

Cauza C-459/23**Rezumatul cererii de decizie preliminară întocmit în temeiul articolului 98 alineatul (1) din Regulamentul de procedură al Curții de Justiție****Data depunerii:**

21 iulie 2023

Instanța de trimitere:

Sąd Najwyższy (Polonia)

Data deciziei de trimitere:

21 aprilie 2023

Reclamantă:

E. S.A.

Pârâte:

W. sp. z o.o.

Bank S.A.

Obiectul procedurii principale

Acțiune introdusă de E. S.A. cu sediul în G. împotriva W. sp. z o.o. cu sediul în P. și a Bank S.A. pentru constatarea inexistenței unui raport obligațional apărut ca urmare a încheierii, la 24 februarie 2011, de către E. S.A. cu sediul în G. și W. sp. z o.o. cu sediul în P. a unui „contract de vânzare a drepturilor de proprietate” (CPA - certificate purchase agreement).

Obiectul și temeiul juridic al cererii de decizie preliminară

1) Normele Uniunii privind desemnarea, la o instanță națională, a unor judecători, fără consimțământul acestora, pentru a se pronunța într-o altă unitate organizatorică a instanței naționale decât cea în care își desfășoară în mod normal activitatea. 2) Interpretarea anumitor dispoziții din Directiva 2004/17/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 31 martie 2004 de coordonare a procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice în sectoarele apei, energiei, transporturilor și serviciilor poștale și a articolului 2d alineatul (1) litera

(a) din Directiva 92/13/CEE a Consiliului din 25 februarie 1992 privind coordonarea actelor cu putere de lege și actelor administrative referitoare la aplicarea normelor comunitare cu privire la procedurile de achiziții publice ale entităților care desfășoară activități în sectoarele apei, energiei, transporturilor și telecomunicațiilor. 3) Interpretarea principiului general al interzicerii abuzului de drept. Temei juridic: articolul 267 TFUE.

Întrebările preliminare

1. Articolul 19 alineatul (1) al doilea paragraf TUE, astfel cum a fost interpretat de Curtea de Justiție în cauza C-487/19, W.Ż., trebuie interpretat în sensul că desemnarea unui judecător al Sąd Najwyższy (Curtea Supremă) [denumită în continuare „Curtea Supremă”] pentru a se pronunța, temporar, într-o altă cameră a Curții Supreme, fără consimțământul acestuia, încalcă principiul inamovibilității și principiul independenței judecătorilor, prin analogie cu transferul unui judecător al unei instanțe de drept comun între două camere ale aceleiași instanțe, atunci când:

- judecătorul este desemnat să se pronunțe în cauze a căror materie nu coincide cu competența materială a camerei în care judecătorul Curții Supreme a fost numit;
- judecătorul nu dispune de o cale de atac împotriva unei astfel de desemnări, care să îndeplinească cerințele prevăzute la punctul 118 din Hotărârea în cauza C-487/18 [C-487/19], W.Ż.;
- dispoziția prim-președintelui Curții Supreme de desemnare pentru a se pronunța într-o altă cameră și dispoziția președintelui care conduce activitatea Camerei civile a Curții Supreme de repartizare a anumitor cauze au fost emise de persoane numite în funcția de judecător la Curtea Supremă în aceleași împrejurări ca în cauza C-487/18 [C-487/19], W.Ż., și, în lumina jurisprudenței de până în prezent, procedurile judiciare în care sunt implicate astfel de persoane fie nu sunt valide, fie încalcă dreptul părții la un proces echitabil, prevăzut la articolul 6 din CEDO;
- desemnarea unui judecător pentru a se pronunța, fără consimțământul său, pentru o perioadă limitată de timp, într-o altă cameră a Curții Supreme decât cea în care își desfășoară activitatea, rămânând în același timp obligat să se pronunțe în camera sa principală, nu are niciun temei în dreptul național;
- desemnarea unui judecător pentru a se pronunța, fără consimțământul său, pentru o perioadă limitată de timp, într-o altă cameră a Curții Supreme decât cea în care își desfășoară activitatea conduce la o încălcare a articolului 6 [litera (b)] din Directiva 2003/88/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 4 noiembrie 2003 privind anumite aspecte ale organizării timpului de lucru (JO 2003, L 299, p. 9[, Ediție specială, 05/vol. 7, p. 3])?

2. Independent de răspunsul la prima întrebare, articolul 19 alineatul (1) al doilea paragraf din TUE trebuie interpretat în sensul că nu este o instanță „constituită prin lege” instanța constituită ca urmare a unei dispoziții a prim-președintelui Curții Supreme de desemnare pentru a se pronunța într-o altă cameră a Curții Supreme și a unei dispoziții a președintelui care conduce activitatea Camerei civile a Curții Supreme privind repartizarea anumitor cauze care au fost emise de persoane numite în funcția de judecător la Curtea Supremă în aceleași împrejurări ca în cauza C-487/18 [C-487/19] ,W.Ż., în condițiile în care din jurisprudența de până în prezent rezultă că procedurile judiciare în care sunt implicate persoane astfel numite nu sunt valide sau încalcă dreptul părții la un proces echitabil, prevăzut la articolul 6 din CEDO?

3. În cazul în care răspunsul la prima întrebare este afirmativ sau în cazul în care răspunsul la a doua întrebare este că instanța astfel constituită nu este o instanță „constituită prin lege”, articolul 19 alineatul (1) al doilea paragraf TUE și principiul supremației dreptului Uniunii trebuie interpretate în sensul că judecătorii numiți la o instanță constituită în modul descris la întrebările 1 și 2 pot refuza să își desfășoare activitatea, inclusiv să se pronunțe, în cauza care le-a fost repartizată, considerând inexistentă dispoziția de desemnare la o altă cameră a Curții Supreme și de repartizare a anumitor cauze, sau trebuie să se pronunțe lăsând părților libertatea de a decide dacă vor eventual să atace hotărârea pronunțată invocând încălcarea dreptului părții la judecarea cauzei de o instanță care respectă cerințele de la articolul 19 alineatul (1) al doilea paragraf TUE și de la articolul 47 din Carta drepturilor fundamentale?

4. În cazul în care se răspunde la întrebările de mai sus în sensul că instanța de trimitere este o instanță constituită prin lege în sensul articolului 19 alineatul (1) al doilea paragraf TUE, articolul 3 alineatul (3) litera (b), coroborat cu articolul 20 și cu articolul 1 alineatul (2) litera (c) din Directiva 2004/17/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 31 martie 2004 de coordonare a procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții în sectoarele apei, energiei, transporturilor și serviciilor poștale (JO 2004, L 134, p. 1[, Ediție specială, 06/vol. 8, p. 3], cu modificările ulterioare) trebuie interpretate în sensul că o întreprindere publică în sensul articolului 2 alineatul (1) litera (b) din această directivă, care desfășoară activitatea de vânzare angro și cu amănuntul de energie electrică, este obligată să achiziționeze în cadrul unei proceduri de achiziții publice certificatele verzi menționate la articolul 2 literele (k) și (l) din Directiva 2009/28/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 23 aprilie 2009 privind promovarea utilizării energiei din surse regenerabile, de modificare și ulterior de abrogare a Directivelor 2001/77/CE și 2003/30/CE (JO 2009, L 140, p. 16, cu modificările ulterioare)?

5. În cazul unui răspuns afirmativ la a patra întrebare, articolul 14 coroborat cu articolul 1 alineatul (4) din Directiva 2004/17 trebuie interpretat în sensul că un acord-cadru încheiat între o astfel de întreprindere și un producător de energie din surse regenerabile trebuie să fie încheiat în conformitate cu procedura prevăzută pentru achizițiile publice atunci când valoarea totală estimată (dar nespecificată în

contract) a certificatelor verzi achiziționate în temeiul contractului depășește pragul prevăzut la articolul 16 litera (a) din această directivă, dar valoarea tranzacțiilor individuale efectuate în temeiul contractului nu depășește acest prag?

6. În cazul unor răspunsuri afirmative la întrebările 4 și 5, încheierea unui contract cu ignorarea completă a normelor privind achizițiile publice constituie un caz prevăzut la articolul 2d alineatul (1) litera (a) din Directiva 92/13/CEE a Consiliului din 25 februarie 1992 privind coordonarea actelor cu putere de lege și actelor administrative referitoare la aplicarea normelor comunitare cu privire la procedurile de achiziții publice ale entităților care desfășoară activități în sectoarele apei, energiei, transporturilor și telecomunicațiilor (JO 1992, L 76, p. 14[, Ediție specială, 06/vol. 2, p. 43], cu modificările ulterioare) sau este vorba despre o altă încălcare a dreptului Uniunii privind achizițiile publice care permite declararea nulității unui contract în afara procedurii prevăzute de legislația națională de transpunere a directivei menționate?

7. În cazul unor răspunsuri afirmative la întrebările 4-6, principiul general al interzicerii abuzului de drept trebuie interpretat în sensul că o întreprindere contractantă, în sensul articolului 2 alineatul (1) litera (b) din Directiva 2004/17, nu poate solicita rezilierea unui contract pe care l-a încheiat cu un furnizor cu încălcarea dispozițiilor naționale de transpunere a directivelor Uniunii privind achizițiile publice atunci când motivul real pentru care solicită rezilierea contractului nu este respectarea dreptului Uniunii, ci scăderea rentabilității executării acestuia de către întreprinderea contractantă?

Dispoziții de drept al Uniunii invocate

Articolul 19 alineatul (1) al doilea paragraf TUE

Articolul 47 din Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene

Directiva 2003/88/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 4 noiembrie 2003 privind anumite aspecte ale organizării timpului de lucru

Directiva 2004/17/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 31 martie 2004 de coordonare a procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice în sectoarele apei, energiei, transporturilor și serviciilor poștale

Directiva 92/13/CEE a Consiliului din 25 februarie 1992 privind coordonarea actelor cu putere de lege și actelor administrative referitoare la aplicarea normelor comunitare cu privire la procedurile de achiziții publice ale entităților care desfășoară activități în sectoarele apei, energiei, transporturilor și telecomunicațiilor

Dispoziții naționale invocate

Ustawa z dnia 8 grudnia 2017 r. o Sądzie Najwyższym (Legea din 8 decembrie 2017 privind Curtea Supremă): articolul 1, articolul 3, articolul 30, articolul 31 și articolul 35

Ustawa z dnia 27 lipca 2001 r. Prawo o ustroju sądów powszechnych (Legea din 27 iulie 2001 privind organizarea instanțelor de drept comun): articolul 22a

Ustawa z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks pracy (Legea din 26 iunie 1974 – Codul muncii): articolul 140

Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Legea din 29 ianuarie 2004 – Legea privind achizițiile publice): articolul 132, articolul 138a și articolul 146

Prezentare pe scurt a situației de fapt și a procedurii principale

- 1 Reclamanta comercializează energie electrică. Acționarul său unic este E. S.A. În această societate, Trezoreria Statului deține peste 50 % din acțiuni. Pârâta nr. 1 își desfășoară activitatea în domeniul producerii, transportului și distribuției de energie electrică. Pârâta nr. 2 este bancă.
- 2 La 24 februarie 2011, reclamanta (E. S.A.) a încheiat cu W. sp. z o.o. (pârâta nr. 1) un „contract de vânzare a drepturilor de proprietate nr. [...]” (CPA - certificate purchase agreement). În temeiul acestui contract, pârâta nr. 1 s-a angajat față de reclamantă să îi transfere toate drepturile de proprietate rezultate din certificatele de origine primite în legătură cu producerea de energie dintr-o sursă regenerabilă de energie (SRE), iar reclamanta s-a angajat să cumpere toate drepturile de proprietate din certificatele respective prin tranzacții extrabursiere pe piața drepturilor de proprietate a Bursei Poloneze de Energie. Contractul CPA prevedea o remunerație pentru drepturile de proprietate achiziționate la nivelul de 0,91 x OzJ (taxa de substituie unitară aplicabilă în perioada în care a fost generată energia din SRE).
- 3 Pârâta nr. 1 a încheiat un contract de cesiune de creanță cu pârâta nr. 2 pentru a garanta creanțele pârâtei nr. 2 în temeiul contractelor de credit acordate pârâtei nr. 1.
- 4 Inițial, reclamanta a cumpărat certificate de origine de la pârâta nr. 1 conform CPA. Ulterior, acesta a făcut o încercare nereușită de a renegocia condițiile de preț. CPA a fost executat de către părți din 22 februarie 2012 până la 31 iulie 2017. În septembrie 2017, conducerea reclamantei a decis să întrerupă executarea a aproximativ 150 de contracte de vânzare a drepturilor de proprietate rezultate din certificate de origine analoge cu contractul CPA în cauză. Comenzile de vânzare a certificatelor de origine trimise de pârâta nr. 1 nu au mai fost, din acel moment, acceptate de către reclamantă.

- 5 Reclamanta a introdus o acțiune la Sąd Okręgowy w Gdańsku (Tribunalul Regional din Gdańsk) în vederea constatării inexistenței raportului obligațional rezultat din încheierea CPA în cauză.
- 6 În opinia sa, CPA este lovit de nulitate absolută în temeiul articolului 353¹ coroborat cu articolul 58 alineatul 1 din k.c. (Codul civil) coroborat cu articolul 7 alineatul (3) și cu articolul 132 alineatul 1 punctul 3) din Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Legea din 29 ianuarie 2004 – Legea privind achizițiile publice) (text consolidat la data încheierii CPA: Dz.U. din 2010 Nr. 113, poziția 759, cu modificările ulterioare, denumită în continuare „Legea achizițiilor publice”).
- 7 Tribunalul Regional din Gdansk a respins cererea printr-o hotărâre din 6 decembrie 2018.
- 8 Sąd Apelacyjny w Gdańsku (Curtea de Apel din Gdańsk), printr-o hotărâre din 13 august 2019, a respins apelul reclamantei împotriva hotărârii Tribunalului Regional.
- 9 Reclamanta a formulat recurs împotriva hotărârii Curții de Apel.
- 10 În această acțiune, reclamanta a invocat numeroase acuzații de încălcare a dreptului național procedural și material. Alegațiile de încălcare a dreptului material se referă în principal la interpretarea eronată a diferitelor dispoziții din Legea achizițiilor publice, și anume contrară interpretării corecte a dispozițiilor directivelor UE (Directiva 2004/17; Directiva 2009/28; Directiva 92/13 și Directiva 2014/25). Prin urmare, soluționarea pe fond a recursului necesită o interpretare prealabilă a dispozițiilor de drept al Uniunii care au fost transpuse în dreptul polonez prin dispozițiile naționale invocate în motivele recursului.
- 11 Prin decizia din 26 mai 2020, Sąd Najwyższy [Curtea Supremă] a primit spre examinare recursul. Prin dispoziția din 2 iunie 2022, Președintele Camerei civile a Curții Supreme a repartizat cererea, cu numărul II CSKP 1588/22, pe rolul judecătorului Karol Weitz. Prin dispoziția prim-președintelui Curții Supreme (denumit în continuare „PPCS”) nr. 23/2023 din 15 februarie 2023 privind desemnarea unui judecător al Curții Supreme care să se pronunțe la Camera civilă pe o perioadă determinată, a fost desemnat judecătorul David Miasik pentru a se pronunța la Camera civilă a Curții Supreme pe o perioadă determinată de la 1 aprilie până la 30 iunie 2023, stabilindu-se în același timp regulile de repartizare a cauzelor pentru fiecare lună a perioadei de desemnare. Ulterior, prin dispoziția președintelui Camerei civile a Curții Supreme din 2 martie 2023, dosarul II CSKP 1588/22 a fost trimis pe rolul judecătorului Curții Supreme Dawid Miasik, iar temeiul schimbării judecătorului raportor a fost dispoziția nr. 2[3]/2023 amintită mai sus, urmând ca dosarul să fie judecat în luna aprilie 2023. Prin dispoziția din 22 martie 2023 s-a stabilit termen pentru ședința în camera de consiliu, la 21 aprilie 2023. Compunerea completului Curții Supreme astfel stabilit pentru a judeca prezenta cauză este formată din doi judecători ai Camerei pentru litigiile de

muncă și asigurări sociale (denumită în continuare „Camera pentru litigii de muncă”) a Curții Supreme și, în calitate de președinte de ședință, un judecător care, în mod curent, se pronunță în Camera civilă a Curții Supreme. Judecătoria Curții Supreme, Jolanta Frańczak, a fost desemnată în mod analog cu judecătorul raportor.

Prezentare pe scurt a motivelor trimiterii preliminare

Întrebările prima-a treia

- 12 În ceea ce privește întrebările prima-a treia, care sunt identice cu cele din cauza C-455/23, instanța de trimitere împărtășește punctul de vedere al instanței de trimitere din acea cauză și face trimitere la acesta.

A patra întrebare

- 13 Întrebarea se referă la interpretarea articolului 3 alineatul (3) din Directiva 2004/17. Întrebarea este dacă dreptul Uniunii trebuie interpretat în sensul că o întreprindere de comercializare a energiei electrice este obligată să achiziționeze certificate verzi în conformitate cu procedura prevăzută de dreptul Uniunii în materia achizițiilor publice. Din dispoziția citată a Directivei 2004/17 rezultă că această directivă se aplică pentru două activități: a) punerea la dispoziție sau exploatarea de rețele fixe destinate furnizării unui serviciu public în domeniul producerii, transportului sau distribuției energiei electrice; b) alimentarea cu energie electrică a unor asemenea rețele.
- 14 Această dispoziție din jurisprudența națională întemeiată pe articolul 132 alineatul 1 punctul 3) din Legea achizițiilor publice din 2004 este interpretată ca excluzând întreprinderile comerciale cum este reclamanta. Articolul 132 alineatul 1 punctul 3) din Legea achizițiilor publice consideră ca fiind activități sectoriale doar „înființarea de rețele”, care sunt destinate să furnizeze servicii legate de producția, transportul sau distribuția de energie electrică și „furnizarea de energie către aceste rețele”. Reclamanta nu este producător de energie și, prin urmare, nu furnizează „energie în rețea”. De asemenea, aceasta nu construiește rețele.
- 15 Abia din 28 iulie 2016 a intrat în vigoare articolul 132 alineatul 1a din Legea achizițiilor publice [adăugat prin ustawa z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Legea din 22 iunie 2016 de modificare a Legii – Legea privind achizițiile publice și a altor legi), Dz. U., poziția 1020], potrivit căruia „Prin distribuția menționată la alineatul 1 punctele 3 și 4 se înțeleg și vânzările angro și cu amănuntul”. Prin urmare, abia după încheierea CPA a fost introdusă o reglementare în temeiul căreia reclamanta, care comercializează energie, este tratată ca o entitate contractantă sectorială. Adăugarea alineatului 1a la articolul 132 din Legea achizițiilor publice este tratată în jurisprudența instanțelor ca o confirmare a corectitudinii practicii întreprinderilor energetice din anii 2005-2015 de a nu aplica Legea achizițiilor publice în cazul tranzacțiilor de achiziție de certificate verzi. Acest lucru este

susținut și de adăugarea articolului 138a din Legea achizițiilor publice. Această dispoziție exclude de la aplicarea riguroasă a Legii achizițiilor publice întreprinderile care desfășoară activitatea menționată la articolul 132 alineatul 1 punctul 3) (așadar, care constă în crearea de rețele energetice, nu în vânzarea de energie) în ceea ce privește achiziționarea de certificate verzi.

- 16 Curtea Supremă reține însă că în considerentul (23) al Directivei 2014/25 se precizează că „producția, vânzarea angro și cu amănuntul de energie electrică sunt incluse atunci când prezenta directivă se referă la furnizarea de energie electrică”. În această situație, rămâne neclar dacă articolul 3 alineatul (3) litera (b) din Directiva 2004/17, formulat în același mod [ca și articolul 9 alineatul (1) litera (b) din Directiva 2014/25], trebuie interpretat într-un mod care să țină seama de considerentul (23) al Directivei 2014/25. Conținutul acestui considerent al Directivei 2014/25 („fără a extinde în niciun fel domeniul de aplicare al prezentei directive”) poate fi interpretat ca fiind o simplă confirmare a unei anumite interpretări a conceptului de activități sectoriale care ar fi trebuit să fie deja adoptată în temeiul Directivei 2004/17.
- 17 Din deciziile Comisiei Europene în temeiul Directivei 2004/17 (de exemplu, Decizia 2007/141/CE) reiese că tranzacționarea energiei electrice a fost tratată ca o activitate sectorială.
- 18 A patra întrebare se referă, de asemenea, la interpretarea articolului 3 alineatul (3) litera (b) coroborat cu articolul 20 din Directiva 2004/17, și anume dacă achiziția de certificate verzi are loc în scopul desfășurării activității de furnizare de energie electrică, deoarece este o achiziție făcută pentru a respecta obligația legală de a promova sursele de energie regenerabilă. Activitatea de vânzare de energie electrică poate fi desfășurată fără achiziționarea de certificate verzi, deși acest lucru implică o taxă de substituție sau o sancțiune. Prin urmare, achiziționarea de certificate verzi nu se face „cu scopul” de a desfășura activitatea de vânzare de energie electrică.
- 19 Pe de altă parte, având în vedere că legiuitorul a instituit pentru întreprinderile de comercializare a energiei electrice obligația de a achiziționa certificate verzi, achiziționarea acestora este totuși o consecință a activității de furnizare de energie electrică.
- 20 În plus, dacă s-ar presupune totuși că achiziția de certificate verzi nu intră în domeniul de aplicare al activităților sectoriale și, prin urmare, nu are loc în scopul desfășurării acestor activități în sensul articolului 20 din Directiva 2004/17, legiuitorul național nu ar fi introdus o scutire pentru acest tip de achiziții la articolul 138a alineatul 1 din Legea achizițiilor publice. Reclamanta se referă la necesitatea unei înțelegeri în sens larg a activităților sectoriale și a achizițiilor publice efectuate „în scopul desfășurării acestor activități”, ca incluzând, de asemenea, chiar și activități indirect sectoriale, făcând trimitere la Hotărârea Curții din 10 aprilie 2008, C-393/06, Ing. Aigner, Wasser-Warme-Umwelt, GmbH/Fernwarme Wien GmbH (ECLI:EU:C:2008:213, punctele 28-33). Aceasta

prevede că, pentru ca un contract să intre sub incidența regimului achizițiilor sectoriale, este suficient ca respectivul contract „să aibă legătură” cu desfășurarea de activități sectoriale. O astfel de legătură există, fără îndoială, între obligația de a prezenta certificate verzi și activitatea principală a reclamantei sub forma vânzărilor de energie, întrucât volumul total al vânzărilor de energie determină numărul de certificate verzi pe care reclamanta trebuie să le achiziționeze pe piață.

- 21 Totodată, în hotărârea menționată mai sus (punctul 27), Curtea a subliniat necesitatea unei interpretări restrictive a dispozițiilor Directivei 2004/17, ceea ce ar susține poziția potrivit căreia o întreprindere publică precum reclamanta nu este obligată să achiziționeze certificate verzi prin achiziție publică.
- 22 Instanța de trimitere subliniază, de asemenea, diferența dintre scopul achiziționării de certificate verzi (sprijinirea politicii de mediu) și obiectivul în materie de concurență pentru care legea prevede atribuirea de contracte sectoriale în cadrul unor proceduri concurențiale.

A cincea întrebare

- 23 A cincea întrebare se referă la aspectul dacă, dată fiind structura sa, CPA a fost supus rigorilor legislației privind achizițiile publice.
- 24 Pe parcursul procedurilor de până acum, s-a presupus că CPA nu intră în domeniul de aplicare a legislației privind achizițiile publice, deoarece tranzacțiile individuale pentru transferul drepturilor asupra certificatelor de origine încheiate în cadrul executării acestuia nu au depășit pragurile Uniunii privind achizițiile sectoriale. La data încheierii CPA, acest prag era de 387 000 de euro. S-a stabilit că valoarea totală anuală a tranzacțiilor încheiate între reclamantă și pârâta nr. 1 în cadrul CPA a fost de aproximativ 3 000 000 PLN (ceea ce reprezintă aproximativ dublul pragului Uniunii, în funcție de cotația monedei euro la data încheierii CPA). În executarea CPA, părțile încheiau, în general, câte o tranzacție lunară cu o valoare medie de 65 000 de euro. Aceste tranzacții nu au depășit pragul Uniunii. S-a reținut că nu există niciun temei pentru a considera toate tranzacțiile din sesiuni ca fiind un singur contract public, deoarece CPA nu specifica nici cantitatea de energie electrică care urma să fie acoperită de certificatele de origine emise de președintele oficiului de reglementare, nici valoarea prestației reclamantei în favoarea pârâtei nr. 1. CPA nu a fost așadar considerat acord-cadru, ci doar un contract care obliga la încheierea de contracte de vânzare a drepturilor de proprietate, ceea ce însemna că puteau fi încheiate doar contracte executorii (contracte de vânzare a certificatelor de origine a energiei eliberate pârâtei nr. 1 într-o anumită lună), în conformitate cu procedura prevăzută în Legea achizițiilor publice.
- 25 Prin urmare, întrucât în CPA nu se specifica anticipat valoarea tranzacțiilor care urmau să fie încheiate în cadrul acestuia, iar valoarea fiecărui contract de punere în aplicare nu a depășit pragurile Uniunii, CPA nu intră în domeniul de aplicare a dreptului Uniunii în materie de achiziții publice.

- 26 Pe de altă parte, potrivit reclamantei, în cazul unei intenții de a achiziționa bunuri de tip identic în cadrul unor contracte de vânzare încheiate cu un singur contractant, pe o perioadă de timp prestabilită, în vederea realizării unei singure intenții economice, valoarea contractului ar trebui să fie valoarea totală a tuturor bunurilor a căror achiziție este inclusă în intenția entității contractante. Aceasta a invocat interdicția de împărțire a unui contract în scopul de a eluda pragurile Uniunii prevăzute de legislația națională și de articolul 17 alineatul (2) din Directiva 2004/17. Într-adevăr, CPA se referea la contracte executorii identice, între aceleași părți și pentru o anumită perioadă de timp.
- 27 În subsidiar, reclamanta propune să se considere ca valoare a contractului toate certificatele de origine achiziționate într-un an calendaristic de la toți producătorii de energie regenerabilă (inclusiv de la pârața nr. 1) în scopul îndeplinirii obligației de a prezenta certificatele de origine pentru răscumpărare.
- 28 Prin urmare, este necesar să se interpreteze dispozițiile de drept al Uniunii menționate la întrebarea 5 pentru a stabili dacă un contract precum CPA, al cărui scop este de a stabili condițiile de preț și de cantitate pe baza cărora entitatea contractantă va încheia viitoarele contracte executorii, intră sub incidența legislației privind achizițiile publice în calitate de acord-cadru [articolul 14 coroborat cu articolul 1 alineatul (4) din Directiva 2004/17] și în ce mod trebuie să se stabilească depășirea pragurilor de încadrare în regimul Uniunii al achizițiilor publice în vederea procedurii de declarare a inexistenței contractului. Într-o astfel de situație, cea care determină dacă un contract intră sub incidența legislației privind achizițiile publice este valoarea contractului estimată *ex ante* sau abia *ex post*, pe baza valorii reale a tranzacțiilor executorii încheiate într-un an calendaristic, sau valoarea totală a tuturor tranzacțiilor executorii efectuate, dintre care niciuna nu a depășit individual pragurile UE?

A șasea întrebare

- 29 Hotărârea atacată pornește de la premisa că, dacă s-ar presupune că contractul de vânzare a fost încheiat cu încălcarea Legii privind achizițiile publice, constând în ignorarea totală a procedurii de contractare prevăzute de această lege, singura procedură admisibilă pentru o eventuală contestare a valabilității acestui contract este reglementată la articolul 146 din Legea achizițiilor publice. Această dispoziție stabilește premisele pentru nevaliditatea unui contract. În același timp, aceasta exclude aplicarea articolului 189 din Kodeks postępowania cywilnego (Codul de procedură civilă) (pe care reclamantul își întemeiază cererea) pentru a declara nulitatea unui contract. Catalogul de condiții prealabile pentru invalidarea unui contract în temeiul articolului 146 din Legea achizițiilor publice este închis. În situația de fapt din speță, se aplică doar articolul 146 alineatul 1 punctul 2) din Legea achizițiilor publice, conform căruia „un contract este nul în cazul în care entitatea contractantă nu a publicat anunțul de participare în Buletinul achizițiilor publice sau nu a transmis anunțul de participare la Oficiul pentru Publicații al Uniunii Europene”. Această dispoziție transpune în dreptul polonez articolul 2d alineatul (1) litera (a) din Directiva 92/13 în formularea introdusă prin Directiva

2007/66/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 11 decembrie 2007 de modificare a Directivelor 89/665/CEE și 92/13/CEE ale Consiliului în ceea ce privește ameliorarea eficacității căilor de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziții publice (JO 2007, L 335, p. 31).

- 30 Atât instanța de prim grad de jurisdicție, cât și instanța de apel au interpretat această dispoziție în sensul că se referă la nederularea unei proceduri de achiziții publice, cu încălcarea obligației în acest sens. Instanțele au considerat că această dispoziție oferă un temei juridic pentru aplicarea de sancțiuni în cazurile de atribuire directă ilegală a unui contract. Un astfel de comportament a fost de altfel recunoscut de Curtea de Justiție ca fiind o încălcare foarte gravă a dreptului Uniunii în materie de achiziții publice [considerentul (14) al Directivei 2007/66]. În opinia ambelor instanțe, comportamentul entității contractante constând în atribuirea directă a unui contract de achiziție publică cu nerespectarea prevederilor Legii achizițiilor publice se înscrie în premisa lipsei unui anunț de participare. Întrucât – în pofida unei astfel de obligații – nu s-a desfășurat procedura prevăzută de dispozițiile Legii achizițiilor publice cu privire la încheierea unui contract, nici anunțul de participare relevant nu a fost publicat. Pentru aplicarea modalității de anulare a contractului în temeiul articolului 146 din Legea achizițiilor publice, este suficientă simpla încălcare a obligației de publicare. Alte tipuri de încălcări ale dispozițiilor Legii achizițiilor publice sunt acoperite de domeniul de aplicare al celorlalte puncte ale articolului 146 din Legea achizițiilor publice sau de dispozițiile speciale ale Legii achizițiilor publice.
- 31 În opinia instanței de trimitere, în cazul unei judecări pe fond a prezentei cauze, ar trebui să se împărtășească acest punct de vedere. În favoarea acestei afirmații este și conținutul considerentelor directivei. Conform considerentului (14) al acesteia, atribuirile directe ar trebui să includă orice atribuirii de contracte fără publicare prealabilă. Pentru aceasta, însă, ar fi necesară o interpretare largă și funcțională a articolului 146 alineatul 1 punctul 2 din Legea achizițiilor publice, interpretare admisibilă în temeiul dreptului național.
- 32 Reclamanta pledează însă pentru o interpretare a acestei dispoziții potrivit căreia ignorarea completă a aplicării dispozițiilor Legii achizițiilor publice la atribuirea unui contract de achiziții publice nu poate fi calificată drept încălcarea Legii achizițiilor publice constând în nepublicarea unui anunț de participare în publicația relevantă. În opinia reclamantei, catalogul de condiții prelabile pentru invalidarea unui contract în temeiul articolului 146 din Legea achizițiilor publice este închis. În opinia sa, nerespectarea prevăzută la articolul 146 alineatul 1 punctul 2) din Legea achizițiilor publice are loc numai în cazul în care procedura de atribuire a contractului a fost deja inițiată de entitatea contractantă. Aceasta susține că legiuitorul face distincție între atribuirea unui contract fără anunțul obligatoriu și atribuirea acestuia fără aplicarea dispozițiilor Legii achizițiilor publice și consideră ignorarea completă a Legii achizițiilor publice ca fiind o premisă distinctă a încălcării Legii achizițiilor publice, care nu este menționată la articolul 146 din Legea achizițiilor publice. La rândul său, o astfel de interpretare a articolului 146 din Legea achizițiilor publice oferă posibilitatea, aprobată în

literatura de specialitate, de a aplica sancțiunea nulității de la articolul 58 alineatul 1 din Codul civil. Reclamanta mai susține că Directiva 92/13, astfel cum a fost modificată prin Directiva 2007/66, se bazează pe o armonizare minimă. Sancțiunea de nulitate în temeiul articolului 58 alineatul (1) din Codul civil este în sine o sancțiune mai severă decât sancțiunea de absență a efectelor unui contract în temeiul articolului 146 din Legea achizițiilor publice, pentru că aceasta din urmă este supusă unor limitări nu numai în ceea ce privește motivele de constatare a unei eventuale nulități a unui contract, ci și în ceea ce privește termenul și entitatea care poate solicita constatarea nulității unui contract.

- 33 Potrivit poziției Urząd Zamówień Publicznych (Oficiul pentru Achiziții Publice) pe lângă cazurile de nulitate relativă a unui contract (pasibilitate de nulitate) pentru motive legate de încălcări ale procedurilor de achiziții publice (prevăzute la articolul 146 alineatele 1 și 6 din Legea achizițiilor publice), „pot exista, de asemenea, cazuri de nulitate absolută a unui contract pentru alte motive decât cele legate de încălcări ale procedurilor de achiziții publice (articolul 58 din Codul civil)”. Această poziție nu clarifică însă dacă ignorarea completă a modului de contractare reglementat în Legea achizițiilor publice reprezintă o nerespectare a procedurii de achiziție publică în sine.

A șaptea întrebare

- 34 A șaptea întrebare se referă la aplicarea principiului interzicerii abuzului de drept ca principiu general al dreptului Uniunii. Atât instanța de prim grad de jurisdicție, cât și instanța de apel au considerat că cererea de constatare a inexistenței CPA pe motiv că ar fi fost încheiat cu posibilă încălcare a legislației privind achizițiile publice nu poate fi acceptată, întrucât o astfel de cerere constituie un abuz de drept. Reclamanta a formulat o astfel de cerere – după cum reiese din constatările de fapt – din cauza scăderii profitabilității executării acestui contract ca urmare a scăderii prețului certificatelor de origine la bursă.
- 35 Potrivit acestui principiu, destinatarii dreptului Uniunii nu se pot prevala „în mod fraudulos sau abuziv de normele dreptului Uniunii” (a se vedea hotărârile Curții: Hotărârea din 6 februarie 2018, Altun și alții, Hotărârea C-359/16, ECLI:EU:C:2018:63, punctul 48, Hotărârea din 28 iulie 2016, Kratzer, C-423/15, EU:C:2016:604, punctul 37, și Hotărârea din 11 iulie 2018, Comisia/Belgia, C-356/15, EU:C:2018:555, punctul 99). Acest principiu previne astfel punerea „incorectă” în aplicare a dreptului Uniunii. Un abuz de drept al Uniunii apare atunci când comportamentul unei persoane este contrar scopului dreptului Uniunii (Hotărârea Curții din 26 februarie 2019, T Danmark și Y Denmark, C-116/16 și C-117/16, ECLI:EU:C:2019:135, punctele 76 și 79-80), deși, în același timp, corespunde literei acestuia. Pentru a exista un abuz de drept, trebuie să se stabilească dacă persoana în cauză, invocând dreptul Uniunii, obține un „avantaj”. Potrivit instanței de trimitere, prin avantaj trebuie să se înțeleagă orice aplicare a unei norme de drept al Uniunii în conformitate cu pretențiile persoanei care invocă acest drept. Un astfel de avantaj poate consta în scutirea unei părți la procedură de

efectele unei obligații asumate de aceasta printr-un contract care contravine dreptului Uniunii (prin dispozițiile naționale de punere în aplicare a acestui drept).

- 36 Constatarea unui abuz de drept al Uniunii de către o persoană necesită un test format din două elemente: obiectiv și subiectiv (hotărârile Curții: Hotărârea din 6 februarie 2018, Altun și alții, C-359/16, ECLI:EU:C:2018:63, punctul 50, Hotărârea din 13 martie 2014, SICES și alții, C-155/13, ECLI:EU:C:2014:145, punctul 31, și Hotărârea din 28 iulie 2016, Kratzer, C-423/15, ECLI:EU:C:2016:604, punctul 38). Elementul obiectiv al testului de abuz constă în aceea că „trebuie să rezulte dintr- un ansamblu de circumstanțe obiective că, în pofida unei respectări formale a condițiilor prevăzute de reglementarea Uniunii, obiectivul urmărit de această reglementare nu a fost atins” (hotărârile Curții: Hotărârea din 13 martie 2014, SICES și alții, C-155/13, ECLI:EU:C:2014:145, punctul 32, și Hotărârea din 14 decembrie 2000, Emsland Starke, C-110/99, EU:C:2000:695, punctul 52). Elementul subiectiv se concentrează asupra obiectivului urmărit de persoana în cauză și se bazează, de asemenea, pe o analiză a „unui ansamblu de elemente obiective” (Hotărârea Curții din 13 martie 2014, SICES și alții, C-155/13, ECLI:EU:C:2014:145, punctele 37 și 39), din care se presupune că rezultă că scopul principal al comportamentului persoanei, care corespunde literei legii, este „obținerea unui avantaj necuvenit” (hotărârile Curții: Hotărârea din 13 martie 2014, SICES și alții, C-155/13, ECLI:EU:C:2014:145, punctul 33;, și Hotărârea din 28 iulie 2016, Kratzer, C-423/15, ECLI:EU:C:2016:604, punctul 40).
- 37 În speță, având în vedere caracterul de principiu general al dreptului Uniunii al interdicției abuzului de drept, este necesar să se stabilească de către Curtea de Justiție dacă invocarea de către o persoană a unei excepții de nelegalitate a unui contract pentru motivul că acesta a fost încheiat cu încălcarea normelor de drept al Uniunii și de drept național în materie de achiziții publice poate fi calificată drept contrară scopului dreptului Uniunii în materie de achiziții publice atunci când o astfel de excepție este invocată de o persoană pentru a se sustrage de la obligativitatea executării contractului din cauza modificării condițiilor de pe piață, care fac ca executarea în continuare a acestui contract să fie mai puțin profitabilă decât se preconiza la momentul încheierii lui. În aceste împrejurări, invocarea incompatibilității contractului cu dreptul achizițiilor publice nu este decât un pretext pentru a atinge obiective cu totul diferite de cele urmărite de legiuitorul Uniunii prin formularea sancțiunii pentru încheierea unui contract cu nerespectarea procedurii prevăzute de dreptul achizițiilor publice.