

Asunto C-459/23**Resumen de la petición de decisión prejudicial con arreglo al artículo 98, apartado 1, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia****Fecha de presentación:**

21 de julio de 2023

Órgano jurisdiccional remitente:

Sąd Najwyższy (Tribunal Supremo, Polonia)

Fecha de la resolución de remisión:

21 de abril de 2023

Parte demandante:

E. S.A.

Parte demandada:

W. sp. z o.o.

Bank S.A.

Objeto del procedimiento principal

Procedimiento iniciado mediante demanda de E. Spółka Akcyjna (sociedad anónima) [en lo sucesivo, «E. S.A.], con domicilio social en G., contra W. sp. z o.o., con domicilio social en P., y contra Bank Spółka Akcyjna (sociedad anónima) para que se declare la inexistencia de la relación obligacional surgida a raíz de la celebración, el 24 de febrero de 2011, por E. S.A., con domicilio social en G., y W. sp. z o.o., con domicilio social en P., de un «contrato de compraventa de derechos patrimoniales» (CPA — *certificate purchase agreement*).

Objeto y fundamento jurídico de la petición de decisión prejudicial

- 1) Norma de la Unión en materia de designación de jueces nacionales sin su consentimiento para ejercer funciones en una unidad organizativa del órgano jurisdiccional nacional distinta de aquella en la que prestan servicio normalmente
- 2) Interpretación de las disposiciones de la Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de los

procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales, y del artículo 2 *quinquies*, apartado 1, letra a), de la Directiva 92/13/CEE del Consejo, de 25 de febrero de 1992, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de las normas comunitarias en los procedimientos de formalización de contratos de las entidades que operen en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones 3) Interpretación del principio general de prohibición del abuso de derecho

Fundamento jurídico: artículo 267 TFUE

Cuestiones prejudiciales

1. ¿Debe interpretarse el artículo 19 TUE, apartado 1, párrafo segundo, a la luz de la interpretación adoptada por el Tribunal de Justicia en la sentencia dictada en el asunto C-487/19, W.Ż., en el sentido de que la designación de un juez del Sąd Najwyższy (Tribunal Supremo) para ejercer temporalmente sus funciones en otra sala del Sąd Najwyższy, sin que medie el consentimiento de dicho juez, vulnera los principios de inamovilidad y de independencia de los jueces, del mismo modo que el traslado de un juez de un tribunal ordinario entre dos secciones del mismo órgano jurisdiccional, cuando:

- el juez haya sido designado para ejercer sus funciones en asuntos cuya materia no corresponda a la competencia material de la sala para la cual fue nombrado el juez del Sąd Najwyższy;
- el juez no disponga de una vía de recurso judicial contra la resolución relativa a esa designación que reúna los requisitos determinados en el apartado 118 de la sentencia dictada en el asunto C-487/18, W.Ż.;
- la resolución del Presidente Primero del Sąd Najwyższy relativa a la designación para ejercer en otra sala y la resolución del Presidente de la Izba Cywilna (Sala de lo Civil) del Sąd Najwyższy relativa a la asignación de asuntos concretos fueron adoptadas por personas nombradas para los cargos de jueces en el Sąd Najwyższy en las mismas circunstancias que en el asunto C-487/18, W.Ż., y, a la luz de la jurisprudencia existente, los procedimientos judiciales en los que intervengan esas personas son nulos o violan el derecho de la parte a un proceso equitativo establecido en el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH);
- la designación de un juez, sin su consentimiento, para ejercer por un tiempo determinado en una sala del Sąd Najwyższy distinta de aquella en la que presta servicio, manteniendo al mismo tiempo la obligación de ejercer sus funciones en la sala de procedencia, no tiene fundamento en el Derecho nacional;

- la designación de un juez para ejercer, sin su consentimiento, por un tiempo determinado en una sala del Sąd Najwyższy distinta de aquella en la que presta servicio lleva a la infracción del artículo 6, letra b), de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo (DO 2003, L 299, p. 9)?

2. Con independencia de la respuesta a la primera cuestión prejudicial, ¿debe interpretarse el artículo 19 TUE, apartado 1, párrafo segundo, en el sentido de que no constituye un órgano jurisdiccional «establecido por la ley» un órgano jurisdiccional que haya sido configurado, a raíz de una resolución del Presidente Primero del Sąd Najwyższy relativa a la designación para ejercer en otra sala del Sąd Najwyższy y de una resolución del Presidente de la Sala de lo Civil del Sąd Najwyższy relativa a la asignación de asuntos concretos, por personas nombradas para el cargo de juez del Sąd Najwyższy en las mismas circunstancias que las del asunto C-487/18, W.Ż., cuando de la jurisprudencia existente resulta que los procedimientos judiciales en los que intervengan las personas nombradas de ese modo son nulos o vulneran el derecho de la parte a un proceso equitativo establecido en el artículo 6 del CEDH?

3. En caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión prejudicial o de que se responda a la segunda cuestión prejudicial que un órgano jurisdiccional así configurado no constituye un órgano jurisdiccional «establecido por la ley», ¿deben interpretarse el artículo 19 TUE, apartado 1, párrafo segundo, y el principio de primacía de la Unión en el sentido de que los jueces nombrados para formar parte de un órgano jurisdiccional configurado de la manera descrita en las cuestiones prejudiciales 1 y 2 pueden negarse a emprender actuaciones en un asunto que les haya sido asignado de ese modo considerando que las resoluciones relativas a la designación para ejercer en otra sala del Sąd Najwyższy y a la asignación de asuntos concretos son inexistentes o dichos jueces deben adoptar una resolución, dejando que sean las partes las que decidan sobre su posible impugnación por haberse vulnerado el derecho de la parte para que el asunto sea examinado por un órgano jurisdiccional que reúna los requisitos del artículo 19 TUE, apartado 1, párrafo segundo, y del artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea?

4. En caso de que se responda a las anteriores cuestiones prejudiciales que el órgano jurisdiccional remitente es un órgano jurisdiccional establecido por la ley en el sentido del artículo 19 TUE, apartado 1, párrafo segundo, ¿debe interpretarse el artículo 3, apartado 3, letra b), de la Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales (DO 2004, L 134, p. 1, en su versión modificada), en relación con los artículos 20 y 1, apartado 2, letra c), de esta, en el sentido de que una empresa pública, en el sentido del artículo 2, apartado 1, letra b), de dicha Directiva, que desarrolla una actividad en el ámbito de la venta al por mayor y al por menor de electricidad, debe adquirir en régimen

de contratación pública los certificados verdes mencionados en el artículo 2, letras k) a l), de la Directiva 2009/28/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables y por la que se modifican y se derogan las Directivas 2001/77/CE y 2003/30/CE (DO 2009, L 140, p. 16; en su versión modificada)?

5. En caso de respuesta afirmativa a la cuarta cuestión prejudicial, ¿debe interpretarse el artículo 14 de la Directiva 2004/17, en relación con el artículo 1, apartado 4, de esta, en el sentido de que, con arreglo al procedimiento previsto para la contratación pública, ha de celebrarse un contrato marco entre esa empresa y el productor de electricidad procedente de fuentes de energía renovables cuando el valor total estimado (aunque no especificado en el contrato) de los certificados verdes adquiridos en cumplimiento de ese contrato supere el umbral establecido en el artículo 16, letra a), de dicha Directiva, pero el valor de las operaciones individuales realizadas en cumplimiento de dicho contrato no supere el citado umbral?

6. En caso de respuesta afirmativa a las cuestiones prejudiciales cuarta y quinta, ¿constituye la celebración de un contrato obviando completamente la normativa de contratación pública el supuesto mencionado en el artículo 2 *quinquies*, apartado 1, letra a), de la Directiva 92/13/CEE del Consejo, de 25 de febrero de 1992, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de las normas comunitarias en los procedimientos de formalización de contratos de las entidades que operen en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones (DO 1992, L 76, p. 14, en su versión modificada), o se trata de un supuesto distinto de infracción de la legislación de la Unión en materia de contratación pública que permite declarar la nulidad de un contrato al margen del cauce previsto en la normativa nacional que transpone la citada Directiva?

7. En caso de respuesta afirmativa a las cuestiones prejudiciales cuarta a sexta, ¿debe interpretarse el principio general que prohíbe el abuso de derecho en el sentido de que una empresa adjudicadora, a efectos del artículo 2, apartado 1, letra b), de la Directiva 2004/17, no puede reclamar la anulación del contrato que haya celebrado con un proveedor con infracción de las disposiciones nacionales que transponen las directivas de la Unión en materia de contratación pública cuando el motivo real de la reclamación de anulación del contrato no sea el respeto del Derecho de la Unión, sino la caída de la rentabilidad en el cumplimiento del contrato por la entidad adjudicadora?

Disposiciones del Derecho de la Unión invocadas

Artículo 19 TFUE, apartado 1, párrafo segundo

Artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea

Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo

Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales

Directiva 92/13/CEE del Consejo, de 25 de febrero de 1992, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de las normas comunitarias en los procedimientos de formalización de contratos de las entidades que operen en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones

Disposiciones de Derecho nacional invocadas

Ustawa z dnia 8 grudnia 2017 r. o Sądzie Najwyższym (Ley del Tribunal Supremo, de 8 de diciembre de 2017): artículos 1, 3, 30, 31 y 35

Ustawa z dnia 27 de lipca 2001 r. Prawo o ustroju sądów powszechnych (Ley de Organización de los Tribunales Ordinarios, de 27 de julio de 2001): artículo 22a

Ustawa z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks pracy (Ley de 26 de junio de 1974 por la que se aprueba el Código de Trabajo): artículo 140

Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 — Prawo zamówień publicznych (Ley de Contratos Públicos, de 29 de enero de 2004): artículos 132, 138a y 146

Breve exposición de los hechos y del procedimiento principal

- 1 La demandante se dedica al comercio de electricidad. Su accionista único es E. S.A. En esa sociedad, el Tesoro Público tiene más del 50 % de las acciones. La demandada n.º 1 desarrolla su actividad en materia de producción, transporte y distribución de electricidad. La demandada n.º 2 es un banco.
- 2 El 24 de febrero de 2011, la demandante (E. S.A.) celebró con W. sp. z o.o. (demandada n.º 1) el «contrato de compraventa de derechos patrimoniales n.º [...]» (CPA — *certificate purchase agreement*). Con arreglo a ese contrato, la demandada n.º 1 se comprometió con la demandante a transmitirle la propiedad de todos los derechos patrimoniales resultantes de los certificados de origen obtenidos en relación con la producción de electricidad de una fuente de energía renovable (FER), mientras la demandante se comprometió a adquirir todos los derechos patrimoniales en concepto de los citados certificados mediante operaciones al margen del mercado de derechos patrimoniales de la Towarowa Giełda Energii (Bolsa de Energía). En el contrato CPA, se fijó la remuneración por los derechos patrimoniales adquiridos en un nivel de 0,91 x OzJ (tarifa

unitaria de sustitución vigente en el período en el que fue generada la electricidad procedente de una FER).

- 3 La demandada n.º 1 celebró un contrato de cesión de crédito con la demandada n.º 2 para garantizar el crédito concedido por la demandada n.º 2, que trae causa de los contratos de préstamo otorgados a la demandada n.º 1.
- 4 En un inicio, la demandante adquirió de la demandada n.º 1 los certificados de origen conforme al contrato CPA. A continuación, intentó, sin efecto, renegociar las condiciones relativas a los precios. Las partes cumplieron el contrato CPA desde el 22 de febrero de 2012 hasta el 31 de julio de 2017. En septiembre de 2017, el órgano de administración de la demandante decidió paralizar el cumplimiento de cerca de 150 contratos de compraventa de derechos patrimoniales, resultantes de certificados de origen análogos al contrato CPA del que se trata en el presente asunto. Las órdenes de venta de los certificados de origen presentadas por la demandada n.º 1 no han sido aceptadas hasta la fecha por la demandante.
- 5 La demandante presentó ante el Sąd Okręgowy w Gdańsku (Tribunal Regional de Gdansk) una demanda para que se declarase la inexistencia de la relación obligacional surgida a raíz de la celebración del contrato CBA en cuestión.
- 6 En su opinión, el contrato CPA es radicalmente nulo con arreglo al artículo 353¹ del Kodeks cywilny (Código Civil), en relación con el artículo 58, apartado 1, de este, en relación con los artículos 7, apartado 3, y 132, apartado 1, punto 3, de la ustawa z dnia 29 stycznia 2004 — Prawo zamówień publicznych [Ley de Contratos Públicos, de 29 de enero de 2004 (texto refundido en la fecha de celebración del contrato CPA; Dz.U. de 2010 n.º 113, posición 759, en su versión modificada; en lo sucesivo, «LCPP»)].
- 7 Mediante sentencia de 6 de diciembre de 2018, el Sąd Okręgowy w Gdańsku desestimó la demanda.
- 8 Mediante sentencia de 13 de agosto de 2019, el Sąd Apelacyjny w Gdańsku (Tribunal de Apelación de Gdansk) desestimó el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del tribunal regional.
- 9 La demandante ha interpuesto un recurso de casación contra la sentencia del tribunal de apelación.
- 10 En el recurso de casación, la demandante ha alegado numerosas infracciones de las disposiciones del Derecho nacional procesal y sustantivo. Las alegaciones de infracción del Derecho sustantivo versan principalmente sobre diversas disposiciones de la LCP y, en especial, sobre una interpretación errónea de las disposiciones de las directivas de la Unión (Directivas 2004/17, 2009/28, 92/13 y 2014/25). Por ello, el examen de la pertinencia de las alegaciones del recurso de casación requiere que se interpreten previamente las disposiciones del Derecho de

la Unión que han sido transpuestas al ordenamiento jurídico polaco mediante las disposiciones nacionales citadas en el recurso de casación.

- 11 Mediante resolución de 26 de mayo de 2020, el Sąd Najwyższy admitió a trámite el recurso de casación. Mediante resolución de 2 de junio de 2022, el Presidente de la Sala de lo Civil del Sąd Najwyższy remitió el recurso al gabinete del juez Karol Weitz, con el número de expediente II CSKP. 1588/22. Mediante resolución del Presidente Primero del Sąd Najwyższy (en lo sucesivo, «PPSN») n.º 23/2023, de 15 de febrero de 2023, relativa a la designación de un juez del Sąd Najwyższy para ejercer funciones de forma temporal en la Sala de lo Civil, se designó al juez Dawid Miąsik para ejercer en dicha Sala del Sąd Najwyższy durante un tiempo determinado, del 1 de abril al 30 de junio de 2023, y se fijaron al mismo tiempo las reglas de reparto de asuntos para cada mes del período de designación. A continuación, mediante resolución del Presidente de la Sala de lo Civil del Sąd Najwyższy de 2 de marzo de 2023, el expediente II CSKP. 1588/22 fue remitido al gabinete del juez del Sąd Najwyższy Dawid Miąsik, motivándose el cambio de juez ponente por la citada resolución n.º 2[3]/2023, y se fijó la fecha de la vista para abril de 2023. Mediante resolución de 22 de marzo de 2023, se concretizó la fecha de la vista a puerta cerrada para el 21 de abril de 2023. La formación del Sąd Najwyższy así configurada para examinar el presente asunto estaba compuesta por dos jueces de la Izba Pracy i Ubezpieczeń Społecznych (Sala de lo Laboral y de la Seguridad Social) del Sąd Najwyższy y, como presidente de sesión, un juez que ejercía habitualmente sus funciones en la Sala de lo Civil del Sąd Najwyższy. La juez del Sąd Najwyższy Jolanta Frańczak fue designada juez ponente.

Breve exposición de la fundamentación de la petición de decisión prejudicial

Cuestiones prejudiciales primera a tercera

- 12 Por cuanto se refiere a las cuestiones prejudiciales primera a tercera, idénticas a las del asunto C-455/23, el órgano jurisdiccional remitente comparte y se remite a la postura del órgano jurisdiccional remitente de dicho asunto.

Cuarta cuestión prejudicial

- 13 Esta cuestión prejudicial versa sobre la interpretación del artículo 3, apartado 3, de la Directiva 2004/17. Se trata de determinar si el Derecho de la Unión debe interpretarse en el sentido de que una empresa comercializadora de electricidad está obligada a adquirir los certificados verdes con arreglo al régimen previsto por el Derecho de la Unión de contratación pública. De la disposición citada de la Directiva 2004/17 se deduce que esta se aplicará a dos tipos de actividades: a) la puesta a disposición o la explotación de redes fijas destinadas a prestar un servicio al público en relación con la producción, transporte o distribución de electricidad; b) el suministro de electricidad a dichas redes.

- 14 La anterior disposición se ha interpretado en la jurisprudencia nacional, sobre la base del artículo 132, apartado 1, punto 3, de la LCP de 2004, en el sentido de que no comprende a empresas como la demandante. El artículo 132, apartado 1, punto 3, de la LCP, consideraba que solo era una actividad sectorial la «creación de redes» destinadas a la prestación de servicios en relación con la producción, transporte o distribución de electricidad, y el «suministro de electricidad a dichas redes». La demandante no es un productor de electricidad, por lo que no suministra «electricidad a la red». Tampoco construye redes.
- 15 Solo desde el 28 de julio de 2016 está vigente el artículo 132, apartado 1a, de la LCP [añadido mediante la ustawa z dnia 22 czerwca 2016 o zmianie ustawy — Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Ley de Modificación de la Ley de Contratos Públicos y de Otras Leyes, de 22 de junio de 2016), Dz. U. posición 1020], con arreglo al cual «debe entenderse por distribución, mencionada en el apartado 1, puntos 3 y 4, también la venta al por mayor y al por menor». Por tanto, solo tras la celebración del contrato CPA, se adoptó la norma conforme a la cual la demandante, que se dedica a la comercialización de la electricidad, es tratada como una entidad adjudicadora del sector. La jurisprudencia considera que la adición del apartado 1a en el artículo 132 de la LCP es una confirmación de la práctica de las empresas eléctricas en los años 2005 a 2015, consistente en no aplicar la LCP a las operaciones de adquisición de los certificados verdes. Aboga en favor de ello también la adición del artículo 138a LCP. Dicha disposición ha excluido de la sujeción a las exigencias de la LCP a las empresas que desarrollan la actividad citada en el artículo 132, apartado 1, punto 3 (que consiste en la creación de redes eléctricas y no en la venta de electricidad) en el ámbito de compra de certificados verdes.
- 16 Sin embargo, el Sąd Najwyższy llama la atención sobre el hecho de que en el considerando 23 de la Directiva 2014/25 se explica que «la producción, la venta al por mayor y la venta al por menor de electricidad quedan contempladas cuando la presente Directiva se refiere al suministro de electricidad». En esa situación, sigue siendo confuso si el artículo 3, apartado 3, letra b), de la Directiva 2004/17, redactado de forma igual que el artículo 9, apartado 1, letra b), de la Directiva 2014/25, debe interpretarse en un sentido integrador del considerando 23 de la Directiva 2014/25. El tenor de ese considerando de la Directiva 2014/25 («sin ampliar en modo alguno el ámbito de aplicación de la presente Directiva») puede leerse en el sentido de que se ha confirmado únicamente una determinada forma de entender el concepto de la actividad sectorial, que debería haberse adoptado ya bajo la Directiva 2004/17.
- 17 De las decisiones de la Comisión Europea, adoptadas con arreglo a la Directiva 2004/17 (por ejemplo, la Decisión 2007/141/CE), se deduce que la comercialización de electricidad se consideraba una actividad sectorial.
- 18 La cuestión prejudicial cuarta también versa sobre la interpretación del artículo 3, apartado 3, letra b), en relación con el artículo 20 de la Directiva 2004/17, a saber, si la compra de certificados verdes tiene lugar para desarrollar una actividad

consistente en el suministro de electricidad. En efecto, se trata de una compra llevada a cabo para cumplir con la obligación legal relativa al fomento de las fuentes de energía renovable. La actividad consistente en la venta de electricidad puede efectuarse sin compra de certificados verdes, aunque ello suponga el pago de una tarifa sustitutiva o de una sanción pecuniaria. Por tanto, la compra de los certificados verdes no tiene «por objetivo» desarrollar una actividad consistente en la venta de electricidad.

- 19 Por otra parte, dado que el legislador ha impuesto a las empresas comercializadoras de electricidad la obligación de compra de certificados verdes, su compra es, sin embargo, consecuencia del ejercicio de una actividad consistente en suministros de electricidad.
- 20 Además, aunque se admita que la adquisición de certificados verdes no queda contemplada en el ámbito de la actividad sectorial y, por consiguiente, no se realiza para ejercer dicha actividad a los efectos del artículo 20 de la Directiva 2004/17, el legislador nacional no habría adoptado la exclusión para ese tipo de compras en el artículo 138a LCP, apartado 1. La demandante alega la necesidad de interpretar de forma amplia la actividad sectorial y las contrataciones realizadas «para ejercer dicha actividad y entender que también incluyen las actividades sectoriales relacionadas, aunque solo sea indirectamente, invocando la sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de abril de 2008, C-393/06, Ing. Aigner, Wasser-Warme-Umwelt GmbH contra Fernwärme Wien GmbH (EU:C:2008:213, apartados 28 a 33). En esta sentencia, se declaró que, para afectar un contrato al régimen de contrataciones sectoriales, es suficiente que la contratación «guarde relación» con el ejercicio de una actividad sectorial. Existe indudablemente esta relación entre la obligación de presentar los certificados verdes y la actividad principal de la demandante, consistente en la venta de electricidad, puesto que del volumen de la venta de electricidad depende en general cuántos certificados verdes debe adquirir la demandante en el mercado.
- 21 Al mismo tiempo, en la citada sentencia (apartado 27), el Tribunal de Justicia subrayó la necesidad de una interpretación restrictiva de las disposiciones de la Directiva 2004/17, lo que abogaría en favor de que una empresa pública, como la demandante, no tenga la obligación de adquirir certificados verdes mediante el régimen de concursos públicos.
- 22 El órgano jurisdiccional remitente señala asimismo la diversidad del fin de la adquisición de los certificados verdes (apoyo de la política de protección del medioambiente) y de los fines relativos a la protección de la competencia, para los cuales la ley exige que se adjudiquen las contrataciones sectoriales en régimen de competencia.

Quinta cuestión prejudicial

- 23 La cuestión prejudicial quinta versa sobre la cuestión de si el contrato CPA estaba sujeto a la normativa de contratación pública a la vista de su formulación.

- 24 En la tramitación seguida hasta la fecha, se ha considerado que el contrato CPA no está incluido en el ámbito de aplicación de la normativa de contratación pública, puesto que las diferentes operaciones de cesión de los derechos a los certificados de origen celebradas en su cumplimiento no superaron los umbrales de la Unión para las contrataciones sectoriales. Esos umbrales, en la fecha la celebración del contrato CPA, ascendían a 387 000 euros. Se ha establecido que el valor total anual de las operaciones concertadas por la demandante y la demandada n.º 1 con arreglo al contrato CPA ascendía aproximadamente a 3 000 000 de eslotis polacos (PLN) (lo que representa el doble del umbral de la Unión, según el valor del euro en la fecha de la celebración del contrato CPA). Al dar cumplimiento al contrato CPA, las partes celebraban por lo general una operación al mes, con un valor medio de 65 000 euros. Esas operaciones no superaban el umbral de la Unión. Se ha declarado que no existen motivos para considerar todas las operaciones de mercado secundario como un solo contrato público, puesto que el contrato CPA no especificaba el volumen de electricidad que debía quedar cubierto por los certificados de origen expedidos por el Presidente de la [Urząd Regulacji Energetyk] (Oficina de Regulación de la Energía) ni el importe de la prestación de la demandante a favor de la demandada n.º 1. Por tanto, el contrato CPA no se celebró como un contrato marco, sino únicamente como un contrato que obligaba a celebrar contratos de venta de derechos patrimoniales, lo que suponía que, según el régimen establecido en la LCP, debían celebrarse exclusivamente contratos de ejecución (contratos de compraventa de certificados de origen de la electricidad emitidos a favor de la demandada n.º 1 en un mes determinado).
- 25 Por consiguiente, dado que en el contrato CPA no se especificó anticipadamente el valor de las operaciones celebradas en su virtud y que el valor de cada uno de los contratos de ejecución no superaba los umbrales de la Unión, el contrato CPA no está comprendido en el ámbito de aplicación de la legislación de la Unión en materia de contratos públicos.
- 26 Por el contrario, en opinión de la demandante, cuando se pretendan adquirir bienes de idéntica naturaleza con arreglo a contratos de venta celebrados con un solo contratista, en una perspectiva temporal determinada de antemano, en el marco de la ejecución de una iniciativa económica, el valor de la contratación debería ser el valor de todos los bienes, cuya adquisición pretende el adjudicador. La demandante ha alegado la prohibición de fraccionar la contratación para eludir los umbrales de la Unión, resultante tanto del Derecho nacional como del artículo 17, apartado 2, de la Directiva 2004/17. En efecto, el contrato CPA versaba sobre contratos de ejecución idénticos materialmente, entre esas mismas partes y con una determinada perspectiva temporal.
- 27 La demandante propone, subsidiariamente, que se considere como valor de la contratación todos los certificados de origen adquiridos en un año natural determinado a todos los productores de electricidad generada a partir de fuentes renovables (incluida la demandada n.º 1), a los efectos del cumplimiento de la

obligación de presentar, para su rescate, los certificados de origen de la electricidad.

- 28 Por ello, se hace necesario interpretar las disposiciones del Derecho de la Unión citadas en la cuestión prejudicial quinta para determinar si un contrato como el contrato CPA, cuyo objeto es fijar los requisitos respecto del precio y del volumen, con arreglo a los cuales la entidad adjudicadora celebrará en el futuro contratos de ejecución, está sujeto a la normativa de contratación pública como contrato marco (artículo 14 de la Directiva 2004/17, en relación con el artículo 1, apartado 4, de esta) y cómo debe apreciarse la superación de los umbrales de la Unión que condicionan la sujeción al régimen de la Unión de contratación pública a los efectos del procedimiento relativo a la declaración de inexistencia del contrato. [Es decir], si en esa situación, resulta decisivo el valor de la contratación estimada *ex ante* para la sujeción a la normativa de contratación pública, o bien si solo lo es *ex post*, sobre la base del valor real de las operaciones de ejecución realizadas en un año natural determinado o del valor global de todas las operaciones de ejecución realizadas, de las cuales ninguna individualmente superó los umbrales de la Unión.

Sexta cuestión prejudicial

- 29 La sentencia impugnada se basa en la suposición de que, si se admite que el contrato de venta se celebró infringiendo la normativa de contratación pública al obviarse completamente el régimen de celebración de contratos previsto en dicha normativa, el único cauce admisible para un posible cuestionamiento de la validez de dicho contrato está regulado en el artículo 146 de la LCP. Esta disposición determina los requisitos para anular un contrato. Al mismo tiempo, excluye la aplicación del artículo 189 del [Kodeks postępowania cywilnego] (Código de Procedimiento Civil) (en el que la demandante basa su demanda) para declarar la nulidad del contrato. La lista de requisitos del artículo 146 de la LCP para la anulación de un contrato es exhaustiva. En los antecedentes de hecho del presente asunto, entra en juego exclusivamente la aplicación del artículo 146 de la LCP, apartado 1, punto 2, con arreglo al cual, «el contrato será anulable cuando la entidad adjudicadora no haya publicado el anuncio de licitación en el Biuletyn Zamówień Publicznych (Boletín de Contratos Públicos) o no haya transmitido el anuncio de licitación a la Oficina de Publicaciones de la Unión Europea». Esta disposición incorpora al Derecho polaco el artículo 2 *quinquies*, apartado 1, letra a), de la Directiva 92/13, en la redacción dada por la Directiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, por la que se modifican las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE del Consejo en lo que respecta a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos (DO 2007, L 335, p. 31).
- 30 Los órganos jurisdiccionales de ambas instancias han interpretado esa disposición en el sentido de que incluyen en su ámbito de aplicación la tramitación del procedimiento de adjudicación de un contrato público en contra de esa obligación. Declararon que dicha disposición constituye el fundamento jurídico para imponer

sanciones en los supuestos de adjudicación directa ilegal de una licitación. En efecto, esa práctica ha sido calificada por el Tribunal de Justicia como la infracción más importante del Derecho comunitario en materia de contratos públicos (considerando 14 de la Directiva 2007/66). En la apreciación de los órganos jurisdiccionales de ambas instancias, la conducta de la entidad adjudicadora consistente en adjudicar un contrato público directamente, eludiendo la normativa de contratación pública, está incluida en el requisito de falta de publicación de la licitación. Efectivamente, pese a esa obligación, no se ha llevado a cabo un procedimiento en materia de celebración del contrato exigido por las disposiciones de la LCP y tampoco se ha publicado el correspondiente anuncio de licitación. En cambio, para aplicar el cauce del artículo 146 de la LCP para la anulación del contrato, resulta suficiente el mero incumplimiento de la obligación de publicación. Otros tipos de incumplimiento de las disposiciones de la LCP se encuentran incluidos en el ámbito de aplicación del resto de puntos del artículo 146 de la LCP o de disposiciones especiales de dicha Ley.

- 31 El órgano jurisdiccional remitente opina que, si se llega a un examen sobre el fondo del presente asunto, debería compartirse esa postura. Aboga por ello el tenor de los considerandos de la Directiva. Conforme a su considerando 14, la adjudicación directa de una licitación debería comprender todos los supuestos de adjudicación de contratos sin publicación previa. Sin embargo, ello exigiría una interpretación extensiva y funcional —admisible a la luz del Derecho nacional— del artículo 146, apartado 1, punto 2, de la LCP.
- 32 Sin embargo, la demandante es partidaria de una interpretación de esa disposición, según la cual la elusión completa de las disposiciones de la LCP en la adjudicación de un contrato público no puede calificarse como una infracción de dicha Ley consistente en la no publicación del anuncio de licitación en el correspondiente boletín. Según la demandante, la lista de motivos para anular un contrato público, recogida en el artículo 146, apartado 1, de la LCP es una lista exhaustiva. En su opinión, el incumplimiento mencionado en el artículo 146, apartado 1, punto 2, de la LCP tiene lugar solo cuando el procedimiento de adjudicación de una licitación ya haya sido iniciado por la entidad adjudicadora. La demandante alega que el legislador diferencia la adjudicación de una licitación sin el anuncio requerido de la adjudicación sin aplicar las disposiciones de la normativa de contratación pública y que la inaplicación completa de la LCP se trata como un requisito diferente de la infracción de la LCP, que no se menciona en el artículo 146 LCP. Esta interpretación del 146 LCP abre así la posibilidad, reconocida por la doctrina, de imponer la sanción de nulidad del artículo 58, apartado 1, del Código Civil. La demandante alega, además, que la Directiva 92/13, en la redacción dada por la Directiva 2007/66, se basa en una armonización mínima. La sanción de nulidad del artículo 58, apartado 1, del Código Civil es una sanción más grave que la sanción de ineficacia del contrato del artículo 146 LCP. En efecto, esta última está sujeta a limitaciones, no solo respecto a los motivos para declarar una eventual nulidad del contrato, sino también respecto del plazo y respecto de la persona que puede reclamar la anulación del contrato.

- 33 Conforme a la postura del Urząd Zamówień Publicznych (Oficina de Contratación Pública), al margen de los supuestos de nulidad relativa del contrato (anulabilidad) por causas relativas a las infracciones de los procesos de contratación pública (determinadas en el artículo 146, apartados 1 y 6, de la LCP), «pueden existir también supuestos de nulidad absoluta del contrato por otras causas, no relativas a las infracciones de los procesos de contratación pública (artículo 58 del Código Civil)». Sin embargo, dicha postura no dilucida la cuestión de si la omisión completa del régimen de adjudicación de contratos regulados en la LCP constituye una infracción del propio procedimiento de adjudicación de contratos públicos.

Séptima cuestión prejudicial

- 34 La séptima cuestión prejudicial versa sobre la aplicación del principio de la prohibición del abuso de derecho como un principio general del Derecho de la Unión. Los órganos jurisdiccionales de ambas instancias consideraron que no puede ser estimada la acción para que se declare la inexistencia del contrato CPA por haber sido celebrado este eludiendo la normativa de contratación pública, puesto que el planteamiento de esa acción constituye un abuso de derecho. La demandante ejerció esa acción —como resulta de los antecedentes de hecho— debido a la caída de la rentabilidad del cumplimiento de ese contrato, a raíz de la reducción de los precios de los certificados de origen en el mercado secundario.
- 35 Conforme al citado principio, los destinatarios del Derecho de la Unión no pueden alegar «fraudulenta o abusivamente las normas de la Unión» (véanse las sentencias del Tribunal de Justicia de 6 de febrero de 2018, Altun y otros, C-359/16, EU:C:2018:63, apartado 48; de 28 de julio de 2016, Kratzer, C-423/15, EU:C:2016:604, apartado 37, y de 11 de julio de 2018, Comisión/Bélgica, C-356/15, EU:C:2018:555, apartado 99). Por tanto, este principio evita una aplicación «incorrecta» del Derecho de la Unión. El abuso de derecho tiene lugar cuando la conducta del justiciable es incompatible con el objetivo del Derecho de la Unión (sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de febrero de 2019, T Danmark e Y Denmark, C-116/16 y C-117/16, EU:C:2019:135, apartados 76, 79 y 80), aunque al mismo tiempo se corresponda con la letra de dicho Derecho. Para poder hablarse de abuso de derecho es necesario comprobar que el justiciable, alegando el Derecho de la Unión, ha obtenido una «ventaja». A juicio del órgano jurisdiccional remitente, debe entenderse por ventaja todo supuesto de aplicación del Derecho de la Unión con arreglo a las pretensiones del justiciable que alega ese Derecho. Puede ser una ventaja de este tipo la liberación de la parte de un procedimiento de los efectos de una obligación contraída por ella en un contrato incompatible con el Derecho de la Unión (con las disposiciones que transponen ese Derecho).
- 36 La declaración de abuso del Derecho de la Unión por parte de un justiciable requiere de un test que se compone de dos elementos: objetivo y subjetivo (sentencias del Tribunal de Justicia de 6 de febrero de 2018, Altun y otros, C-359/16, EU:C:2018:63, apartado 50; de 13 de marzo de 2014, SICES y otros, C-155/13, EU:C:2014:145, apartado 31, y de 28 de julio de 2016, Kratzer,

C-423/15, EU:C:2016:604, apartado 38). El elemento objetivo del test consiste en que «deben concurrir una serie de circunstancias objetivas de las que resulte que, a pesar de haberse respetado formalmente las condiciones previstas por la normativa de la Unión, no se ha alcanzado el fin perseguido por dicha normativa» (sentencias del Tribunal de Justicia de 13 de marzo de 2014, SICES y otros, C-155/13, EU:C:2014:145, apartado 32 y de 14 de diciembre de 2000, Emsland Starke, C-110/99, EU:C:2000:695, apartado 52). El elemento subjetivo se concentra en la finalidad que persigue el justiciable y también se basa en el análisis del «conjunto de datos objetivos» (sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de marzo de 2014, SICES y otros, C-155/13, EU:C:2014:145, apartados 37 y 39), de los que debe resultar que la finalidad esencial de las operaciones del justiciable que se corresponden con el tenor de la ley es «obtener una ventaja indebida» (sentencias del Tribunal de Justicia de 13 de marzo de 2014, SICES y otros, C-155/13, EU:C:2014:145, apartado 33, y de 28 de julio de 2016, Kratzer, C-423/15, EU:C:2016:604, apartado 40).

- 37 En el presente asunto, habida cuenta de la condición de la prohibición del abuso de derecho como principio general del Derecho de la Unión, resulta necesario que el Tribunal de Justicia dilucide si la alegación por un justiciable de que un contrato es contrario a Derecho por haber sido celebrado con infracción de las disposiciones de la legislación de la Unión y de la normativa nacional de contratación pública puede calificarse como incompatible con la finalidad del Derecho de la Unión en materia de contratación pública, cuando dicha alegación sea invocada por el justiciable para liberarse de la necesidad de cumplir dicho contrato debido al cambio de las condiciones del entorno del mercado, que hacen que sea menos rentable el cumplimiento de ese contrato que el esperado en el momento de su celebración. En esas circunstancias, la alegación de que el contrato resulta contrario a la normativa de contratación pública representa únicamente un pretexto para lograr otros fines que los que motivaron al legislador de la Unión a establecer las sanciones por la celebración de un contrato eludiendo el procedimiento previsto en la legislación de contratación pública.