

**Zadeva C-459/23****Povzetek predloga za sprejetje predhodne odločbe v skladu s členom 98(1)  
Poslovnika Sodišča****Datum vložitve:**

21. julij 2023

**Predložitevno sodišče:**

Sąd Najwyższy (Poljska)

**Datum predložitvene odločbe:**

21. april 2023

**Pritožnica v postopku s kasacijsko pritožbo:**

E. S.A.

**Nasprotni stranki v postopku s kasacijsko pritožbo:**

W. sp. z o.o.

Bank S.A.

**Predmet postopka v glavni stvari**

Tožba delniške družbe E. v G proti družbi z omejeno odgovornostjo W. v P. in delniški družbi Bank zaradi ugotovitve neobstoja obligacijskega razmerja, ki je nastalo na podlagi „pogodbe o nakupu certifikatov“ (CPA – certificate purchase agreement), ki sta jo delniška družba E. v G in družba z omejeno odgovornostjo W. v P sklenili 24. februarja 2011.

**Predmet in pravna podlaga vprašanj za predhodno odločanje**

1) Standard Unije v zvezi z dodelitvijo nacionalnih sodnikov brez njihovega soglasja za odločanje v drugo organizacijsko enoto nacionalnega sodišča, ki ni ta, v kateri običajno opravljajo svoje naloge. 2) Razlaga nekaterih določb Direktive 2004/17/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 31. marca 2004 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil naročnikov v vodnem, energetskem in transportnem sektorju ter sektorju poštnih storitev in člena 2d(1)(a) Direktive Sveta 92/13/EGS z dne 25. februarja 1992 o uskladitvi zakonov in drugih

predpisov o uporabi pravil Skupnosti za oddajo javnih naročil podjetij na vodnem, energetske, transportnem in telekomunikacijskem področju. 3) Razlaga splošnega načela prepovedi zlorabe pravic. Pravna podlaga: člen 267 PDEU.

### Vprašanja za predhodno odločanje

1. Ali je treba člen 19(1), drugi pododstavek, PEU glede na razlago, ki jo je Sodišče sprejelo v zadevi C-487/19 W.Ż., razlagati tako, da se z začasno dodelitvijo sodnika Sąd Najwyższy (vrhovno sodišče, Poljska) na drug oddelek vrhovnega sodišča brez njegovega soglasja krši načelo neodstavljenosti in neodvisnosti sodnikov, podobno pri premestitvi sodnika splošnega sodišča med dvema oddelkoma istega sodišča, če

- je sodnik dodeljen za odločanje v zadevah, katerih vsebina se ne prekriva s stvarno pristojnostjo oddelka, na katerega je bil sodnik vrhovnega sodišča imenovan;

- zoper sklep o taki dodelitvi sodnik nima možnosti vložitev sodnega pravnega sredstva, ki bi izpolnjevalo zahteve iz točke 118 sodbe v zadevi C-487/[19], W.Ż.;

- sta sklep Pierwszy Prezes Sądu Najwyższego (prvi predsednik vrhovnega sodišča) o dodelitvi na drug oddelek in sklep Prezes kierujący pracą Izby Cywilnej Sądu Najwyższego (predsednik, ki vodi civilni oddelek vrhovnega sodišča) o dodelitvi konkretnih zadev sprejeli osebi, ki sta na položaj sodnika vrhovnega sodišča imenovani v enakih okoliščinah kot v zadevi C-487/[19], W.Ż., glede na dosedanjo sodno prakso pa so sodni postopki, pri katerih so udeležene take osebe, neveljavni ali pa kršijo pravico strank do poštenega sojenja iz člena 6 Evropske konvencije o človekovih pravicah;

- začasna dodelitev sodnika brez njegovega soglasja na drugi oddelek vrhovnega sodišča, ki ni oddelek, na katerem dela, ob hkratni ohranitvi obveznosti sojenja na matičnem oddelku, nima podlage v nacionalnem pravu;

- se z začasno dodelitvijo sodnika brez njegovega soglasja na drugi oddelek vrhovnega sodišča, ki ni oddelek, na katerem dela, krši člen 6(b) Direktive 2003/88/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 4. novembra 2003 o določenih vidikih organizacije delovnega časa [(UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 5, zvezek 4, str. 381)]?

2. Ne glede na odgovor na prvo vprašanje, ali je treba člen 19(1), drugi pododstavek, PEU razlagati tako, da ni „z zakonom ustanovljeno“ sodišče, sodišče, ki odloča v senatu, sestavljenem na podlagi sklepa prvega predsednika vrhovnega sodišča o dodelitvi na drug oddelek vrhovnega sodišča in na podlagi sklepa predsednika, ki vodi civilni oddelek vrhovnega sodišča, o dodelitvi konkretnih zadev, to je na podlagi sklepov oseb, ki sta bili na položaj sodnika vrhovnega sodišča imenovani v enakih okoliščinah kot v zadevi C-487/[19], W.Ż., glede na dosedanjo sodno prakso pa so sodni postopki, pri katerih so udeležene

take osebe, neveljavni ali pa kršijo pravico strank do poštenega sojenja iz člena 6 Evropske konvencije o človekovih pravicah?

3. Če je odgovor na prvo vprašanje pritrdilen ali če je odgovor na drugo vprašanje, da tako sestavljeno sodišče ni „z zakonom ustanovljeno“ sodišče, ali je treba člen 19(1), drugi pododstavek, PEU in načelo primarnosti prava Unije razlagati tako, da lahko sodniki, ki so imenovani v sodni senat, sestavljen na način, opisan v vprašanjih 1 in 2, zavrnejo opravljanje dejanj v zadevi, ki jim je dodeljena, vključno s sojenjem, pri čemer štejejo, da sta sklepa o dodelitvi na drug oddelek vrhovnega sodišča in o dodelitvi konkretnih zadev neobstoječa, ali pa morajo izdati sodbo in strankam prepustiti odločitev, ali se bodo zoper to sodbo pritožile zaradi kršitve pravice stranke, da njeno zadevo obravnava sodišče, ki izpolnjuje zahteve iz člena 19(1), drugi pododstavek, PEU in člena 47 Listine Evropske unije o temeljnih pravicah?

4. Če je odgovor na zgornja vprašanja, da je predložitevno sodišče z zakonom ustanovljeno sodišče v smislu člena 19(1), drugi pododstavek, PEU, ali je treba člen 3(3)(b) Direktive 2004/17/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 31. marca 2004 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil naročnikov v vodnem, energetske in transportnem sektorju ter sektorju poštnih storitev [(UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 6, zvezek 7, str. 19, s poznejšimi spremembami)] v povezavi s členom 20 in členom 1(2)(c) te direktive razlagati tako, da mora javno podjetje iz člena 2(1)(b) te direktive, ki opravlja dejavnost trgovine na debelo in drobno z električno energijo, zelene certifikate iz člena 2(k) in (l) Direktive 2009/28/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 23. aprila 2009 o spodbujanju uporabe energije iz obnovljivih virov, spremembi in poznejši razveljavitvi direktiv 2001/77/ES in 2003/30/ES (UL 2009, L 140, str. 16, s poznejšimi spremembami) pridobiti z javnim naročilom?

5. Če je odgovor na vprašanje 4 pritrdilen, ali je treba člen 14 Direktive 2004/17 v povezavi s členom 1(4) te direktive razlagati tako, da je treba okvirno pogodbo med takim podjetjem in proizvajalcem energije iz obnovljivih virov skleniti v skladu s postopkom, določenim za javna naročila, če ocenjena (čeprav v pogodbi neopredeljena) skupna vrednost zelenih certifikatov, ki se pridobijo na podlagi te pogodbe, presega prag iz člena 16(a) te direktive, vendar vrednost posameznih transakcij, sklenjenih v okviru izvajanja pogodbe, tega praga ne presega?

6. Če sta odgovora na vprašanji 4 in 5 pritrdilna, ali gre pri sklenitvi pogodbe ob popolnem neupoštevanju pravil o javnih naročilih za primer iz člena 2d(1)(a) Direktive Sveta 92/13/EGS z dne 25. februarja 1992 o uskladitvi zakonov in drugih predpisov o uporabi pravil Skupnosti za oddajo javnih naročil podjetij na vodnem, energetske, transportnem in telekomunikacijskem področju [(UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 6, zvezek 1, str. 315, s poznejšimi spremembami)], ali pa gre za drugačen primer kršitve prava Unije o javnih naročilih, ki omogoča ugotovitev neveljavnosti pogodbe zunaj postopka, ki ga določa nacionalni zakon, s katerim se prenaša ta direktiva?

7. Če so odgovori na vprašanja od 4 do 6 pritrdilni, ali je treba splošno pravilo o prepovedi zlorabe pravic razlagati tako, da naročnik iz člena 2(1)(b) Direktive 2004/17 ne more zahtevati ugotovitve neveljavnosti pogodbe, ki jo je z dobaviteljem sklenil v nasprotju z nacionalnimi določbami, s katerimi se izvajajo direktive Unije o javnih naročilih, če dejanski razlog za vložitev zahtevka za ugotovitev neveljavnosti pogodbe ni skladnost s pravom Unije, temveč to, da je izvajanje te pogodbe za naročnika postalo manj donosno?

### **Navedene določbe prava Skupnosti**

Člen 19(1), drugi pododstavek, PDEU

Člen 47 Listine Evropske unije o temeljnih pravicah

Direktiva 2003/88/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 4. novembra 2003 o določenih vidikih organizacije delovnega časa

Direktiva 2004/17/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 31. marca 2004 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil naročnikov v vodnem, energetske in transportnem sektorju ter sektorju poštne storitev

Direktiva Sveta 92/13/EGS z dne 25. februarja 1992 o uskladitvi zakonov in drugih predpisov o uporabi pravil Skupnosti za oddajo javnih naročil podjetij na vodnem, energetske in transportnem in telekomunikacijskem področju

### **Navedeni nacionalni predpisi**

Ustawa z dnia 8 grudnia 2017 r. o Sądzie Najwyższym (zakon z dne 8. decembra 2017 o vrhovnem sodišču): členi 1, 3, 30, 31 in 35

Ustawa z dnia 27 lipca 2001 r. Prawo o ustroju sądów powszechnych (zakon z dne 27. julija 2001 – zakon o organizaciji splošnih sodišč): člen 22a

Ustawa z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks pracy (zakon z dne 26. junija 1974 zakonik o delovnih razmerjih): člen 140

Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (zakon z dne 29. januarja 2004 o javnih naročilih): členi 132, 38a in 146

### **Kratka predstavitev dejanskega stanja in postopka**

- 1 Tožeča stranka se ukvarja s trgovino z električno energijo. Njen edini delničar je delniška družba E. V tej družbi ima državna blagajna več kot 50 % delnic. Tožena stranka št. 1 se ukvarja s proizvodnjo, prenosom in distribucijo električne energije. Tožena stranka št. 2 je banka.

- 2 Tožeča stranka (delniška družba E.) je 24. februarja 2011 z družbo z omejeno odgovornostjo W. (tožena stranka 1) sklenila „pogodbo o nakupu certifikatov“ (CPA - certificate purchase agreement). Na podlagi te pogodbe se je tožena stranka št. 1 zavezala, da bo na tožečo stranko prenesla vse certifikate na podlagi potrdil o izvoru, prejetih v zvezi s proizvodnjo energije iz obnovljivih virov energije (OVE), tožeča stranka pa se je zavezala, da bo vse certifikate na podlagi omenjenih potrdil na trgu certifikatov poljske energetske borze kupila s transakcijami izven trgovalne seje. V pogodbi CPA je določena cena za pridobljene certifikate v višini 0,91 x OzJ (nadomestna dajatev, ki se je uporabljala v obdobju, v katerem je bila proizvedena energija iz OVE, in se plačuje na enoto).
- 3 Tožena stranka št. 1 je s toženo stranko št. 2 sklenila pogodbo o odstopu terjatev, s čimer so se zavarovale terjatve tožene stranke št. 2 iz posojilnih pogodb, odobrenih toženi stranki št. 1.
- 4 Na začetku je tožeča stranka od tožene stranke št. 1 kupovala potrdila o izvoru v skladu s pogodbo CPA. Nato se je neuspešno poskušala pogajati o drugačnih cenovnih pogojih. Pogodbo CPA sta stranki izvajali od 22. februarja 2012 do 31. julija 2017. Uprava tožeče stranke se je septembra 2017 odločila, da ne bo realizirala približno 150 pogodb o prodaji certifikatov na podlagi potrdil o izvoru, ki ustrezajo pogodbi CPA, ki je predmet te zadeve. Tožeča stranka od takrat ni sprejemala ponudb za prodajo potrdil o izvoru, ki jih je predložila tožena stranka št. 1.
- 5 Tožeča stranka je pri Sąd Okręgowy w Gdańsku (regionalno sodišče v Gdanku, Poljska) vložila tožbo za ugotovitev neobstoja obligacijskega razmerja, ki je nastalo zaradi sklenitve zadevne pogodbe CPA.
- 6 Po njenem mnenju je pogodba CPA nična na podlagi člena 353<sup>1</sup> v povezavi s členom 58(1) kodeks cywilny (civilni zakonik) v povezavi s členom 7(3) in členom 132(1), točka 3, Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (zakon z dne 29. januarja 2004 o javnih naročilih, prečiščeno besedilo na dan sklenitve pogodbe CPA: Dz.U. iz leta 2010, št. 113, pozicija 759, s spremembami, v nadaljevanju: ZJN).
- 7 Sąd Okręgowy w Gdańsku (regionalno sodišče v Gdanku) je tožbeni zahtevek s sodbo z dne 6. decembra 2018 zavrnilo.
- 8 Sąd Apelacyjny w Gdańsku (višje sodišče v Gdanku, Poljska) je s sodbo z dne 13. avgusta 2019 zavrnilo pritožbo tožeče stranke zoper sodbo regionalnega sodišča.
- 9 Tožeča stranka je zoper sodbo višjega sodišča vložila kasacijsko pritožbo.
- 10 V njej je navedla številne očitke, ki se nanašajo na kršitve nacionalnega procesnega in materialnega prava. Očitki o napačni uporabi materialnega prava se nanašajo predvsem na napačno razlago različnih določb ZJN, to je v nasprotju s



pravilno razlago določb direktiv Unije (direktive 2004/17, 2009/28, 92/13, 2014/25). Zato je za odločanje o utemeljenosti pritožbenih razlogov iz kasacijske pritožbe potrebna predhodna razlaga določb prava Unije, ki so bile v poljsko pravo prenesene z nacionalnimi določbami, na katere se opira kasacijska pritožba.

- 11 Sąd Najwyższy (vrhovno sodišče, Poljska) je s sklepom z dne 26. maja 2020 kasacijsko pritožbo sprejelo v obravnavo. Predsednik, ki vodi civilni oddelek vrhovnega sodišča, je s sklepom z dne 2. junija 2022 pritožbo odstopil v reševanje sodniku Karolu Weitzu in je bila vpisana pod opravilno številko II CSKP 1588/22. Prvi predsednik vrhovnega sodišča je s sklepom št. 23/2023 z dne 15. februarja 2023 o začasni dodelitvi sodnika vrhovnega sodišča na civilni oddelek sodnika Dawida Miąsika začasno dodelil na civilni oddelek vrhovnega sodišča za obdobje od 1. aprila do 30. junija 2023, pri čemer je za vsak mesec obdobja dodelitve določil pravila za dodelitev zadev. Nato je predsednik, ki vodi civilni oddelek vrhovnega sodišča, s sklepom z dne 2. marca 2023 zadevo II CSKP 1588/22 odstopil v reševanje sodniku vrhovnega sodišča Dawidu Miąsiku, pri čemer je bila podlaga za spremembo sodnika poročevalca zgoraj navedeni sklep št. 25/2023, ob tem pa je bila obravnava v zadevi predvidena za april 2023. V sklepu z dne 22. marca 2023 je bil datum nejavne seje določen na 21. april 2023. Senat vrhovnega sodišča, ki je bil na tak način določen za obravnavo te zadeve, sestavljajo dva sodnika Izba Pracy i Ubezpieczeń Społecznych (oddelek za delovno pravno in pravo socialne varnosti) vrhovnega sodišča in – kot predsednik senata – sodnik, ki običajno odloča na civilnem oddelku vrhovnega sodišča. Sodnica vrhovnega sodišča Jolanta Frańczak je bila imenovana za odločanje podobno kot sodnik poročevalec.

### **Kratka predstavitev predloga za sprejetje predhodne odločbe**

Vprašanja od 1 do 3

- 12 V zvezi z vprašanji od 1 do 3, ki so enaka vprašanjem v zadevi C-455/23, predložitveno sodišče deli mnenje predložitvenega sodišča v omenjeni zadevi in nanj napotuje.

Vprašanje 4

- 13 To vprašanje se nanaša na razlago člena 3(3) Direktive 2004/17. Gre za to, ali je treba pravo Unije razlagati tako, da je podjetje, ki trguje z električno energijo, zelene certifikate dolžno kupovati v skladu s postopkom, določenim s pravom Unije o javnih naročilih. Iz omenjene določbe Direktive 2004/17 izhaja, da se ta direktiva nanaša na dve vrsti dejavnosti: (a) zagotavljanje ali upravljanje stalnih omrežij, ki so namenjena zagotavljanju javnih storitev v zvezi s proizvodnjo, transportom in distribucijo električne energije, (b) dobavo električne energije takšnim omrežjem.
- 14 Ta določba se v nacionalni sodni praksi, ki se opira na člen 132(1), točka 3, ZJN iz leta 2004 razlaga tako, da ne zajema trgovskih podjetij, kot je tožeča stranka. V

- skladu s členom 132(1), točka 3, ZJN sta se za sektorski dejavnosti šteli le „vzpostavljanje omrežij“, ki so namenjena zagotavljanju storitev v zvezi s proizvodnjo, prenosom ali distribucijo električne energije, in „dobava energije v taka omrežja“. Tožeča stranka ni proizvajalec energije in zato ne dobavlja „energije v omrežje“. Prav tako ne gradi omrežij.
- 15 Šele od 28. julija 2016 je v veljavi člen 132(1a) ZJN (dodan z ustava z dne 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (zakon z dne 22. junija 2016 o spremembi zakona o javnih naročilih in nekaterih drugih zakonov, Dz. U. pozicija 1020), v skladu s katerim „distribucija iz člena 1, točki 3 in 4, zajema tudi prodajo na debelo in na drobno“. Tako je bila ureditev, v skladu s katero se tožeča stranka, ki se ukvarja s trgovanjem z energijo, obravnava kot sektorski naročnik, sprejeta šele po sklenitvi pogodbe CPA. Dodatek odstavka 1a k členu 132 ZJN se je v sodni praksi obravnavalo kot potrditev pravilnosti prakse energetskih podjetij iz let od 2005 do 2015, da za transakcije nakupa zelenih certifikatov niso uporabljala ZJN. To potrjuje tudi dodatek člena 138a k ZJN. Ta določba je podjetja, ki opravljajo dejavnosti iz člena 132(1), točka 3, (vzpostavljanje energetskih omrežij, ne pa tudi prodaja energije) v zvezi z nakupom zelenih certifikatov izvzela iz strogih zahtev ZJN.
- 16 Vendar pa je Sąd Najwyższy (vrhovno sodišče) opozorilo, da je v uvodni izjavi 23 Direktive 2014/25 pojasnjeno, da „v tej direktivi uporabljeni pojem ‚dobava električne energije‘ zajema proizvodnjo, veleprodajo in maloprodajo električne energije“. V tem položaju ni jasno, ali je treba enako (kot člen 9(1)(b) Direktive 2014/25) formuliran člen 3(3)(b) Direktive 2004/17 razlagati tako, da se upošteva uvodna izjava 23 Direktive 2014/25. Besedilo te uvodne izjave Direktive 2014/25 „pri čemer to nikakor ne razširja področja uporabe te direktive“ je mogoče razumeti na ta način, da je potrjen le določen način razumevanja pojma sektorske dejavnosti, ki bi moral veljati že za Direktivo 2004/17.
- 17 Iz odločb, ki jih je Evropska komisija sprejela na podlagi Direktive 2004/17 (npr. Odločba 2007/141/ES) je razvidno, da je bilo trgovanje z električno energijo obravnavano kot sektorska dejavnost.
- 18 Četrto vprašanje se prav tako nanaša na razlago člena 3(3)(b) v povezavi s členom 20 Direktive 2004/17, to je, ali se nakupi zelenih certifikatov izvajajo zaradi opravljanja dejavnosti dobave električne energije. Gre namreč za nakup, ki je bil izveden zaradi izpolnjevanja zakonske obveznosti spodbujanja obnovljivih virov energije. Dejavnost prodaje električne energije se lahko opravlja brez nakupa zelenih certifikatov, vendar je potrebno plačilo nadomestne dajatve ali globe. Zato „namen“ nakupa zelenih certifikatov ni opravljanje dejavnosti prodaje električne energije.
- 19 Po drugi strani je treba ugotoviti, da ker je zakonodajalec podjetjem, ki trgujejo z električno energijo, naložil obveznost nakupa zelenih certifikatov, je njihov nakup vendarle posledica opravljanja dejavnosti dobave električne energije.

- 20 Poleg tega, če bi bilo treba šteti, da nakup zelenih certifikatov ne spada na področje sektorske dejavnosti in se torej ne opravi za namen opravljanja teh dejavnosti v smislu člena 20 Direktive 2004/17, nacionalni zakonodajalec v členu 138a(1) ZJN ne bi uvedel izjeme za take nakupe. Tožeča stranka trdi, da je treba sektorske dejavnosti in naročila, ki se opravijo „za namene opravljanja teh dejavnosti“ razumeti široko, tako da vključujejo tudi naročila, ki so le posredno povezana s sektorsko dejavnostjo, pri čemer se sklicuje na sodbo Sodišča z dne 10. aprila 2008, C-393/06, Ing. Aigner, Wasser-Warme-Umwelt, GmbH proti Fernwarme Wien GmbH (ECLI:EU:C:2008:213, točke od 28 do 33). V tej sodbi je bilo sprejeto stališče, da je za to, da bi naročilo spadalo v okvir ureditve sektorskih naročil, dovolj, da je naročilo „povezano“ z opravljanjem sektorske dejavnosti. Takšna povezava nedvomno obstaja med obveznostjo predložitve zelenih certifikatov in glavno dejavnostjo tožeče stranke, to je prodajo energije, saj je od celotnega obsega prodaje energije odvisno, koliko zelenih certifikatov mora tožeča stranka kupiti na trgu.
- 21 Ob tem je Sodišče v navedeni sodbi (točka 27) poudarilo potrebo po ozki razlagi določb Direktive 2004/17, kar bi podpiralo stališče, da javno podjetje, kot je tožeča stranka, zelenih certifikatov ni dolžno kupiti z izvedbo postopka javnega naročanja.
- 22 Predložitveno sodišče tudi opozarja na razliko med ciljem pridobitve zelenih potrdil (podpora okoljski politiki) in cilji, povezanimi z varstvom konkurence, v zvezi s katerimi pravo določa, da se morajo sektorska naročila oddajati v konkurenčnih postopkih.

#### Vprašanje 5

- 23 Vprašanje 5 se nanaša na to, ali je za pogodbo CPA zaradi njene konstrukcije veljala strogost prava javnih naročil.
- 24 V dosedanjem postopku se je štelo, da pogodba CPA ne spada na področje uporabe prava javnih naročil, ker posamezne transakcije, s katerimi so bile prenesene pravice na potrdilih o izvoru, sklenjene v okviru izvajanja te pogodbe, niso presegli pragov Unije za sektorska javna naročila. Ti pragovi so na dan sklenitve pogodbe CPA znašali 387.000 EUR. Ugotovljeno je bilo, da je skupna letna vrednost transakcij, ki sta jih sklenila tožeča stranka in tožena stranka št. 1 na podlagi pogodbe CPA, znašala približno 3.000.000 PLN (kar je približno dvakratnik praga Unije glede na vrednost eura na dan sklenitve pogodbe CPA). V okviru izvajanja pogodbe CPA sta stranki običajno sklenili eno transakcijo na mesec v povprečni vrednosti 65.000 EUR. Te transakcije niso presegle praga Unije. Sprejeto je bilo stališče, da ni podlage, da bi se vse borzne transakcije skupaj obravnavale kot eno javno naročilo, ker v pogodbi CPA nista bila določena niti količina električne energije, ki naj bi bila zajeta s potrdili o izvoru, ki jih je izdal predsednik poljskega regulatornega organa za energijo, niti znesek, ki ga bo tožeča stranka plačala toženi stranki št. 1. Zato se ni štelo, da je pogodba CPA okvirni sporazum, ampak da je le pogodba, na podlagi katere je treba sklepati



pogodbe o prodaji certifikatov, kar je pomenilo, da je treba na način, določen v ZJN, sklepati samo pogodbe za njeno izvrševanje (pogodbe o prodaji potrdil o izvoru energije, ki so bila toženi stranki št. 1 izstavljeni v nekem mesecu).

- 25 Ker torej v pogodbi CPA ni bila vnaprej določena vrednost transakcij, ki so se sklepale na njeni podlagi, in ker vrednost vsakega od izvedbenih pogodb ni presegla pragov Unije, pogodba CPA ne spada na področje uporabe prava Unije na področju javnih naročil.
- 26 Po mnenju tožeče stranke pa bi morala biti v primeru nameravanega nakupa istovrstnega blaga na podlagi prodajnih pogodb, sklenjenih z enim samim ponudnikom, v vnaprej določenem časovnem obdobju, z istim gospodarskim namenom, vrednost naročila skupna vrednost vsega blaga, katerega nabava je zajeta v nameri naročnika. Tožeča stranka je se sklicevala na prepoved delitve javnih naročil z namenom obida pragov Unije iz nacionalnega prava in iz člena 17(2) Direktive 2004/17. Pogodba CPA se je namreč nanašala na vsebinsko enaka naročila za izvajanje pogodbe med istimi strankami in v določenem časovnem obdobju.
- 27 Tožeča stranka podredno predlaga, naj se za vrednost naročila upoštevajo vsa potrdila o izvoru, ki so bila v določenem koledarskem letu kupljena od vseh (tudi od tožene stranke št. 1) proizvajalcev energije iz obnovljivih virov zaradi izpolnjevanja obveznosti predložitve potrdil o izvoru energije v preklic.
- 28 Zato je potrebna razlaga določb prava Unije, ki so navedene v petem vprašanju, da bi se ugotovilo, ali se pogodba, kakršna je pogodba CPA, katere namen je določiti pogoje glede cene in količine, na podlagi katerih bo naročnik sklepal prihodnje izvedbene pogodbe, šteje za okvirni sporazum in zato zanjo velja pravo javnih naročil (člen 14 v povezavi s členom 1(4) Direktive 2004/17) in na kakšen način se ugotavlja, ali so bili preseženi pragovi Unije, ki morajo biti preseženi, da bi se v postopku ugotavljanja neobstoja pogodbe štelo, da se za pogodbo CPA uporablja ureditev javnih naročil Unije. Ali je v takem primeru za uporabo prava o javnih naročilih odločilna *ex ante* ocenjena vrednost naročila, ali šele *ex post*, na podlagi dejanske vrednosti izvedbenih transakcij, sklenjenih v določenem koledarskem letu, ali pa skupna vrednost vseh opravljenih izvedbenih transakcij, od katerih posamično nobena ni presegla pragov Unije.

#### Vprašanje 6

- 29 Izpodbijana sodba temelji na ugotovitvi, da je v primeru, če bi se štelo, da je bila prodajna pogodba sklenjena s kršitvijo pravil o javnem naročanju zaradi popolnega neupoštevanja postopka oddaje naročil, določenega s temi pravili, edini dopustni postopek za morebitno izpodbijanje veljavnosti pogodbe urejen v členu 146 ZJN. Ta določba določa pogoje za neveljavnost pogodbe. Hkrati pa izključuje uporabo člena 189 kodeksa postępowania cywilnego (zakonik o civilnem postopku) (na katerega tožeča stranka opira svoj zahtevek) za ugotovitev neveljavnosti pogodbe. Razlogi za neveljavnost pogodbe so v členu 146 ZJN

navedeni taksativno. Glede na dejansko stanje v tej zadevi pride v poštev le člen 146(1), točka 2, ZJN, v skladu s katerim „se pogodba razveljavi, če naročnik ni objavil obvestila o naročilu v Biuletyn Zamówień Publicznych (bilten javnih naročil) ali če ni posredoval obvestila o naročilu Uradu za publikacije Evropske unije“. S to določbo se v poljsko zakonodajo prenaša člen 2d(1)(a) Direktive 92/13 v besedilu, ki izhaja iz Direktive 2007/66/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 11. decembra 2007 o spremembi direktiv Sveta 89/665/EGS in 92/13/EGS glede izboljšanja učinkovitosti revizijskih postopkov oddaje javnih naročil (UL 2007, L 335, str. 31).

- 30 Sodišči obeh stopenj sta to določbo razlagali tako, da zajema primer, ko postopek javnega naročanja ni bil izveden, čeprav je bila izvedba takega postopka obvezna. Menili sta, da ta določba zagotavlja pravno podlago za uporabo sankcij v primerih nezakonite neposredne dodelitve naročila. Sodišče je namreč takšno ravnanje priznalo kot najhujšo kršitev prava Unije na področju javnih naročil (uvodna izjava 14 Direktive 2007/66). Po mnenju sodišč obeh stopenj ravnanje naročnika, ki se kaže v neposredni oddaji javnega naročila ob neupoštevanju pravil o javnih naročilih, spada v okvir pogoja, ki se nanaša na neobjavo javnega razpisa. Ker namreč – kljub takšni obveznosti – postopek za sklenitev pogodbe, kot se zahteva z določbami ZJN, ni bil izveden, tudi ni bil objavljen ustrezen javni razpis. Za razveljavitev pogodbe na podlagi člena 146 ZJN pa zadošča neizpolnitev obveznosti objave. Druge vrste kršitev določb ZJN spadajo na področje uporabe preostalih točk člena 146 ZJN ali posebnih predpisov o javnih naročilih.
- 31 Če bi bilo treba obravnavano zadevo preučiti vsebinsko, bi bilo treba po mnenju predložitvenega sodišča temu stališču pritrditi. To potrjujejo tudi uvodne izjave Direktive. Iz njene uvodne izjave 14 izhaja, da bi morala neposredna oddaja naročila zajemati vse načine oddaje naročil brez predhodne objave. Vendar bi to zahtevalo – po nacionalnem pravu dopustno – široko in teleološko razlago člena 146(1), točka 2, ZJN.
- 32 Vendar se tožeča stranka zavzema za razlago te določbe, v skladu s katero popolnega neupoštevanja uporabe določb ZJN pri oddaji javnega naročila ni mogoče opredeliti kot kršitev ZJN, ki se nanaša na neobjavo obvestila o naročilu v ustrezni publikaciji. Po mnenju tožeče stranke so razlogi za neveljavnost pogodbe o javnem naročilu v členu 146(1) ZJN navedeni taksativno. Po njenem mnenju je kršitev iz člena 146(1), točka 2, ZJN lahko podana le, če je naročnik že začel postopek oddaje naročila. Trdi, da zakonodajalec razlikuje med oddajo naročila brez zahtevane objave in oddajo naročila brez uporabe pravil o javnih naročilih ter popolno opustitev uporabe ZJN šteje za ločen primer kršitve ZJN, ki v členu 146 ZJN ni naveden. Taka razlaga člena 146 ZJN, ki se v pravni teoriji dopušča, omogoča uporabo sankcije neveljavnosti iz člena 58(1) kodeks cywilny (civilni zakonik). Tožeča stranka poleg tega navaja, da je Direktiva 92/13, v besedilu, kot izhaja iz Direktive 2007/66, oprta na minimalno harmonizacijo. Sankcija neveljavnosti na podlagi člena 58(1) civilnega zakonika pa je strožja sankcija kot sankcija neučinkovitosti pogodbe na podlagi člena 146 ZJN. Za slednjo namreč veljajo omejitve ne le glede razlogov za ugotovitev neveljavnosti pogodbe,

temveč tudi glede roka in subjekta, ki lahko zahteva ugotovitev neveljavnosti pogodbe.

- 33 V skladu s stališčem Urząd Zamówień Publicznych (urad za javna naročila) poleg primerov izpodbojnosti pogodbe iz razlogov, ki se nanašajo na kršitve postopkov javnega naročanja (kot so opredeljeni v členu 146(1) in (6) ZJN), „lahko pride tudi do primerov ničnosti pogodbe iz razlogov, ki niso povezani s kršitvami postopkov javnega naročanja (člen 58 civilnega zakonika)“. Vendar to stališče ne rešuje vprašanja, ali popolno neupoštevanje načina sklepanja pogodb, urejenega v ZJN, pomeni kršitev samega postopka javnega naročanja.

#### Vprašanje 7

- 34 Sedmo vprašanje se nanaša na uporabo načela prepovedi zlorabe pravic kot splošnega načela prava Unije. Sodišči obeh stopenj sta odločili, da zahtevi za ugotovitev neobstoja pogodbe CPA, ker naj bi bila sklenjena brez upoštevanja pravil o javnih naročilih, ni mogoče ugoditi, saj tak zahtevek pomeni zlorabo pravice. Tožeča stranka je takšen zahtevek – kot je razvidno iz ugotovljenega dejanskega stanja – vložila zaradi zmanjšanja donosnosti izvrševanja te pogodbe, in sicer zaradi padca cene potrdil o izvoru na borzi.
- 35 V skladu s tem načelom naslovniki prava Unije „z goljufijo ali z zlorabo ne morejo uveljavljati določb prava Unije“ (glej sodbe Sodišča z dne 6. februarja 2018, Altun in drugi, C-359/16, ECLI:EU:C:2018:63, točka 48; z dne 28. julija 2016, Kratzer, C-423/15, EU:C:2016:604, točka 37, in z dne 11. julija 2018, Komisija/Belgija, C-356/15, EU:C:2018:555, točka 99). To načelo torej preprečuje „nepravilno“ uporabo pravice, ki izhaja iz prava Unije. Do zlorabe pravic, ki izhajajo iz prava Unije pride, kadar je ravnanje posameznika v nasprotju z namenom prava Unije (sodba Sodišča z dne 26. februarja 2019, T Danmark in Y Denmark, C-116/16 in C-117/16, ECLI:EU:C:2019:135, točke 76, 79 in 80), čeprav je hkrati skladno z besedilom tega prava. Da bi šlo za zlorabo pravic, je treba ugotoviti, da ima posameznik od tega, da se sklicuje na pravo Unije, „korist“. Po mnenju predložitvenega sodišča je treba korist razumeti kot vsako uporabo pravila iz prava Unije v skladu z željami subjekta, ki se sklicuje na to pravo. Takšna korist je lahko, da za stranko v postopku prenehajo učinki obveznosti, ki jo je prevzela s pogodbo, ki je v nasprotju s pravom Unije (ali nacionalnimi določbami za izvajanje tega prava).
- 36 Za ugotovitev, da je posameznik zlorabil pravico, ki izhaja iz prava Unije, se uporablja test, sestavljen iz dveh elementov: objektivnega in subjektivnega (sodbe Sodišča z dne 6. februarja 2018, Altun in drugi, C-359/16, ECLI:EU:C:2018:63, točka 50; z dne 13. marca 2014, SICES in drugi, C-155/13, ECLI:EU:C:2014:145, točka 31, in z dne 28. julija 2016, Kratzer, C-423/15, ECLI:EU:C:2016:604, točka 38). Za obstoj objektivnega elementa mora „iz vseh objektivnih okoliščin izhajati, da čeprav so bili spoštovani formalni pogoji, določeni v predpisu Unije, cilj, ki mu ta predpis sledi, ni bil dosežen“ (sodbi Sodišča z dne 13. marca 2014, SICES in drugi, C-155/13, ECLI:EU:C:2014:145, točka 32; in z dne 14. decembra 2000,

Emsland Starke, C-110/99, EU:C:2000:695, točka 52). Subjektivni element se osredotoča na namen, ki ga želi doseči posameznik, in na analizo „vseh objektivnih okoliščin“ (sodba Sodišča z dne 13. marca 2014, SICES in drugi, C-155/13, ECLI:EU:C:2014:145, točki 37 in 39) v tem smislu, da mora iz teh okoliščin izhajati, da je bistven namen ravnanja posameznika, ki je skladno z besedilom zakona, „pridobiti neupravičeno korist“ (sodbi Sodišča z dne 13. marca 2014, SICES in drugi, C-155/13, ECLI:EU:C:2014:145, točka 33, in z dne 28. julija 2016, Kratzer, C-423/15, ECLI:EU:C:2016:604, točka 40).

- 37 V obravnavani zadevi mora Sodišče glede na status prepovedi zlorabe pravic kot splošnega načela prava Unije odgovoriti, ali je mogoče za posameznikovo uveljavljanje nezakonnosti pogodbe, ker je bila sklenjena s kršitvijo določb prava Unije in nacionalnega prava o javnih naročilih, šteti, da je v nasprotju z namenom prava Unije na področju javnih naročil, če posameznik to nezakonnost uveljavlja, ker zaradi spremembe tržnih okoliščin, zaradi katerih je nadaljnje izvajanje te pogodbe manj donosno, kot se je domnevalo ob njeni sklenitvi, ne želi več izvrševati pogodbe. V takih okoliščinah je očitek, da je pogodba v nasprotju s pravom javnih naročil, zgolj pretveza za doseganje povsem drugačnih ciljev od tistih, ki jih je zakonodajalec Unije želel doseči pri oblikovanju sankcije za sklenitev pogodbe brez upoštevanja postopka, določenega s pravili o javnih naročilih.