

Mål C-459/23**Sammanfattning av begäran om förhandsavgörande i enlighet med artikel 98.1 i domstolens rättegångsregler****Datum för ingivande:**

21 juli 2023

Hänskjutande domstol

Sąd Najwyższy (Polen)

Datum för beslutet att begära förhandsavgörande:

21 april 2023

Kärande:

E. S.A.

Svarande:

W. sp. z o.o

Bank S.A.

Saken i det nationella målet

En fastställsetalan som väckts av E., ett aktiebolag med säte i G (nedan också kallat kärebolaget), mot bolaget W. sp. z o.o., med säte i P, och Bakowi, ett aktiebolag, om att det inte föreligger någon förpliktelse mellan E och W till följd av det avtal om köp av äganderätter (CPA, Certificate Purchase Agreement) (avtal om köp av certifikat) som ingicks den 24 februari 2011.

Syfte med och rättslig grund för begäran om förhandsavgörande

1) Unionsrättslig standard vad gäller när nationella domare utnämns i syfte att de, utan deras samtycke, ska tjänstgöra i en annan organisatorisk enhet vid en nationell domstol än den enhet där de normalt tjänstgör. 2) Tolkning av vissa bestämmelser i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster och artikel 2d.1 a i rådets direktiv 92/13/EEG av den 25 februari 1992 om samordning av lagar och andra författningar om

gemenskapsregler om upphandlingsförfaranden tillämpade av företag och verk inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna. 3) Tolkning av den allmänna principen om förbud mot rättsmissbruk. Rättslig grund: artikel 267 FEUF.

Tolkningsfrågor

1. Ska artikel 19.1 andra stycket FEU, såsom den tolkats av EU-domstolen i mål C-487/19 W.Ż., tolkas så, att det strider mot principen om domares oavsättlighet och oavhängighet, på samma sätt som omplacering av en domare vid en allmän domstol mellan två avdelningar inom en och samma domstol, att utnämna en domare vid Sąd Najwyższy (Högsta domstolen), utan dennes samtycke, att för en bestämd tid döma vid en annan avdelning vid Sąd Najwyższy (Högsta domstolen) när

- domaren utses att döma i mål, i vilka saken inte sammanfaller med den materiella behörigheten vid den avdelning på vilken domaren vid Sąd Najwyższy (Högsta domstolen) utnämnts till domare,

- domaren saknar med avseende på utnämningsbeslutet garanterad tillgång till ett rättsmedel som uppfyller de krav som anges i punkt 118 i domen i målet W.Ż., C-487/18,

- beslutet av förste ordföranden för Sąd Najwyższy (Högsta domstolen) att utnämna domaren för tjänstgöring vid en annan avdelning och beslutet av ordföranden som leder arbetet på Izba Cywilna Sądu Najwyższego (Högsta domstolens tvistemålsavdelning) om tilldelning av konkreta mål utfärdades av personer som hade utnämnts till domare vid Sąd Najwyższy (Högsta domstolen) under samma omständigheter som i mål C-487/18 W.Ż., och mot bakgrund av hittillsvarande rättspraxis är domstolsförfaranden som inbegriper personer som utnämnts på så sätt antingen ogiltiga eller strider mot en parts rätt till rättvis rättegång enligt artikel 6 i Europakonventionen,

- utnämningen av en domare utan dennes samtycke att för en bestämd tid döma i mål på en annan avdelning vid Sąd Najwyższy (Högsta domstolen) än den avdelning vid vilken domaren tjänstgör, samtidigt som domaren ska fortsätta att avgöra mål på sin ursprungliga avdelning, saknar grund i nationell rätt,

- utnämningen av en domare utan dennes samtycke att för en bestämd tid döma i mål på en annan avdelning vid Sąd Najwyższy (Högsta domstolen) än den avdelning vid vilken domaren tjänstgör, strider mot artikel 6b i Europaparlamentets och rådets direktiv 2003/88/EG av den 4 november 2003 om arbetstidens förläggning i vissa avseenden (EUT L 299, 2003, s. 9)?

2. Oberoende av svaret på den första frågan, ska artikel 19.1 andra stycket FEU tolkas så, att en domstol i den sammansättning som utformats genom beslut av förste ordföranden för Sąd Najwyższy (Högsta domstolen) om utnämning av domare att döma på en annan avdelning vid Sąd Najwyższy (Högsta domstolen) och beslut av ordföranden som leder arbetet på Izba Cywilna Sądu Najwyższego (Högsta domstolens tvistemålsavdelning) om tilldelning av konkreta mål, vilka utfärdats av personer som hade utsetts till domare vid Sąd Najwyższy (Högsta domstolen) under samma omständigheter som i mål C-487/18 W.Ż., inte är en domstol som upprättats enligt lag, eftersom det av hittillsvarande rättspraxis framgår att domstolsförfaranden i vilka det ingår personer som utsetts på detta sätt är ogiltiga eller strider mot en parts rätt till rättvis rättegång enligt artikel 6 i Europakonventionen?

3. Om svaret på den första och den andra frågan är jakande, varvid en domstol som upprättats på detta sätt inte anses vara en domstol som ”upprättats enligt lag”, ska då artikel 19.1 andra stycket FEU och principen om unionsrättens företrädare tolkas så, att de domare som utsetts att ingå i sammansättningen i en domstol som upprättats på det sätt som beskrivs i frågorna 1 och 2 kan vägra att vidta åtgärder i det mål som tilldelats dem, och även vägra att döma i målet, med motiveringen att de beslut inte existerar genom vilka de utsetts att döma i mål på en annan avdelning vid Sąd Najwyższy (Högsta domstolen) och konkreta mål tilldelats, eller ska de meddela dom och överlåta åt parterna att avgöra om domen eventuellt ska överklagas på den grunden att den åsidosätter en parts rätt att få saken prövad av en domstol som uppfyller de krav som uppställs i artikel 19.1 andra stycket FEU och artikel 47 i stadgan om de grundläggande rättigheterna?

4. Om svaret på de ovannämnda frågorna är att den hänskjutande domstolen är en domstol ”som har inrättats enligt lag” i den mening som avses i artikel 19.1 andra stycket FEU, ska artikel 3.3 b jämförd med artiklarna 20 och 1.2 c i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (EUT L 134, 2004, s. 1, i dess ändrade lydelse) då tolkas så, att ett offentlighetsorgan som avses i artikel 2.1 b i detta direktiv, vilket bedriver grossist- och detaljhandelsförsäljning av el, är skyldigt att vid en offentlig upphandling förvärva de gröna certifikat som avses i artikel 2 k–l i Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/28/EG av den 23 april 2009 om främjande av användningen av energi från förnybara energikällor och om ändring och ett senare upphävande av direktiven 2001/77/EG och 2003/30/EG (EUT L 140, 2009, s. 16, i dess ändrade lydelse)?

5. Om fråga 4 besvaras jakande, ska artikel 14 jämförd med artikel 1.4 i direktiv 2004/17 då tolkas så, att ett ramavtal mellan ett sådant offentlighetsorgan och en producent av energi från förnybara energikällor ska ingå i enlighet med förfarandet för offentlig upphandling när det beräknade (men i avtalet inte specificerade) totala värdet av de gröna certifikat som förvärvats enligt avtalet överstiger det tröskelvärde som anges i artikel 16 a i detta direktiv, samtidigt som

värdet av de enskilda transaktioner som genomförts med stöd av detta avtal inte överstiger detta tröskelvärde?

6. Om frågorna 4 och 5 besvaras jakande, ska då ingåendet av ett avtal i strid med bestämmelserna om offentlig upphandling anses utgöra ett sådant fall som avses i artikel 2d.1 a i rådets direktiv 92/13/EEG av den 25 februari 1992 om samordning av lagar och andra författningar om gemenskapsregler om upphandlingsförfaranden tillämpade av företag och verk inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna (EGT L 76, 1992, s. 14; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 127, i dess ändrade lydelse) eller är det fråga om ett annat fall av åsidosättande av unionsrätten i fråga om offentlig upphandling enligt vilken det är möjligt att ogiltigförklara ett avtal utanför det förfarande som föreskrivs i den nationella lagstiftning som genomför ovannämnda direktiv?

7. Om frågorna 4–6 besvaras jakande, ska den allmänna principen om förbud mot rättsmissbruk då tolkas så, att ett sådant upphandlande organ som avses i artikel 2.1 b i direktiv 2004/17 inte kan begära ogiltigförklaring av ett avtal som det har ingått med en leverantör i strid med nationella bestämmelser som genomför unionens direktiv om offentlig upphandling, när den bakomliggande anledningen till begäran om ogiltigförklaring av avtalet inte är att unionsrätten ska efterlevas, utan att det upphandlande företaget lönsamhet i samband med fullgörandet av avtalet har minskat?

Anförda unionsbestämmelser

Artikel 19.1 andra stycket FEU

Artikel 47 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna

Europaparlamentets och rådets direktiv 2003/88/EG av den 4 november 2003 om arbetstidens förläggning i vissa avseenden,

Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster,

Rådets direktiv 92/13/EEG av den 25 februari 1992 om samordning av lagar och andra författningar om gemenskapsregler om upphandlingsförfaranden tillämpade av företag och verk inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna,

Anförda nationella bestämmelser

Ustawa z dnia 8 grudnia 2017 r. o Sądzie Najwyższym (lag av den 8 december 2017 om Högsta domstolen), artiklarna 1, 3, 30, 31 och 35

Ustawa z dnia 27 lipca 2001 r. Prawo o ustroju sądów powszechnych (lag av den 27 juli 2001 om allmänna domstolars organisation), artikel 22a

Ustawa z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks pracy (arbetslagen av den 26 juni 1974), artikel 140

Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (lag om offentlig upphandling av den 29 januari 2004), artiklarna 132, 138a, och 146.

Kortfattad redogörelse för de faktiska omständigheterna och förfarandet i det nationella målet

- 1 Kärandebolaget bedriver handel med el. Dess enda aktieägare är aktiebolaget E. I detta bolag innehar Skarb Państwa (statskassan, Polen) mer än 50 procent av aktierna. Svaranden nr 1 är verksam inom produktion, överföring och distribution av el. Svaranden nr 2 är en bank.
- 2 Den 24 februari 2011 ingick kärandebolaget ett "avtal om köp av äganderätter nr ... (CPA, Certificate Purchase Agreement) [avtal om köp av certifikat]" (nedan kallat CPA-avtalet) med W. sp. z o.o. (svaranden nr 1). Enligt avtalet åtog sig svaranden nr 1 gentemot käranden att överföra äganderätten till alla ursprungsintyg som erhållits i samband med produktion av energi från en förnybar energikälla, och käranden åtog sig att förvärva alla äganderättigheter till dessa certifikat på Towarowy Gield Energii:s (den polska elbörsen) marknad för äganderättigheter genom så kallade OTC-transaktioner (det vill säga en särskild typ av transaktioner utanför reglerade erkända handelsplatser). I CPA-avtalet fastställdes ersättningen för de förvärvade äganderätterna till 0,91 x OzJ (den enhetsavgift som tas ut och tillämpas under den period då energi från förnybara energikällor produceras).
- 3 Svaranden nr 1 ingick ett överlåtelseavtal med svaranden nr 2 som säkerhet för de fordringar som svaranden nr 2 haft till följd av lån som enligt avtal hade beviljats till svaranden nr 1.
- 4 Kärandebolaget köpte inledningsvis ursprungsintyg från svaranden nr 1 enligt CPA-avtalet. Kärandebolaget gjorde därefter ett framgångslöst försök att omförhandla prisvillkoren. CPA-avtalet gällde från den 22 februari 2012 till den 31 juli 2017. Under september 2017 beslutade dess styrelse att inte längre ingå cirka 150 avtal om köp av äganderätter för ursprungsintyg. Dessa avtal är i och för sig jämförbara med det aktuella CPA-avtalet. Sedan dess har kärandebolaget inte godtagit någon order om köp av ursprungsintyg som lämnats av svaranden nr 1.
- 5 Kärandebolaget väckte talan vid Sąd Okręgowy w Gdańsku (Regionala domstolen i Gdańsk, Polen) och yrkande fastställande av att det inte föreligger någon förpliktelse till följd av det ingångna CPA-avtalet.

- 6 Kärandebolaget anser att CPA-avtalet är ogiltigt i sin helhet enligt artikel 353¹ jämförd med artikel 58 § 1 i kodeks cywilny (civillagen) jämförd med artikel 7.3 och artikel 132.1 led 3 i Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (lag om offentlig upphandling av den 29 januari 2004) (konsoliderad version på dagen för ingåendet av CPA-avtalet, Dz.U. 2010, nr 113, pos. 759 i dess ändrade lydelse, nedan kallad lagen om offentlig upphandling).
- 7 Regionala domstolen i Gdańsk ogillade överklagandet genom dom av den 6 december 2018.
- 8 Genom dom av den 13 augusti 2019 ogillade Sąd Apelacyjny w Gdańsku (Appellationsdomstolen i Gdańsk, Polen) kärandebolagets överklagande mot domen i den Regionala domstolen i Gdańsk.
- 9 Kärandebolaget överklagade den dom som meddelats av Appellationsdomstolen i Gdańsk.
- 10 I överklagandet har kärandebolaget gjort gällande flera åsidosättanden av den nationella formella och materiella rätten. Den materiella rätten har i huvudsak åsidosatts genom att vissa bestämmelser i lagen om offentlig upphandling har tolkats på ett felaktigt sätt, nämligen på ett sätt som står i strid med en korrekt tolkning av unionsrättsliga direktiv (direktiven 2004/17, 2009/28, 92/13 och 2014/25). För att kunna pröva överklagandet i sak krävs således en föregående tolkning av de unionsrättsliga bestämmelser som har införlivats i polsk rätt genom de åberopade nationella bestämmelserna.
- 11 Genom beslut av den 26 maj 2020 tog Sąd Najwyższy (Högsta domstolen, Polen) (nedan kallad Högsta domstolen) upp överklagandet till prövning. Ordföranden för Högsta domstolens tvistemålsavdelning beslutade den 2 juni 2022 att hänskjuta överklagandet (med målnummer II CSKP 1588/22) till domaren Karol Weitz. Högsta domstolens förste ordförande har genom beslut nr 23/2023 av den 15 februari 2023 (om utnämning av en domare i Högsta domstolen till att under en viss tid tjänstgöra i tvistemålsavdelningen) utnämnt domaren Dawid Miasik att tjänstgöra i Högsta domstolens tvistemålsavdelning under en viss period från den 1 april till den 30 juni 2023, och har samtidigt fastställt hur målen ska fördelas för varje månad under utnämningsperioden. Målet II CSKP 1588/22 tilldelades därefter Dawid Miąsik genom beslut av ordföranden för Högsta domstolens tvistemålsavdelning den 2 mars 2023. Bytet av föredragande domare motiverades med ovan nämnda beslut nr 25/2023 med beräknat förhandlingsdatum i april 2023. Genom beslut av den 22 mars 2023 fastställdes datumet för förhandlingen (bakom stängda dörrar) till den 21 april 2023. Den sammansättning av Högsta domstolen som därmed inrättats för att pröva det aktuella målet består av två domare från Högsta domstolens avdelning för arbetsrättsliga och socialförsäkringsrättsliga mål och – i egenskap av ordförande i målet – en domare som normalt dömer i Högsta domstolens tvistemålsavdelning. Jolanta Frańczak, domare vid Högsta domstolen, utnämndes till att tjänstgöra på samma sätt som den föredragande domaren.

Kortfattad redogörelse för skälen till att förhandsavgörande begärs

Frågorna 1–3

- 12 Vad gäller frågorna 1–3, som är identiska med frågorna i mål C-455/23, delar den hänskjutande domstolen den ståndpunkt som den hänskjutande domstolen i det målet hade, och den hänvisar även till denna.

Fråga 4

- 13 Denna fråga avser tolkningen av artikel 3.3 i direktiv 2004/17. Det handlar om huruvida unionsrätten ska tolkas så, att ett företag som bedriver handel med el är skyldigt att förvärva gröna certifikat i enlighet med de förfaranden för offentlig upphandling som föreskrivs i unionsrätten. Det följer av den åberopade bestämmelsen i direktiv 2004/17 att direktivet avser två verksamheter: a) tillhandahållande eller drift av fasta nät i syfte att tillhandahålla tjänster för allmänheten i samband med produktion, transport eller distribution av el, och b) leverans av el till dylika nät.
- 14 Denna bestämmelse i direktivet har i nationell rättspraxis tolkats – på grundval av artikel 132.1 led 3 i lagen om offentlig upphandling från 2004 – på så sätt att den inte avser sådana företag som kärandebolaget som bedriver handel med el. Artikel 132.1 led 3 i denna lag omfattar endast sektorsspecifika verksamheter som ”upprättar nät”, det vill säga nät avsedda för att tillhandahålla tjänster inom produktion, överföring eller distribution av el samt ”leverans av el till sådana nät”. Kärandebolaget producerar inte el och levererar därför ingen ”el till nätet”. Den upprättar inte heller något nät.
- 15 Det är först sedan den 28 juli 2016 som artikel 132.1a i lagen om offentlig upphandling är i kraft (den lades till genom Ustawa z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (lag av den 22 juni 2016 om ändring av lagen om offentlig upphandling och vissa andra lagar), Dz. U. pos. 1020), och vars lydelse stipulerar att ”[d]en distribution som avses i punkt 1.3 och 1.4 [även] ska [...] avse grossist- och detaljhandelsförsäljning”. Det var således först efter det att CPA-avtalet hade ingåtts som en reglering infördes enligt vilken kärandebolaget, som bedriver handel med el, behandlas som en sektorsspecifik upphandlande enhet. Införandet av punkt 1a i artikel 132 i lagen om offentlig upphandling ses i de nationella domstolarnas rättspraxis som ett bevis på att energiföretagen (under åren 2005–2015) i sin branschpraxis inte tillämpade denna lag på transaktioner avseende köp av gröna certifikat. Denna rättspraxis talar även för att införa artikel 138a i lagen om offentlig upphandling. Enligt denna bestämmelse ska företag som bedriver sådan verksamhet som avses i artikel 132.1 led 3 i denna lag (som alltså består i att upprätta elnät, och inte i att bedriva försäljning av el) undantas från de krav som ställs i samma lag när det gäller köp av gröna certifikat.
- 16 Högsta domstolen konstaterar emellertid att det i skäl 23 i direktiv 2014/25 klargörs att ”produktion, grossistförsäljning och detaljförsäljning av el omfattas

när det i detta direktiv hänvisas till leverans av el”. Det är i denna situation fortfarande oklart om artikel 3.3 b i direktiv 2004/17, vilken har samma lydelse som artikel 9.1 b i direktiv 2014/25, ska tolkas på ett sätt som tar hänsyn till skäl 23 i direktiv 2014/25. Lydelsen av detta skäl i direktiv 2014/25, det vill säga ”[U]tan att detta direktivs tillämpningsområde på något sätt utvidgas”, kan tolkas som att det endast bekräftar en viss innebörd av begreppet sektorsspecifik verksamhet, vilken redan borde ha införts genom direktiv 2004/17.

- 17 Det framgår av de beslut som Europeiska kommissionen antagit i enlighet med direktiv 2004/17 (till exempel beslut 2007/141/EG) att handel med el betraktas som en sektorsspecifik verksamhet.
- 18 Även den fjärde frågan avser tolkningen av artikel 3.3 b jämförd med artikel 20 i direktiv 2004/17, nämligen huruvida köp av gröna certifikat sker i syfte att bedriva verksamhet som avser leverans av el. Det rör sig närmare bestämt om ett köp som görs för att uppfylla en lagstadgad skyldighet att främja förnybara energikällor. Det är möjligt att bedriva verksamhet med försäljning av el utan att köpa gröna certifikat, även om detta medför en ersättningsavgift eller en sanktionsavgift. Köpet av gröna certifikat sker således inte ”i syfte” att bedriva verksamheten med försäljning av el.
- 19 Eftersom lagstiftaren å andra sidan har ålagt dem som bedriver handel med el en skyldighet att köpa gröna certifikat, är köpet av dessa certifikat inte desto mindre en följd av förekomsten av en verksamhet som består i att leverera el.
- 20 Om det emellertid skulle antas att köp av gröna certifikat inte omfattas av begreppet sektorsspecifik verksamhet och därför inte sker i syfte att bedriva sådan verksamhet i den mening som avses i artikel 20 i direktiv 2004/17, så skulle den nationella lagstiftaren inte införa ett undantag för denna typ av köp i artikel 138a.1 i lagen om offentlig upphandling. Käranden har hänvisat till att det är nödvändigt att ha en vid tolkning av begreppet sektorsspecifik verksamhet och upphandling som görs ”i syfte att bedriva dessa verksamheter”, vilket även innefattar upphandlingar som har ett indirekt samband med sådana verksamheter. Kärandebolaget har härvid hänvisat till EU-domstolens dom av den 10 april 2008 i mål C-393/06, Ing. Aigner, Wasser-Warme-Umwelt, GmbH mot Fernwärme Wien GmbH (ECLI:EU:C:2008:213, punkterna 28–33). I den domen slog EU-domstolen fast att det är tillräckligt att en upphandling ”har samband med” med de verksamheter som bedrivs i en viss sektor för att den ska anses omfattas av de specifika bestämmelser som reglerar upphandlingar i den berörda sektorn. Ett sådant samband föreligger otvivelaktigt mellan skyldigheten att visa upp gröna certifikat och kärandens huvudsakliga verksamhet av att sälja el, eftersom volymen av den totala försäljningen av el avgör hur många gröna certifikat käranden måste köpa på marknaden.
- 21 På samma sätt underströk EU-domstolen i den ovannämnda domen (punkt 27) att bestämmelserna i direktiv 2004/17 måste tolkas restriktivt, vilket tyder på att

offentlighetsorgan såsom käranden inte är skyldiga att förvärva gröna certifikat inom ramen för offentlig upphandling.

- 22 Den hänskjutande domstolen understryker även skillnaden mellan syftet med att köpa gröna certifikat (det vill säga att stödja miljöpolitiken) och de syften som avser konkurrensskyddet för vilka det föreskrivs att sektorsspecifika upphandlingar ska tilldelas genom konkurrensförfaranden.

Fråga 5

- 23 Den femte frågan avser huruvida CPA-avtalet på grund av sin utformning omfattades av kraven i lagen om offentlig upphandling.
- 24 I det hittillsvarande förfarandet har det ansetts att CPA-avtalet inte omfattas av lagen om offentlig upphandling, eftersom varje enskild transaktion där rättigheter till ursprungsintyg överfördes enligt detta avtal inte översteg de tröskelvärden som gäller för sektorsspecifika upphandlingar inom unionen. Vid tidpunkten för CPA-avtalets ingående uppgick dessa tröskelvärden till 387 000 EUR. Det har konstaterats att det totala värdet av transaktioner som ingåtts av käranden och svaranden nr 1 enligt detta avtal uppgick till cirka 3 000 000 PLN per år (vilket är cirka dubbelt så högt som unionens tröskelvärde räknat utifrån värdet på euron på dagen för avtalets ingående). Under tiden som parterna fullföljde CPA-avtalet ingick de i genomsnitt en transaktion per månad med ett genomsnittligt värde på 65 000 EUR. Dessa transaktioner översteg inte unionens tröskelvärde. Det ansågs inte finnas några skäl att behandla alla dessa transaktioner som en enda offentlig upphandling, eftersom det i CPA-avtalet varken angavs vilka mängder el det rörde sig om i de ursprungsintyg som utfärdats av Prezes URE (Urzędu Regulacji Energetyki) (direktören för Energitillsynsmyndigheten, Polen), eller beloppet på kärändens prestation till svaranden nr 1. Av denna anledning ansågs CPA-avtalet inte utgöra något ramavtal, utan endast vara avsett för ingåendet av avtal om köp av äganderätter, vilket innebär att det endast var genomförandeavtal (avtal om köp av ursprungsintyg för el, vilka under en viss månad utfärdades till svaranden nr 1) som skulle ingås på det sätt som anges i lagen om offentlig upphandling.
- 25 Eftersom CPA-avtalet inte i förväg fastställde värdet av de transaktioner som genomfördes på grundval av detta avtal, och värdet av vart och ett av genomförandeavtalen inte överskred unionens tröskelvärden, omfattas CPA-avtalet inte av tillämpningsområdet för unionsrätten när det gäller offentlig upphandling.
- 26 Enligt kärändebolaget ska däremot värdet av ett offentligt kontrakt – när det är fråga om ett avtal om köp av identiska varor vilket ingåtts med en enda ekonomisk aktör, under en förutbestämd tidsperiod och i ett enda kommersiellt syfte – motsvara det sammanlagda värdet av samtliga varor som den upphandlande myndigheten har för avsikt att köpa. Kärändebolaget hänvisade till förbudet i den nationella lagstiftningen mot att dela upp ett kontrakt i syfte att kringgå unionens tröskelvärden, och till artikel 17.2 i direktiv 2004/17. I CPA-avtalet var det fråga

om genomförandeavtal avseende samma sak och mellan samma parter som gällde under en viss tidsperiod.

- 27 I andra hand föreslår kärandebolaget att värdet av ett offentligt kontrakt ska avse alla ursprungsintyg som (under ett visst kalenderår) har köpts in från samtliga producenter av el från förnybara energikällor (inklusive svaranden nr 1) och som är kopplade till skyldigheten att lägga fram ursprungsintyg för avräkning.
- 28 Det är följaktligen nödvändigt att tolka de unionsrättsliga bestämmelser som avses i den femte frågan för att avgöra huruvida ett avtal såsom CPA-avtalet, vilket har till syfte att ange vilka villkor avseende pris och kvantitet som den upphandlande myndigheten ska tillämpa när den sedermera ingår ett genomförandeavtal, ska anses omfattas av reglerna om offentlig upphandling i form av ett ramavtal (artikel 14 jämförd med artikel 1.4 i direktiv 2004/17) och på vilket sätt de tröskelvärden, vilka ligger till grund för att ett avtal ska omfattas av de unionsrättsliga reglerna om offentlig upphandling, kan överskridas i samband med ett förfarande om att avtalet i fråga inte föreligger. Är det i ett sådant fall, för det första, det på förhand beräknade värdet av kontraktet i fråga som avgör huruvida avtalet omfattas av bestämmelserna om offentlig upphandling, eller är det, för det andra, det faktiska värdet av de transaktioner som genomförts i efterhand under ett visst kalenderår (vilka kopplas till ett genomförandeavtal) eller är det, för det tredje, värdet av alla dessa transaktioner, där inget av dem överskrider unionens tröskelvärden?

Fråga 6

- 29 Den överklagade domen grundar sig på antagandet att, för det fall det skulle antas att köpeavtalet, som ingicks i strid med lagen om offentlig upphandling genom att ett fullständigt åsidosättande av det däri föreskrivna förfarandet för ingående av avtal, så är det enda tillåtna förfarandet för en eventuell invändning mot avtalets giltighet det som föreskrivs i artikel 146 i denna lag. Däri anges villkoren för ogiltigförklaring av ett avtal. Samtidigt utesluter den att artikel 189 i Kodeks Postępowania Cywilnego (civilprocesslagen) (vilken kärandebolaget grundar sitt yrkande på) tillämpas vid ogiltigförklaringen av ett avtal. De villkor som räknas upp för ogiltigförklaring i artikel 146 i lagen om offentlig upphandling är inte tillämpliga. I förevarande fall är endast artikel 146.1 led 2 i lagen om offentlig upphandling tillämplig, enligt vilken ”ett avtal är ogiltigt om den upphandlande parten har underlåtit att offentliggöra ett meddelande om upphandlingen i Biuletyn Zamówień Publicznych [tidningen för offentlig upphandling] eller underlåtit att meddela upphandlingen till Europeiska unionens publikationsbyrå”. Denna bestämmelse genomför artikel 2d.1 a i direktiv 92/13 i den polska rättsordningen i direktivets lydelse enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/66/EG av den 11 december 2007 om ändring av rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG vad gäller effektivare förfaranden för prövning av offentlig upphandling (EUT L 335, 2007, s. 31).

- 30 Domstolarna i båda instanserna har tolkat denna bestämmelse så, att den även avser en underlåtenhet att genomföra ett offentligt tilldelningsförfarande i strid med en sådan skyldighet. De ansåg att denna bestämmelse utgör en rättslig grund för att tillämpa sanktioner i fall där en otillåten direkttilldelning av ett offentligt kontrakt har ägt rum. EU-domstolen har nämligen ansett att ett sådant agerande utgör det allvarligaste åsidosättandet av unionsrätten på området för offentlig upphandling (skäl 14 i direktiv 2007/66). Enligt domstolarna i båda instanserna ska den upphandlande myndighetens agerande, som består i att direkt tilldela ett kontrakt i strid med reglerna om offentlig upphandling, anses omfattas av detta villkor rörande underlåtenhet att meddela en offentlig upphandling. För det fall man, trots skyldigheten att göra detta, inte har genomfört det förfarande för ingående av avtal som krävs enligt bestämmelserna i lagen om offentlig upphandling, har man inte heller offentliggjort något meddelande om upphandling. Det räcker att skyldigheten att offentliggöra ett meddelande inte har iakttagits för att man ska kunna tillämpa förfarandet om ogiltigförklaring av ett avtal enligt artikel 146 i lagen om offentlig upphandling. Andra slags överträdelse av lagen om offentlig upphandling täcks av de återstående leden i artikel 146 i denna lag eller av särskilda bestämmelser i samma lag.
- 31 Den hänskjutande domstolen anser att denna ståndpunkt bör delas om målet skulle prövas i sak, vilket framgår av skälen i direktivet. Enligt skäl 14 i samma direktiv ska direktupphandlingar omfatta alla tilldelningar av kontrakt som inte föregås av något offentliggörande. Detta skulle emellertid kräva en (enligt nationell rätt tillåten) extensiv och ändamålsenlig tolkning av artikel 146.1 led 2 i lagen om offentlig upphandling.
- 32 Enligt käredebolaget tolkar emellertid denna bestämmelse på så sätt att den innebär att den omständigheten, att man inte har tillämpat lagen om offentlig upphandling i samband med att ett offentligt kontrakt tilldelas, inte kan anses utgöra ett åsidosättande av denna lag i den meningen att ett meddelande om upphandlingen inte har offentliggjorts i någon officiell tidning. Käredebolaget anser att den överträdelse som avses i artikel 146.1 led 2 i lagen om offentlig upphandling endast kan inträffa när den upphandlande myndigheten redan har inlett förfarandet för tilldelning av offentliga kontrakt. Det har anförts att lagstiftaren har gjort en åtskillnad mellan när man å ena sidan tilldelar ett kontrakt utan att offentliggöra detta och när man å andra sidan tilldelar ett kontrakt utan att tillämpa lagen om offentlig upphandling. Detta samtidigt som lagstiftaren betraktar en underlåtenhet att tillämpa denna lag som ett särskilt åsidosättande av nämnda lag, vilket i sig inte anges i artikel 146. En sådan tolkning av denna bestämmelse möjliggör emellertid att den i doktrinen erkända ogiltighetsgrunden i artikel 58 § 1 i civillagen kan komma att tillämpas. Käredebolaget har vidare anförts att direktiv 92/13 (i dess lydelse enligt direktiv 2007/66) bygger på en minimiharmonisering. I sin tur är ogiltighetsgrunden i artikel 58 § 1 i civillagen i sig en strängare sanktion än den som avses i artikel 146 i lagen om offentlig upphandling. Detta beror på att den senare är föremål för begränsningar, inte bara vad gäller grunderna för att

ogiltigförklara ett avtal, utan även vad gäller tidsfristen och den part som kan begära att avtalet ogiltigförklaras.

- 33 Enligt den ståndpunkt som intagits av Urząd Zamówień Publicznych (byrån för offentliga upphandlingar, Polen) kan ett avtal – förutom i fall av relativ ogiltighet som grundas på åsidosättande av förfarandena för tilldelning av offentliga kontrakt (vilket anges i artikel 146.1 och 146.6 i lagen om offentlig upphandling) – ”även ogiltigförklaras av andra skäl än att förfarandena för tilldelning av offentliga kontrakt har åsidosatts (artikel 58 i civillagen)”. Denna ståndpunkt klargör emellertid inte huruvida den omständigheten, att man helt bortser från det förfarande för ingående av avtal som föreskrivs i lagen om offentlig upphandling, i sig innebär ett åsidosättande av förfarandet för tilldelning av offentliga kontrakt.

Fråga 7

- 34 Den sjunde frågan avser huruvida principen om förbud mot rättsmissbruk ska tillämpas som en allmän princip i unionsrätten. Domstolarna i båda instanserna fann att kärandebolagets yrkande om ogiltigförklaring av CPA-avtalet (på grundval av att det hade ingåtts i strid med lagen om offentlig upphandling) inte kunde bifallas eftersom ett sådant yrkande ansågs utgöra rättsmissbruk. Det framgår av de faktiska omständigheterna i målet att kärandebolaget framställde detta yrkande på grund av att lönsamheten i samband med fullgörandet av avtalet har minskat till följd av att priset på ursprungssintyg har sjunkit på marknaden.
- 35 Enligt denna princip får ”unionsrätten dessutom inte missbrukas eller åberopas i bedrägligt syfte” av enskilda (se EU-domstolens dom av den 6 februari 2018, Altun m.fl., C-359/16, ECLI:EU:C:2018:63, punkt 48, dom av den 28 juli 2016, Kratzer, C-423/15, EU:C:2016:604, punkt 37, och dom av den 11 juli 2018, Kommissionen/Belgien, C-356/15, EU:C:2018:555, punkt 99). Denna princip förhindrar således en ”felaktig” tillämpning av unionsrätten. Ett missbruk av unionsrätten föreligger när en enskilds beteende strider mot unionsrättens syfte även om beteendet är förenligt med unionsrättens ordalydelse (EU-domstolens dom av den 26 februari 2019, T Danmark och Y Danmark, C-116/16 och C-117/16, ECLI:EU:C:2019:135, punkterna 76 och 79-80). För att det ska vara fråga om rättsmissbruk ska det vara styrkt att den enskilde – genom att åberopa unionsrätten – erhåller en ”fördel”. Enligt den hänskjutande domstolen ska en fördel förstås som varje tillämpning av en unionsrättslig bestämmelse som går den person som åberopar denna rätt till mötes. En sådan fördel kan bestå i att en part befrias från följderna av en förpliktelse som denne åtagit sig genom att ingå avtal som strider mot unionsrätten (nationella bestämmelser som genomför unionsrätten).
- 36 Bedömningen av huruvida en enskild har missbrukat unionsrätten ska grundas på ett test som består av två delar, nämligen en objektiv och en subjektiv del (EU-domstolen dom av den 6 februari 2018, Altun m.fl., C-359/16, ECLI:EU:C:2018:63, punkt 50, dom av den 13 mars 2014, SICES m.fl., C-155/13, ECLI:EU:C:2014:145, punkt 31 och dom av den 28 juli 2016, Kratzer, C-

423/15, ECLI:EU:C:2016:604, punkt 38). Den objektiva delen av bedömningen av missbruk innebär att "[det ska] föreligga vissa objektiva förhållanden av vilka det framgår att målsättningen med de berörda unionsbestämmelserna inte har uppnåtts, trots att de villkor som uppställs i dessa bestämmelser formellt sett har uppfyllts" (EU-domstolens dom av den 13 mars 2014, SICES m.fl., C-155/13, ECLI:EU:C:2014:145, punkt 32, och dom av den 14 december 2000, Emsland Starke, C-110/99, EU:C:2000:695, punkt 52). Den subjektiva delen inriktar sig på den enskildes eftersträvade syfte och grundar sig också på en granskning av "vissa objektiva förhållanden" (EU-domstolens dom av den 13 mars 2014, SICES m.fl., C-155/13, ECLI:EU:C:2014:145, punkterna 37 och 39), av vilken det ska framgå att det huvudsakliga syftet med den enskildes beteende enligt lagens ordalydelse är att "uppnå en otillbörlig fördel" (EU-domstolens dom av den 13 mars 2014, SICES m.fl., C-155/13, ECLI:EU:C:2014:145, punkt 33, och dom av den 28 juli 2016, Kratzer, C-423/15, ECLI:EU:C:2016:604, punkt 40).

- 37 I förevarande mål ska EU-domstolen, mot bakgrund av att förbudet mot rättsmissbruk utgör en allmän princip i unionsrätten, pröva huruvida en enskilds åberopande av att ett avtal är rättsstridigt, till följd av att det har ingåtts i strid med bestämmelser om offentlig upphandling i såväl unionsrätten som nationell rätt, kan anses stå i strid med syftet med bestämmelser på unionsnivå på detta område, när en enskild åberopar denna grund för att kunna befria sig från skyldigheten att fullgöra ett ingånget avtal efter det att förutsättningarna på marknaden har förändrats på ett sätt som gör det mindre lönsamt att fullfölja det än vad som antogs vara fallet när avtalet ingicks. Under sådana omständigheter är invändningen om att avtalet skulle strida mot lagen om offentlig upphandling endast en förevändning för att kunna uppnå helt andra ändamål än de som unionslagstiftaren eftersträvade när den utformade sanktioner mot att ett avtal ingås i strid med det förfarande som föreskrivs i lagen om offentlig upphandling.