

Sag C-459/23**Sammendrag af anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 98, stk. 1, i Domstolens procesreglement****Dato for indlevering:**

21. juli 2023

Forelæggende ret:

Sąd Najwyższy (Polen)

Afgørelse af:

21. april 2023

Sagsøger:

E. S.A.

Sagsøgte:

W. sp. z o.o.

Bank S.A.

Hovedsagens genstand

Et negativt anerkendelsessøgsmål anlagt af E. Spółka Akcyjna i G mod W. sp. z o.o. i P. og Bank Spółka Akcyjna om at fastslå, at det forpligtelsesforhold, der er opstået som følge af E. Spółka Akcyjna i G. og W. sp. z o.o. i Ps indgåelse af en »aftale om salg af ejendomsrettigheder« (CPA - certificate purchase agreement) den 24. februar 2011 er en nullitet.

Genstand og retsgrundlag for forelæggelsen

1) EU-standarden for udpegning af nationale dommere, uden deres samtykke, til deltage i pådømmelsen i en anden organisatorisk enhed i en national domstol end den, hvor de sædvanligvis dømmer. 2) Fortolkning af visse bestemmelser i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/17/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester og artikel 2d, stk. 1, litra a) i Rådets direktiv 92/13/EØF af 25. februar 1992 om samordning af love og administrative

bestemmelser vedrørende anvendelse af EF-reglerne for fremgangsmåden ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation. 3) Fortolkning af det generelle princip om forbud mod lovmisbrug. Retsgrundlag: artikel 267 TEUF.

Præjudicielle spørgsmål

1. Skal artikel 19, stk. 1, andet afsnit, TEU, set i lyset af den fortolkning, som Domstolen har anlagt i dommen i sag C-487/19 W.Ż., fortolkes således, at en udpegelse af en dommer ved den øverste domstol, uden dennes samtykke, til midlertidigt at deltage i pådømmelsen i en anden afdeling ved den øverste domstol, ligesom forflyttelsen af en dommer ved en almindelig domstol til en anden afdeling ved den samme domstol er i strid med princippet om dommernes uafsættelighed og uafhængighed, når:

- dommeren udpeges til at deltage i pådømmelsen i sager, hvis genstand ikke hører under den materielle kompetence i den afdeling, som dommeren ved den øverste domstol er udpeget til at deltage i pådømmelsen i;
- dommeren ingen mulighed har for ad rettens vej at kunne anfægte afgørelsen om en sådan udpegelse efter kravene, der er beskrevet i præmis 118 i dommen i sag C-487/18 W.Ż.;
- kendelsen fra førstepræsidenten for den øverste domstol om overførsel af dommerne til at deltage i pådømmelsen i en anden afdeling, og kendelsen fra formanden, der leder den civile retlige afdeling ved den øverste domstol om tildeling af specifikke sager, blev udstedt i forhold til personer, der var udnævnt til at varetage dommerstillinger i den øverste domstol under samme omstændigheder, som i sag C-487/18 W.Ż., og set i lyset af den eksisterende retspraksis, er retssager, hvor sådanne personer deltager, enten ugyldige eller krænker partens ret til en retfærdig rettergang i henhold til EMRK's artikel 6;
- udpegelse af en dommer, uden den pågældendes samtykke, til at deltage i pådømmelsen, for en bestemt periode i en anden afdeling ved den øverste domstol end den, hvori dommeren sædvanligvis indgår, og hvor en samtidig opretholdelse af pligten til at deltage i pådømmelsen i dommerens sædvanlige afdeling, ikke har noget retligt grundlag i national lovgivning;
- udpegelse af en dommer, uden den pågældendes samtykke, til at deltage i pådømmelsen, for en bestemt periode i en anden afdeling ved den øverste domstol end den, hvor dommeren sædvanligvis indgår [,] fører til en overtrædelse af artikel 6b, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2003/88/EF af 4. november 2003 om

visse aspekter i forbindelse med tilrettelæggelse af arbejdstiden (EUT L 299 af 2003)?

2. Uanset besvarelsen af det første spørgsmål, skal artikel 19, stk. 1, andet afsnit, TEU fortolkes således, at en domstol med en sammensætning, der er oprettet ved kendelse fra førstepresidenten for den øverste domstol om udpegelsen af dommerne til at deltage i pådømmelsen i en anden afdeling i den øverste domstol, og kendelse fra formanden, der leder den civile afdeling ved den øverste domstol om tildeling af specifikke sager til personer, der er udnævnt til at varetage dommerstillinger i den øverste domstol under samme omstændigheder, som i sag C-487/18 W.Z., ikke er en domstol, der er »oprettet ved lov«, når det af retspraksis følger, at retssager, hvor der deltager personer, der er udnævnt på denne måde, er ugyldige eller krænker partens ret til en retfærdig rettergang i henhold til EMRK's artikel 6?

3. Hvis det første spørgsmål skal besvares bekræftende, eller svaret på det andet spørgsmål er, at den således sammensatte ret ikke er en domstol, der forudgående er »oprettet ved lov« – skal artikel 19, stk. 1, andet afsnit, TEU og princippet om EU-rettens forrang da fortolkes således, at dommere, der er udpeget til en ret, som er sammensat på den måde, der er beskrevet i det første og det andet spørgsmål, kan nægte at deltage i pådømmelsen af en sag, der er tildelt til dem, herunder at afsige dom, med den begrundelse, at kendelserne om dommernes udpegelse til at deltage i pådømmelsen i en anden afdeling ved den øverste domstol og om tildeling af konkrete sager er en nullitet, eller skal dommerne afsige en dom, hvorefter det overlades til parterne at beslutte, om dommen skal anfægtes, da der er sket en krænkelse af partens ret til at få sagen behandlet ved en domstol, der opfylder kravene i artikel 19, stk. 1, andet afsnit, TEU og artikel 47 i chartret om grundlæggende rettigheder?

4. Hvis ovenstående spørgsmål besvares således, at den omtalte ret er en domstol, der forudgående er oprettet ved lov som omhandlet i artikel 19, stk. 1, andet afsnit, TEU, skal artikel 3, stk. 3, litra b), sammenholdt med artikel 20 og artikel 1, stk. 2, litra c), i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/17/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester (EUT 2004, L 134, s. 1 som ændret) fortolkes således, at en offentlig virksomhed som omhandlet i artikel 2, stk. 1, litra b), i dette direktiv, der beskæftiger sig med engros- og detailsalg af elektricitet, er forpligtet til at købe grønne certifikater efter offentligt udbud som omhandlet i artikel 2 litra k)-litra l), i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2009/28/EF af 23. april 2009 om fremme af anvendelsen af energi fra vedvarende energikilder og om ændring og senere ophævelse af direktiv 2001/77/EF og 2003/30/EF (EUT L 2009, nr. 140, side 16, som ændret)?

5. Hvis det fjerde spørgsmål besvares bekræftende, skal artikel 14 sammenholdt med artikel 1, stk. 4, i direktiv 2004/17, da fortolkes således, at der skal indgås en rammeaftale i henhold til proceduren for offentlige indkøb mellem

en sådan virksomhed og en producent af energi fra vedvarende kilder, når den anslåede (selv om det ikke er specificeret i kontrakten), samlede værdi af de grønne certifikater, der erhverves i henhold til denne aftale, overstiger tærskelværdien som er fastsat i artikel 16, litra a), i dette direktiv, mens værdien af de individuelle transaktioner, der er indgået i forbindelse med opfyldelsen af denne kontrakt, ikke overstiger denne tærskel?

6. I tilfælde af, at det fjerde og det femte spørgsmål besvares bekræftende udgør en indgåelse af en kontrakt, der indebærer en fuldstændig tilsidesættelse af bestemmelserne om offentlige indkøb, en situation som omhandlet i artikel 2d, stk. 1, litra a), i Rådets direktiv 92/13/EØF af 25. februar 1992 om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelse af EF-reglerne for fremgangsmåden ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation (EUT 1992, L 76, s. 12, som ændret) eller udgør det en anden overtrædelse af EU's regler om offentlige indkøb, der giver mulighed for at erklære aftalen ugyldig uden at følge den procedure, der er fastsat i national lovgivning, der implementerer ovenstående direktiv?

7. Hvis fjerde til sjette spørgsmål skal besvares bekræftende, skal det generelle princip om forbud mod lovmisbrug fortolkes således, at den ordregivende myndighed, som omhandlet i artikel 2, stk. 1, litra b), i direktiv 2004/17, ikke kan søge om ophævelse af en kontrakt, som den har indgået med en leverandør i strid med nationale bestemmelser, der gennemfører EU-direktiver på området for offentlige indkøb, når den egentlige årsag til, at der anmodes om ophævelse af kontrakten ikke er på grund af overholdelse af EU-lovgivningen, men på grund af et fald i rentabiliteten i relation til kontraktens opfyldelse for den ordregivende myndighed?

Anførte EU-retlige bestemmelser

Artikel 19, stk. 1, andet afsnit, TEUF

Artikel 47 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2003/88/EF af 4. november 2003 om visse aspekter i forbindelse med tilrettelæggelse af arbejdstiden;

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/17/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester;

Rådets direktiv 92/13/EØF af 25. februar 1992 om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelse af EF-reglerne for fremgangsmåden ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation

Anførte nationale retsforskrifter

Ustawa z dnia 8 grudnia 2017 r. o Sądzie Najwyższym (lov af 8.12.2017 om den øverste domstol): artikel 1, artikel 3, artikel 30, artikel 31 og artikel 35

Ustawa z dnia 27 lipca 2001 r. – Prawo o ustroju sądów powszechnych (lov af 27.7.2001 om de almindelige domstoles organisation): artikel 22a

Ustawa z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks pracy (arbejdsloven af 26.6.1974): artikel 140

Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (lov af 29.1.2004 om offentlige udbud): artikel 132, artikel 138a, artikel 146

Kort fremstilling af de faktiske omstændigheder og retsforhandlingerne i hovedsagen

- 1 Sagsøgeren beskæftiger sig med handel af elektricitet. Sagsøgerens eneste aktionær er E. Spółka Akcyjna. Statskassen ejer mere end 50% af aktierne i dette selskab. Sagsøgte nr. 1 beskæftiger sig med produktion, transmission og distribution af elektricitet. Sagsøgte nr. 2 er en bank.
- 2 Den 24. februar 2011 indgik sagsøgeren (E. Spółka Akcyjna) og W. sp. z o.o. (sagsøgte nr. 1) en »aftale om salg af ejendomsrettigheder nr. [...]« (CPA - certificate purchase agreement). I henhold til denne aftale forpligtede sagsøgte nr. 1 sig over for sagsøgeren til at overdrage ejendomsretten til alle ejendomsrettigheder, der hidrører fra de oprindelsescertifikater, der er modtaget i forbindelse med produktion af energi i vedvarende energikilder, og sagsøgeren forpligtede sig til at erhverve alle ejendomsrettigheder under de nævnte certifikater ved OTC-transaktioner på ejendomsrettighedsmarkedet Towarowa Gielda Energii (den polske energibørs). CPA-aftalen fastlagde vederlaget for de erhvervede ejendomsrettigheder på niveau 0,91 x OzJ (enhedssubstitutionsgebyr gældende i den periode, hvor energi fra vedvarende energikilder blev genereret).
- 3 Sagsøgte nr. 1 indgik en fordringsoverdragelsesaftale med sagsøgte nr. 2 til sikring af sagsøgte nr. 2's krav som følge af kreditaftaler ydet til sagsøgte nr. 1.
- 4 Til at starte med købte sagsøgeren oprindelsescertifikater fra sagsøgte nr. 1 i overensstemmelse med CPA-aftalen. Derefter forsøgte sagsøgeren, uden held, at genforhandle prisbetingelserne. CPA-aftalen var effektueret mellem parterne fra den 22. februar 2012 til den 31. juli 2017. I september 2017 besluttede sagsøgerens ledelse at indstille gennemførelsen af ca. 150 aftaler om salg af ejendomsrettigheder, der hidrører fra oprindelsescertifikater, der svarer til CPA-aftalen, der omtales i den foreliggende sag. Ordren om salg af oprindelsescertifikater, som blev indgivet af sagsøgte nr. 1, accepteres ikke længere af sagsøgeren.

- 5 Sagsøgeren anlagde et søgsmål ved Sąd Okręgowy i Gdańsk (regionaldomstolen i Gdańsk) med påstand om, at det skulle fastslås, at det forpligtelsesforhold, der opstod efter indgåelse af den pågældende CPA-aftale, var en nullitet.
- 6 Efter sagsøgerens opfattelse er CPA-aftalen absolut ugyldig i henhold til artikel 353¹, sammenholdt med artikel 58, stk. 1, i den civile lovbog, sammenholdt med artikel 7, stk. 3, og artikel 132, stk. 1, nr. 3, i lov af 29. januar 2004 – om offentlige udbud (konsolideret udgave på datoen for indgåelsen af CPA-aftalen: Dz.U. af 2010 nr. 113, pos. 759, som ændret, herefter »udbudsloven«).
- 7 Sąd Okręgowy w Gdańsku (regionaldomstol i Gdańsk) forkastede ved dom af 6. december 2018 søgsmålet.
- 8 Sąd Apelacyjny w Gdańsku (appeldomstol) forkastede ved dom af 13. august 2019 sagsøgerens appel over dommen fra Sąd Okręgowy (regionaldomstol).
- 9 En kassationsanke til prøvelse af appeldomstolens afgørelse er blevet iværksat af sagsøgeren.
- 10 Heri fremsatte sagsøgeren adskillige indsigelser om overtrædelse af nationale bestemmelser inden for både procesret og materiel ret. Indsigelserne om overtrædelse af den materielle ret vedrører hovedsageligt den ukorrekte fortolkning af forskellige bestemmelser i udbudsloven, nærmere bestemt, at der svar sket en fortolkning i strid med bestemmelser i EU-direktiver (direktiverne: 2004/17; 2009/28; 92/13, 2014/25). Undersøgelse af kassationsanken kræver derfor en forudgående fortolkning af EU-rettens bestemmelser, som er blevet gennemført i polsk ret ved de nationale bestemmelser, hvilket der henvises til i begrundelsen for kassationsanken.
- 11 Ved kendelse af 26. maj 2020 antog Sąd Najwyższy (øverste domstol) kassationsanken til prøvelse. Ved kendelse af 2. juni 2022 fordelte formanden for Izba Cywilna Sądu Najwyższego (den civile afdeling ved den øverste domstol) behandlingen af kassationsanken til dommer Karol Weitz under referencenummer II CSKP 1588/22. Ved kendelse nr. 23/2023 af 15. februar 2023 fra førstepræsidenten for den øverste domstol om overførsel af en dommer ved den øverste domstol til deltage i pådømmelsen for en bestemt periode i den civile afdeling, blev dommer Dawid Miąsik udpeget til deltage i pådømmelsen i den civile afdeling ved den øverste domstol i perioden fra den 1. april 2023 til den 30. juni 2023, samtidig med at reglerne for fordeling af sager blev fastsat månedligt i udpegningsperioden. Derefter blev sag II CSKP 1588/22 efter kendelse af 2. marts 2023 fra formanden for den civile afdeling ved den øverste domstol fordelt til Dawid Miąsik, der er dommer ved den øverste domstol, og grunden til, at der skete en ændring af den refererende dommer, var den førnævnte kendelse nr. 25/2023, som havde en forventet retsmødedato i april 2023. Ved kendelse af 22. marts 2023 blev det fastsat, at datoen for det lukkede retsmøde skulle være den 21. april 2023. Sættelsen af den således oprettede øverste domstol til at behandle denne sag udgøres af to dommere fra

Izba Pracy i Ubezpieczeń Społecznych (afdelingen for arbejds- og socialsikringsager ved den øverste domstol) (herefter »afdelingen for arbejds- og socialsikringsager«), og formand for retsmødet, var en dommer, der til daglig er dommer i den civile retlige afdeling ved den øverste domstol. Dommeren ved den øverste domstol, Jolanta Frańczak, blev udpeget til at deltage i pådømmelsen på samme måde som den refererende dommer.

Kort fremstilling for begrundelsen for forelæggelsen

Første til tredje spørgsmål

- 12 Hvad angår det første til det tredje spørgsmål, som er identiske med spørgsmålene i sag C-455/23, deler den forelæggende ret samme holdning, som den forelæggende ret i den pågældende sag har givet udtryk for, og henviser derfor til denne holdning.

Fjerde spørgsmål

- 13 Dette spørgsmål vedrører fortolkningen af artikel 3, stk. 3, i direktiv 2004/17. Spørgsmålet er, om EU-retten skal fortolkes således, at et selskab, der handler med elektricitet, er forpligtet til at købe grønne certifikater i overensstemmelse med de regler, der er fastlagt i EU's udbudsregler. Det følger af den nævnte bestemmelse i direktiv 2004/17, at dette direktiv gælder for to former for virksomhed: a) tilrådighedsstillelse eller drift af faste net til betjening af offentligheden ved produktion, transport eller distribution af elektricitet; b) forsyning af disse net med elektricitet.
- 14 Efter national praksis, der er baseret på artikel 132, stk. 1, nr. 3, i udbudsloven fra 2004, fortolkes denne bestemmelse således, at energihandelselskaber som sagsøgeren, ikke er omfattet af bestemmelsen. Artikel 132, stk. 1, nr. 3, i udbudsloven anerkendte kun »oprettelse af net« som sektorvirksomhed, hvilken har til formål at levere tjenesteydelser i forbindelse med produktion, transmission eller distribution af elektricitet, samt »forsyning af disse net med elektricitet«. Sagsøgeren er ikke energiproducent og forsyner derfor ikke »net med elektricitet«. Sagsøgeren opretter heller ikke net.
- 15 Det var først den 28. juli 2016, at artikel 132, stk. 1a, i udbudsloven (tilføjet ved lov af 22.6.2016 om ændring af loven om offentlige udbud og visse andre love, Dz. U. pos. 1020) trådte i kraft, hvorefter der »[v]ed distribution i henhold til stk. 1, nr. 3 og 4, [også] skal forstås som engros- og detailhandelssalg«. Derfor blev reguleringen først indført efter indgåelsen af CPA-aftalen, hvor sagsøgeren, der beskæftiger sig med energihandel, anses som en sektorbestiller. Tilføjelsen af artikel 132, stk. 1a, i udbudsloven betragtes i retspraksis som en bekræftelse af, at praksis for energivirksomheder i perioden 2005-2015, som bestod i ikke at anvende udbudsloven ved køb af grønne certifikater, var korrekt. Dette understøttes også af, at artikel 138a blev tilføjet i udbudsloven. Denne bestemmelse fritog virksomheder, der driver virksomhed som omhandlet i artikel

132, stk. 1, nr. 3 (dvs. opbygning af net, ikke energisalg), fra at være underlagt udbudsloven ved køb af grønne certifikater.

- 16 Sąd Najwyższy (øverste domstol) bemærker dog, at det i 23. betragtning til direktiv 2014/25 præciseres, at »produktion, engrossalg og detailsalg af elektricitet er omfattet, når dette direktiv omtaler elektricitetsforsyning«. I denne situation er det stadig uklart, om artikel 3, stk. 3, litra b), i direktiv 2004/17, som er udformet på samme måde (som artikel 9, stk. 1, litra b), i direktiv 2014/25) skal fortolkes på en måde, der er i overensstemmelse med 23. betragtning til direktiv 2014/25. Ordlyden af denne betragtning til direktiv 2014/25 (»uden på nogen måde at udvide anvendelsesområdet for dette direktiv«) kan kun forstås sådan, at der kun er en bestemt måde at forstå begrebet sektorvirksomhed, som skulle have været blevet antaget under direktiv 2004/17.
- 17 Beslutninger truffet af Europa-Kommissionen i henhold til direktiv 2004/17 (f.eks. beslutning 2007/141/EF) viser, at handel med elektricitet er blevet betragtet som sektorvirksomhed.
- 18 Det fjerde spørgsmål vedrører også fortolkningen af artikel 3, stk. 3, litra b), sammenholdt med artikel 20, i direktiv 2004/17, nemlig om, hvorvidt køb af grønne certifikater anses for at være en aktivitet med formålet om at levere elektricitet. Det er nemlig et køb, der er foretaget for at opfylde den lovforpligtelsen om at støtte vedvarende energikilder. Salg af elektricitet kan ske uden køb af grønne certifikater, dog vil der blive pålagt et substitutionsgebyr eller en bøde. Derfor har køb af grønne certifikater ikke »til formål« at udføre virksomhed med salg af elektricitet.
- 19 Eftersom lovgiver har pålagt virksomheder, der handler med elektricitet, en forpligtelse til at købe grønne certifikater, er deres køb dog imidlertid en konsekvens af aktiviteterne forbundet med levering af elektricitet.
- 20 Hvis man herudover antager, at køb af grønne certifikater ikke falder inden for rammerne af sektorvirksomhed, og det derfor ikke sker med det formål at udføre denne virksomhed som omhandlet i artikel 20 i direktiv 2004/17, ville den nationale lovgiver ikke have indført en undtagelse for dette slags køb i artikel 138a, stk. 1, i udbudsloven. Sagsøgeren henviser til, at der er behov for at forstå sektorvirksomhed og kontrakter, der indgås »for at udføre denne virksomhed«, som også, i det mindste indirekte, er relateret til sektoraktiviteter, bredt, og henviser til Domstolens dom af 10. april 2008, C-393/06, Ing. Aigner, Wasser-Warme-Umwelt, GmbH mod Fernwärme Wien GmbH (ECLI:EU:C:2008:213, præmis 28-33). Det blev i dommen fastslået, at for at en kontrakt skal være omfattet af sektorudbudsprocedure, er det tilstrækkeligt, at kontrakten »er relateret« til udførsel af en sektorvirksomhed. En sådan sammenhæng eksisterer utvivlsomt mellem forpligtelsen til at indsende grønne certifikater og sagsøgerens hovedaktivitet, der består i salg af energi, da antallet af grønne certifikater, som sagsøgeren skal købe på markedet, afhænger af mængden af samlet energisalg.

- 21 Samtidig understregede Domstolen i ovennævnte dom (præmis 27), at der var behov for en indskrænkende fortolkning af bestemmelserne i direktiv 2004/17, hvilket kunne tale for, at en offentlig virksomhed som sagsøgeren, ikke er forpligtet til at købe grønne certifikater ved offentlige indkøb.
- 22 Den forelæggende ret peger også på forskellen mellem formålet med at købe grønne certifikater (at støtte miljøbeskyttelsespolitik) og formålene knyttet til konkurrencebeskyttelse, hvorefter det ifølge loven er pålagt, at sektorindkøb udføres gennem udbudsprocedurer.

Femte spørgsmål

- 23 Det femte spørgsmål vedrører spørgsmålet om, hvorvidt CPA-aftalen, på grund af dens struktur, var underlagt reglerne for offentlige udbud.
- 24 Det har indtil nu i den hidtidige procedure været antaget, at CPA-aftalen ikke var omfattet af anvendelsesområdet for reglerne om offentlige indkøb, fordi individuelle transaktioner med overdragelse af rettigheder til oprindelsescertifikater, der er indgået under udførelsen heraf, ikke oversteg EU-tærsklerne for sektorindkøb. Disse tærskler var 387 000 EUR på datoen for indgåelse af CPA-aftalen. Det blev fastslået, at den samlede årlige værdi af transaktioner indgået af sagsøgeren og sagsøgte nr. 1 i henhold til CPA-aftalen udgjorde ca. 3 000 000 PLN (hvilket er ca. det dobbelte af EU-tærsklen i euroværdi på datoen for indgåelse af CPA-aftalen). Under udførelsen af CPA-aftalen gennemførte parterne normalt én transaktion om måneden med en gennemsnitlig værdi på 65 000 EUR. Disse transaktioner oversteg ikke EU-tærsklen. Det blev antaget, at der ikke var grundlag for at anerkende alle sessionstransaktioner som ét offentligt indkøb, fordi CPA-aftalen ikke specificerede mængden af elektricitet, der skulle dækkes af oprindelsescertifikaterne udstedt af Prezes UR (formanden for tilsynsmyndigheden for energisektoren, Polen), eller beløbet af sagsøgerens ydelse til sagsøgte nr. 1. CPA-aftalen blev derfor ikke anset for at udgøre en rammeaftale, men blot en aftale om salg af ejendomsrettigheder, hvilket betød, at der kun skulle indgås udførelsesaftaler (aftaler om salg af oprindelsescertifikater udstedt til sagsøgte nr. 1 i en bestemt måned) i henhold til proceduren, som er specificeret i udbudsloven.
- 25 Da værdien af de transaktioner, der indgås på grundlag af CPA-aftalen, ikke blev fastlagt i aftalen på forhånd, og værdien af hver enkelt udførelsesaftale ikke oversteg EU-tærsklerne, er CPA-aftalen derfor ikke omfattet af anvendelsesområdet for EU's regler om offentlige indkøb.
- 26 Ifølge sagsøgeren skal den samlede værdi af alle varer, hvis er påtænkt købt af den ordregivende myndighed, og i tilfælde af, at der er en hensigt om at købe varer af samme type i henhold til salgsaftaler indgået med en enkelt modtager for en bestemt tidsramme som led i gennemførelsen af et økonomisk projekt, udgøre kontraktens værdi. Sagsøgeren har henvist til forbuddet mod at opdele kontrakter

for at omgå EU-tærsklerne i national lovgivning samt artikel 17, stk. 2, i direktiv 2004/17. CPA-aftalen vedrørte nemlig identiske resultatordre og samme genstand, mellem de samme parter og inden for et nærmere angivet tidsperspektiv.

- 27 Alternativt foreslår sagsøgeren at behandle værdien af alle oprindelsescertifikater købt i et givent kalenderår fra alle (herunder sagsøgte nr. 1) producenter af energi fra vedvarende kilder med henblik på at opfylde forpligtelsen om at indsende oprindelsescertifikater for elektricitet til indløsning.
- 28 Det er derfor nødvendigt at foretage en fortolkning af de EU-retlige bestemmelser, som er nævnt i det femte spørgsmål for at afgøre, om en kontrakt, som f.eks. CPA-aftalen, som indeholder en fastlæggelse af pris- og mængdebetingelserne, for hvilke den ordregivende myndighed vil indgå resultatkontrakter i fremtiden, er underlagt EU's udbudsregler som rammeaftale (artikel 14 sammenholdt med artikel 1, stk. 4, i direktiv 2004/17), og hvordan man fastsætter en overskridelse af EU-tærsklerne, der afgør, om en aftale kan betragtes som ugyldig. I en sådan situation er det afgørende for vurderingen af, om udbudsreglerne finder anvendelse, om ordreværdien estimeres *ex ante* eller *ex post*, baseret på den faktiske værdi af udførelsestransaktionerne, der er indgået i det pågældende kalenderår, eller den samlede værdi af alle gennemførte udførelsestransaktioner, hvoraf ingen af de enkelte transaktioner oversteg EU's tærskelværdier.

Sjette spørgsmål

- 29 Den appellerede dom er baseret på den forudsætning, at hvis det antages, at salgskontrakten, der er indgået i strid med udbudsloven ved fuldstændig at udelade proceduren for indgåelse af kontrakter, der er fastsat i denne lov, er den eneste mulighed for at anfægte gyldigheden af denne kontrakt reguleret i udbudslovens artikel 146. Denne bestemmelse opstiller betingelserne for ophævelse af en aftale. Samtidig udelukker den anvendelsen af artikel 189 i den civile retsplejelov (som sagsøgeren baserer sit søgsmål på) for at fastslå kontraktens ugyldighed. Mulighederne for at ugyldiggøre en kontrakt i henhold til udbudslovens artikel 146 er udtømmende. I den foreliggende sag er det kun artikel 146, stk. 1, nr. 2, i udbudsloven, hvorefter »en kontrakt ophæves, hvis ordregiveren ikke har offentliggjort en udbudsbekendtgørelse i Udbudsbladet eller ikke har sendt en udbudsbekendtgørelse til Den Europæiske Unions Publikationskontor«. Denne bestemmelse er gennemført i polsk lovgivning efter artikel 2d, stk. 1, litra a), i direktiv 92/13 som ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2007/66/EF af 11. december 2007 om ændring af Rådets direktiv 89/665/EØF og 92/13/EØF for så vidt angår forbedring af effektiviteten af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige kontrakter (EUT 2007, L 335, s. 31).
- 30 Retterne i begge instanser fortolkede denne bestemmelse således, at den omfattede manglende gennemførelse af en offentlig udbudsprocedure i strid med en sådan forpligtelse. Retterne anså denne bestemmelse for at udgøre retsgrundlaget for, at der kunne pålægges sanktioner ved ulovlig, direkte tildeling af en kontrakt.

Domstolen har nemlig anset en sådan adfærd som den mest alvorlige overtrædelse af EU-retten på udbudsområdet (14. betragtning til direktiv 2007/66). Begge instanser vurderer, at ordregivers adfærd, hvorefter der er sket en direkte tildeling af en offentlig kontrakt, uden at følge standarderne for offentlige indkøb, er sket ved manglende overholdelse af betingelsen om offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse. Da proceduren for indgåelse af kontrakten, der kræves i henhold til bestemmelserne i udbudsloven, ikke blev gennemført, selv om der er en forpligtelse til dette, blev den relevante udbudsbekendtgørelse heller ikke offentliggjort. Det er tilstrækkeligt ikke at følge offentliggørelsesforpligtelsen for at anvende kontraktopsigelsesproceduren i henhold til udbudslovens artikel 146. Andre slags overtrædelser af udbudsloven er omfattet af anvendelsesområdet for de øvrige punkter i udbudslovens artikel 146 eller de specifikke bestemmelser i udbudsloven.

- 31 Hvis omstændighederne i den foreliggende sag vurderes nærmere, er den forelæggende ret af den opfattelse, at denne holdning bør deles. Dette understøttes af ordlyden af direktivets betragtninger. Ifølge 14. betragtning til direktivet skal direkte tildeling af ordre omfatte alle tilfælde af tildeling af ordre uden forudgående offentliggørelse. Dette ville dog kræve en bred og funktionel fortolkning af artikel 146, stk. 1, nr. 1, i udbudsloven.
- 32 Sagsøgeren tilslutter sig dog en fortolkning af denne bestemmelse, hvorefter en fuldstændig undladelse af at anvende udbudslovens bestemmelser ved tildeling af en offentlig kontrakt, ikke kan kvalificeres som en overtrædelse af udbudsloven ved manglende offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse i en relevant publikation. Ifølge sagsøgeren er kataloget over grunde til ophævelse af en offentlig kontrakt i henhold til artikel 146, stk. 1, i udbudsloven, udtømmende. Efter sagsøgerens opfattelse opstår den forsømmelse, der er nævnt i artikel 146, stk. 1, nr. 2, i udbudsloven, kun, når udbudsproceduren allerede er blevet indledt af ordregiveren. Sagsøgeren gør gældende, at lovgiveren sonderer mellem tildeling af en kontrakt uden den påkrævede offentliggørelse og tildeling uden anvendelse af udbudsreglerne, og behandler den fuldstændige udeladelse af udbudsloven som en anden mulighed for overtrædelse af udbudsloven, som ikke er opregnet i udbudslovens artikel 146. En sådan fortolkning af udbudslovens artikel 146 åbner op for den mulighed, som er anerkendt i litteraturen, hvor der kan anvendes en ugyldighedssanktion i henhold til artikel 58, stk. 1, i den civile lovbog. Sagsøgeren har endvidere gjort gældende, at direktiv 92/13 som ændret ved direktiv 2007/66, er baseret på minimumsharmonisering. Ugyldighedssanktionen i henhold til artikel 58, stk. 1, i den civile lovbog er en strengere sanktion end sanktionen for ineffektivitet af kontrakten i henhold til udbudslovens artikel 146. Sidstnævnte er nemlig underlagt begrænsninger, ikke kun i forhold til en eventuel erklæring af kontraktens ugyldighed, men også med hensyn til fristen og den enhed, der kan anmode om ophævelse af kontrakten.
- 33 Ifølge Urząd Zamówień Publicznych (det polske udbudskontor) holdning kan der, bortset fra i tilfælde af relativ ugyldighed af en kontrakt (annullation/ophævelse) på grund af overtrædelser af procedurerne for tildeling af

offentlige kontrakter (defineret i artikel 146, stk. 1 og stk. 6, i udbudsloven), »også forekomme tilfælde af en kontrakts absolut ugyldighed af andre årsager end ved overtrædelser af procedurerne for tildeling af offentlige kontrakter (artikel 58 i den civile lovbog)«. Dette synspunkt afgør dog ikke, om den fuldstændige udeladelse af proceduren for indgåelse af kontrakter, der er reguleret i udbudsloven, udgør en overtrædelse af proceduren for tildeling af offentlige kontrakter.

Syvende spørgsmål

- 34 Det syvende spørgsmål vedrører anvendelsen af princippet om forbud mod retsmisbrug som er et generelt EU-retligt princip. Begge retsinstanser fandt, at anmodningen om at fastslå, at CPA-aftalen ikke eksisterede på grund af dens indgåelse, hvor der muligvis var sket en overtrædelse af udbudsloven, ikke kan imødekommes, da en sådan anmodning udgør retsmisbrug. Sagsøgeren fremsatte et sådant krav, som fremgår af de fastlagte faktiske omstændigheder, på grund af faldet i rentabiliteten ved gennemførelsen af denne aftale som følge af faldet i priserne på oprindelsescertifikater på børsmarkedet.
- 35 Ifølge dette princip kan adressater for EU-retten ikke påberåbe sig »EU-rettens bestemmelser med henblik på at muliggøre svig eller misbrug« (jf. i denne retning Domstolens domme af 6.2.2018, Altun m.fl., C-359/16, ECLI:EU:C: 2018:63, præmis 48, af 28.7.2016, Kratzer, C-423/15, EU:C:2016:604, præmis 37, af 11.7.2018, Kommissionen/Belgien, C-356/15, EU:C:2018: 555, præmis 99). Dette princip forhindrer således »ukorrekt« gennemførelse af EU-retten. Misbrug af EU-retten sker, når en persons adfærd er i strid med EU-rettens formål (Domstolens dom af 26.2.2019, T Danmark og Y Danmark, C-116/16 og C-117/16, ECLI:EU:C:2019:135, præmis 76 og 79-80), selv om adfærden dog er i overensstemmelse med ordlyden af rettigheden. For at kunne tale om lovmisbrug er det nødvendigt at fastslå, at en person opnår en »fordel« ved at henvise til EU-retten. Ifølge den forelæggende ret skal en fordel forstås som enhver anvendelse af en EU-retlig norm i overensstemmelse med kravene fra den person, der påberåber sig denne lov. En sådan fordel kan være, at en part i sagen frigøres for virkningerne af en forpligtelse, som den har pådraget sig i en kontrakt, der er i strid med EU-retten (nationale bestemmelser, der gennemfører denne lov).
- 36 For at konstatere, at der er sket et misbrug af EU-retten af en person, er det nødvendigt at foretage en test, der består af to dele: en objektiv og en subjektiv del (Domstolens domme: 6.2.2018, Altun m.fl., C-359/16, ECLI:EU:C:2018:63, præmis 50, af 13.3.2014, SICES og andre, C-155/13, ECLI:EU:C:2014:145, præmis 31, af 28.7.2016, Kratzer, C-423/15, ECLI:EU:C:2016:604, præmis 38). Den objektive del af misbrugstesten indebærer, at »det skal fremgå af et sammenfald af objektive omstændigheder, at det formål, som EU-bestemmelserne forfølger, ikke er opnået, selv om betingelserne i disse bestemmelser formelt er overholdt« (Domstolens domme: af 13.3.2014, SICES og andre, C-155/13, ECLI:EU:C:2014:145, præmis 32; af 14.12.2000, Emsland Starke, C-110/99, EU:C:2000:695, præmis 52). Den subjektive del fokuserer på formålet hos

individet og baserer sig også på en analyse af »alle objektive omstændigheder« (Domstolens dom af 13.3.2014, SICES m.fl., C-155/13, ECLI:EU:C: 2014:145, præmis 37 og 39), hvorfra det antages, at hovedformålet med den enkeltes adfærd svarende til lovens bogstav er »at opnå en uberettiget fordel« (Domstolens domme af 13.3.2014, SICES m.fl., C-155/13, ECLI: EU:C:2014:145, præmis 33; af 28.7.2016, Kratzer, C-423/15, ECLI:EU:C:2016:604, præmis 40).

- 37 I den foreliggende sag er det, på grund af forbuddet mod retsmisbrug som et generelt princip i EU-retten, nødvendigt for Domstolen at tage stilling til, om en påstand om, at en kontrakt er ulovlig, fordi den er indgået i strid med bestemmelserne i EU- og national udbudsret, kan klassificeres som værende i strid med formålet med EU's udbudsret, når en sådan påstand rejses af en enhed for at fritage sig selv for at opfylde kontrakten på grund af ændringer i markedsforhold, der resulterer i, at en opfyldelse af kontrakten vil være mindre rentabel end forventet på tidspunktet for kontraktens indgåelse. Under sådanne omstændigheder er påstanden om, at en kontrakt er i strid med udbudsretten, kun et påskud for at nå helt andre mål end dem, EU-lovgiveren forfølger ved formuleringen af sanktioner for indgåelse af en kontrakt, hvor den foreskrevne procedure i offentlige udbudsregler er blevet udeladt.

ARBEJDSDOKUMENT