

Дело С-459/23**Резюме на преюдициалното запитване съгласно член 98, параграф 1 от
Процедурния правилник на Съда****Дата на постъпване в Съда:**

21 юли 2023 г.

Запитваща юрисдикция:

Sąd Najwyższy (Полша)

Дата на акта за преюдициално запитване:

21 април 2023 г.

Ищец:

E. S.A.

Ответник:

W. sp. z o.o.

Bank S.A.

Предмет на главното производство

Дело, заведено от E. Spółka Akcyjna в G срещу W. sp. z o.o. в P. и Bank Spółka Akcyjna за установяване на несъществуването на договорно отношение, възникнало в резултат на сключването на 24 февруари 2011 г. на „договор за закупуване на сертификат“ (CPA — certificate purchase agreement) между E. Spółka Akcyjna в G и W. sp. z o.o. в P

Предмет и правно основание на преюдициалното запитване

1) Стандартът на Съюза по отношение на разпределяне на национални съдии без тяхно съгласие да заседават в организационно звено на национален съд, различно от това, в което обикновено работят. 2) Тълкуване на някои разпоредби на Директива 2004/17/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 31 март 2004 година относно координиране на процедурите за възлагане на обществени поръчки от възложители, извършващи дейност в секторите на водоснабдяването, енергетиката, транспорта и пощенските услуги и на член

2г, параграф 1, буква а) от Директива 92/13/ЕИО на Съвета от 25 февруари 1992 година относно координиране на законовите, подзаконовите и административните разпоредби относно прилагането на правилата на Общността за процедурите за възлагане на обществени поръчки от възложители, извършващи дейност в секторите на водоснабдяването, енергетиката, транспорта и телекомуникациите. 3) Тълкуване на общия принцип на забрана за злоупотребата с право. Правно основание: член 267 ДФЕС.

Преюдициални въпроси

- 1) Трябва ли член 19, параграф 1, втора алинея ДЕС, както е тълкуван от Съда на ЕС по дело C 487/19 W.Ż., да се тълкува в смисъл, че разпределянето на съдия от Sąd Najwyższy (Върховен съд) без негово съгласие да заседава временно в друга колегия на Sąd Najwyższy нарушава принципа на несменяемост и независимост на съдиите по аналогия с преместването на съдия от общ съд от едно отделение в друго отделение на същия съд, когато:
 - съдията е разпределен да заседава по дела, чийто предмет не се припокрива с материалната компетентност на колегията, в която съдията от Sąd Najwyższy е назначен да заседава,
 - на съдията не е гарантирано оспорване по съдебен ред на решението за такова разпределяне, отговарящо на изискванията, посочени в точка 118 от решение по дело C-487/18, W.Ż.,
 - разпореждането на първия председател на Sąd Najwyższy, с което съдията е разпределен да заседава в друга колегия, и разпореждането на председателя, ръководещ работата на Izba Cywilnej Sądu Najwyższego (гражданска колегия на Върховния съд), за възлагане на конкретните дела, са издадени от лица, назначени на съдийски длъжности в Sąd Najwyższy при същите обстоятелства, както по дело C-487/18, W.Ż., и с оглед на досегашната съдебна практика съдебните производства с участието на такива лица са или недействителни, или нарушават правото на страната на справедлив процес по член 6 от ЕКПЧ,
 - разпределянето на съдията без негово съгласие да заседава за определен срок в друга колегия на Sąd Najwyższy, различна от тази, в която изпълнява функциите си, като същевременно остава задължението му да заседава в своята първаночална колегия, няма правно основание в националното законодателство,
 - разпределянето на съдията без негово съгласие да заседава за определен срок в колегия на Sąd Najwyższy, различна от тази, в която изпълнява функциите си, води до нарушение на член 6, буква б) от Директива 2003/88/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 4 ноември 2003

година относно някои аспекти на организацията на работното време (ОВ L 299, 2003 г., стр. 9; Специално издание на български език, 2007 г., глава 5, том 7, стр. 3)?

- 2) Независимо от отговора на първия въпрос, трябва ли член 19, параграф 1, втора алинея ДЕС да се тълкува в смисъл, че не представлява съд, „създаден със закон“, съдът в състав, конституиран в резултат на издаване на разпореждане от първия председател на Sąd Najwyższy за разпределяне в друга колегия на Sąd Najwyższy, както и в резултат на разпореждане на председателя, ръководещ работата на гражданска колегия на Sąd Najwyższy, за възлагане на конкретни дела от лица, назначени на съдийски длъжности в Sąd Najwyższy, при същите обстоятелства като по дело C-487/18, W.Ż, когато от досегашната съдебна практика става ясно, че съдебните производства с участието на така назначени лица са недействителни или нарушават правото на страните на справедлив процес, залегнало в член 6 от ЕКПЧ?
- 3) В случай че на първия въпрос се отговори утвърдително или на втория въпрос се отговори, че така създаденият съд не е съд, „създаден със закон“, трябва ли член 19, параграф 1, втора алинея ДЕС и принципът на върховенство на правото на Съюза да се тълкуват в смисъл, че съдиите, назначени в състава на съд, създаден по начина, описан в първи и втори въпрос, могат да откажат да извършват действия по възложеното им дело, включително да заседават, като сметат за несъществуващи разпорежданията, с които са назначени да заседават в друга колегия на Sąd Najwyższy и са им възложени конкретни дела, или трябва да се произнесат с решение, като оставят на страните да решат дали да го оспорват, поради това че се нарушава правото на страната делото да бъде разгледано от съд, който отговаря на изискванията на член 19, параграф 1, втора алинея ДЕС и член 47 от Хартата на основните права?
- 4) Ако отговорът на горните въпроси е, че запитващата юрисдикция е съд, създаден със закон по смисъла на член 19, параграф 1, втора алинея ДЕС, трябва ли член 3, параграф 3, буква б) във връзка с член 20 и член 1, параграф 2, буква в) от Директива 2004/17/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 31 март 2004 година относно координирането на процедурите за възлагане на обществени поръчки от възложители, извършващи дейност във водоснабдяването, енергетиката, транспорта и пощенските услуги (ОВ L 134, стр. 1; Специално издание на български език, 2007 г., глава 6, том 8, стр. 3), да се тълкува в смисъл, че публично предприятие по смисъла на член 2, параграф 1, буква б) от тази директива, което извършва дейност по търговия на едро и дребно с електроенергия, е длъжно да придобие чрез обществена поръчка зелените сертификати, посочени в член 2, букви к) и л) от Директива 2009/28/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 23 април 2009 година за насърчаване използването на енергия от възобновяеми

източници и за изменение и впоследствие за отмяна на директиви 2001/77/ЕО и 2003/30/ЕО (ОВ L 140, 2009 г., стр. 16;)?

- 5) При утвърдителен отговор на четвъртия въпрос, трябва ли член 14 във връзка с член 1, параграф 4 от Директива 2004/17 да се тълкува в смисъл, че рамково споразумение между такова предприятие и производител на енергия от възобновяеми източници трябва да се сключи по реда, предвиден за обществените поръчки, когато прогнозната (макар и неуточнена в договора) обща стойност на зелените сертификати, придобити в изпълнение на договора, надвишава прага, предвиден в член 16, буква а) от тази директива, но стойността на отделните сделки, сключени в изпълнение на договора, не надвишава този праг?
- б) При утвърдителен отговор на четвърти и пети въпрос, представлява ли сключването на договор при пълно незачитане на правилата за възлагане на обществени поръчки случай по смисъла на член 2г, параграф 1, буква а) от Директива 92/13/ЕИО на Съвета от 25 февруари 1992 година относно координирането на законовите, подзаконовите и административните разпоредби относно прилагането на правилата на Общността по възлагане на обществени поръчки на субекти, извършващи дейност във водния, енергийния, транспортния и телекомуникационния сектор (ОВ L 76, 1992 г., стр. 14; Специално издание на български език, 2007 г., глава 6, том 2, стр. 43), или става дума за друго нарушение на правото на Съюза в областта на обществените поръчки, което позволява да се установи недействителност на договора извън процедурата, предвидена в националното законодателство за прилагане на посочената директива?
- 7) При утвърдителен отговор на четвърти, пети и шести въпрос, трябва ли общият принцип за забрана на злоупотребата с право да се тълкува в смисъл, че възлагащо предприятие по смисъла на член 2, параграф 1, буква б) от Директива 2004/17 не може да иска обявяване на недействителност на сключен в нарушение на националните разпоредби за прилагане на директивите на Съюза в областта на обществените поръчки договор с доставчик, когато действителната причина за искането за обявяване на недействителност на договора не е спазването на правото на Съюза, а намаляването на разходната ефективност на изпълнението му от страна на възложителя?

Цитирани разпоредби на правото на Съюза

Член 19, параграф 1, втора алинея ДФЕС

Член 47 от Хартата на основните права на Европейския съюз

Директива 2003/88/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 4 ноември 2003 година относно някои аспекти на организацията на работното време

Директива 2004/17/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 31 март 2004 година относно координирането на процедурите за възлагане на обществени поръчки от възложители, извършващи дейност във водоснабдяването, енергетиката, транспорта и пощенските услуги

Директива 92/13/ЕИО на Съвета от 25 февруари 1992 година относно координирането на законовите, подзаконовите и административните разпоредби относно прилагането на правилата на Общността по възлагане на обществени поръчки на субекти, извършващи дейност във водния, енергийния, транспортния и телекомуникационния сектор.

Цитирани разпоредби от националното право

Ustawa z dnia 8 grudnia 2017 r. o Sądzie Najwyższym (Закон от 8 декември 2017 г. за Върховния съд): членове 1, 3, 30, 31, 35

Ustawa z dnia 27 lipca 2001 r. Prawo o ustroju sądów powszechnych (Закон от 27 юли 2001 г. за устройството на общите съдилища): член 22а

Ustawa z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks pracy (Закон от 26 юни 1974 г. Кодекс на труда): член 140

Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. — Prawo zamówień publicznych (Закон от 29 януари 2004 г. за обществените поръчки): членове 132, 138а, 146.

Кратко представяне на фактите и производството

- 1 Ищецът осъществява дейност в търговията с електроенергия. Единственият му акционер е E. Spółka Akcyjna. В това дружество Държавната хазна притежава повече от 50 % от акциите. Първият ответник упражнява дейност в областта на производството, преноса и разпределението на електроенергия. Вторият ответник е банка.
- 2 На 24 февруари 2011 г. ищецът (E. Spółka Akcyjna) сключва с W. sp. z o.o. (първият ответник) „договор за закупуване на сертификат № [...]“ (SPA - certificate purchase agreement). Въз основа на този договор първият ответник се задължава спрямо ищеца да прехвърли собствеността върху всички имуществени права, произтичащи от сертификати за произход, получени във връзка с производството на енергия от възобновяеми енергийни източници (ВЕИ), а ищецът се задължава да придобие всички имуществени права съгласно посочените сертификати чрез извънборсови сделки на пазара на имуществени права на Полската енергийна борса. В договора SPA се определя възнаграждение за придобитите права на собственост на равнище

0,91 x OzJ (таксата за заместване на единица енергия, приложима през периода, в който е произведена енергията от ВЕИ).

- 3 Първият ответник сключва договор за цесия с втория ответник, за да обезпечи вземанията на втория ответник по договори за заем, предоставен на първия ответник.
- 4 Първоначално ищецът закупува сертификати за произход от първия ответник в съответствие с договора CPA. След това той прави неуспешен опит да предоговори ценовите условия. Договорът CPA се изпълнява от страните в периода от 22 февруари 2012 г. до 31 юли 2017 г. През септември 2017 г. съветът на директорите на ищеца решава да прекрати изпълнението на около 150 договора — аналогични на разглеждания по настоящото дело договор CPA — за закупуване на сертификат, във връзка със сертификати за произход. Оттогава представените от първия ответник поръчки за продажба на сертификати за произход не се приемат от ищеца.
- 5 Ищецът предявява иск пред Sąd Okręgowy w Gdańsku (Областен съд в Гданск) да се установи несъществуването на облигационно задължение, възникнало в резултат на сключването на въпросния договор CPA.
- 6 Според него договорът CPA е абсолютно нищожен на основание член 353¹ във връзка с член 58, параграф 1 от Гражданския кодекс във връзка с член 7, параграф 3 и член 132, параграф 1, точка 3 от Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. — Prawo zamówień publicznych (Закон от 29 януари 2004 г. за обществените поръчки) (консолидиран текст към датата на сключване на договора CPA: Dz.U., 2010 г., бр. 113, позиция 759, изменен, наричан по-нататък „ЗОП“).
- 7 С решение от 6 декември 2018 г. Sąd Okręgowy w Gdańsku (Окръжен съд в Гданск) отхвърля иска.
- 8 С решение от 13 август 2019 г. Sąd Apelacyjny w Gdańsku (Апелативен съд в Гданск) отхвърля жалбата на ищеца срещу решението на Sąd Okręgowy (Окръжен съд).
- 9 Касационната жалба срещу решението на Sąd Apelacyjny (Апелативен съд) е подадена от ищеца.
- 10 В нея той изтъква множество основания за нарушения на националното процесуално и материално право. Основанията за нарушение на материалното право се отнасят най-вече до погрешното тълкуване на различни разпоредби на ЗОП, а именно в противоречие с правилното тълкуване на разпоредбите на директивите на Съюза (директиви 2004/17; 2009/28; 92/13, 2014/25). Следователно произнасянето по обосноваването на основанията на касационната жалба изисква предварително тълкуване на разпоредбите на правото на Съюза, които са били транспонирани в полското право чрез националните разпоредби, посочени в касационната жалба.

- 11 С определение от 26 май 2020 г. Sąd Najwyższy приема касационната жалба за разглеждане. С разпореждане от 2 юни 2022 г. председателят на гражданска колегия на Sąd Najwyższy разпределя жалбата с референтен номер II CSKP 1588/22 на доклад на съдия Karol Weitz. С разпореждане на първия председател на Sąd Najwyższy (наричан по-нататък „първият председател на SN“) № 23/2023 от 15 февруари 2023 г. за разпределяне на съдия от Sąd Najwyższy да заседава за определен срок в гражданската колегия, съдия Dawid Miasek е разпределен да заседава в гражданската колегия на Sąd Najwyższy (наричана по-нататък „гражданската колегия на SN“) за определен срок — от 1 април до 30 юни 2023 г., като същевременно са установени правилата за възлагане на делата за всеки месец от периода, за който е разпределен. Впоследствие, с разпореждане на председателя на гражданската колегия на SN от 2 март 2023 г., дело II CSKP 1588/22 е разпределено за разглеждане на съдията Dawid Miasek от Sąd Najwyższy, като смяната на съдията докладчик се основава на посоченото по-горе разпореждане № 25/2023 г., с очаквана дата за разглеждане на делото през април 2023 г. С разпореждането от 22 март 2023 г. е определена дата на закритото заседание — 21 април 2023 г. Създаденият по този начин състав на Sąd Najwyższy за разглеждане на настоящото дело, се състои от двама съдии от Izba Pracy i Ubezpieczeń Społecznych (колегия по трудови и социалноосигурителни спорове) на Sąd Najwyższy и — като председател на заседанието — от съдия, който обикновено заседава в гражданската колегия на SN. Съдията Jolanta Frańczak от Sąd Najwyższy е разпределена да заседава по аналогичен начин като съдията докладчик.

Кратко изложение на мотивите за запитването

Въпроси от първи до трети

- 12 Що се отнася до въпроси от първи до трети, които са идентични с тези по дело C-455/23, запитващата юрисдикция споделя позицията на запитваща юрисдикция по това дело и препраща към нея.

Четвърти въпрос

- 13 Този въпрос се отнася до тълкуването на член 3, параграф 3 от Директива 2004/17. Въпросът е трябва ли правото на Съюза да се тълкува в смисъл, че предприятие за търговия с електроенергия е длъжно да закупи зелени сертификати в съответствие с процедурата, предвидена в правото на Съюза в областта на обществените поръчки. От посочената разпоредба от Директива 2004/17 следва, че Директивата засяга два вида дейности: а) предоставянето или експлоатацията на фиксирани мрежи, които обслужват обществеността във връзка с производството, преноса или разпределението на електрическа енергия; б) доставката на електрическа енергия към такива мрежи.
- 14 В националната съдебна практика тази разпоредба, основаваща се на член 132, параграф 1, точка 3 от ЗОП от 2004 г., се тълкува в смисъл, че не

обхваща търговци като ищеца. Съгласно член 132, параграф 1, точка 3 от ЗОП само „създаването на мрежи“, които са предназначени за предоставяне на услуги, свързани с производството, преноса или разпределението на електрическата енергия, и „доставката на енергия до такива мрежи“ представляват секторни дейности. Ищецът не е производител на енергия, поради което не доставя „енергия за мрежата“. Той също така не изгражда мрежи.

- 15 Едва от 28 юли 2016 г. е в сила член 132, параграф 1а от ЗОП (допълнен с Ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy — Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw; Закон от 22 юни 2016 г. за изменение на Закона за обществените поръчки и някои други закони; Dz. U., позиция 1020), според който „под дистрибуция, както се посочва в параграф 1, точки 3 и 4, се разбира както продажбите на едро, така и на дребно“. Така едва след сключването на договора СРА е въведена уредба, според която ищецът, като търговец на енергия, се третира като секторен възложител. Добавянето на параграф 1а към член 132 от ЗОП се разглежда в съдебната практика като потвърждение на правилността на практиката на електроенергийните предприятия от 2005—2015 г. да не прилагат ЗОП към сделките за придобиване на зелени сертификати. Това се подкрепя и от добавянето на член 138а от ЗОП. Тази разпоредба изключва от обхвата на ЗОП, по отношение на закупуването на зелени сертификати, предприятията, които извършват дейност, посочена в член 132, параграф 1, точка 3 (и следователно състояща се в създаване на енергийни мрежи, а не в продажба на енергия).
- 16 Все пак Sąd Najwyższy обръща внимание, че в съображение 23 от Директива 2014/25 се уточнява, че „когато в нея се прави позоваване на доставката на електроенергия, в него са включени производството и продажбата на едро и на дребно на електроенергия“. При това положение остава неясно дали член 3, параграф 3, буква б) от Директива 2004/17, който е формулиран по същия начин (както член 9, параграф 1, буква б) от Директива 2014/25), трябва да се тълкува така, че да се взема предвид съображение 23 от Директива 2014/25. Съдържанието на това съображение от Директива 2014/25 („[б]ез по никакъв начин да се разширява обхватът на настоящата директива“) може да се тълкува само като потвърждаване на определено разбиране на понятието за секторни дейности, което вече е трябвало да бъде възприето съгласно Директива 2004/17.
- 17 От решенията на Европейската комисия, приети въз основа на Директива 2004/17 (например Решение 2007/141/ЕО), е видно, че търговията с електроенергия се третира като секторна дейност.
- 18 Четвъртият въпрос се отнася също така до тълкуването на член 3, параграф 3, буква б) във връзка с член 20 от Директива 2004/17, а именно дали закупуването на зелени сертификати е с цел извършване на дейност по доставка на електроенергия. Всъщност става въпрос за покупка, извършена с

цел да се изпълни законоустановеното задължение за насърчаване на възобновяемите енергийни източници. Дейността по продажба на електроенергия може да се извършва и без закупуване на зелени сертификати, макар това да е свързано със заплащане на компенсация или парична санкция. Следователно закупуването на зелени сертификати не е „с цел“ извършване на дейност по продажба на електроенергия.

- 19 От друга страна, тъй като законодателят е наложил на предприятията за търговия с електроенергия задължение да закупуват зелени сертификати, това закупуване все пак е последствие от дейността по доставка на електроенергия.
- 20 Освен това обаче, ако се приеме, че придобиването на зелени сертификати не попада в обхвата на секторните дейности и следователно не е за целите на извършването на тези дейности по смисъла на член 20 от Директива 2004/17, националният законодател не би въвел изключение за такива покупки в член 138а, параграф 1 от ЗОП. Ищецът, позовавайки се на решение на Съда от 10 април 2008 г., C-393/06, Ing. Aigner, Wasser-Warme-Umwelt, GmbH/Fernwarme Wien GmbH (ECLI:EU:C:2008:213, точки 28—33), посочва необходимостта от широко разбиране на секторните дейности и поръчките, възлагани „за целите на извършването на тези дейности“, като включващи и тези, които дори косвено са свързани със секторните дейности. В решението се приема, че за да попадне дадена поръчка в обхвата на режима на секторните поръчки, е достатъчно тя да е „свързана“ с упражняването на секторни дейности. Такава връзка несъмнено съществува между задължението за представяне на зелени сертификати и основната дейност на ищеца по продажба на енергия, тъй като обемът на общите продажби на енергия определя броя на зелените сертификати, които ищецът трябва да закупи на пазара.
- 21 Същевременно в посоченото по-горе решение (т. 27) Съдът подчертава необходимостта от ограничително тълкуване на разпоредбите на Директива 2004/17, което би подкрепило твърдението, че публично предприятие като ищеца не е задължено да закупува зелени сертификати чрез обществени поръчки.
- 22 Запитващата юрисдикция посочва също така разликата между целта за закупуване на зелени сертификати (в подкрепа на политиката в областта на околната среда) и целите за защита на конкуренцията, за които законът изисква възлагането на секторни поръчки чрез състезателни процедури.

Пети въпрос

- 23 Петият въпрос се отнася до това дали поради присъщите характеристики на договора СРА към него се прилага закона за обществените поръчки.
- 24 В производствата до момента е прието, че договорът СРА не попада в обхвата на законодателството в областта на обществените поръчки, тъй като

отделните сделки за прехвърляне на правата върху сертификатите за произход, сключени в процеса на неговото изпълнение, не надвишават праговете на ЕС за секторни поръчки. Към датата на сключване на договора CPA тези прагове са били 387 000 евро (EUR). Установено е, че общата годишна стойност на сделките, сключени от ищеца и първия ответник по договора CPA, възлиза на около 3 000 000 полски злоти (PLN) (което е приблизително два пъти повече от прага на ЕС според стойността на еврото към датата на сключване на договора CPA). При изпълнението на договора CPA страните обикновено са сключвали по една сделка на месец на средна стойност 65 000 EUR. Тези сделки не са надвишавали прага на Съюза. Прието е, че няма основания всички борсови сделки да се разглеждат като една обществена поръчка, тъй като в договора CPA не се посочват нито количеството електроенергия, което да се обхваща от сертификатите за произход, издадени от председателя на регулаторния орган, нито размерът на престацията на ищеца в полза на първия ответник. Поради това договорът CPA не се счита за рамков договор, а само за договор, който задължава да се сключват договори за закупуване на сертификат, което означава, че по реда на ЗОП следва да бъдат сключвани само договори за изпълнение (договори за продажба на сертификати за произход на енергия, издадени в полза на първия ответник за даден месец).

- 25 Следователно, тъй като в договора CPA не е посочена предварително стойността на сключените по него сделки и стойността на всеки от договорите за изпълнение не надвишава праговете на Съюза, договорът CPA не попада в приложното поле на правото на Съюза в областта на обществените поръчки.
- 26 Според ищеца обаче в случай на намерение за закупуване на идентични по вид стоки по договори за продажба, сключени с един икономически оператор, за предварително определен срок, в рамките на осъществяването на едно икономическо намерение, стойността на поръчката следва да бъде общата стойност на всички стоки, чието закупуване е обхванато от намерението на възложителя. Той се позовава на забраната за разделяне на поръчка с цел заобикаляне на праговете на ЕС, произтичаща от националното право и от член 17, параграф 2 от Директива 2004/17. Всъщност договорът CPA се отнася до поръчки за изпълнение с идентичен предмет, между едни и същи страни и с определен срок.
- 27 При условията на евентуалност ищецът предлага за стойност на поръчката да се считат всички сертификати за произход, закупени през дадена календарна година от всички (включително от първия ответник) производители на енергия от възобновяеми източници с цел изпълнение на задължението за представяне за обратно изкупуване на сертификати за произход на енергия.
- 28 Ето защо е необходимо да се тълкуват посочените в пети въпрос разпоредби на правото на Съюза, за да се определи дали към договор като договора

СРА, в който се определят условията по отношение на цената и количеството, при които възложителят ще сключва бъдещи договори за изпълнение, као рамково споразумение, се прилага правото на обществените поръчки (член 14 във връзка с член 1, параграф 4 от Директива 2004/17) и как да се определи дали са превишени праговете за прилагане на режима на обществените поръчки на ЕС за целите на производство за обявяване на договор за несъществуващ. При това положение дали стойността на поръчката, оценена *ex ante* или само *ex post* въз основа на действителната стойност на сделките за изпълнение, сключени през дадена календарна година, или общата стойност на всички извършени сделки за изпълнение, нито една от които поотделно не е надхвърлила праговете на ЕС, определя дали тя попада в обхвата на правото на обществените поръчки.

Шести въпрос

- 29 Обжалваното съдебно решение се основава на предположението, че ако се приеме, че договорът за продажба е сключен в нарушение на Закона за обществените поръчки, изразяващо се в пълно незачитане на предвидената в този закон процедура за сключване на договор, единственият допустим ред за евентуално оспорване на действителността на договора е регламентиран в член 146 от ЗОП. В тази разпоредба са посочени предпоставките за обявяване на договор за нищожен. Същевременно се изключва прилагането на член 189 от Гражданския процесуален кодекс (на който ищецът основава иска си) за обявяване на договора за нищожен. Списъкът на основанията за обявяване на нищожност на договор по член 146 от ЗОП е изчерпателен. Към фактите по настоящото дело може да се приложи единствено член 146, параграф 1, точка 2 от ЗОП, съгласно който „договорът е нищожен, ако възложителят не е публикувал обявление за поръчка в *Biuletyn Zamówień Publicznych* (Бюлетин за обществени поръчки) или не е изпратил обявление за поръчка до Службата за публикации на Европейския съюз“. Тази разпоредба транспонира в полското право член 2г, параграф 1, буква а) от Директива 92/13 в редакцията, въведена с Директива 2007/66/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 11 декември 2007 година за изменение на директиви 89/665/ЕИО и 92/13/ЕИО на Съвета с оглед повишаване на ефективността на процедурите за преразглеждане при възлагане на обществени поръчки (ОВ L 335, 2007 г., стр. 31).
- 30 Съдилищата на двете инстанции тълкуват тази разпоредба в смисъл, че обхваща непровеждането на процедура за възлагане на обществена поръчка в нарушение на такова задължение. Те считат, че тази разпоредба предоставя правно основание за прилагане на санкции в случаите на неправомерно пряко възлагане. Всъщност подобно поведение е признато от Съда на ЕС за най-тежкото нарушение на правото на Съюза в областта на обществените поръчки (съображение 14 от Директива 2007/66). Според съдилищата от двете инстанции поведение на възложителя, изразяващо се в пряко възлагане на обществена поръчка в нарушение на правилата за възлагане на обществени поръчки, попада в хипотезата на липса на обявление за

обществена поръчка. Тъй като — въпреки това задължение — не е проведена изискваната съгласно разпоредбите на ЗОП процедура за сключване на договор, не е публикувано и съответното обявление за обществена поръчка. От друга страна, самото неспазване на задължението за публикуване е достатъчно за прилагане на процедурата за обявяване на нищожност на договора по член 146 от ЗОП. Другите нарушения на разпоредбите на ЗОП попадат в приложното поле на останалите клаузи на член 146 от ЗОП или на конкретни разпоредби на ЗОП.

- 31 Запитващата юрисдикция счита, че ако трябва да се разгледа настоящото дело по същество, трябва да бъде възприет този подход. Това се потвърждава от съображенията към директивата. Според съображение 14 от нея прякото възлагане следва да включва всички поръчки, възложени без предварително публикуване на обявление. Това би изисквало обаче — допустимо от националното право — разширително и функционално тълкуване на член 146, параграф 1, точка 2 от ЗОП.
- 32 Ищецът на свой ред застъпва тълкуване на тази разпоредба, според което пълното незачитане на прилагането на разпоредбите на ЗОП при възлагането на обществена поръчка не може да се квалифицира като нарушение на ЗОП, изразяващо се в непубликуване на обявление за поръчка в съответното издание. Според ищеца списъкът на основанията за обявяване на нищожност на договор по член 146 от ЗОП е изчерпателен. Според него неизпълнението, посочено в член 146, параграф 1, точка 2 от ЗОП, е налице само когато възложителят вече е започнал процедурата за възлагане на обществена поръчка. Той твърди, че законодателят прави разлика между възлагането на поръчка без необходимото обявление и възлагането ѝ без прилагане на разпоредбите на Закона за обществените поръчки и третира пълното незачитане на ЗОП като отделна предпоставка за нарушение на ЗОП, която не е посочена в член 146 от ЗОП. Подобно тълкуване на член 146 от ЗОП дава път на одобрената в доктрината възможност за прилагане на санкцията за нищожност по член 58, параграф 1 от Kodeks cywilny (Граждански кодекс) Ищецът твърди също така, че Директива 92/13, изменена с Директива 2007/66, се основава на минимална хармонизация. Санкцията за нищожност по член 58, параграф 1 от Гражданския кодекс сама по себе си е по-строга санкция от санкцията за недействителност на договора по член 146 от ЗОП. Последната е ограничена не само по отношение на основанията за обявяване на договора за нищожен, но и по отношение на срока и на субекта, който може да иска обявяване на договора за нищожен.
- 33 Според позицията на Urząd Zamówień Publicznych (Службата за обществени поръчки) освен случаите на относителна нищожност на договора (унищожаемост) по причини, свързани с нарушения на процедурите за възлагане на обществени поръчки (по смисъла на член 146, параграфи 1 и 6 от ЗОП), „могат да съществуват и случаи на абсолютна нищожност на договора по причини, различни от тези, свързани с нарушения на

процедурите за възлагане на обществени поръчки (член 58 от Гражданския кодекс)“. Тази позиция обаче не дава отговор на въпроса дали пълното незачитане на режима на договаряне, регламентиран в ЗОП, представлява нарушение на самата процедура за възлагане на обществена поръчка.

Седми въпрос

- 34 Седмият въпрос се отнася до прилагането на принципа на забрана за злоупотребата с право като общ принцип на правото на Съюза. Съдилищата и в двете инстанции приемат, че искането за установяване на несъществуването на договор СРА поради това, че той е сключен при евентуално неспазване на законодателството в областта на обществените поръчки, не може да бъде уважено, тъй като отправянето на такова искане представлява злоупотреба с право. Ищецът е предявил такова искане — както става ясно от установените факти — поради намаляването на разходната ефективност на изпълнението на договора в резултат на спад на цената на сертификатите за произход на фондовата борса.
- 35 Съгласно този принцип адресатите на законодателството на Съюза не могат да се позовават на „нормите на правото на Съюза с цел измама или злоупотреба“ (вж. решения на Съда от 6 февруари 2018 г., Altun и др., C-359/16, EU:C:2018:63, т. 48, от 28 юли 2016 г., Kratzer (C-423/15, EU:C:2016:604, т. 37, от 11 юли 2018 г., Комисия/Белгия (C-356/15, EU:C:2018:555, т. 99). Следователно нормата предотвратява „неправилното“ прилагане на правото на Съюза. Злоупотреба с правото на Съюза е налице, когато поведението на дадено лице е в противоречие с целта на правото на Съюза (решение на Съда от 26 февруари 2019 г., T Danmark и Y Denmark, C-116/16 и C-117/16, ECLI:EU:C:2019:135, т. 76, 79 и 80), макар същевременно да отговаря на буквата на това право. За да е налице злоупотреба с права, трябва да се докаже, че лицето — позоваващо се на правото на Съюза — се ползва от „предимство“. Според запитващата юрисдикция под предимство следва да се разбира всяко прилагане на норма от правото на ЕС в съответствие с исканията на субекта, който се позовава на това право. Такова предимство може да бъде освобождаването на страна в производството от последиците на задължение, поето от нея с договор, противоречащ на правото на Съюза (националните разпоредби за прилагане на това право).
- 36 Установяването на злоупотреба с правото на Съюза от страна на субект изисква проверка, състояща се от два елемента: обективен и субективен (решения на Съда от 6 февруари 2018 г., Altun и други, C-359/16, ECLI:EU:C:2018:63, т. 50, от 13 март 2014 г., SICES и др., C-155/13, ECLI:EU:C:2014:145, т. 31, от 28 юли 2016 г., Kratzer, C-423/15, ECLI:EU:C:2016:604, т. 38). Обективният елемент на проверката за злоупотреба се състои в това, че „от определена съвкупност от обективни обстоятелства [...] следва, че въпреки формалното спазване на предвидените в правната уредба на Съюза условия целта, преследвана с тази правна

уредба, не е постигната“ (решения на Съда: от 13 март 2014 г., SICES и др., C-155/13, ECLI:EU:C:2014:145, т. 32, от 14 декември 2000 г., Emsland Starke, C-110/99, EU:C:2000:695, т. 52). Субективният елемент се фокусира върху целта, преследвана от субекта, и също се основава на анализ на „множество обективни обстоятелства“ (решение на Съда от 13 март 2014 г., SICES и др., C-155/13, ECLI:EU:C:2014:145, т. 37 и 39), от който се предполага, че следва, че основната цел на поведението на лицето, съответстваща на буквата на закона, е „получаването на недължимо предимство“ (решения на Съда на ЕС от 13 март 2014 г., SICES и др., C-155/13, ECLI:EU:C:2014:145, т. 33; от 28 юли 2016 г., Kratzer, C-423/15, ECLI:EU:C:2016:604, т. 40).

- 37 В настоящия случай, с оглед на статута на забраната за злоупотребата с право като общ принцип на правото на Съюза, Съдът трябва да се произнесе дали изтъкването от страна на субект на незаконосъобразност на договор поради това, че той е сключен в нарушение на разпоредбите на правото на Съюза и на националното право в областта на обществените поръчки, може да се квалифицира като противоречащо на целта на правото на Съюза в областта на обществените поръчки, когато такова основание се изтъква от субекта, за да се освободи от необходимостта да изпълни договор поради промяна в условията на пазарната среда, която прави продължаването на изпълнението на този договор по-малко изгодно, отколкото се е предполагало към момента на сключването му. При тези обстоятелства твърдението, че даден договор противоречи на правото в областта на обществените поръчки, е само претекст за постигане на съвсем различни цели от целите, които законодателят на Съюза е преследвал при формулирането на санкцията за сключване на договор при неспазване на предвидената в правото в областта на обществените поръчки процедура.