

Věc C-459/23

**Shrnutí žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce podle čl. 98 odst. 1
jednacího řádu Soudního dvora Evropské unie****Datum doručení:**

21. července 2023

Předkládající soud:

Sąd Najwyższy (Polsko)

Datum předkládacího rozhodnutí:

21. dubna 2023

Žalobce:

E. S. A.

Žalovaní:

W. sp. z o.o.

Banka S. A.

Předmět původního řízení

Řízení o žalobě E., akciové společnosti se sídlem v G., proti společnosti W. sp. z o. o. se sídlem v P. a Bance, akciové společnosti, na určení neexistence závazkového vztahu, který vznikl dne 24. února 2011 v důsledku uzavření „smlouvy o prodeji majetkových práv“ (CPA – certificate purchase agreement) mezi E., akciovou společností se sídlem v G., a společností W. sp. z o. o. se sídlem v P.

Předmět a právní základ žádosti o rozhodnutí předběžné otázky

1) Unijní standard, pokud jde o způsob pověřování vnitrostátních soudců bez jejich souhlasu rozhodováním v jiném oddělení vnitrostátního soudu, než je to, v němž běžně působí. 2) Výklad některých ustanovení směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/17/ES ze dne 31. března 2004 o koordinaci postupů při zadávání zakázek subjekty působícími v odvětví vodního hospodářství, energetiky, dopravy a poštovních služeb a čl. 2d odst. 1 písm. a) směrnice Rady

92/13/EHS ze dne 25. února 1992 o koordinaci právních a správních předpisů týkajících se uplatňování pravidel Společenství pro postupy při zadávání zakázek subjekty působícími v odvětví vodního hospodářství, energetiky, dopravy a telekomunikací. 3) Výklad obecné zásady zákazu zneužití práva. Právní základ: článek 267 SFEU.

Předběžné otázky

1. Je třeba **čl. 19 odst. 1** druhý pododstavec SEU vykládat ve světle výkladu Soudního dvora v rozsudku ve věci C-487/19, W. Ž. v tom smyslu, že pověření soudce Nejvyššího soudu (Sąd Najwyższy; dále jen „Nejvyšší soud“) dočasným rozhodováním v jiném kolegiu Nejvyššího soudu bez jeho souhlasu porušuje zásadu neodvolatelnosti a nezávislosti soudců jako v případě přeřazení soudce obecného soudu z jednoho oddělení téhož soudu do druhého, jestliže:

- soudce bude pověřen rozhodováním ve věcech, jejichž předmět se neshoduje s věcnou působností kolegia, k němuž byl soudce Nejvyššího soudu zařazen;
- rozhodnutí o takovém pověření nemá soudce možnost napadnout u soudu za podmínek uvedených v bodě 118 rozsudku ve věci C-487/19, W. Ž.;
- rozhodnutí Prvního předsedy Nejvyššího soudu (Pierwszy Prezes Sądu Najwyższego; dále jen „první předseda NS“) o pověření rozhodováním v jiném kolegiu a rozhodnutí Předsedy civilního kolegia Nejvyššího soudu (Prezes kierujący pracą Izby Cywilnej Sądu Najwyższego; dále jen „předseda civilního kolegia NS“) o přidělení konkrétních věcí byla vydána osobami jmenovanými do funkce soudce Nejvyššího soudu za totožných okolností jako ve věci C-487/19, W. Ž., přičemž ve světle dosavadní judikatury jsou soudní řízení s účastí takových osob neplatná, neboť porušují právo stran na spravedlivý proces podle článku 6 Evropské úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod;
- pověření soudce k rozhodováním bez jeho souhlasu na dobu určitou v jiném kolegiu Nejvyššího soudu, než je to, v němž působí, při současném zachování povinnosti rozhodovat v domovském kolegiu, nemá oporu ve vnitrostátním právu;
- pověření soudce rozhodováním bez jeho souhlasu na dobu určitou v jiném kolegiu Nejvyššího soudu, než je to, v němž působí, porušuje **čl. 6 písm. b)** směrnice Evropského parlamentu a Rady 2003/88/ES ze dne 4. listopadu 2003 o některých aspektech úpravy pracovní doby (Úř. věst 2003, L 299, s. 9; Zvl. vyd. 05/04, s. 381).

2. Bez ohledu na odpověď na první otázku, je třeba **čl. 19 odst. 1** druhý pododstavec SEU vykládat v tom smyslu, že soudem „zřízeným zákonem“ není soud ve složení, jež je výsledkem rozhodnutí prvního předsedy NS o pověření soudce rozhodováním v jiném kolegiu a rozhodnutí předsedy civilního kolegia NS o přidělení konkrétních věcí, a to osobami jmenovanými do funkce soudce Nejvyššího soudu za totožných okolností jako ve věci C-487/19, W. Ž., jestliže

podle dosavadní judikatury jsou soudní řízení s účastí takových osob neplatná neboť porušují právo stran na spravedlivý proces podle článku 6 Evropské úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod.

3. Jestliže je odpověď na první otázku kladná nebo Soudní dvůr odpoví na druhou otázku, podle níž takto ustavený soud není soudem „zřízeným zákonem“, je třeba čl. 19 odst. 1 druhý pododstavec SEU a zásadu svrchovanosti unijního práva vykládat v tom smyslu, že soudci přidělení ke kolegiu soudu ustavenému tak, jak je popsáno v prvních dvou otázkách, mohou odmítnout činit úkony v jim přidělené věci, včetně rozhodování, jestliže mají za to, že rozhodnutí o pověření rozhodováním v jiném kolegiu Nejvyššího soudu a o přidělení konkrétních věcí, jsou nicotná, či mají vydat rozhodnutí s tím, že ponechají na stranách, zda rozhodnutí napadnou z důvodu porušení práva stran na řízení před soudem splňujícím požadavky plynoucí z čl. 19 odst. 1 druhého pododstavce SEU a článku 47 Listiny základních práv?

4. V případě zodpovězení výše uvedených otázek tak, že předkládající soud je soudem zřízeným zákonem ve smyslu čl. 19 odst. 1 druhého pododstavce SEU, je třeba čl. 3 odst. 3 písm. b) ve spojení s článkem 20 a čl. 1 odst. 2 písm. c) směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/17/ES ze dne 31. března 2004 o koordinaci postupů při zadávání zakázek subjekty působícími v odvětví vodního hospodářství, energetiky, dopravy a poštovních služeb (Úř. věst. 2004, L 134, s. 1; Zvl. vyd. 06/07, s. 19), vykládat v tom smyslu, že veřejný podnik ve smyslu čl. 2 odst. 1 písm. b) této směrnice působící v oblasti velkoobchodního a maloobchodního prodeje elektřiny má povinnost nakupovat zelené certifikáty uvedené v čl. 2 písm. k) a l) směrnice Evropského parlamentu a Rady 2009/28/ES ze dne 23. dubna 2009 o podpoře využívání energie z obnovitelných zdrojů a o změně a následném zrušení směrnic 2001/77/ES a 2003/30/ES (Úř. věst. 2009, L 140, s. 16) prostřednictvím veřejných zakázek?

5. V případě kladné odpovědi na čtvrtou otázku, je třeba článek 14 ve spojení s čl. 1 odst. 4 směrnice 2004/17 vykládat v tom smyslu, že rámcová smlouva mezi takovým podnikem a výrobcem energie z obnovitelných zdrojů musí být uzavřena postupem stanoveným pro veřejné zakázky, pokud odhadovaná (avšak ve smlouvě neuvedená) celková hodnota zelených certifikátů nakupovaných prostřednictvím této smlouvy přesahuje prahovou hodnotu uvedenou v čl. 16 písm. a) této směrnice, avšak hodnota jednotlivých transakcí uzavíraných prostřednictvím této smlouvy tuto prahovou hodnotu nepřesahuje?

6. V případě kladných odpovědí na čtvrtou a pátou otázku, představuje uzavření smlouvy bez dodržení předpisů o veřejných zakázkách případ uvedený v čl. 2d odst. 1 písm. a) směrnice Rady 92/13/EHS ze dne 25. února 1992 o koordinaci právních a správních předpisů týkajících se uplatňování pravidel Společenství pro postupy při zadávání zakázek subjekty působícími v odvětví vodního hospodářství, energetiky, dopravy a telekomunikací (Úř. věst. 1992, L 76, s. 14; Zvl. vyd. 06/01, s. 315), nebo jde o jiný případ porušení unijního práva

veřejných zakázek, podle něž je možné prohlásit smlouvu za neplatnou mimo postup stanovený vnitrostátním právem provádějícím výše uvedenou směrnici?

7. V případě kladných odpovědí na čtvrtou až šestou otázku, je třeba obecnou zásadu zákazu zneužití práva vykládat v tom smyslu, že zadavatel uvedený v čl. 2 odst. 1 písm. b) směrnice 2004/17 se nemůže domáhat neplatnosti smlouvy, kterou uzavřel s dodavatelem v rozporu s vnitrostátními předpisy provádějícími unijní směrnice z oblasti veřejných zakázek, pokud skutečným důvodem návrhu na neplatnost smlouvy není dodržení unijního práva, ale snížení rentability jejího plnění ze strany zadavatele?

Uplatňovaná ustanovení unijního práva

Článek 19 odst. 1 druhý pododstavec SEU

Článek 47 Listiny základních práv Evropské unie

Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2003/88/ES ze dne 4. listopadu 2003 o některých aspektech úpravy pracovní doby

Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/17/ES ze dne 31. března 2004 o koordinaci postupů při zadávání zakázek subjekty působícími v odvětví vodního hospodářství, energetiky, dopravy a poštovních služeb

Směrnice Rady 92/13/EHS ze dne 25. února 1992 o koordinaci právních a správních předpisů týkajících se uplatňování pravidel Společenství pro postupy při zadávání zakázek subjekty působícími v odvětví vodního hospodářství, energetiky, dopravy a telekomunikací

Uplatňované předpisy vnitrostátního práva

Ustawa z dnia 8 grudnia 2017 r. o Sądzie Najwyższym (zákon ze dne 8. prosince 2017 o Nejvyšším soudu): články 1, 3, 30, 31 a 35

Ustawa z dnia 27 lipca 2001 r. Prawo o ustroju sądów powszechnych (zákon ze dne 27. července 2001 o organizaci obecných soudů): článek 22a

Ustawa z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks pracy (zákon ze dne 26. června 1974, zákoník práce): článek 140

Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (zákon ze dne 29. ledna 2004 o veřejných zakázkách; dále také „zákon o veřejných zakázkách“): články 132, 138a a 146

Stručné shrnutí skutkového stavu a řízení

- 1 Žalobce se zabývá obchodem s elektrickou energií. Jeho jediným akcionářem je E., akciová společnost. Ve společnosti má stát více než 50 % akcií. Žalovaný č. 1 působí v odvětví výroby, přenosu a distribuce elektrické energie. Žalovaný č. 2 je bankou.
- 2 Dne 24. února 2011 žalobce (E., akciová společnost) uzavřel se společností W. sp. z o.o. (žalovaný č. 1) „smlouvu o prodeji majetkových práv č. [...]“ (CPA – certificate purchase agreement; dále jen „smlouva CPA“). Na základě této smlouvy se žalovaný č. 1 zavázal žalobci převést vlastnické právo ke všem majetkovým právům plynoucím z certifikátů o původu získaných v souvislosti s výrobou energie z obnovitelných zdrojů (OZE) a žalobce se zavázal tato majetková práva nabýt mimo burzu provozovanou společností Towarowa Giełda Energii (polská energetická burza). Ve smlouvě CPA je uvedena odměna za nabytá majetková práva ve výši 0,91 x OzJ (jednotkový substituční poplatek platný v období, ve kterém byla energie z OZE vyrobena).
- 3 Žalovaný č. 1 uzavřel se žalovaným č. 2 smlouvu o postoupení pohledávky za účelem zajištění pohledávek žalovaného č. 2 ze smluv o úvěru poskytnutých žalovanému č. 1.
- 4 Žalobce původně zakoupil od žalovaného č. 1 certifikáty o původu podle smlouvy CPA. Poté se neúspěšně pokusil znovu vyjednat cenové podmínky. Smlouva CPA byla stranami plněna od 22. února 2012 do 31. července 2017. V září 2017 se vedení žalobce rozhodlo ukončit plnění přibližně 150 smluv o prodeji majetkových práv vyplývajících z certifikátů o původu obdobných smlouvě CPA v projednávané věci. Zakázky na prodej certifikátů o původu předložené žalovaným č. 1 nejsou již žalobcem přijímány.
- 5 Žalobce podal u Krajského soudu v Gdaňsku (Sąd Okręgowy w Gdańsku, Polsko; dále jen „krajský soud“) žalobu na určení neexistence závazkového vztahu, který vznikl v důsledku uzavření předmětné smlouvy CPA.
- 6 Podle jeho názoru je smlouva CPA absolutně neplatná podle článku 353¹ ve spojení s čl. 58 § 1 občanského zákoníku ve spojení s čl. 7 odst. 3 a čl. 132 odst. 1 bodem 3 zákona o veřejných zakázkách (ustawa – Prawo zamówień publicznych; Dz. U. z roku 2010, položka 113) ze dne 29. ledna 2004 v konsolidovaném znění platném ke dni uzavření smlouvy CPA.
- 7 Krajský soud rozsudkem ze dne 6. prosince 2018 žalobu zamítl.
- 8 Odvolací soud v Gdaňsku (Sąd Apelacyjny w Gdańsku, Polsko; dále jen „odvolací soud“) rozsudkem ze dne 13. srpna 2019 zamítl odvolání žalobce proti rozsudku krajského soudu.
- 9 Žalobce podal proti rozsudku odvolacího soudu dovolání.

- 10 Vzněl četné námitky porušení vnitrostátního procesního a hmotného práva. Námitky porušení hmotného práva se týkají hlavně nesprávného výkladu různých ustanovení zákona o veřejných zakázkách, zejména v rozporu se správným výkladem ustanovení unijních směrnic (směrnice: 2004/17; 2009/28; 92/13 a 2014/25). Proto rozhodnutí o důvodnosti dovolání vyžaduje předchozí výklad ustanovení unijního práva, která byla do polského práva provedena vnitrostátními ustanoveními uvedenými v odůvodnění dovolání.
- 11 Usnesením ze dne 26. května 2020 Nejvyšší soud (Sąd Najwyższy) přijal dovolání k projednání. Rozhodnutím ze dne 2. června 2022 předseda civilního kolegia NS přidělil věc soudci Karolu Wietzovi pod sp. zn. II CSKP 1588/22. Rozhodnutím prvního předsedy NS č. 23/2023 ze dne 15. února 2023 ve věci pověření soudce na dobu určitou rozhodováním v civilním kolegiu NS byl na dobu od 1. dubna do 30. června 2023 pověřen rozhodováním v civilním kolegiu NS soudce Dawid Miąsik, přičemž současně byly stanoveny podmínky přidělování věcí na každý měsíc po dobu, kdy mělo trvat uvedené pověření. Následně rozhodnutím předsedy civilního kolegia NS ze dne 2. března 2023 byla věc sp. zn. II CSKP 1588/22 přidělena soudci Nejvyššího soudu Dawidu Miąsikovi, a důvodem změny soudce zpravodaje bylo uvedené rozhodnutí č. 25/2023, s předpokládaným termínem jednání v dubnu 2023. Rozhodnutím ze dne 22. března 2023 byl stanoven termín neveřejného jednání na den 21. dubna 2023. Takto ustavený senát Nejvyššího soudu k posouzení projednávané věci se skládá ze dvou soudců kolegia pracovního práva a práva sociálního zabezpečení (Izba Pracy i Ubezpieczeń Społecznych) Nejvyššího soudu a soudce – jako předsedy senátu – běžně rozhodujícího v civilním kolegiu NS. Soudkyně Nejvyššího soudu Jolanta Frańczak byla pověřena rozhodováním stejně jako soudce zpravodaj.

Stručné odůvodnění předběžných otázek

První až třetí otázka

- 12 Pokud jde o první až třetí otázku, jež jsou totožné s první a třetí otázkou ve věci C-455/23, překládající soud sdílí stanovisko předkládajícího soudu v uvedené věci a odvolává se na něj.

Čtvrtá otázka

- 13 Tato otázka se týká výkladu čl. 3 odst. 3 směrnice 2004/17. Jde o to, zda je třeba unijní právo vykládat v tom smyslu, že podnik obchodující s elektrickou energií má povinnost nabývat zelené certifikáty postupem stanoveným unijním právem pro zadávání veřejných zakázek. Z uvedeného ustanovení směrnice 2004/17 vyplývá, že tato směrnice se týká dvou druhů činností: a) poskytování nebo provoz pevných sítí určených k poskytování služby veřejnosti v souvislosti s výrobou, dopravou nebo distribucí elektřiny; b) dodávky elektřiny do takových sítí.

- 14 Toto ustanovení je ve vnitrostátní judikatuře vycházející z čl. 132 odst. 1 bodu 3 zákona o veřejných zakázkách z roku 2004 vykládáno tak, že se netýká takových obchodních společností, jako je žalobce. Článek 132 odst. 1 bod 3 PZP uznával jako odvětvovou činnost pouze „tvorbu sítí“, které jsou určeny k poskytování služeb souvisejících s výrobou, přenosem nebo distribucí elektřiny a „dodávkami elektřiny do těchto sítí“. Žalobce není výrobcem energie, a proto nedodává „elektřinu do sítě“. Nebудuje ani sítě.
- 15 Teprve od 28. července 2016 je účinný čl. 132 odst. 1a zákona o veřejných zakázkách [přidaný zákonem ze dne 22. června 2016 o změně zákona o veřejných zakázkách a také některých dalších zákonů (ustawa z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, Dz. U. položka 1020)], podle nějž: „Distribucí uvedenou v odstavci 1 bodech 3 a 4, se rozumí také velkoobchodní a maloobchodní prodej“. Teprve tedy až po uzavření smlouvy CPA byla přijata regulace, podle níž je na žalobce obchodujícího s energií nahlíženo jako na odvětvového zadavatele. Přidání odstavce 1a do článku 132 zákona o veřejných zakázkách je v judikatuře považováno za potvrzení správnosti praxe energetických společností z let 2005–2015 spočívající v neuplatňování tohoto zákona při nákupu zelených certifikátů. O tom svědčí také přidání článku 138a uvedeného zákona. Toto ustanovení vyloučilo z působnosti téhož zákona podniky vykonávající činnost uvedenou v čl. 132 odst. 1 bodě 3 (tedy spočívající ve tvorbě elektrických sítí, a nikoliv prodeji elektřiny) v oblasti nákupu zelených certifikátů.
- 16 Nejvyšší soud však upozorňuje, že v bodě 23 odůvodnění směrnice 2014/25 se uvádí, že „hovoří-li tato směrnice o dodávce elektřiny, jsou zahrnuty výroba, velkoobchodní prodej a maloobchodní prodej elektřiny“. V této situaci však není zřejmé, zda je třeba čl. 3 odst. 3 písm. b) směrnice 2004/17, jenž je obdobně formulován jako čl. 9 odst. 1 písm. b) směrnice 2014/25, vykládat s přihlédnutím k bodu 23 odůvodnění směrnice 2014/25. Obsah tohoto bodu odůvodnění směrnice 2014/25 („aniž se tím jakkoli rozšiřuje oblast působnosti této směrnice“) je možné chápat tak, že byl potvrzen pouze určitý způsob výkladu pojmu „odvětvová činnost“, který měl být přijat již podle pravidel směrnice 2004/17.
- 17 Z rozhodnutí Evropské komise vydaných na základě směrnice 2004/17 (např. rozhodnutí 2007/141/ES) vyplývá, že obchod s elektrickou energií byl považován za odvětvovou činnost.
- 18 Čtvrtá otázka se také týká výkladu čl. 3 odst. 3 písm. b) ve spojení s článkem 20 směrnice 2004/17, a zejména toho, zda nákup zelených certifikátů probíhá za účelem provádění činnosti spočívající v dodávce elektřiny. Jde o nákup činěný za účelem plnění zákonné povinnosti podporovat obnovitelné zdroje energie. Činnost spočívající v prodeji elektřiny lze provádět i bez nákupu zelených certifikátů, i když je spojena se substitučním poplatkem nebo pokutou. „Účelem“ nákupu zelených certifikátů tedy není činnost spočívající v prodeji elektřiny.

- 19 Na druhou stranu, jelikož zákonodárce uložil podnikům obchodujícím s elektřinou povinnost nakupovat zelené certifikáty, je jejich nákup důsledkem činnosti spočívající dodávce elektřiny.
- 20 Navíc za předpokladu, že nákup zelených certifikátů nespadá pod odvětvovou činnost, a tedy není jejím účelem ve smyslu článku 20 směrnice 2004/17, pak by vnitrostátní zákonodárce nezavedl výjimku pro tento typ nákupu v čl. 138a odst. 1 zákona o veřejných zakázkách. Žalobce poukazuje na potřebu širokého chápání odvětvové činnosti a zakázek učiněných „za účelem vykonávání této činnosti“, včetně těch byť nepřímou souvisejících s odvětvovou činností, s odkazem na rozsudek Soudního dvora ze dne 10. dubna 2008, C-393/06, Ing. Aigner, Wasser-Warme-Umwelt, GmbH v. Fernwärme Wien GmbH (EU:C:2008:213, body 28 až 33). V tomto rozsudku Soudní dvůr dospěl k závěru, že aby se na zakázku vztahoval režim odvětvových zakázek, postačí, aby zakázka „měla souvislost“ s výkonem odvětvové činnosti. Taková souvislost nepochybně existuje mezi povinnostmi předkládat zelené certifikáty a hlavní činností žalobce v podobě prodeje elektřiny, protože výše celkových prodejů elektřiny určuje, kolik zelených certifikátů musí žalobce na trhu zakoupit.
- 21 Současně ve výše uvedeném rozsudku (bod 27) Soudní dvůr vyzdvihl nezbytnost restriktivního výkladu ustanovení směrnice 2004/17, což by hovořilo pro to, že veřejný podnik, jakým je žalobce, není povinen nakupovat zelené certifikáty prostřednictvím veřejných zakázek.
- 22 Předkládající soud současně poukazuje také na rozdíl mezi účelem nákupu zelených certifikátů (podpora politiky ochrany životního prostředí) a cíli souvisejícími s ochranou hospodářské soutěže, pro které zákon vyžaduje zadávat odvětvové zakázky v soutěžním řízení.

Pátá otázka

- 23 Pátá otázka se týká toho, zda smlouva CPA spadá do působnosti práva veřejných zakázek s ohledem na její strukturu.
- 24 V dosavadním řízení se vycházelo z toho, že smlouva CPA nespadá do působnosti práva veřejných zakázek, protože jednotlivé transakce převodu práv k certifikátům o původu uzavřené při jejím plnění nepřesáhly unijní limity pro odvětvové zakázky. Tyto limity ke dni uzavření smlouvy CPA činily 387 000 eur. Bylo zjištěno, že celková roční hodnota transakcí uzavřených mezi žalobcem a žalovaným č. 1 podle smlouvy CPA činila přibližně 3 000 000 polských zlotých (PLN) (což je přibližně dvojnásobek unijní prahové hodnoty podle hodnoty eura k datu uzavření smlouvy CPA). Při provádění smlouvy CPA uzavíraly strany obvykle jednu transakci měsíčně v průměrné hodnotě 65 000 eur. Tyto transakce nepřesáhly unijní prahovou hodnotu. Předpokládalo se, že neexistují důvody pro uznání všech transakcí za jednu veřejnou zakázku, protože smlouva CPA nspecifikovala množství elektřiny, které mělo být pokryto certifikáty o původu vydanými předsedou Energetického úřadu, ani výši plateb žalobce vůči

žalovanému č. 1. Smlouva CPA proto nebyla považována za rámcovou smlouvu, ale pouze za smlouvu zavazující uzavřít smlouvy o prodeji majetkových práv, což znamenalo, že podle zákona o veřejných zakázkách se měly uzavírat pouze prováděcí smlouvy (smlouvy o prodeji certifikátů o původu energie vydané žalovanému č. 1 v daném měsíci).

- 25 S ohledem na to, že smlouva CPA předem neurčovala hodnotu transakcí uzavřených v jejím rámci a hodnota každé z prováděcích smluv nepřesáhla unijní prahové hodnoty, nespadá smlouva CPA do působnosti unijního práva veřejných zakázek.
- 26 Podle žalobce však v případě záměru koupě zboží stejného druhu na základě kupních smluv uzavřených s jedním dodavatelem v předem stanoveném časovém horizontu v rámci realizace jednoho ekonomického záměru by hodnotou zakázky měla být celková hodnota veškerého zboží, na jehož nákup se vztahuje záměr zadavatele. Odkázal na zákaz rozdělovat zakázky za účelem obcházení unijních prahových hodnot podle vnitrostátního práva a čl. 17 odst. 2 směrnice 2004/17. Smlouva CPA se týkala identických zakázek na plnění mezi týmiž stranami a v určeném časovém rámci.
- 27 Případně žalobce navrhuje, aby hodnota zakázek na všechny certifikáty původu pořízených v daném kalendářním roce od všech výrobců energií z obnovitelných zdrojů (včetně žalovaného č. 1), byla uznána pro účely splnění povinnosti předložit certifikáty o původu energií.
- 28 Je tedy nezbytné vyložit ustanovení unijního práva uvedená v páté otázce, aby bylo možné určit, zda taková smlouva, jako je smlouva CPA, jejímž předmětem je stanovení podmínek, pokud jde o cenu a množství, za kterých zadavatel bude v budoucnu uzavírat prováděcí smlouvy, spadá do režimu veřejných zakázek jako rámcová smlouva (článek 14 ve spojení s čl. 1 odst. 4 směrnice 2004/17), a současně určit, kdy dochází k překročení unijních prahových hodnot, a je tedy nutné podřídit se unijnímu režimu pro zadávání veřejných zakázek, a to pro účely řízení ve věci prohlášení smlouvy za neplatnou. Zda v takové situaci o tom, zda se na zakázku vztahuje právo veřejných zakázek, rozhoduje hodnota této zakázky zjištěná *ex ante* nebo až *ex post* na základě skutečné hodnoty transakcí uzavřených v daném kalendářním roce, nebo celková hodnota všech uskutečněných transakcí, z nichž žádná jednotlivě nepřesáhla unijní prahové hodnoty.

Šestá otázka

- 29 Napadený rozsudek se opírá o závěr, podle nějž přijmeme-li, že kupní smlouva byla uzavřena v rozporu s právem veřejných zakázek tak, že byl zcela opomenut postup uzavírání smluv stanovený tímto právem, jediným přípustným způsobem případného zpochybnění platnosti této smlouvy je způsob uvedený v článku 146 zákona o veřejných zakázkách. Toto ustanovení obsahuje výčet podmínek pro neplatnost smlouvy. Současně vylučuje použití článku 189 občanského soudního řádu (o němž žalobce opírá svou žalobu) pro účely prohlášení smlouvy za

neplatnou. Výčet podmínek pro neplatnost smlouvy podle článku 146 zákona o veřejných zakázkách je taxativní. Za skutkových okolností původního řízení přichází v úvahu pouze použití čl. 146 odst. 1 bodu 2 zákona o veřejných zakázkách, podle něž je „smlouva neplatná, jestliže zadavatel nezveřejnil oznámení o zakázce ve Věstníku veřejných zakázek [Biuletyn Zamówień Publicznych] nebo nepředložil oznámení o zakázce Úřadu pro publikace Evropské unie“. Toto ustanovení provádí do polského práva čl. 2d odst. 1 písm. a) směrnice 92/13, ve znění směrnice Evropského parlamentu a Rady 2007/66/ES ze dne 11. prosince 2007, kterou se mění směrnice Rady 89/665/EHS a 92/13/EHS, pokud jde o zvýšení účinnosti přezkumného řízení při zadávání veřejných zakázek (Úř. věst. 2007, L 335, s. 31).

- 30 Soudy obou stupňů toto ustanovení vyložily tak, že se vztahuje na neprovedení zadávacího řízení v rozporu s povinností tak učinit. Toto ustanovení považovaly za právní základ pro uplatnění sankcí v případech protiprávního přímého zadání zakázky. Takové jednání bylo Soudním dvorem uznáno jako nejzávažnější porušení unijního práva veřejných zakázek (bod 14 odůvodnění směrnice 2007/66). Podle názoru soudů obou stupňů je jednání zadavatele spočívající v přímém zadání veřejné zakázky bez ohledu na ustanovení týkající se zadávání veřejných zakázek zahrnuto do premisy absence vyhlášení veřejné zakázky. Vzhledem k tomu, že navzdory této povinnosti nebyl proveden postup k uzavření smlouvy vyžadovaný ustanoveními zákona o veřejných zakázkách, nebylo zveřejněno ani příslušné oznámení o zakázce. K použití postupu zneplatnění smlouvy podle článku 146 tohoto zákona postačí samotné nedodržení publikační povinnosti. Na jiná nedodržení ustanovení zákona o veřejných zakázkách se vztahují zbývající body článku 146 tohoto zákona nebo jeho zvláštní ustanovení.
- 31 V případě meritorního posouzení projednávané věci má předkládající soud za to, že by tento názor měl být sdílen. Podporuje jej obsah bodů odůvodnění směrnice 2007/66. Shodně s bodem 14 odůvodnění této směrnice přímé zadávání zahrnuje veškeré zakázky zadané bez předchozího zveřejnění oznámení o zakázce. To nicméně vyžaduje rozšiřující a funkční výklad čl. 146 odst. 1 bodu 2 zákona o veřejných zakázkách, který je ve vnitrostátním právu přípustný.
- 32 Žalobce se nicméně přiklání k výkladu tohoto ustanovení, podle něhož naprosté opomenutí použití zákona o veřejných zakázkách při zadávání veřejné zakázky nelze kvalifikovat jako porušení tohoto zákona spočívající v neuveřejnění oznámení o zakázce v příslušné publikaci. Podle žalobce je výčet důvodů pro neplatnost smlouvy o veřejné zakázce podle čl. 146 odst. 1 uvedeného zákona taxativní. Podle jeho názoru porušení uvedené v čl. 146 odst. 1 bodu 2 téhož zákona nastává teprve v případě, kdy zadavatel zadávací řízení již zahájil. Uvádí, že zákonodárce rozlišuje mezi zadáním zakázky bez požadovaného uveřejnění a zadáním bez použití ustanovení v oblasti práva veřejných zakázek a úplné opomenutí zákona o veřejných zakázkách považuje za samostatný důvod porušení tohoto zákona, který není uveden v jeho článku 146. Takový výklad článku 146 uvedeného zákona otevírá možnost uplatnění sankce neplatnosti podle čl. 58 § 1 občanského zákoníku. Žalobce dále tvrdí, že směrnice 92/13 ve znění směrnice

2007/66 je založena na minimální harmonizaci. Samotná sankce neplatnosti podle čl. 58 § 1 občanského zákoníku je přísnější sankcí než sankce neúčinnosti smlouvy podle článku 146 zákona o veřejných zakázkách. Ta podléhá omezením nejen co do důvodů pro vyslovení případné neplatnosti smlouvy, ale také co do lhůty a toho, kdo může navrhnout neplatnost smlouvy.

- 33 V souladu se stanoviskem Úřadu pro veřejné zakázky (Urząd Zamówień Publicznych) kromě případů relativní neplatnosti (zneplatnitelnosti) z důvodů týkajících se porušení postupů při zadávání veřejných zakázek (uvedených v čl. 146 odst. 1 a 6 zákona o veřejných zakázkách), „se mohou vyskytnout také případy absolutní neplatnosti smlouvy z jiných důvodů, než jsou důvody týkající se postupů při zadávání veřejných zakázek (článek 58 občanského zákoníku)“. Toto stanovisko však neřeší, zda naprosté opomenutí postupu zadávání smluv stanoveného v zákoně o veřejných zakázkách představuje porušení procedury zadávání veřejných zakázek jako takové.

Sedmá otázka

- 34 Sedmá otázka se týká použití zásady zneužití práva jako obecné zásady práva Evropské unie. Soudy obou stupňů konstatovaly, že požadavek na určení neexistence smlouvy CPA z důvodu jejího uzavření s případným opomenutím práva veřejných zakázek nelze přijmout, neboť takový požadavek představuje zneužití práva. Žalobce takový požadavek uplatnil – jak vyplývá ze skutkových zjištění – z důvodu snížení rentability plnění této smlouvy v důsledku poklesu cen certifikátů o původu na burze.
- 35 V souladu s touto zásadou se jednotlivci nemohou „norem unijního práva dovolávat podvodně nebo zneužívajícím způsobem“ (viz rozsudky Soudního dvora ze dne 6. února 2018, Altun a další, C-359/16, EU:C:2018:63, bod 48; ze dne 28. července 2016, Kratzer, C-423/15, EU:C:2016:604, bod 37, a ze dne 11. července 2018, Komise v. Belgie, C-356/15, EU:C:2018:555, bod 99). Tato zásada brání „nesprávnému“ výkonu unijního práva. Ke zneužití práva dochází v případě, že chování jednotlivce odporuje cíli unijního práva (rozsudek Soudního dvora ze dne 26. února 2019, T Danmark a Y Denmark, C-116/16 a C-117/16, EU:C:2019:135, body 76 a 79 až 80), ačkoliv současně odpovídá jeho znění. Aby bylo možné konstatovat zneužití, je nezbytné posoudit, zda jednatelce – s odvoláním se na unijní právo – získává „výhodu“. Podle předkládajícího soudu je za výhodu třeba považovat každý případ použití ustanovení unijního práva shodně s požadavky jednotlivce, který se jich dovolává. Touto výhodou může být vyvázání strany sporu ze závazků, které jí vznikly v důsledku uzavření smlouvy v rozporu s unijním právem (vnitrostátními předpisy provádějícími toto právo do vnitrostátního práva).
- 36 Závěr o zneužití unijního práva jednotlivcem vyžaduje provedení testu, který sestává ze dvou prvků: objektivního a subjektivního (rozsudky Soudního dvora ze dne 6. února 2018, Altun a další, C-359/16, EU:C:2018:63, bod 50; ze dne 13. března 2014, SICES a další, C-155/13, EU:C:2014:145, bod 31, a ze dne

28. července 2016, Kratzer, C-423/15, EU:C:2016:604, bod 38). Objektivní prvek testu spočívá v tom, že „ze všech objektivních skutečností musí vyplývat, že i přes formální dodržení podmínek stanovených unijní právní úpravou nebylo dosaženo cíle sledovaného touto právní úpravou“ (rozsudky Soudního dvora ze dne 13. března 2014, SICES a další, C-155/13, EU:C:2014:145, bod 32, a ze dne 14. prosince 2000, Emsland Starke, C-110/99, EU:C:2000:695, bod 52). Subjektivní prvek se zaměřuje na cíl jednotlivce a vychází také z analýzy „všech objektivních skutečností“ (rozsudek Soudního dvora ze dne 13. března 2014, SICES a další, C-155/13, EU:C:2014:145, body 37 a 39), z nichž má vyplynout, že hlavním účelem chování jednotlivce v souladu s ustanoveními zákona je „získání neoprávněné výhody“ (rozsudky Soudního dvora ze dne 13. března 2014, SICES a další, C-155/13, EU:C:2014:145, bod 33, a ze dne 28. července 2016, Kratzer, C-423/15, EU:C:2016:604, bod 40).

- 37 V projednávané věci je vzhledem k postavení zákazu zneužití práva jako obecné zásady unijního práva nutné, aby Soudní dvůr rozhodl, zda tvrzení jednotlivce, že smlouva je protiprávní, protože byla uzavřena v rozporu s ustanoveními unijního a vnitrostátního práva o veřejných zakázkách, lze kvalifikovat jako odporující cíli unijního práva o zadávání veřejných zakázek, pokud takové tvrzení jednatelce vznáší proto, aby se vyvázal z povinnosti plnit smlouvu z důvodu změny tržního prostředí, což činí další plnění smlouvy méně rentabilní, než se předpokládalo v době jejího uzavření. Za takových okolností je tvrzení o nesouladu smlouvy s právem veřejných zakázek pouze záminkou k dosažení zcela jiných cílů, než jaké sledoval unijní normotvůrce při formulaci sankcí za uzavření smlouvy obcházející postup stanovený právem veřejných zakázek.