

**Predmet C-459/23****Sažetak zahtjeva za prethodnu odluku sastavljen na temelju članka 98.  
stavka 1. Poslovnika Suda****Datum podnošenja:**

21. srpnja 2023.

**Sud koji je uputio zahtjev:**

Sąd Najwyższy (Poljska)

**Datum odluke kojom se upućuje zahtjev:**

21. travnja 2023.

**Tužitelj:**

E. S.A.

**Tuženici:**

W. sp. z o.o.

Bank S.A.

**Predmet glavnog postupka**

Predmet povodom tužbe društva E. Spółka Akcyjna sa sjedištem u G. protiv društava W. sp. z o.o. u P. i Bank Spółka Akcyjna radi utvrđivanja nepostojanja obveznog odnosa koji je nastao nakon što su društva E. Spółka Akcyjna u G. i W. sp. z o.o. u P. 24. veljače 2011. sklopila „ugovor o kupoprodaji imovinskih prava” (CPA – *certificate purchase agreement*).

**Predmet i pravna osnova zahtjeva za prethodnu odluku**

1. Standard Unije u pogledu imenovanja nacionalnih sudaca na dužnost u drugu organizacijsku jedinicu nacionalnog suda koja nije ona u kojoj uobičajeno obavljaju svoju dužnost bez njihova pristanka. 2. Tumačenje određenih odredbi Direktive 2004/17/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 31. ožujka 2004. o usklađivanju postupaka nabave subjekata koji djeluju u sektoru vodnog gospodarstva, energetskom i prometnom sektoru te sektoru poštanskih usluga te članka 2.d stavka 1. točke (a) Direktive Vijeća 92/13/EEZ od 25. veljače 1992. o

usklađivanju zakona i drugih propisa o primjeni pravila Zajednice u postupcima nabave subjekata koji djeluju u sektoru vodnoga gospodarstva, energetskom, prometnom i telekomunikacijskom sektoru. 3. Tumačenje općeg načela zabrane zlouporabe prava. Pravna osnova: članak 267. UFEU-a

### Prethodna pitanja

1. Treba li članak 19. stavak 1. drugi podstavak UEU-a, s obzirom na tumačenje koje je Sud Europske unije utvrdio u predmetu C-487/19 W. Ż., tumačiti na način da se imenovanjem suca Sądu Najwyższyjg (Vrhovni sud, Poljska) na privremenu dužnost u drugo vijeće Sądu Najwyższyjg (Vrhovni sud) bez njegova pristanka povređuje načelo nesmjernivosti i neovisnosti sudaca, slično kao i premještanjem suca redovnog suda između dvaju odjela istoga suda, kada:

– je sucu Sądu Najwyższyjg (Vrhovni sud) određeno da odlučuje u predmetima čiji se predmet ne preklapa s materijalnom nadležnošću vijeća u koje je imenovan;

– protiv odluke o tom imenovanju sudac nema mogućnost podnošenja pravnog lijeka koja ispunjava zahtjeve iz točke 118. presude u predmetu C-487/[19] W. Ż.;

– odluku Pierwszeg Prezesa Sądu Najwyższego (prvi predsjednik Vrhovnog suda, Poljska) o imenovanju na dužnost u drugo vijeće i odluku predsjednika koji usmjerava rad Izbe Cywilne Sądu Najwyższyjg (građansko vijeće Vrhovnog suda, Poljska) o dodjeli konkretnog predmeta donijele su osobe koje su na dužnost sudaca Sądu Najwyższyjg (Vrhovni sud) imenovane u istim okolnostima kao i u predmetu C-487/[19] W. Ż., a, s obzirom na dosadašnju sudsku praksu, sudski postupci u kojima sudjeluju takve osobe ništavi su jer povređuju pravo stranke na pošteno suđenje utvrđeno člankom 6. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda;

– u nacionalnom pravu ne postoji osnova za imenovanje suca bez njegova pristanka na određeno vrijeme na dužnost u vijeće Sądu Najwyższyjg (Vrhovni sud) koje nije ono u kojem obavlja dužnost, uz istodobnu obvezu da odlučuje u matičnom vijeću;

– imenovanje suca bez njegova pristanka na određeno vrijeme na dužnost u vijeće Sądu Najwyższyjg (Vrhovni sud) koje nije ono u kojem obavlja dužnost dovodi do povrede članka 6. točke (b) Direktive 2003/88/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 4. studenoga 2003. o određenim vidovima organizacije radnog vremena (SL 2003., L 299, str. 9.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 5., svezak 2., str. 31.)?

2. Neovisno o odgovoru na prvo pitanje, treba li članak 19. stavak 1. drugi podstavak UEU-a tumačiti na način da „zakonom ustanovljeni sud” nije sud ustanovljen na način da su odluku prvog predsjednika Sądu Najwyższyjg (Vrhovni sud) o imenovanju na dužnost u drugo vijeće Sądu Najwyższyjg (Vrhovni sud) i odluku predsjednika koji usmjerava rad građanskog vijeća Sądu

Najwyższyjeg (Vrhovni sud) o dodjeli konkretnih predmeta donijele osobe koje su na dužnost sudaca Sąda Najwyższyjeg (Vrhovni sud) imenovane u istim okolnostima kao i u predmetu C-487/[19] W. Ż., a, s obzirom na dosadašnju sudsku praksu, sudski postupci u kojima sudjeluju takve osobe ništavi su jer povređuju pravo stranke na pošteno suđenje utvrđeno člankom 6. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda?

3. U slučaju potvrdnog odgovora na prvo pitanje ili odgovora na drugo pitanje prema kojem tako uspostavljeni sud nije „zakonom ustanovljeni” sud, treba li članak 19. stavak 1. drugi podstavak UEU-a i načelo nadređenosti prava Unije tumačiti na način da suci koji su imenovani u sastav suda uspostavljenog na način opisan u prvom i drugom pitanju mogu odbiti obavljanje aktivnosti u predmetu koji im je dodijeljen, uključujući donošenje odluka, te smatrati odluku o imenovanju na dužnost u drugo vijeće Sąda Najwyższyjeg (Vrhovni sud) i odluku o dodjeli konkretnih predmeta nepostojećima ili pak trebaju donijeti odluku, a strankama prepustiti da odluče o eventualnom osporavanju te odluke zbog povrede strankina prava da njezin predmet razmotri sud koji ispunjava zahtjeve iz članka 19. stavka 1. drugog podstavka UEU-a i članka 47. Povelje?

4. U slučaju da se na navedena pitanja odgovori da je sud koji je uputio zahtjev zakonom ustanovljeni sud u smislu članka 19. stavka 1. drugog podstavka UEU-a, treba li članak 3. stavak 3. točku (b) u vezi s člankom 20. te članak 1. stavak 2. točku (c) Direktive 2004/17/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 31. ožujka 2004. o usklađivanju postupaka nabave subjekata koji djeluju u sektoru vodnog gospodarstva, energetske i prometne sektoru te sektoru poštanskih usluga (SL 2004., L 134, str. 1., kako je izmijenjena) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 6., svezak 1., str. 43.) tumačiti na način da je javno poduzeće iz članka 2. stavka 1. točke (b) te direktive koje obavlja djelatnost veleprodaje i maloprodaje električne energije dužno u postupku javne nabave kupovati zelene certifikate iz članka 2. točaka (k) i (l) Direktive 2009/28/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 23. travnja 2009. o promicanju uporabe energije iz obnovljivih izvora te o izmjeni i kasnijem stavljanju izvan snage direktiva 2001/77/EZ i 2003/30/EZ (SL 2009., L 140, str. 16., kako je izmijenjena) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 15., svezak 11., str. 39.)?

5. U slučaju potvrdnog odgovora na četvrto pitanje, treba li članak 14. u vezi s člankom 1. stavkom 4. Direktive 2004/17 tumačiti na način da takvo poduzeće i proizvođač energije iz obnovljivih izvora trebaju sklopiti okvirni sporazum u skladu s postupcima predviđenima za javnu nabavu kada procijenjena ukupna vrijednost zelenih certifikata (iako nije navedena u ugovoru) kupljenih u okviru izvršenja tog ugovora prelazi prag iz članka 16. točke (a) te direktive, dok vrijednost pojedinačnih transakcija koje su sklopljene u okviru izvršenja tog ugovora ne prelazi taj prag?

6. U slučaju potvrdnog odgovora na četvrto i peto pitanje, predstavlja li sklapanje ugovora uz potpuno nepoštovanje odredbi o javnoj nabavi slučaj o kojem je riječ u članku 2.d stavku 1. točki (a) Direktive Vijeća 92/13/EEZ od

25. veljače 1992. o usklađivanju zakona i drugih propisa o primjeni pravila Zajednice u postupcima nabave subjekata koji djeluju u sektoru vodnoga gospodarstva, energetskom, prometnom i telekomunikacijskom sektoru (SL 1992., L 76, str. 14., kako je izmijenjena) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 6., svezak 10., str. 72.) ili drugi slučaj povrede prava Unije u području javne nabave koji omogućuje proglašenje ništavosti ugovora izvan postupka predviđenog nacionalnim pravom kojim se provodi ta direktiva?

7. U slučaju potvrdnog odgovora na četvrto, peto i šesto pitanje, treba li opće načelo zabrane zlouporabe prava tumačiti na način da poduzeće naručitelj iz članka 2. stavka 1. točke (b) Direktive 2004/17 ne može zahtijevati poništenje ugovora koji je sklopilo s dobavljačem protivno nacionalnim odredbama kojima se provode direktive Unije u području javne nabave kada stvarni razlog zahtjeva za poništenje ugovora nije poštovanje prava Unije, nego to što se naručitelju smanjila isplativost provedbe tog ugovora?

### **Navedene odredbe prava Zajednice**

Članak 19. stavak 1. drugi podstavak UFEU-a

Članak 47. Povelje Europske unije o temeljnim pravima

Direktiva 2003/88/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 4. studenoga 2003. o određenim vidovima organizacije radnog vremena

Direktiva 2004/17/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 31. ožujka 2004. o usklađivanju postupaka nabave subjekata koji djeluju u sektoru vodnog gospodarstva, energetskom i prometnom sektoru te sektoru poštanskih usluga

Direktiva Vijeća 92/13/EEZ od 25. veljače 1992. o usklađivanju zakona i drugih propisa o primjeni pravila Zajednice u postupcima nabave subjekata koji djeluju u sektoru vodnoga gospodarstva, energetskom, prometnom i telekomunikacijskom sektoru

### **Navedene odredbe nacionalnog prava**

Ustawa z dnia 8 grudnia 2017 r. o Sądzie Najwyższym (Zakon od 8. prosinca 2017. o Vrhovnom sudu): članak 1., članak 3., članak 30., članak 31., članak 35.

Ustawa z dnia 27 lipca 2001 r. Prawo o ustroju sądów powszechnych (Zakon od 27. srpnja 2001. o organizaciji redovnih sudova): članak 22.a

Ustawa z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks pracy (Zakonik o radu od 26. lipnja 1974.): članak 140.

Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Zakon od 29. siječnja 2004. o javnoj nabavi): članak 132., članak 138.a, članak 146.

### Sažeti prikaz činjeničnog stanja i postupka

- 1 Tužitelj se bavi trgovanjem električnom energijom. Njegov jedini dioničar jest društvo E. Spółka Akcyjna. Državna riznica posjeduje više od 50 % dionica tog društva. Prvotuženik obavlja djelatnosti proizvodnje, prijenosa i distribucije električne energije. Drugotuženik je banka.
- 2 Tužitelj (društvo E. Spółka Akcyjna) sklopio je 24. veljače 2011. s društvom W. sp. z o.o. (prvotuženik) „ugovor o kupoprodaji imovinskih prava br. [omissis]” (CPA – *certificate purchase agreement*). Na temelju tog ugovora prvotuženik se obvezao da će na tužitelja prenijeti vlasništvo nad svim imovinskim pravima koja proizlaze iz potvrda o podrijetlu dobivenih u vezi s proizvodnjom električne energije iz obnovljivih izvora energije, a tužitelj se obvezao da će kupovati sva imovinska prava na ime navedenih potvrda transakcijama izvan uređenog tržišta na tržištu imovinskih prava burze za plin i električnu energiju. U ugovoru o kupoprodaji imovinskih prava određena je naknada za stečena imovinska prava na razini od 0,91 x OzJ (jedinična zamjenska naknada koja se primjenjuje u razdoblju u kojem je proizvedena energija iz obnovljivih izvora).
- 3 Prvotuženik je sklopio ugovor o ustupu potraživanja s drugotuženikom radi osiguranja potraživanja drugotuženika na ime ugovora o kreditu koje je dodijelio prvotuženiku.
- 4 Tužitelj je u početku kupovao od prvotuženika potvrde o podrijetlu u skladu s ugovorom o kupoprodaji imovinskih prava. Zatim je neuspješno pokušao ponovno pregovarati o cijeni. Stranke su izvršavale ugovor od 22. veljače 2012. do 31. srpnja 2017. U rujnu 2017. tužiteljeva uprava odlučila je prekinuti izvršavanje oko 150 ugovora o kupoprodaji imovinskih prava koja proizlaze iz potvrda o podrijetlu sličnih ugovora o kupoprodaji imovinskih prava o kojem je riječ u ovom predmetu. Tužitelj od tog trenutka nije prihvatao naloge za prodaju potvrda o podrijetlu koje je podnosio prvotuženik.
- 5 Tužitelj je Sađu Okręgowom w Gdańsku (Okręžni sud u Gdańsku, Poljska) podnio tužbu radi utvrđivanja nepostojanja obveznog odnosa koji je nastao nakon sklapanja predmetnog ugovora o kupoprodaji imovinskih prava.
- 6 Prema njegovu mišljenju, ugovor o kupoprodaji imovinskih prava apsolutno je ništav na temelju članka 353.<sup>1</sup> u vezi s člankom 58. stavkom 1. Kodeksa cywilnog (Građanski zakonik) u vezi s člankom 7. stavkom 3. i člankom 132. stavkom 1. točkom 3. Zakona od 29. siječnja 2004. o javnoj nabavi (pročišćeni tekst na dan sklapanja ugovora o kupoprodaji imovinskih prava: Dz.U. iz 2010., br. 113, poz. 759., kako je izmijenjen, u daljnjem tekstu: Zakon o javnoj nabavi).
- 7 Sađ Okręgowy w Gdańsku (Okręžni sud u Gdańsku) odbio je tužbu presudom od 6. prosinca 2018.

- 8 Sąd Apelacyjny w Gdańsku (Żalbeni sud u Gdańsku, Poljska) presudom od 13. kolovoza 2019. odbio je žalbu tužitelja protiv presude Sąda Okręgowog w Gdańsku (Okružni sud u Gdańsku).
- 9 Tužitelj je protiv presude Sąda Apelacyjnog w Gdańsku (Żalbeni sud u Gdańsku) podnio žalbu u kasacijskom postupku.
- 10 U njoj je naveo brojne prigovore koji se odnose na povrede nacionalnih odredbi postupovnog i materijalnog prava. Prigovori u pogledu povreda materijalnog prava uglavnom se odnose na pogrešno tumačenje različitih odredbi Zakona o javnoj nabavi, odnosno tumačenje protivno pravilnom tumačenju odredbi direktiva Unije (direktiva 2004/17, 2009/28, 92/13 i 2014/25). Stoga odluka o opravdanosti prigovora iz žalbe u kasacijskom postupku zahtijeva prethodno tumačenje odredbi prava Unije koje su u poljsko pravo prenesene nacionalnim odredbama navedenima u pravnim osnovama žalbe u kasacijskom postupku.
- 11 Rješenjem od 26. svibnja 2020. Sąd Najwyższy (Vrhovni sud, Poljska) prihvatio je žalbu u kasacijskom postupku za razmatranje. Odlukom od 2. lipnja 2022. Prezes Izbe Cywilne Sąda Najwyższyjeg (predsjednik građanskog vijeća Vrhovnog suda, Poljska) uputio je žalbu u tajništvo suca Karola Weitza pod brojem spisa II CSKP 1588/22. Odlukom Pierwszeg Prezesa Sądu Najwyższego (prvi predsjednik Vrhovnog suda, Poljska) br. 23/2023 od 15. veljače 2023. o imenovanju suca Sąda Najwyższyjeg (Vrhovni sud) na određeno vrijeme na dužnost u Izbi Cywilnoj (građansko vijeće, Poljska) sudac Dawid Miąsik imenovan je na dužnost u građansko vijeće Sąda Najwyższyjeg (Vrhovni sud) na određeno vrijeme od 1. travnja do 30. lipnja 2023. te su istodobno utvrđena načela dodjele predmeta za svaki mjesec razdoblja imenovanja. Nadalje, odlukom predsjednika građanskog vijeća Sąda Najwyższyjeg (Vrhovni sud) od 2. ožujka 2023., predmet II CSKP 1588/22 upućen je u tajništvo suca Sąda Najwyższyjeg (Vrhovni sud) Dawida Miąsika, a kao osnova za promjenu suca izvjestitelja navedena je odluka br. 25/2023 s očekivanim datumom održavanja rasprave u travnju 2023. Odlukom od 22. ožujka 2023. rasprava zatvorena za javnost zakazana je za 21. travnja 2023. Sastav Sąda Najwyższyjeg (Vrhovni sud) sastavljen na taj način za odlučivanje u ovom predmetu sastoji se od dvojice sudaca Izbe Pracy i Ubezpieczeń Społecznych Sądu Najwyższego (vijeće za radne i socijalne sporove Vrhovnog suda, Poljska) (u daljnjem tekstu: Vijeće za radne i socijalne sporove) i suca koji svakodnevno odlučuje u građanskom vijeću Sąda Najwyższyjeg (Vrhovni sud) kao predsjednika na raspravi. Sutkinja Sąda Najwyższyjeg (Vrhovni sud) Jolanta Frańczak imenovana je na dužnost slično kao i sudac izvjestitelj.

### **Sažeti prikaz obrazloženja zahtjeva za prethodnu odluku**

Prvo, drugo i treće pitanje

- 12 Kad je riječ o prvom, drugom i trećem pitanju koja su ista kao i u predmetu C-455/23, sud koji je uputio zahtjev slaže se i poziva se na stajalište suda koji je uputio zahtjev u tom predmetu.

#### Četvrto pitanje

- 13 To se pitanje odnosi na tumačenje članka 3. stavka 3. Direktive 2004/17. Riječ je o tome treba li pravo Europske unije tumačiti na način da je poduzeće koje trguje električnom energijom dužno kupovati zelene certifikate u skladu s postupcima za javnu nabavu predviđenima pravom Unije. Iz navedene odredbe Direktive 2004/17 proizlazi da se ta direktiva odnosi na dvije vrste djelatnosti: (a) pružanje fiksnih mreža ili upravljanje fiksnim mrežama namijenjenih pružanju usluga javnosti u vezi s proizvodnjom, prijenosom ili distribucijom električne energije; (b) isporuku električne energije takvim mrežama.
- 14 U nacionalnoj sudskoj praksi koja se temelji na članku 132. stavku 1. točki 3. Zakona o javnoj nabavi iz 2004. ta se odredba tumači na način da ne obuhvaća poduzeća koja trguju električnom energijom kao što je tužitelj. Člankom 132. stavkom 1. točkom 3. Zakona o javnoj nabavi sektorskom djelatnošću smatralo se samo „stvaranje mreža” namijenjenih pružanju usluga povezanih s proizvodnjom, prijenosom i distribucijom električne energije te „isporuka energije tim mrežama”. Tužitelj nije proizvođač električne energije te stoga ne isporučuje „energiju mreži”. Također ne gradi mrežu.
- 15 Tek od 28. srpnja 2016. na snazi je članak 132. stavak 1.a Zakona o javnoj nabavi (dodan Ustavom z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Zakon od 22. lipnja 2016. o izmjeni Zakona o javnoj nabavi i određenih drugih zakona), Dz.U. poz. 1020.) u skladu s kojim „[d]istribucijom iz stavka 1. točaka 3. i 4. treba smatrati i veleprodaju i maloprodaju”. Stoga je tek nakon sklapanja ugovora o kupoprodaji imovinskih prava uvedena odredba prema kojoj se tužitelj, koji se bavi trgovanjem energijom, smatra naručiteljem u sektoru. Dodavanje stavka 1.a članku 132. Zakona o javnoj nabavi u sudskoj se praksi smatra potvrdom pravilnosti prakse elektroenergetskih poduzeća iz razdoblja od 2005. do 2015. koja se sastoji od neprimjene Zakona o javnoj nabavi na transakcije kupnje zelenih certifikata. Tomu u prilog ide i dodavanje članka 138.a Zakona o javnoj nabavi. Tom su se odredbom iz podređenosti Zakonu o javnoj nabavi isključila poduzeća koja obavljaju djelatnost iz članka 132. stavka 1. točke 3. (odnosno djelatnost koja se sastoji od stvaranja energetske mreže, a ne prodaje energije) u području kupnje zelenih certifikata.
- 16 Međutim, Sąd Najwyższy (Vrhovni sud) ističe da je u uvodnoj izjavi 23. Direktive 2014/25 pojašnjeno da „upućivanja na isporuku električne energije u ovoj Direktivi obuhvaćaju proizvodnju, veleprodaju i maloprodaju električne energije”. U tim okolnostima nije jasno treba li istovjetno sastavljen (kao i članak 9. stavak 1. točka (b) Direktive 2014/25) članak 3. stavak 3. točku (b) Direktive 2004/17 tumačiti uzimajući u obzir uvodnu izjavu 23. Direktive 2014/25. Tekst te uvodne izjave Direktive 2014/25 („[b]ez širenja područja primjene ove

Direktive”) može se tumačiti na način da se potvrđuje samo određeni način tumačenja pojma sektorske djelatnosti koji je trebao biti utvrđen već u okviru Direktive 2004/17.

- 17 Iz odluka Europske komisije donesenih na temelju Direktive 2004/17 (primjerice Odluka 2007/141/EZ) proizlazi da se trgovanje električnom energijom smatralo sektorskom djelatnošću.
- 18 Četvrto pitanje odnosi se i na tumačenje članka 3. stavka 3. točke (b) u vezi s člankom 20. Direktive 2004/17, odnosno kupuju li se zeleni certifikati radi obavljanja djelatnosti koja se sastoji od isporuke električne energije. Naime, riječ je o kupnji radi izvršavanja zakonske obveze koja se odnosi na poticanje obnovljivih izvora energije. Djelatnost koja se sastoji od prodaje električne energije može se obavljati bez kupnje zelenih certifikata, iako to uključuje zamjensku naknadu ili novčanu kaznu. Stoga „svrha” kupnje zelenih certifikata nije obavljanje djelatnosti koja se sastoji od prodaje električne energije.
- 19 Suprotno tomu, s obzirom na to da je zakonodavac poduzećima koja trguju električnom energijom naložio obvezu kupnje zelenih certifikata, njihova je kupnja posljedica obavljanja djelatnosti koja se sastoji od isporuke električne energije.
- 20 Osim toga, ako se prihvati da kupnja zelenih certifikata nije obuhvaćena područjem sektorske djelatnosti te se stoga ne kupuju radi obavljanja te djelatnosti u smislu članka 20. Direktive 2004/17, nacionalni zakonodavac ne bi uveo izuzeće za tu vrstu kupnje u članku 138.a stavku 1. Zakona o javnoj nabavi. Tužitelj se poziva na potrebu za širokim tumačenjem sektorske djelatnosti i nabave koja se obavlja „radi obavljanja te djelatnosti” koje uključuje i onu, čak i neizravno, povezanu sa sektorskom djelatnošću te se poziva na presudu Suda od 10. travnja 2008., C-393/06, Ing. Aigner, Wasser-Warme-Umwelt, GmbH protiv Fernwärme Wien GmbH (ECLI:EU:C:2008:213, t. 28. do 33.). U njoj je utvrđeno da je za obuhvaćanje režimom sektorskih ugovora dovoljno da je ugovor „povezan” s obavljanjem sektorske djelatnosti. Ta veza nedvojbeno postoji između obveze podnošenja zelenih certifikata i glavne tužiteljeve djelatnosti u obliku prodaje energije jer o ukupnoj količini prodaje energije ovisi koliko zelenih certifikata tužitelj mora kupiti na tržištu.
- 21 Istodobno, u navedenoj presudi (t. 27.) Sud je istaknuo da odredbe Direktive 2004/17 treba usko tumačiti, što ide u prilog tomu da javno poduzeće kao što je tužitelj nije dužno kupovati zelene certifikate u postupku javne nabave.
- 22 Sud koji je uputio zahtjev također navodi i različitost ciljeva kupnje zelenih certifikata (podupiranje politike zaštite okoliša) i ciljeva povezanih sa zaštitom tržišnog natjecanja radi kojih zakon nalaže konkurentnu dodjelu sektorskih ugovora.

Peto pitanje



- 23 Peto pitanje odnosi se na to primjenjuje li se na ugovor o kupoprodaji imovinskih prava pravo u području javne nabave s obzirom na svoju konstrukciju.
- 24 U dosadašnjem je postupku utvrđeno da ugovor o kupoprodaji imovinskih prava nije obuhvaćen područjem primjene prava u području javne nabave jer pojedinačne transakcije prenošenja prava na potvrde o podrijetlu koje su se sklapale u izvršenju tog ugovora nisu prelazile pragove Unije za sektorske ugovore. Ti su pragovi na dan sklapanja ugovora o kupoprodaji imovinskih prava iznosili 387 000 eura. Utvrđeno je da je ukupna vrijednost transakcija koje su sklopili tužitelj i prvotuženik na temelju ugovora o kupoprodaji imovinskih prava iznosila 3 000 000 poljskih zlota (što predstavlja približno dvostruki iznos praga Unije prema vrijednosti eura na dan sklapanja ugovora o kupoprodaji imovinskih prava). Prilikom izvršavanja ugovora o kupoprodaji imovinskih prava stranke su u pravilu sklapale jednu transakciju mjesečno prosječne vrijednosti u iznosu od 65 000 eura. Te transakcije nisu prelazile prag Unije. Utvrđeno je da nema osnove za to da se sve transakcije na tržištu smatraju jednim javnim ugovorom jer ugovorom o kupoprodaji imovinskih prava nije utvrđena količina električne energije koja mora biti obuhvaćena potvrdama o podrijetlu koje izdaje Prezes Urzędu Regulacji (predsjednik Regulatornog ureda, Poljska), kao ni iznosi tužiteljevih davanja prvotuženiku. Stoga nije utvrđeno da ugovor o kupoprodaji imovinskih prava predstavlja okvirni sporazum, nego isključivo ugovor koji obvezuje na sklapanje ugovora o kupoprodaji imovinskih prava, što znači da je u skladu sa Zakonom o javnoj nabavi trebalo sklapati samo provedbene ugovore (ugovore o kupoprodaji potvrda o podrijetlu energije izdanih prvotuženiku u određenom mjesecu).
- 25 Budući da u ugovoru o kupoprodaji imovinskih prava nije unaprijed određena vrijednost transakcija koje se na temelju njega sklapaju, a vrijednost svakog provedbenog ugovora nije prelazila pragove Unije, ugovor o kupoprodaji imovinskih prava nije obuhvaćen područjem primjene prava Unije u području javne nabave.
- 26 Međutim, prema tužiteljevu mišljenju, u slučaju namjere kupnje robe iste vrste na temelju kupoprodajnih ugovora koji se sklapaju s jednim izvršiteljem, u unaprijed određenom vremenskom razdoblju, u okviru provedbe jedne gospodarske namjere, vrijednost ugovora treba biti ukupna vrijednost sve robe koju je naručitelj namjeravao kupiti. Pozvao se na zabranu dodjele ugovora radi zaobilazanja pragova Unije iz nacionalnog prava i iz članka 17. stavka 2. Direktive 2004/17. Naime, ugovor o kupoprodaji imovinskih prava odnosio se na provedbene ugovore s istim predmetom, između istih stranaka i u određenom vremenskom razdoblju.
- 27 Podredno, tužitelj predlaže da se vrijednošću ugovora smatraju sve potvrde o podrijetlu kupljene u određenoj kalendarskoj godini od svih (zajedno s prvotuženikom) proizvođača električne energije iz obnovljivih izvora za potrebe izvršavanja obveze podnošenja na poništavanje potvrda o podrijetlu energije.

- 28 Stoga je potrebno tumačenje odredbi prava Unije iz petog pitanja kako bi se utvrdilo podliježe li ugovor kao što je ugovor o kupoprodaji imovinskih prava, čiji je predmet određivanje uvjeta u pogledu cijene i količine prema kojima će naručitelj u budućnosti sklapati provedbene ugovore, Zakonu o javnoj nabavi kao okvirni sporazum (članak 14. u vezi s člankom 1. stavkom 4. Direktive 2004/17) te na koji način treba utvrđivati prelaženje pragova Unije kojima se uvjetuje primjena režima javne nabave Unije za potrebe postupka proglašenja ugovora nepostojećim. Odlučuje li u tim okolnostima o primjeni prava u području javne nabave vrijednost ugovora procijenjena *ex ante* ili *ex post* na temelju stvarne vrijednosti provedbenih transakcija sklopljenih u određenoj kalendarskoj godini, ili pak ukupna vrijednost svih izvršenih provedbenih transakcija od kojih nijedna pojedinačno ne prelazi pragove Unije.

#### Šesto pitanje

- 29 Pobijana presuda temelji se na pretpostavci prema kojoj je, ako se utvrdi da je ugovor o kupoprodaji sklopljen protivno pravu u području javne nabave zbog potpunog nepoštovanja načina na koji se ugovori sklapaju u skladu s tim pravom, jedini dopušteni način eventualnog dovođenja u pitanje valjanosti tog ugovora uređen člankom 146. Zakona o javnoj nabavi. Tom se odredbom utvrđuju pretpostavke za poništenje ugovora. Istodobno, njome se isključuje primjena članka 189. Kodeksa postępowania cywilnego (Zakonik o građanskom postupku) (na kojem tužitelj temelji svoju tužbu) za proglašenje ništavosti ugovora. Popis pretpostavki za poništenje ugovora iz članka 146. Zakona o javnoj nabavi taksativan je. U okolnostima ovog predmeta u obzir dolazi isključivo primjena članka 146. stavka 1. točke 2. Zakona o javnoj nabavi prema kojem se „ugovor proglašava ništavim ako naručitelj nije objavio poziv na nadmetanje u Biltenu javne nabave ili nije prosljedio poziv na nadmetanje Uredu za publikacije Europske unije”. Tom se odredbom u poljsko pravo ne uvodi članak 2.d stavak 1. točka (a) Direktive 92/13, kako je izmijenjen Direktivom 2007/66/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 11. prosinca 2007. o izmjeni direktiva Vijeća 89/665/EEZ i 92/13/EEZ u vezi s poboljšanjem učinkovitosti postupaka pravne zaštite koji se odnose na sklapanje ugovora o javnoj nabavi (SL 2007., L 335, str. 31.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 6., svezak 9., str. 198.).
- 30 Prvostupanjski i žalbeni sud protumačili su tu odredbu na način da ona svojim područjem primjene obuhvaća neprovođenje postupka javne nabave unatoč toj obvezi. Utvrdili su da ta odredba predstavlja pravnu osnovu za primjenu sankcija za nezakonitu izravnu dodjelu javnog ugovora. Naime, takvo je postupanje Sud smatrao najtežom povredom prava Unije u području javne nabave (uvodna izjava 14. Direktive 2007/66). Prema mišljenju prvostupanjskog i žalbenog suda, postupanje naručitelja koje se sastoji od izravne dodjele javnog ugovora protivno pravilima o javnoj nabavi uključeno je u pretpostavku neobjavlivanja poziva na nadmetanje. Naime, s obzirom na to da, unatoč toj obvezi, nije proveden postupak sklapanja ugovora koji se zahtijeva odredbama Zakona o javnoj nabavi, također nije objavljen odgovarajući poziv na nadmetanje. Za primjenu postupka poništenja iz članka 146. Zakona o javnoj nabavi dovoljna je sama povreda obveze

objavljivanja. Druge vrste povreda odredbi Zakona o javnoj nabavi obuhvaćene su područjem primjene ostalih točaka članka 146. Zakona o javnoj nabavi ili posebnih odredbi Zakona o javnoj nabavi.

- 31 Prema mišljenju suda koji je uputio zahtjev, kad bi se ispitivao meritum ovog predmeta, trebalo bi se složiti s tim stajalištem. Tomu u prilog ide tekst uvodnih izjava Direktive. U skladu s njezinom uvodnom izjavom 14., izravne pogodbe moraju obuhvaćati sva sklapanja ugovora koja su provedena bez prethodne objave. Međutim, to bi zahtijevalo široko i funkcionalno tumačenje članka 146. stavka 1. točke 2. Zakona o javnoj nabavi, koje je dopušteno s obzirom na nacionalno pravo.
- 32 Međutim, tužitelj zagovara tumačenje te odredbe prema kojem se potpuno nepoštovanje odredbi Zakona o javnoj nabavi prilikom dodjele javnog ugovora ne može kvalificirati kao povreda Zakona o javnoj nabavi koja se sastoji od neobjavljivanja poziva na nadmetanje u odgovarajućoj publikaciji. Prema tužitelju, popis osnova za poništenje ugovora o javnoj nabavi iz članka 146. stavka 1. Zakona o javnoj nabavi zatvoren je. Prema njegovu mišljenju, do povrede iz članka 146. stavka 1. točke 2. Zakona o javnoj nabavi dolazi kada je naručitelj već pokrenuo postupak dodjele javnog ugovora. Ističe da zakonodavac razlikuje dodjelu javnog ugovora prilikom koje nije provedena zahtijevana objava i dodjelu prilikom koje nisu primijenjene odredbe prava u području javne nabave te potpuno nepoštovanje Zakona o javnoj nabavi smatra zasebnom pretpostavkom za povredu Zakona o javnoj nabavi koja nije navedena u članku 146. Zakona o javnoj nabavi. Takvo tumačenje članka 146. Zakona o javnoj nabavi otvara mogućnost primjene sankcije ništavosti iz članka 58. stavka 1. Građanskog zakonika koja je potvrđena u pravnoj teoriji. Osim toga, tužitelj ističe da se Direktiva 92/13, kako je izmijenjena Direktivom 2007/66, temelji na minimalnom usklađivanju. Sama sankcija ništavosti iz članka 58. stavka 1. Građanskog zakonika stroža je od sankcije nevaljanosti ugovora iz članka 146. Zakona o javnoj nabavi. Naime, potonja podliježe ograničenjima ne samo u pogledu osnova za eventualno proglašenje ništavosti ugovora, nego i u pogledu roka i subjekta koji može podnijeti zahtjev za poništenje ugovora.
- 33 U skladu sa stajalištem Urzędu Zamówień Publicznych (Ured za javnu nabavu, Poljska), osim slučajeva relativne ništavosti ugovora (pobojnosti) zbog povreda postupaka dodjele javnih ugovora (utvrđenih člankom 146. stavkom 1. i 6. Zakona o javnoj nabavi), „postoje i slučajevi apsolutne ništavosti ugovora zbog drugih razloga osim onih koji se odnose na povredu postupaka dodjele javnih ugovora (članak 58. Građanskog zakonika)”. Međutim, to stajalište ne odgovara na pitanje predstavlja li potpuno nepoštovanje načina sklapanja ugovora uređenog Zakonom o javnoj nabavi povredu samog postupka dodjele javnih ugovora.

#### Sedmo pitanje

- 34 Sedmo pitanje odnosi se na primjenu načela zabrane zlouporabe prava kao općeg načela prava Europske unije. Prvostupanjski i žalbeni sud utvrdili su da se zahtjev

za utvrđivanje nepostojanja ugovora o kupoprodaji imovinskih prava zbog toga što je sklopljen uz eventualno nepoštovanje prava iz područja javne nabave ne može prihvatiti jer podnošenje takvog zahtjeva predstavlja zlouporabu prava. Tužitelj je takav zahtjev podnio, kao što to proizlazi iz činjeničnih utvrđenja, zbog smanjivanja isplativosti provedbe tog ugovora radi smanjenja cijena potvrda o podrijetlu na tržištu.

- 35 U skladu s navedenim načelom, pojedinci se ne mogu pozivati na „odredbe prava Unije s namjerom prijevare ili zlouporabe” (vidjeti presude Suda: od 6. veljače 2018., *Altun i dr.*, C-359/16, ECLI:EU:C:2018:63, t. 48.; od 28. srpnja 2016., *Kratzer*, C-423/15, ECLI:EU:C:2016:604, t. 37.; od 11. srpnja 2018., *Komisija/Belgija*, C-356/15, ECLI:EU:C:2018:555, t. 99.). To načelo stoga sprečava „nepravilnu” provedbu prava Unije. Do zlouporabe prava Unije dolazi kada pojedinac postupa protivno ciljevima prava Unije (presuda Suda od 26. veljače 2019., *T Danmark i Y Denmark*, C-116/16 i C-117/16, ECLI:EU:C:2019:135, t. 76., t. 79. i 80.) iako istodobno poštuje to pravo. Kako bi se moglo govoriti o zlouporabi prava treba utvrditi da pojedinac, pozivajući se na pravo Unije, ostvaruje „korist”. Prema mišljenju suda koji je uputio zahtjev, koristi treba smatrati svaki slučaj primjene odredbi prava Unije u skladu sa zahtjevima pojedinca koji se poziva na to pravo. Takvu korist može predstavljati oslobođenje stranke u postupku od posljedica obveze koju je preuzela u ugovoru protivnom pravu Unije (odredbama nacionalnog prava kojima se provodi to pravo).
- 36 Utvrđenje da je pojedinac počinio zlouporabu prava Unije zahtijeva provođenje testa koji se sastoji od dvaju elemenata: objektivnog i subjektivnog (presude Suda: od 6. veljače 2018., *Altun i dr.*, C-359/16, ECLI:EU:C:2018:63, t. 50.; od 13. ožujka 2014., *SICES i dr.*, C-155/13, ECLI:EU:C:2014:145, t. 31.; od 28. srpnja 2016., *Kratzer*, C-423/15, ECLI:EU:C:2016:604, t. 38.). Objektivni element testa zlouporabe temelji se na tome da „iz skupa objektivnih okolnosti mora proizlaziti da se, bez obzira na formalno poštovanje pretpostavki predviđenih propisom Unije, ne postiže cilj tog propisa” (presude Suda od 13. ožujka 2014., *SICES i dr.*, C-155/13, ECLI:EU:C:2014:145, t. 32.; od 14. prosinca 2000., *Emsland-Stärke*, C-110/99, ECLI:EU:C:2000:695, t. 52.). Subjektivni element usmjeren je na cilj kojem teži pojedinac i također se temelji na analizi „skupa objektivnih elemenata” (presuda Suda od 13. ožujka 2014., *SICES i dr.*, C-155/13, ECLI:EU:C:2014:145, t. 37. i 39.) iz kojih treba proizlaziti da je glavni cilj postupanja pojedinca koje odgovara slovu zakona „ostvarivanje neopravdane koristi” (presude Suda od 13. ožujka 2014., *SICES i dr.*, C-155/13, ECLI:EU:C:2014:145, t. 33. i od 28. srpnja 2016., *Kratzer*, C-423/15, ECLI:EU:C:2016:604, t. 40.).
- 37 U ovom predmetu, s obzirom na status zabrane zlouporabe prava Unije, Sud Europske unije treba odlučiti može li se to što pojedinac podnosi prigovor o nezakonitosti ugovora zbog toga što je sklopljen protivno odredbama nacionalnog prava i prava Unije u području javne nabave kvalificirati kao protivno cilju prava Unije u području javne nabave kada pojedinac podnosi taj prigovor kako bi se

oslobodio od potrebe izvršavanja ugovora zbog promjene tržišnih uvjeta koje daljnje izvršavanje tog ugovora čine manje isplativim nego što se to pretpostavljalo u trenutku njegova sklapanja. U tim okolnostima, prigovor o neusklađenosti ugovora s pravom u području javne nabave samo je izlika za postizanje potpuno drukčijih ciljeva od onih kojima je težio zakonodavac Unije prilikom utvrđivanja sankcija za sklapanje ugovora protivno postupku predviđenom pravom u području javne nabave.

RADNI DOKUMENT