kdyby se tato společnost koordinovala se společností Metroweb Sviluppo s cílem sladit své jednání postupně ve všech fázích řízení na úkor ostatních subjektů.

46 – Předkládací usnesení, bod 8.4.