

Asia C-459/23**Unionin tuomioistuimen työjärjestyksen 98 artiklan 1 kohdan mukainen
ennakkoratkaisupyynnön tiivistelmä****Jättämispäivä:**

21.7.2023

Ennakkoratkaisupyynnön esittänyt tuomioistuin:

Sąd Najwyższy (Puola)

Ennakkoratkaisupyynnön esittämistä koskevan päätöksen tekemispäivä:

21.4.2023

Valittaja:

E. S.A.

Vastapuolet:

W. sp. z o.o.

Bank S.A.

Pääasian kohde

Kanne, jonka E. Spółka Akcyjna, jonka kotipaikka on G:ssä, on nostanut W. sp. z o.o:ta, jonka kotipaikka on P:ssä, ja Bank Spółka Akcyjnaa vastaan sen toteamiseksi, että E. Spółka Akcyjnan, jonka kotipaikka on G:ssä, ja W. sp. z o.o:n, jonka kotipaikka on P:ssä, välillä ei ole 24.2.2011 tehtyyn varallisuus oikeuksien kauppasopimukseen (CPA - certificate purchase agreement) perustuvaa velvoitesuhdetta.

Ennakkoratkaisupyynnön kohde ja oikeudellinen perusta

1) Euroopan unionin normit, jotka koskevat kansallisten tuomareiden nimeämistä ilman heidän suostumustaan toimimaan kansallisen tuomioistuimen muussa organisaatioyksikössä kuin siinä, jossa he tavallisesti toimivat. 2) Vesi- ja energiahuollon sekä liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankintamenettelyjen yhteensovittamisesta 31.3.2004 annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 2004/17/EY eräiden säännösten ja vesi- ja

energiahuollon, liikenteen ja teletoiminnan alalla toimivien yksiköiden hankintamenettelyjä koskevien yhteisön sääntöjen soveltamiseen liittyvien lakien, asetusten ja hallinnollisten määräysten yhteensovittamisesta 25.2.1992 annetun neuvoston direktiivin 92/13/ETY 2 d artiklan 1 kohdan a alakohdan tulkinta.
3) Oikeuden väärinkäytön kieltämistä koskevan yleisen periaatteen tulkinta. Oikeudellinen perusta: SEUT 267 artikla.

Ennakkoratkaisukysymykset

1. Onko SEU 19 artiklan 1 kohdan toista alakohtaa tulkittava unionin tuomioistuimen asiassa C-487/19, W.Ż., antamassaan tuomiossa esittämän tulkinnan valossa siten, että Sąd Najwyższy (ylin tuomioistuin, Puola) tuomarin nimeäminen ilman hänen suostumustaan ratkaisemaan asioita tilapäisesti Sąd Najwyższy toisessa jaostossa loukkaa tuomareiden erottamattomuuden ja riippumattomuuden periaatetta vastaavalla tavalla kuin yleisen tuomioistuimen tuomarin siirtäminen saman tuomioistuimen osastosta toiseen, kun:

- tuomari nimetään ratkaisemaan asioita, joiden aihepiiri ei kuulu sen jaoston, johon Sąd Najwyższy tuomari on nimitetty, toimivallan piiriin

- tuomarilla ei ole käytettävissään asiassa C-487/19, W.Ż., annetun tuomion 118 kohdassa asetettuja vaatimuksia vastaavaa oikeussuojakeinoja valittaakseen tällaista nimeämistä koskevasta päätöksestä

- Sąd Najwyższy presidentin määräyksen nimeämisestä ratkaisemaan asioita toisessa jaostossa ja Izba Cywilna Sądu Najwyższego (ylimmän tuomioistuimen siviilijaosto, Puola) toimintaa johtavan puheenjohtajan määräyksen tiettyjen asioiden jakamisesta ratkaistaviksi ovat antaneet henkilöt, jotka on nimitetty Sąd Najwyższy tuomarin virkaan samoissa olosuhteissa kuin asiassa C-489/19, W.Ż., ja tähänastisen oikeuskäytännön valossa tuomioistuinmenettelyt, joissa on osallisina tällaisia henkilöitä, ovat joko pätemättömiä tai loukkaavat Euroopan ihmisoikeussopimuksen 6 artiklan mukaista asianosaisen oikeutta oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin

- tuomarin nimeämiselle ilman hänen suostumustaan määrääjäksi ratkaisemaan asioita Sąd Najwyższy muussa jaostossa kuin siinä, jossa hän tavallisesti toimii, samalla kun hänen velvollisuutensa ratkaista alkuperäisen jaostonsa asioita säilyy, ei ole oikeusperustaa kansallisessa oikeudessa

- tuomarin nimeäminen ilman hänen suostumustaan määrääjäksi ratkaisemaan asioita muussa Sąd Najwyższy jaostossa kuin siinä, jossa hän tavallisesti toimii, johtaa tietyistä työajan järjestämisestä koskevista seikoista 4.11.2003 annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 2003/88/EY (EUVL 2003, L 299, s. 9) 6 artiklan b alakohdan rikkomiseen?

2. Riippumatta ensimmäiseen kysymykseen annettavasta vastauksesta, onko SEU 19 artiklan 1 kohdan toista alakohtaa tulkittava siten, että tuomioistuin, jonka

kokoonpano perustuu Sąd Najwyższyn presidentin määräykseen nimeämisestä ratkaisemaan asioita kyseisen tuomioistuimen toisessa jaostossa ja Sąd Najwyższyn siviilijaoston toimintaa johtavan puheenjohtajan määräykseen tiettyjen asioiden jakamisesta, kun nämä määräykset ovat antaneet henkilöt, jotka on nimitetty Sąd Najwyższyn tuomarin virkaan samoissa olosuhteissa kuin asiassa C-487/19, W.Ż., ei ole lailla perustettu tuomioistuin, kun tähänastisen oikeuskäytännön valossa tuomioistuinmenettelyt, joissa on osallisina näin nimitettyjä henkilöitä, ovat joko pätemättömiä tai loukkaavat Euroopan ihmisoikeussopimuksen 6 artiklan mukaista asianosaisen oikeutta oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin?

3. Jos ensimmäiseen kysymykseen vastataan myöntävästi tai toiseen kysymykseen vastataan siten, että näin perustettua tuomioistuinta ei ole perustettu lailla, onko SEU 19 artiklan 1 kohdan toista alakohtaa ja unionin oikeuden ensisijaisuuden periaatetta tulkittava siten, että ensimmäisessä ja toisessa kysymyksessä kuvatulla tavalla perustetun tuomioistuimen kokoonpanoon nimitetyt tuomarit voivat kieltäytyä suorittamasta toimia heille jaetussa asiassa, mukaan lukien ratkaisemasta sitä, pitämällä mitättöminä määräyksiä nimeämisestä Sąd Najwyższyn toiseen jaostoon ja tiettyjen asioiden jakamisesta, vai onko heidän annettava ratkaisu ja jätettävä asianosaisten päätettäväksi, riitauttavatko ne mahdollisesti tämän ratkaisun sillä perusteella, että se loukkaa asianosaisen oikeutta saada asiansa käsiteltyksi sellaisessa tuomioistuimessa, joka täyttää SEU 19 artiklan 1 kohdan toisen alakohtan ja perusoikeuskirjan 47 artiklan vaatimukset?

4. Jos edellä esitettyihin kysymyksiin vastataan siten, että ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin on SEU 19 artiklan 1 kohdan toisessa alakohtassa tarkoitettu lailla perustettu tuomioistuin, onko vesi- ja energiahuollon sekä liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankintamenettelyjen yhteensovittamisesta 31.3.2004 annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 2004/17/EY (EUVL 2004, L 134, s. 1, sellaisena kuin se on muutettuna) 3 artiklan 3 kohdan b alakohtaa, luettuna yhdessä saman direktiivin 20 artiklan ja 1 artiklan 2 kohdan c alakohtan kanssa, tulkittava siten, että tämän direktiivin 2 artiklan 1 kohdan b alakohtassa tarkoitettuna kaltaisen julkisen yrityksen, joka harjoittaa sähkön tukku- ja vähittäiskauppaa, on hankittava hankintamenettelyllä uusiutuvista lähteistä peräisin olevan energian käytön edistämiseksi sekä direktiivien 2001/77/EY ja 2003/30/EY muuttamisesta ja myöhemmästä kumoamisesta 23.4.2009 annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 2009/28/EY (EUVL 2009, L 140, s. 16, sellaisena kuin se on muutettuna) 2 artiklan k ja l alakohtassa tarkoitettuja vihreitä sertifikaatteja?

5. Jos neljänteen kysymykseen vastataan myöntävästi, onko direktiivin 2004/17 14 artiklaa, luettuna yhdessä saman direktiivin 1 artiklan 4 kohdan kanssa, tulkittava siten, että julkisia hankintoja koskeva menettely edellyttää puitejärjestelyn tekemistä tällaisen yrityksen ja uusiutuvista lähteistä peräisin olevan energian tuottajan välillä, jos kyseisen sopimuksen täyttämiseksi hankittavien vihreiden sertifikaattien ennakoitu (mutta sopimuksessa

määrittelemätön) kokonaisarvo ylittää mainitun direktiivin 16 artiklan a alakohdassa vahvistetun kynnsarvon mutta sopimuksen täyttämiseksi toteutettujen yksittäisten liiketoimien arvo ei ylitä tätä kynnsarvoa?

6. Jos neljänteen ja viidenteen kysymykseen vastataan myöntävästi, onko sopimuksen tekeminen soveltamatta lainkaan julkisia hankintoja koskevia säännöksiä sellainen menettelytapa, jota tarkoitetaan vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja teletoiminnan alalla toimivien yksiköiden hankintamenettelyjä koskevien yhteisön sääntöjen soveltamiseen liittyvien lakien, asetusten ja hallinnollisten määräysten yhteensovittamisesta 25.2.1992 annetun neuvoston direktiivin 92/13/ETY (EYVL 1992, L 76, s. 14, sellaisena kuin se on muutettuna) 2 d artiklan 1 kohdan a alakohdassa, vai onko kyseessä muu julkisia hankintoja koskevaa unionin lainsäädäntöä rikkova menettelytapa, jonka perusteella sopimus voidaan todeta pätemättömäksi muulla kuin edellä mainitun direktiivin täytäntöönpanemiseksi annetussa kansallisessa lainsäädännössä säädetyllä tavalla?

7. Jos neljänteen, viidenteen ja kuudenteen kysymykseen vastataan myöntävästi, onko oikeuden väärinkäytön kieltoa koskevaa yleistä periaatetta tulkittava siten, että direktiivin 2004/17 2 artiklan 1 kohdan b alakohdassa tarkoitettu hankintaa tekevä yritys ei voi vaatia sellaisen sopimuksen pätemättömäksi toteamista, jonka se on tehnyt tavarantoimittajan kanssa rikkoen kansallisia säännöksiä, joilla julkisia hankintoja koskevat unionin direktiivit on saatettu osaksi kansallista lainsäädäntöä, jos sopimuksen pätemättömäksi toteamista koskevan vaatimuksen todellisenä syynä ei ole unionin lainsäädännön noudattaminen vaan se, että sopimuksen täyttäminen on muuttunut hankintayksikölle vähemmän kannattavaksi?

Unionin oikeussäännöt, joihin viitataan

SEUT 19 artiklan 1 kohdan toinen alakohta

Euroopan unionin perusoikeuskirjan 47 artikla

Tietyistä työajan järjestämisestä koskevista seikoista 4.11.2003 annettu Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2003/88/EY (jäljempänä direktiivi 2003/88)

Vesi- ja energiahuollon sekä liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankintamenettelyjen yhteensovittamisesta 31.3.2004 annettu Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2004/17/EY (jäljempänä direktiivi 2004/17)

Vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja teletoiminnan alalla toimivien yksiköiden hankintamenettelyjä koskevien yhteisön sääntöjen soveltamiseen liittyvien lakien, asetusten ja hallinnollisten määräysten yhteensovittamisesta 25.2.1992 annettu neuvoston direktiivi 92/13/ETY (jäljempänä direktiivi 92/13)

Kansalliset oikeussäännöt, joihin viitataan

Ylimmästä tuomioistuimesta 8.12.2017 annetun lain (Ustawa z dnia 8 grudnia 2017 r. o Sądzie Najwyższym) 1, 3, 30, 31 ja 35 §

Yleisten tuomioistuinten organisaatiosta 27.7.2001 annetun lain (Ustawa z dnia 27 lipca 2001 r. Prawo o ustroju sądów powszechnych) 22 a §

Työkoodeksista 26.6.1974 annetun lain (Ustawa z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks pracy) 140 §

Julkisista hankinnoista 29.1.2004 annetun lain (Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych) 132, 138 a ja 146 §

Yhteenveto tosiseikoista ja menettelystä

- 1 Valittaja myy sähköä. Sen ainoa osakas on E. Spółka Akcyjna. Valtio omistaa yli 50 prosenttia viimeksi mainitun yrityksen osakkeista. Ensimmäinen vastapuoli harjoittaa sähköän tuotantoa, siirtoa ja jakelua. Toinen vastapuoli on pankki.
- 2 Valittaja, E. Spółka Akcyjna, teki 24.2.2011 ensimmäisen vastapuolen, W. sp. z o.o:n, kanssa varallisuusosoikeuksien kauppasopimuksen nro -- (CPA - certificate purchase agreement, jäljempänä CPA-sopimus). Tämän sopimuksen perusteella ensimmäinen vastapuoli sitoutui siirtämään valittajan omistukseen kaikki varallisuusosoikeudet, jotka perustuvat uusiutuvista lähteistä peräisin olevan energian tuotannon yhteydessä saatuihin alkuperätodistuksiin, ja valittaja sitoutui hankkimaan kaikki kyseisiin todistuksiin perustuvat varallisuusosoikeudet OTC-kaupalla Towarowa Gielda Energiin (sähköpörssi, Puola) yhteydessä toimivassa varallisuusosoikeuspörssissä. CPA-sopimuksessa on määritelty hankituista varallisuusosoikeuksista maksettavaksi korvaukseksi 0,91 x OzJ (yksikkökorvaus, jota sovelletaan ajanjaksolla, jolla uusiutuvista lähteistä peräisin oleva energia on tuotettu).
- 3 Ensimmäinen vastapuoli on tehnyt toisen vastapuolen kanssa saatavien siirtoa koskevan sopimuksen, joka on vakuutena ensimmäiselle vastapuolelle myönnettyihin lainasopimuksiin perustuville toisen vastapuolen saataville.
- 4 Aluksi valittaja hankki ensimmäiseltä vastapuolelta alkuperätodistuksia CPA-sopimuksen mukaisesti. Seuraavaksi valittaja yritti tuloksetta neuvotella hintaehtoja uudelleen. Osapuolet täyttivät CPA-sopimuksen mukaisia velvoitteitaan 22.2.2012–31.7.2017. Syyskuussa 2017 valittajan hallitus päätti keskeyttää noin 150:n alkuperätodistuksiin perustuvien varallisuusosoikeuksien myyntiä koskevan sopimuksen, jotka olivat samankaltaisia kuin nyt käsiteltävässä asiassa kyseessä oleva CPA-sopimus, täyttämisen. Valittaja ei ole sittemmin hyväksynyt ensimmäisen vastapuolen esittämiä alkuperätodistusten myyntitilauksia.

- 5 Valittaja nosti Sąd Okręgowy w Gdańsku (Gdańskin piirituomioistuin, Puola) kanteen, jossa se vaati vahvistamaan, ettei mainittuun CPA-sopimukseen perustuvaa velvoitesuhdetta ole olemassa.
- 6 Valittajan mukaan CPA-sopimus on ehdottomasti pätemätön siviilikoodeksin (Kodeks cywilny) 353¹ §:n, luettuna yhdessä saman koodeksin 58 §:n 1 momentin ja julkisista hankinnoista 29.1.2004 annetun lain (Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych; konsolidoitu teksti CPA-sopimuksen tekohetkellä Dz. U. 2010, nro 113, järjestysnumero 759, sellaisena kuin se on muutettuna; jäljempänä PZP) 7 §:n 3 momentin ja 132 §:n 1 momentin 3 kohdan kanssa, nojalla.
- 7 Sąd Okręgowy w Gdańsku hylkäsi kanteen 6.12.2018 antamallaan tuomiolla.
- 8 Sąd Apelacyjny w Gdańsku (Gdańskin ylioikeus, Puola) hylkäsi 13.8.2019 antamallaan tuomiolla valittajan Sąd Okręgowy w Gdańskun tuomiosta tekemän valituksen.
- 9 Valittaja teki Sąd Apelacyjny w Gdańskun tuomiosta kassaatiovalituksen.
- 10 Siinä se esitti useita väitteitä, jotka koskivat kansallisen prosessi- ja aineellisen oikeuden säännösten rikkomista. Aineellisen oikeuden säännösten rikkomista koskevat väitteet liittyvät pääosin PZP:n eri säännösten virheelliseen tulkintaan, joka on ristiriidassa unionin direktiivien säännösten oikean tulkinnan kanssa (direktiivit 2004/17, 2009/28, 92/13 ja 2014/25). Jotta voidaan ratkaista, ovatko kassaatiovalituksessa esitetyt väitteet perusteltuja, on siis ensin tulkittava niitä unionin oikeuden säännöksiä, jotka on saatettu osaksi Puolan lainsäädäntöä kassaatiovalituksen perusteissa mainituilla kansallisilla säännöksillä.
- 11 Sąd Najwyższy (ylin tuomioistuin, Puola) otti kassaatiovalituksen tutkittavaksi 26.5.2020 antamallaan määräyksellä. Izba Cywilna Sądu Najwyższego (ylimmän tuomioistuimen siviilijaosto, Puola) puheenjohtaja saattoi 2.6.2022 antamallaan määräyksellä valituksen tuomari Karol Weitzin käsiteltäväksi asianumerolla II CSKP 1588/22. Sąd Najwyższyn presidentin 15.2.2023 antamalla määräyksellä 23/2023, joka koskee Sąd Najwyższyn tuomarin määräaikaista nimeämistä toimimaan kyseisen tuomioistuimen siviilijaostossa, tuomari Dawid Miąsik nimitettiin toimimaan kyseisessä siviilijaostossa määräajaksi 1.4.–30.6.2023 ja vahvistettiin asioiden jakamista koskevat periaatteet nimeämistä koskevan jakson kunkin kuukauden osalta. Seuraavaksi asia II CSKP 1588/22 siirrettiin kyseisen siviilijaoston puheenjohtajan 2.3.2023 antamalla määräyksellä Sąd Najwyższyn tuomari Dawid Miąsikin käsiteltäväksi, jolloin esittelevän tuomarin vaihto perustui mainittuun määräykseen 25/2023, ja asia oli tarkoitus käsitellä huhtikuussa 2023 pidettävässä istunnossa. Määräyksellä, joka annettiin 22.3.2023, suljetuin ovin pidettävän istunnon ajankohdaksi vahvistettiin 21.4.2023. Nyt käsiteltävän asian tutkimista varten näin muodostettuun Sąd Najwyższyn kokoonpanoon kuuluu kaksi Izba Pracy i Ubezpieczeń Społecznych Sądu Najwyższego (ylimmän tuomioistuimen työ- ja sosiaaliturvaoikeudellisten

asioiden jaosto, Puola) tuomaria sekä tavallisesti ylimmän tuomioistuimen siviilijaostossa toimiva tuomari, joka on istunnon puheenjohtaja. Sąd Najwyższym tuomari Jolanta Frańczak nimettiin vastaavalla tavalla kuin esittelevä tuomari.

Yhteenveto ennakkoratkaisupyynnön perusteista

Ensimmäinen, toinen ja kolmas kysymys

- 12 Kun tarkastellaan ensimmäistä, toista ja kolmatta kysymystä, jotka ovat samat kuin asiassa C-455/23, ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin yhtyy viimeksi mainitussa asiassa esitettyyn ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen kantaan ja viittaa siihen.

Neljäs kysymys

- 13 Tämä kysymys koskee direktiivin 2004/17 3 artiklan 3 kohdan tulkintaa. Kyse on siitä, onko unionin oikeutta tulkittava siten, että sähköä myyvällä yrityksellä on velvollisuus hankkia vihreitä sertifikaatteja siten, että se noudattaa menettelyä, josta säädetään julkisia hankintoja koskevassa unionin lainsäädännössä. Mainitusta direktiivin 2004/17 säännöksestä ilmenee, että direktiivi koskee kahdenlaista toimintaa: a) sellaisten pysyvien verkkojen saataville saattamista tai ylläpitoa, joiden tarkoituksena on tarjota yleisölle sähkön tuotantoon, siirtoon tai jakeluun liittyviä palveluja, ja b) sähkön toimittamista näihin verkkoihin.
- 14 Tätä säännöstä on vuonna 2004 annetun PZP:n 132 §:n 1 momentin 3 kohtaan perustuvassa kansallisessa oikeuskäytännössä tulkittu siten, ettei se koske valittajan kaltaisia myyjäyhtiöitä. PZP:n 132 §:n 1 momentin 3 kohdassa alakohtaiseksi toiminnaksi katsottiin vain sellaisten ”verkkojen luominen”, joiden tarkoituksena on tarjota sähkön tuotantoon, siirtoon tai jakeluun liittyviä palveluja, sekä ”sähkön toimittaminen näihin verkkoihin”. Valittaja ei ole sähköntuottaja eikä näin ollen toimita sähköä verkkoihin. Se ei myöskään rakenna verkkoja.
- 15 Vasta 28.7.2016 alkaen on alettu soveltaa PZP:n 132 §:n 1 a momenttia (joka on lisätty julkisista hankinnoista annetun lain ja eräiden muiden lakien muuttamisesta 22.6.2016 annetulla lailla (Ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw; Dz. U. 2016, järjestysnumero 1020)), jonka mukaan ”jakelulla, johon viitataan 1 momentin 3 ja 4 kohdassa, tarkoitetaan myös tukku- ja vähittäiskauppaa”. Näin ollen säännös, jonka nojalla sähköä myyvä valittajaa kohdellaan alakohtaisena hankintayksikkönä, otettiin käyttöön vasta sen jälkeen, kun CPA-sopimus oli tehty. Sitä, että PZP:n 132 §:ään lisättiin 1 a momentti, pidetään oikeuskäytännössä vahvistuksena energiayritysten vuosien 2005–2015 käytännölle, jonka mukaan PZP:tä ei sovellettu vihreiden sertifikaattien hankintaan liittyviin liiketoimiin. Tätä tukee myös 138 a §:n lisääminen PZP:hen. Tällä säännöksellä PZP:n soveltamisalan ulkopuolelle jätettiin 132 §:n 1 momentin 3 kohdassa tarkoitettua toimintaa (joka perustuu sähköverkkojen

luomiseen eikä sähkön myyntiin) harjoittavat yritykset vihreiden sertifikaattien hankinnan osalta.

- 16 Sąd Najwyższy toteaa kuitenkin, että direktiivin 2014/25 johdanto-osan 23 perustelukappaleessa selvennetään, että sähkön tuotanto, tukku- ja vähittäismyynti kuuluvat tämän direktiivin soveltamisalaan, jos tässä direktiivissä viitataan sähkön toimittamiseen. Jää kuitenkin epäselväksi, onko tulkittaessa direktiivin 2014/25 3 artiklan 3 kohdan b alakohtaa, jonka muotoilu on sama (kuin direktiivin 2014/25 9 artiklan 1 kohdan b alakohdan), otettava huomioon direktiivin 2014/25 johdanto-osan 23 perustelukappale. Direktiivin 2014/25 kyseisen johdanto-osan perustelukappaleen sisältöä (”laajentamatta millään tavoin tämän direktiivin soveltamisalaa”) voidaan tulkita siten, että sillä ainoastaan vahvistetaan alakohtaisen toiminnan käsitteen tietty määritelmä, joka olisi pitänyt hyväksyä jo silloin, kun direktiivi 2004/17 oli vielä voimassa.
- 17 Euroopan komission direktiivin 2004/17 nojalla tekemistä päätöksistä (esim. päätös 2007/141/EY) käy ilmi, että sähkökauppaa on pidetty alakohtaisena toimintana.
- 18 Neljäs kysymys koskee myös direktiivin 2004/17 3 artiklan 3 kohdan b alakohdan, luettuna yhdessä saman direktiivin 20 artiklan kanssa, tulkintaa eli sitä, onko vihreiden sertifikaattien hankinnan tarkoituksena sähkötoimituksen harjoittaminen. Kyse on nimittäin hankinnasta, joka tehdään uusiutuvien energialähteiden edistämistä koskevan lakisääteisen velvoitteen täyttämiseksi. Sähkön myyntiä voidaan harjoittaa myös vihreitä sertifikaatteja hankkimatta, vaikka tästä peritäänkin korvaava maksu tai sakko. Vihreiden sertifikaattien hankinnan tarkoituksena ei siis ole sähkön myynnin harjoittaminen.
- 19 Toisaalta on niin, että vaikka lainsäätäjä on asettanut sähköä myyville yrityksille velvoitteen hankkia vihreitä sertifikaatteja, niiden hankinta on kuitenkin seurausta sähkötoimituksen harjoittamisesta.
- 20 Lisäksi jos oletettaisiin, että vihreiden sertifikaattien hankinta ei ole alakohtaista toimintaa eikä sen tarkoituksena siten ole tällaisen toiminnan harjoittaminen direktiivin 2004/17 20 artiklassa tarkoitettussa merkityksessä, kansallinen lainsäätäjä ei olisi säättänyt tällaisia hankintoja koskevaa poikkeusta PZP:n 138 a §:n 1 momentissa. Valittaja vetoaa siihen, että alakohtainen toiminta sekä ”tällaisen toiminnan harjoittamiseksi” tehdyt hankintasopimukset on ymmärrettävä laajasti siten, että ne kattavat myös alakohtaiseen toimintaan välillisesti liittyvät hankintasopimukset, ja viittaa unionin tuomioistuimen 10.4.2008 antamaan tuomioon Ing. Aigner, Wasser-Wärme-Umwelt, GmbH v. Fernwärme Wien GmbH (C-393/06, EU:C:2008:213, 28–33 kohta). Siinä todetaan, että jotta hankintasopimus kuuluisi alakohtaisia hankintoja koskevan menettelyn soveltamisalaan, riittää, että hankintasopimus liittyy alakohtaisen toiminnan harjoittamiseen. On selvää, että vihreitä sertifikaatteja koskevan velvoitteen ja valittajan pääasiallisen toiminnan eli sähkön myynnin välillä on

tällainen yhteys, koska se, kuinka monta vihreää sertifikaattia valittajan on hankittava markkinoilla, riippuu sähkön kokonaisymyynnin määrästä.

21 Samalla unionin tuomioistuin korosti edellä mainitussa tuomiossa (27 kohta), että direktiivin 2004/17 säännöksiä on tulkittava suppeasti, mikä osoittaisi, että valittajan kaltainen julkinen yritys ei ole vihreitä sertifikaatteja hankkiessaan velvollinen noudattamaan julkisia hankintoja koskevaa menettelyä.

22 Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin viittaa myös siihen, että vihreiden sertifikaattien hankkimisen tavoite (ympäristöpolitiikan tukeminen) eroaa kilpailun suojeluun liittyvistä tavoitteista, joiden täyttämiseksi lainsäädännössä velvoitetaan tekemään alakohtaiset hankintasopimukset kilpailumenettelyssä.

Viides kysymys

23 Viides kysymys koskee sitä, kuuluiko CPA-sopimus rakenteensa perusteella julkisia hankintoja koskevan lainsäädännön soveltamisalaan.

24 Tähänastisessa menettelyssä on katsottu, että CPA-sopimus ei kuulu julkisia hankintoja koskevan lainsäädännön soveltamisalaan, koska sopimuksen täyttämiseksi toteutetut yksittäiset alkuperätodistuksiin liittyvien oikeuksien siirrot eivät ylittäneet alakohtaisia hankintoja koskevaa unionin kynnsarvoa. Tämä kynnsarvo oli CPA-sopimuksen tekopäivänä 387 000 euroa. On todettu, että valittajan ja vastapuolen CPA-sopimuksen perusteella suorittamien liiketoimien vuotuinen kokonaisarvo oli noin 3 000 000 Puolan zlotya (PLN) (mikä vastaa noin kaksinkertaisesti unionin kynnsarvoa perustuen euron arvoon CPA-sopimuksen tekopäivänä). Täyttäessään CPA-sopimusta osapuolet suorittivat kuukausittain yleensä yhden liiketoimen, jonka arvo oli keskimäärin 65 000 euroa. Nämä liiketoimet eivät ylittäneet unionin kynnsarvoa. On katsottu, ettei ole perusteltua pitää kaikkia pörssissä toteutettuja liiketoimia yhtenä julkisena hankintana, koska CPA-sopimuksessa ei ole määritelty sääntelyviraston puheenjohtajan myöntämien alkuperätodistusten kattaman sähkön määrää eikä valittajan ensimmäisen vastapuolen hyväksi toteuttaman suorituksen määrää. Tästä syystä CPA-sopimusta ei ole pidetty puitejärjestelynä vaan yksinomaan sopimuksena, joka velvoitti tekemään varallisuusosoikeuksien kauppasopimuksia, mikä merkitsi sitä, että PZP:ssä säädettyä menettelyä olisi pitänyt soveltaa ainoastaan toimitussopimukseen (sopimukseen, jotka koskivat ensimmäiselle vastapuolelle myönnettyjen alkuperätodistusten myyntiä kunakin kuukautena).

25 Näin ollen, koska CPA-sopimuksessa ei ole määritelty ennalta kyseisen sopimuksen perusteella suoritettavien liiketoimien arvoa ja koska kunkin yksittäisen toimitussopimuksen arvo ei ylittänyt unionin kynnsarvoja, CPA-sopimus ei kuulu julkisia hankintoja koskevan unionin lainsäädännön soveltamisalaan.

26 Valittaja katsoo sen sijaan, että silloin kun aiotaan hankkia samanlaisia hyödykkeitä sellaisten kauppasopimusten perusteella, jotka tehdään yhden toimittajan kanssa ennalta määräytyksi ajaksi ja yhden taloudellisen tavoitteen

toteuttamiseksi, hankintasopimuksen arvona on pidettävä kaikkien niiden hyödykkeiden kokonaisarvoa, jotka hankintayksikkö aikoo hankkia. Se vetosi kieltoon, joka koskee hankinnan jakamista osiin kansallisessa lainsäädännössä ja direktiivin 2004/17 17 artiklan 2 kohdassa määriteltyjen unionin kynnysarvojen kiertämiseksi. CPA-sopimus koski nimittäin toimitussopimuksia, joiden kohde oli sama ja jotka oli tehty samojen osapuolten välillä määrätyksi ajaksi.

- 27 Vaihtoehtoisesti valittaja esittää, että hankintasopimuksen arvona olisi pidettävä kaikkia alkuperätodistuksia, jotka on hankittu kyseisenä kalenterivuonna kaikilta uusiutuvista lähteistä peräisin olevan energian tuottajilta (mukaan lukien ensimmäiseltä vastapuolelta) alkuperätodistusten esittämistä koskevan velvoitteen täyttämiseksi.
- 28 Näin ollen on tarpeen tulkita viidennessä kysymyksessä mainittuja unionin oikeuden säännöksiä, jotta voidaan määrittää, kuuluuko CPA-sopimuksen kaltainen sopimus, jossa määritellään hintaa ja määrää koskevat ehdot, joiden perusteella hankintayksikkö aikoo tehdä toimitussopimuksia, puitejärjestelynä (direktiivin 2004/17 14 artikla, luettuna yhdessä saman direktiivin 1 artiklan 4 kohdan kanssa) julkisia hankintoja koskevan lainsäädännön soveltamisalaan, ja selvittää, miten on määriteltävä unionin kynnysarvojen ylittyminen, joka edellyttää julkisia hankintoja koskevan menettelyn soveltamista, sopimuksen pätemättömäksi toteamista koskevaa menettelyä varten. Määritetäänkö tässä tilanteessa julkisia hankintoja koskevan lainsäädännön soveltamisalaan kuuluminen hankintasopimuksen ex ante -arvon perusteella vai vasta ex post, kyseisenä kalenterivuonna sopimuksen täyttämiseksi toteutettujen liiketoimien todellisen arvon perusteella taikka kaikkien sopimuksen täyttämiseksi toteutettujen liiketoimien, joista yksikään ei ylittänyt unionin kynnysarvoja, kokonaisarvon perusteella?

Kuudes kysymys

- 29 Valituksenalainen tuomio perustuu oletamaan siitä, että jos kauppasopimuksen katsotaan olevan tehty julkisia hankintoja koskevan lainsäädännön vastaisesti niin, ettei ole lainkaan noudatettu kyseisessä lainsäädännössä säädettyä sopimuskentekomenettelyä, ainoastaan sallitusta menettelystä tämän sopimuksen pätevyyden riitauttamiseksi säädetään PZP:n 146 §:ssä. Kyseisessä säännöksessä säädetään sopimuksen pätemättömäksi toteamisen edellytyksistä. Samalla siinä suljetaan pois sopimuksen pätemättömäksi toteaminen siviiliprosessikoodeksin (Kodeks postępowania cywilnego) 189 §:n (johon valittaja perustaa kanteensa) perusteella. PZP:n 146 §:ssä esitetty luettelo sopimuksen pätemättömäksi toteamisen perusteista on tyhjentävä. Nyt käsiteltävässä asiassa voidaan soveltaa ainoastaan PZP:n 146 §:n 1 momentin 2 kohtaa, jonka mukaan ”sopimus todetaan pätemättömäksi, jos hankintayksikkö ei ole julkaissut hankintailmoitusta Biuletyn Zamówień Publicznychissa (julkisia hankintoja koskeva lehti, Puola) tai toimittanut hankintailmoitusta Euroopan unionin julkaisutoimistolle”. Tällä säännöksellä saatetaan osaksi Puolan lainsäädäntöä direktiivin 92/13/ETY 2 d artiklan 1 kohdan a alakohta, sellaisena kuin se on muutettuna neuvoston

direktiivien 89/665/ETY ja 92/13/ETY muuttamisesta julkisia hankintoja koskeviin sopimuksiin liittyvien muutoksenhakumenettelyjen tehokkuuden parantamiseksi 11.12.2007 annetulla Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivillä 2007/66/EY (EUVL 2007, L 335, s. 31).

- 30 Molempien oikeusasteiden tuomioistuimet ovat tulkinneet tätä säännöstä siten, että sen soveltamisalaan kuuluu hankintamenettelyn järjestämisvelvoitteen laiminlyöminen. Ne ovat katsoneet, että kyseinen säännös muodostaa oikeusperustan seuraamusten soveltamiselle tapauksissa, joissa on tehty lainvastainen suorahankinta. Unionin tuomioistuin on nimittäin katsonut tällaisen menettelytavan rikkovan kaikkein vakavimmalla tavalla julkisia hankintoja koskevaa unionin lainsäädäntöä (direktiivin 2007/66 johdanto-osan 1[3] perustelukappale). Molempien oikeusasteiden tuomioistuinten mukaan hankintayksikön sellainen menettelytapa, jossa julkinen hankinta tehdään suoraan julkisia hankintoja koskevia sääntöjä soveltamatta, sisältyy hankintailmoituksen antamatta jättämiseen liittyvään edellytykseen. Kun PZP:n säännöksissä edellytettyä sopimuksetekomenettelyä ei tällaisesta velvollisuudesta huolimatta ole noudatettu, ei ole myöskään julkaistu asianmukaista hankintailmoitusta. PZP:n 146 §:ään perustuvan sopimuksen pätemättömäksi toteamista koskevan menettelyn soveltamiseksi riittää kuitenkin pelkkä julkaisemisvelvollisuuden laiminlyönti. Muun tyyppiset PZP:n säännösten noudattamatta jättämiset kuuluvat PZP:n 146 §:n muiden kohtien tai PZP:n erityissäännösten soveltamisalaan.
- 31 Jos tutkittaisiin nyt käsiteltävän asian asiisisältöä, tähän näkemykseen olisi ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen mukaan yhdyttävä. Tätä puoltaa mainitun direktiivin johdanto-osan perustelukappaleiden sanamuoto. Direktiivin johdanto-osan 14 perustelukappaleen mukaan suorahankinnoiksi olisi katsottava kaikki sellaiset hankintasopimukset, jotka on tehty julkaisematta ennalta hankintailmoitusta. Tämä edellyttäisi kuitenkin, että PZP:n 146 §:n 1 momentin 2 kohtaa tulkittaisiin laajasti ja funktionaalisesti, mikä sallitaan kansallisessa oikeudessa.
- 32 Valittaja puoltaa kuitenkin tämän säännöksen sellaista tulkintaa, jonka mukaan PZP:n säännösten jättämistä kokonaan soveltamatta hankintasopimusta tehtäessä ei voida pitää PZP:n sellaisena rikkomisena, joka muodostuu hankintailmoituksen julkaisematta jättämisestä asianomaisessa julkaisussa. Valittajan mukaan PZP:n 146 §:n 1 momentissa vahvistettu luettelo sopimuksen pätemättömäksi toteamisen perusteista on tyhjentävä. Se väittää, että PZP:n 146 §:n 1 momentin 2 kohdassa tarkoitettu noudattamatta jättäminen tulee kyseeseen vasta silloin, jos hankintayksikkö on jo aloittanut hankintamenettelyn. Valittajan mukaan lainsäätäjät erottaa toisistaan hankintasopimuksen tekemisen ilman edellytettyä ilmoitusta ja kyseisen sopimuksen tekemisen soveltamatta julkisia hankintoja koskevaa lainsäädäntöä sekä pitää PZP:n jättämistä täysin soveltamatta erillisenä PZP:n rikkomista koskevana perusteena, jota ei mainita PZP:n 146 §:ssä. Tällainen PZP:n 146 §:n tulkinta antaa puolestaan oikeuskirjallisuudessa hyväksytyyn mahdollisuuden soveltaa siviilikoodeksin 58 §:n 1 momentissa säädettyä pätemättömyysseuraamusta. Valittaja väittää lisäksi, että

direktiivi 92/13, sellaisena kuin se on muutettuna direktiivillä 2007/66, perustuu vähimmäistason yhdenmukaistamiseen. Siviilikoodeksin 58 §:n 1 momentin mukainen pätemättömyysseuraamus on osaltaan ankarampi kuin PZP:n 146 §:n mukainen sopimuksen tehottomuutta koskeva seuraamus. Jälkimmäiseen sovelletaan nimittäin rajoituksia, jotka koskevat paitsi sopimuksen mahdollisen pätemättömyyden toteamisen perusteita myös määräaikaa sekä tahoja, joka voi vaatia sopimuksen pätemättömyyden vahvistamista.

- 33 Urząd Zamówień Publicznych (julkisista hankinnoista vastaava virasto, Puola) katsoo, että niiden tapausten lisäksi, joissa sopimus on suhteellisesti pätemätön (moitteenvaarainen pätemättömyys) hankintamenettelyjen rikkomiseen liittyvistä syistä (joita tarkoitetaan PZP:n 146 §:n 1 ja 6 momentissa), ”voi olla myös tapauksia, joissa sopimus on ehdottomasti pätemätön muista kuin hankintamenettelyjen rikkomiseen liittyvistä syistä (siviilikoodeksin 58 §)”. Tämä kanta ei kuitenkaan tarjoa ratkaisua siihen, merkitseekö PZP:ssä säädetyn sopimuksetekomenettelyn jättäminen kokonaan noudattamatta hankintamenettelyn rikkomista.

Seitsemäs kysymys

- 34 Seitsemäs kysymys koskee oikeuden väärinkäytön kieltä koskevan periaatteen soveltamista unionin oikeuden yleisenä periaatteena. Molempien oikeusasteiden tuomioistuimet ovat katsoet, että vaatimusta CPA-sopimuksen toteamisesta tehottomaksi sillä perusteella, että se on tehty soveltamatta julkisia hankintoja koskevaa lainsäädäntöä, ei voida hyväksyä, koska tällaisen vaatimuksen esittäminen merkitsee oikeuden väärinkäyttöä. Kuten todetuista tosiseikoista ilmenee, valittaja esitti tällaisen vaatimuksen, koska kyseisen sopimuksen täyttäminen oli muuttunut vähemmän kannattavaksi sen seurauksena, että alkuperätodistusten hinta oli laskenut pörssissä.
- 35 Mainitun periaatteen mukaan unionin oikeuden adressaatit eivät saa ”vedota unionin oikeussääntöihin vilpillisesti tai niitä väärinkäyttäen” (ks. unionin tuomioistuimen tuomio 6.2.2018, Altun ym., C-359/16, EU:C:2018:63, 48 kohta; tuomio 28.7.2016, Kratzer, C-423/15, EU:C:2016:604, 37 kohta ja tuomio 11.7.2018, komissio v. Belgia, C-356/15, EU:C:2018:555, 99 kohta). Tällä periaatteella estetään siis unionin oikeuden epäasianmukainen täytäntöönpano. Unionin oikeutta käytetään väärin, jos yksityisen toiminta on unionin oikeuden tavoitteen vastaista (unionin tuomioistuimen tuomio 26.2.2019, T Danmark ja Y Denmark, C-116/16 ja C-117/16, EU:C:2019:135, 76, 79 ja 80 kohta), vaikka se noudattaisikin unionin lainsäädännön kirjainta. Oikeuden väärinkäytön toteamiseksi on osoitettava, että yksityinen saa ”etua”, kun hän vetoaa unionin oikeuteen. Ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen mukaan etu tarkoittaa kaikkea unionin oikeussäännön soveltamista unionin oikeuteen vetoavan yksityisen vaatimusten mukaisesti. Tällainen etu voi olla se, että menettelyn asianosainen vapautetaan sellaisen velvoitteen vaikutuksista, johon se on sitoutunut sellaisessa sopimuksessa, joka rikkoo unionin oikeutta (kansallisia säännöksiä, joilla tämä oikeus on pantu täytäntöön).

- 36 Jotta voidaan selvittää, onko yksityinen syyllistynyt unionin oikeuden väärinkäyttöön, on tehtävä kaksiosainen testi, joka koostuu objektiivisesta ja subjektiivisesta osatekijästä (unionin tuomioistuimen tuomio 6.2.2018, Altun ym., C-359/16, EU:C:2018:63, 50 kohta; tuomio 13.3.2014, SICES ym., C-155/13, EU:C:2014:145, 31 kohta ja tuomio 28.7.2016, Kratzer, C-423/15, EU:C:2016:604, 38 kohta). Väärinkäyttöä koskevan testin objektiivinen osatekijä perustuu siihen, että ”kaikista objektiivisista olosuhteista on ilmeistä, että vaikka unionin säännöstössä vahvistettuja edellytyksiä on muodollisesti noudatettu, kyseisellä säännöstöllä tavoiteltua päämäärää ei ole saavutettu” (unionin tuomioistuimen tuomio 13.3.2014, SICES ym., C-155/13, EU:C:2014:145, 32 kohta ja tuomio 14.12.2000, Emsland Starke, C-110/99, EU:C:2000:695, 52 kohta). Subjektiivinen osatekijä keskittyy yksityisen tavoitteeseen ja perustuu siihen, että arvioidaan ”objektiivisten osatekijöiden kokonaisuutta” (unionin tuomioistuimen tuomio 13.3.2014, SICES ym., C-155/13, EU:C:2014:145, 37 ja 39 kohta), jonka on osoitettava, että yksityisen lain kirjaimen mukaisen toiminnan keskeinen päämäärä on ”perusteettoman edun saaminen” (unionin tuomioistuimen tuomio 13.3.2014, SICES ym., C-155/13, EU:C:2014:145, 33 kohta ja tuomio 28.7.2016, Kratzer, C-423/15, EU:C:2016:604, 40 kohta).
- 37 Nyt käsiteltävässä asiassa – kun otetaan huomioon, että oikeuden väärinkäytön kieltoa pidetään unionin oikeuden yleisenä periaatteena – on välttämätöntä, että unionin tuomioistuin antaa ratkaisun siitä, voidaanko yksityisen vetoamista sopimuksen lainvastaisuuteen, joka perustuu siihen, että sopimusta tehtäessä ei ole noudatettu julkisia hankintoja koskevia unionin ja kansallisen oikeuden säännöksiä, pitää julkisia hankintoja koskevan unionin lainsäädännön tavoitteen vastaisena silloin, kun yksityinen vetoaa tähän perusteeseen vapautuakseen sopimuksen täyttämistä, koska siitä on tullut markkinaolosuhteiden muutoksen vuoksi vähemmän kannattavaa kuin sopimuksen tekohetkellä on oletettu. Tällöin vetoaminen siihen, että sopimus rikkoo julkisia hankintoja koskevaa lainsäädäntöä, on vain tekosyy, jolla pyritään täysin eri tavoitteisiin kuin ne, joihin unionin lainsäätaja on pyrkinyt määrittäessään seuraamuksia sopimuksen tekemisestä julkisia hankintoja koskevassa lainsäädännössä säädettyä menettelyä noudattamatta.