

POSTANOWIENIE

21 kwietnia 2023 r.

Sąd Najwyższy w Izbie Cywilnej w składzie:

SSN Karol Weitz (przewodniczący)

SSN Jolanta Frańczak

SSN Dawid Miąsik (sprawozdawca)

na posiedzeniu niejawnym 21 kwietnia 2023 r. w Warszawie,

na skutek skargi kasacyjnej E. spółki akcyjnej w G.

od wyroku Sądu Apelacyjnego w Gdańsku

z 13 sierpnia 2019 r., I AGa 74/19,

w sprawie z powództwa E. spółki akcyjnej w G.

przeciwko W. spółce z ograniczoną odpowiedzialnością w P. i Bankowi spółce
akcyjnej w W.

o ustalenie ,

**na podstawie art. 267 TFUE postanawia zwrócić się do
Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z następującymi
pytaniami:**

**1. Czy art. 19 ust. 1 akapit drugi TUE w świetle wykładni
przyjętej przez TS w wyroku w sprawie C-487/19 W.Ż. należy
interpretować w ten sposób, że wyznaczenie sędziego Sądu
Najwyższego do czasowego orzekania w innej Izbie Sądu
Najwyższego bez jego zgody narusza zasadę nieusuwalności
i niezawisłości sędziów analogicznie do przeniesienia sędziego
sądu powszechnego między dwoma wydziałami tego samego
sądu, gdy:**

**- sędzia zostaje wyznaczony do orzekania w sprawach,
których materia nie pokrywa się z właściwością rzeczową Izby,
do orzekania w której sędzia Sądu Najwyższego został powołany;**

- od decyzji o takim wyznaczeniu sędziego nie ma zapewnionej drogi sądowej spełniającej wymagania określone w pkt 118 wyroku w sprawie C-487/18 W.Ż.;

- zarządzenie Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego o wyznaczeniu do orzekania w innej Izbie oraz zarządzenie Prezesa kierującego pracą Izby Cywilnej Sądu Najwyższego o przydziale konkretnych spraw zostały wydane przez osoby powołane na stanowiska sędziowskiego w Sądzie Najwyższym w takich samych okolicznościach, jak w sprawie C-487/18 W.Ż., a w świetle dotychczasowego orzecznictwa postępowania sądowe z udziałem takich osób są nieważne bądź naruszają prawo strony do rzetelnego procesu z art. 6 EKPCz;

- wyznaczenie sędziego do orzekania bez jego zgody na czas określony w innej Izbie Sądu Najwyższego niż ta, w której pełni służbę, przy jednoczesnym pozostawieniu obowiązku orzekania w Izbie macierzystej, nie ma podstawy w prawie krajowym;

- wyznaczenie sędziego do orzekania bez jego zgody na czas określony w innej Izbie Sądu Najwyższego niż ta, w której pełni służbę prowadzi do naruszenia art. 6b dyrektywy 2003/88/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 4 listopada 2003 r. dotyczącej niektórych aspektów organizacji czasu pracy (Dz. U. UE. L. z 2003 r. Nr 299, s. 9)?

2. Niezależnie od odpowiedzi na pierwsze pytanie, czy art. 19 ust. 1 akapit drugi TUE należy interpretować w ten sposób, że nie jest sądem „ustanowionym ustawą” sąd w składzie ukonstytuowanym w wyniku wydania zarządzenia Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego o wyznaczeniu do orzekania w innej Izbie Sądu Najwyższego oraz zarządzenia Prezesa kierującego pracą Izby Cywilnej Sądu Najwyższego o przydziale konkretnych spraw przez osoby powołane na stanowiska sędziowskiego w Sądzie Najwyższym w takich samych okolicznościach, jak w sprawie C-487/18 W.Ż., gdy z dotychczasowego orzecznictwa

wynika, że postępowania sądowe z udziałem tak powołanych osób są nieważne bądź naruszają prawo strony do rzetelnego procesu z art. 6 EKPCz?

3. W przypadku udzielenia pozytywnej odpowiedzi na pierwsze pytanie lub udzielenia na drugie pytanie odpowiedzi, zgodnie z którą tak ustanowiony sąd nie jest sądem „ustanowionym ustawą”, czy art. 19 ust. 1 akapit drugi TUE oraz zasadę pierwszeństwa prawa Unii należy interpretować w ten sposób, że sędziowie powołani w skład sądu ustanowionego w sposób opisany w pytaniach 1 i 2 mogą odmówić podejmowania czynności w przydzielonej im sprawie, w tym orzekania, uznając za nieistniejące zarządzenia o wyznaczeniu do orzekania w innej Izbie Sądu Najwyższego oraz o przydzieleniu konkretnych spraw, czy też mają wydać orzeczenie, pozostawiając w gestii stron decyzję o jego ewentualnym zaskarżeniu z powodu naruszenia prawa strony do rozpoznania sprawy przez sąd spełniający wymagania z art. 19 ust. 1 akapit drugi TUE oraz art. 47 KPP?

4. W przypadku udzielenia odpowiedzi na powyższe pytania, zgodnie z którą sąd pytający jest sądem ustanowionym ustawą w rozumieniu art. 19 ust. 1 akapit drugi TUE, czy art. 3 ust. 3 lit. b) w związku z art. 20 oraz art. 1 ust. 2 lit. c) dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. 2004/17/WE koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz.U. UE z 2004 r. L 134, s. 1 z późn. zm.) należy interpretować w ten sposób, że przedsiębiorstwo publiczne, o którym mowa w art. 2 ust. 1 lit. b) tej dyrektywy, prowadzące działalność w zakresie sprzedaży hurtowej i detalicznej energii elektrycznej ma obowiązek nabywać w trybie zamówień publicznych zielone certyfikaty, o których mowa w art. 2 lit. k-l dyrektywy Parlamentu

Europejskiego i Rady 2009/28/WE z dnia 23 kwietnia 2009 r. w sprawie promowania stosowania energii ze źródeł odnawialnych zmieniającej i w następstwie uchylającej dyrektywy 2001/77/WE oraz 2003/30/WE (Dz. U. UE. L. z 2009 r. Nr 140, str. 16 z późn. zm.)?

5. W przypadku pozytywnej odpowiedzi na pytanie nr 4, czy art. 14 w związku z art. 1 ust. 4 dyrektywy 2004/17, należy interpretować w ten sposób, że w trybie przewidzianym dla zamówień publicznych zawarta ma być umowa ramowa między takim przedsiębiorstwem a wytwórcą energii z odnawialnych źródeł, gdy szacunkowa (choć nieokreślona w umowie) łączna wartość nabywanych w wykonaniu tej umowy zielone certyfikaty przekracza próg określony w art. 16 lit. a) tej dyrektywy, natomiast wartość pojedynczych transakcji zawieranych w wykonaniu tej umowy nie przekracza tego progu?

6. W przypadku pozytywnych odpowiedzi na pytania 4 i 5, czy zawarcie umowy z całkowitym pominięciem przepisów o zamówieniach publicznych stanowi przypadek, o którym mowa w art. 2d ust. 1 lit a dyrektywy Rady 92/13/EWG z dnia 25 lutego 1992 r. koordynującej przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne odnoszące się do stosowania przepisów wspólnotowych w procedurach zamówień publicznych podmiotów działających w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji (Dz. U. UE. L. z 1992 r. Nr 76, str. 14 z późn. zm.), czy też jest to inny przypadek naruszenia unijnego prawa zamówień publicznych, pozwalający na stwierdzenie nieważności umowy poza trybem przewidzianym w prawie krajowym wdrażającym powyższą dyrektywę?

7. W przypadku pozytywnych odpowiedzi na pytania 4-6, czy zasadę ogólną zakazującą nadużywania prawa należy interpretować w ten sposób, że zamawiające przedsiębiorstwo, o którym mowa art. 2 ust. 1 lit. b) dyrektywy 2004/17, nie może

domagać się unieważnienia umowy zawartej przez nie z dostawcą z naruszeniem przepisów krajowych implementujących dyrektywy unijne z zakresu zamówień publicznych, gdy rzeczywistym powodem żądania unieważnienia umowy nie jest respektowanie prawa Unii, lecz spadek opłacalności jej realizacji przez zamawiającego?

8. Zawiesza postępowanie kasacyjne na podstawie art. 177 § 1 pkt 3 k.p.c. (*per analogiam*).

UZASADNIENIE

Stan faktyczny i stanowisko Sądów obu instancji

Powód (E. Spółka Akcyjna w G.) wniósł pozew o ustalenie nieistnienia stosunku zobowiązaniowego, który powstał na skutek zawarcia w dniu 24 lutego 2011 r. przez powoda oraz W. sp. z o.o. w P. (pozwany nr 1) „umowy sprzedaży praw majątkowych nr [...]” (CPA – certificate purchase agreement). Pozwanym nr 2 jest Bank Spółka Akcyjna.

Powód w pozwie argumentował, że CPA jest bezwzględnie nieważna, ponieważ treścią umowy jest zobowiązanie stron do zawierania umów sprzedaży praw majątkowych ze świadectw pochodzenia energii przysługujących pozwanemu nr 1 z pominięciem przepisów prawa zamówień publicznych. Według powoda umowa CPA nie jest umową o zamówienie publiczne, jej przedmiotem nie jest dostawa towarów, nie jest to umowa odpłatna, gdyż określa ona jedynie warunki, na jakich zawierane będą umowy wykonawcze (transakcje, których przedmiotem jest zakup świadectw pochodzenia przysługujących pozwanemu nr 1 z tytułu wytworzenia energii w odnawialnym źródle energii). Zdaniem powoda umowa CPA jest bezwzględnie nieważna na podstawie art. 353¹ w związku z art. 58 § 1 k.c. w związku z art. 7 ust. 3 oraz art. 132 ust. 1 pkt 3 Ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (jednolity tekst na dzień zawarcia umowy CPA: Dz.U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm., dalej jako: PZP).

Sąd Okręgowy w Gdańsku wyrokiem z 6 grudnia 2018 r., IX GC 735/17 oddalił powództwo i rozstrzygnął o kosztach postępowania. Sąd Okręgowy ustalił następujący stan faktyczny, który między stronami nie jest sporny. Ustalenia stanu faktycznego są wiążące dla Sądu Najwyższego.

Powód zajmuje się handlem energią elektryczną (główny przedmiot działalności). Jego jedynym akcjonariuszem jest E. Spółka Akcyjna. W spółce tej Skarb Państwa ma więcej niż 50% akcji. Pozwany nr 1 prowadzi działalność w zakresie wytwarzania, przesyłania i dystrybucji energii elektrycznej. Pozwany nr 2 jest bankiem.

Powód zawarł z pozwanym nr 1 w dniu 24 lutego 2022 r. umowę CPA. Jej przedmiotem było określenie warunków i zasad sprzedaży wszystkich praw majątkowych wynikających ze świadectw pochodzenia energii elektrycznej produkowanej w elektrowniach wiatrowych pozwanego zlokalizowanych w dwóch miejscowościach. Pozwany nr 1 zobowiązał się wobec powoda do przeniesienia własności wszystkich praw majątkowych wynikających ze świadectw pochodzenia otrzymanych w związku z wygenerowaniem energii w odnawialnym źródle energii (OZE). Powód zobowiązał się do nabywania wszystkich praw majątkowych z tytułu wspomnianych świadectw w drodze transakcji pozasesyjnych na rynku praw majątkowych Towarowej Giełdy Energii. W umowie CPA określono wynagrodzenie za nabyte prawa majątkowe na poziomie $0,91 \times \text{OzJ}$ (jednostkowa opłata zastępcza obowiązująca w okresie, w którym została wygenerowana energia z OZE). W Umowie CPA sformułowano dodatkowe zastrzeżenia co do ceny minimalnej i maksymalnej sprzedaży świadectw pochodzenia energii z OZE.

Umowa CPA pozwoliła powodowi zapewnić sobie źródło świadectw pochodzenia, które następnie byłyby przedstawiane Prezesowi Urzędu Regulacji Energetyki (dalej: Prezesowi URE) do umorzenia po to, by uczynić zadość ustawowemu obowiązkowi wynikającemu z wdrożenia przepisów dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.U. UE. z 2004 L 134, s.114 z późn. zm.) Pozwanemu nr 1 umowa CPA zapewniła stabilne źródło finansowania inwestycji w budowę OZE.

Pozwany nr 1 zawarł umowę przelewu wierzytelności z pozwanym nr 2 w celu zabezpieczenia wierzytelności pozwanego nr 2 z tytułu umów kredytu udzielonych pozwanemu nr 1.

Początkowo powód nabywał od pozwanego nr 1 świadectwa pochodzenia zgodnie z umową CPA. Z uwagi na znaczne spadki cen świadectw pochodzenia energii na rynku w 2013 r. powód podjął próbę renegotjacji warunków cenowych ustalonych w Umowie CPA, na co pozwany nr 1 nie wyraził zgody. Umowa CPA była realizowana przez strony od 22 lutego 2012 r. do 31 lipca 2017 r. We wrześniu 2017 r. zarząd powoda podjął decyzję o zaprzestaniu realizacji około 150 umów sprzedaży praw majątkowych wynikających ze świadectw pochodzenia analogicznych do Umowy CPA, o którą chodzi w niniejszej sprawie. Jak ustalił Sąd Okręgowy, zlecenia sprzedaży świadectw pochodzenia zgłaszane przez pozwanego nr 1 nie są od tej pory akceptowane przez powoda. W tej sytuacji pozwany nr 1 sprzedaje świadectwa pochodzenia energii innym podmiotom.

W tak ustalonym stanie faktycznym Sąd Okręgowy kierował się następującym rozumowaniem, oddalając powództwo. Rozumowanie to ma charakter kaskadowy.

Po pierwsze, Sąd przyjął, że umowa CPA określa warunki cenowe dotyczące zawierania umów wykonawczych (umów sprzedaży świadectw pochodzenia energii). Umowa CPA nie stanowi umowy o udzielenie zamówienia publicznego ani umowy ramowej w rozumieniu art. 2 ust. 9a PZP. Niezastosowania się do przepisów PZP przy zawieraniu umowy CPA nie prowadzi do nieważności umów wykonawczych. Umowa sprzedaży CPA zobowiązywała strony do zawierania na określonych warunkach przyszłych transakcji pozasesyjnych na Towarowej Giełdzie Energii.

Po drugie, Sąd przyjął, że przedmiotem umowy CPA była sprzedaż praw majątkowych. Przedmiot tej umowy nie stanowi dostawy, ponieważ w myśl dyrektywy 2004/18 dostawa dotyczy tylko towaru, a nie prawa majątkowego. Choć więc polskie PZP przewidywało szerszą definicję pojęcia dostawy jako obejmującą również nabywanie praw (art. 2 pkt 2 PZP), to Sąd pierwszej instancji zdecydował się dokonać prounijnej wykładni przepisów PZP przez zawężenie zakresu przedmiotowego zastosowania tej ustawy.

Po trzecie, Sąd pierwszej instancji zwrócił uwagę na art. 138a ust. 1 PZP, w którym rozróżniono pojęcia „dostawa” oraz „zakup świadectw pochodzenia” a same świadectwa zakwalifikował jako inne instrumenty finansowe, do których zastosowanie PZP było wyłączone na mocy art. 4 pkt 3 lit. j) PZP. Sąd Okręgowy zwrócił także uwagę, że art. 138a ust. 1 PZP uległ zmianie w 2015 r. w ten sposób, że wyłączono przedmiotowe zastosowanie PZP do zakupu świadectw pochodzenia energii, potwierdzając w ten sposób prawidłowość praktyki obrotu z lat 2005-2015, zgodnie z którą przepisów PZP nie stosowano do transakcji nabywania świadectw pochodzenia. Zmiana art. 138a PZP została potraktowana przez Sąd Okręgowy jako zmiana doprecyzowująca obowiązujący stan prawny i rozwiewająca ewentualne wątpliwości co do niestosowania PZP do zakupu świadectw pochodzenia energii. Sąd Okręgowy uznał także, że stosowanie reżimu PZP do zakupu świadectw pochodzenia, którymi obraca się za pośrednictwem Towarowej Giełdy Energii jest nierealne oraz nie ma uzasadnienia w aksjologii przepisów o zamówieniach publicznych.

Po czwarte, Sąd Okręgowy przyjął, że nawet gdyby uznać, iż przepisy PZP znajdują zastosowanie do umowy CPA, to pominięcie przepisów PZP przy zawieraniu umów wykonawczych nie czyniło umowy CPA jako ewentualnie umowy ramowej nieważną. Umowy zawarte z pominięciem rygorów PZP podlegają bowiem unieważnieniu wyłącznie w trybie określonym w art. 146 PZP. Powód nie mógłby domagać się ustalenia jej nieistnienia w trybie art. 189 k.p.c. z uwagi na wyłączenia zastosowania tego przepisu przez art. 146 ust. 4 w związku z ust. 1 PZP.

Po piąte, w ocenie Sądu pierwszej instancji zachowanie powoda domagającego się ustalenia nieistnienia umowy ramowej oparte na zarzutach zawarcia jej z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych, których nie dochował sam powód, stanowi przejaw naruszenia zasady lojalności kontraktowej oraz świadczy o nadużyciu prawa (art. 5 k.c.).

Sąd Apelacyjny w Gdańsku wyrokiem z 13 sierpnia 2019 r., I AGa 74/19 oddalił apelację powoda od wyroku Sądu Okręgowego. Sąd drugiej instancji kierował się następującym rozumowaniem.

Niesporne było między stronami, że łączna wartość transakcji zawartych w wykonaniu umowy CPA przekraczała progi unijne przewidziane w PZP oraz że powód pozostaje pod dominującym wpływem Skarbu Państwa.

Po pierwsze, kluczową kwestią jest, czy powód miał status zamawiającego sektorowego (art. 3 ust. 1 pkt 4 w związku art. 132 ust. 1 pkt 3 PZP), czyli czy wykonywał działalność sektorową oraz czy ewentualnie działalność ta była wyłączona co do nabywania prawa majątkowych do świadectw pochodzenia energii. Zgodnie z tymi przepisami prawo zamówień publicznych stosuje się do udzielania zamówień publicznych przez podmioty wykonujące działalność, jaką jest „tworzenie sieci przeznaczonych do świadczenia publicznych usług związanych produkcją, przesyłaniem lub dystrybucją energii elektrycznej [...] lub dostarczania energii elektrycznej [...] do takich sieci lub kierowania takimi sieciami”. Według Sądu Apelacyjnego działalność powoda nie miała takiego charakteru. Powód zajmuje się obrotem energii elektrycznej. Obrót energii (sprzedaż energii) nie jest ani produkcją, ani przesyłaniem, ani dystrybucją energii. Działalność powoda nie była działalnością sektorową, której prowadzenie skutkowało objęciem reżimem zawierania umów w trybie PZP.

Po drugie, umowa CPA nie stanowiła wykonywania działalności sektorowej. Celem nabywania świadectw pochodzenia energii było wywiązanie się z ustawowego obowiązku pozyskiwana przez przedsiębiorstwa obrotu tego rodzaju instrumentów w ramach mechanizmu wsparcia dla systemu niekonwencjonalnych źródeł energii.

Po trzecie, Sąd Apelacyjny również odwołał się do art. 138a ust. 1 PZP, który uległ zmianie w 2015 r. Przepis ten wyraźnie wyłączał przedmiotowo zastosowanie ustawy PZP do zakupu świadectw pochodzenia energii.

Po czwarte, zastosowanie PZP do zakupu świadectw pochodzenia jest wykluczone także ze względu na to, że obrót świadectwami może nastąpić jedynie za pośrednictwem Towarowej Giełdy Energii podczas sesji giełdowych albo w ramach transakcji sesyjnych, na podstawie zawartych wcześniej umów sprzedaży (art. 46 ust. 10 ustawy o odnawialnych źródłach energii).

Po piąte, w niniejszej sprawie nie można zastosować art. 189 k.p.c. Zgodnie z art. 146 ust. 1 PZP, umowa podlega unieważnieniu w razie zaistnienia enumeratywnie wymienionych przypadków naruszenia ustawy (pkt 1-6). Art. 146 ust. 4 PZP wyłącza możliwość stwierdzenia nieważności umowy na podstawie art. 189 k.p.c. w przypadku przyczyn, o których mowa w art. 146 ust. 1 oraz 6 PZP. Nawet gdyby przyjąć, że do umowy CPA oraz umów wykonawczych miało zastosowanie PZP, to przesłanka ich unieważnienia określona została w art. 146 ust. 1 pkt 2 PZP, ponieważ powód nie umieścił ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych oraz nie przekazał ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji UE.

Postępowanie przed Sądem Najwyższym

Powód zaskarżył wyrok Sądu Apelacyjnego skargą kasacyjną wnosząc o rozpoznanie skargi kasacyjnej na rozprawie, uchylenie zaskarżonego wyroku w całości oraz przekazanie sprawy Sądowi Apelacyjnemu do ponownego rozpoznania z pozostawieniem temu sądowi rozstrzygnięcia o kosztach postępowania kasacyjnego, w tym kosztach zastępstwa procesowego według norm przepisanych, ewentualnie, w przypadku uznania przez Sąd Najwyższy, że podstawy naruszenia prawa materialnego wskazane w skardze kasacyjnej są oczywiście uzasadnione, a jednocześnie nie jest uzasadniona podstawa naruszenia przepisów postępowania, uchylenie zaskarżonego wyroku w całości oraz wydanie orzeczenia co do istoty sprawy przez ustalenie nieistnienia stosunku prawnego, który miał powstać wskutek zawarcia umowy CPA, zasądzenie od każdego z pozwanych na rzecz Skarżącego zwrotu kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego w pierwszej i drugiej instancji, według norm przepisanych, zasądzenie od pozwanego nr 1, na podstawie art. 398¹⁶ k.p.c. w zw. z art. 415 k.p.c. zwrotu spełnionego świadczenia w postaci zapłaty przez Skarżącego na jego rzecz kwoty 57.303,38 zł tytułem zwrotu kosztów procesu.

Podniósł w niej liczne zarzuty naruszenia krajowych przepisów prawa procesowego i materialnego. W szczególności powód zarzucił naruszenie przepisów prawa materialnego, a mianowicie (-) art. 132 ust. 1 pkt 3 PZP przez jego błędną wykładnię polegającą na uznaniu, że: przepis ten określa działalność

sektorową jako działalność polegającą na: (i) produkcji, (ii) przesyłaniu oraz (iii) dystrybucji energii elektrycznej, podczas gdy przepis ten kwalifikuje działalność sektorową jako (i) tworzenie [określonych sieci], kierowanie [tymi sieciami] lub dostarczanie [energii elektrycznej do tych sieci], co doprowadziło Sąd Apelacyjny do błędnego wniosku, iż obrót energią elektryczną nie jest działalnością sektorową; że obrót energią elektryczną nie stanowi „dostarczania energii elektrycznej do sieci”, a tym samym nie stanowi działalności sektorowej; że nabywanie przez zamawiającego sektorowego praw majątkowych wynikających ze świadectw pochodzenia z zamiarem przedstawienia ich do umorzenia przez Prezesa URE nie było udzielaniem zamówień publicznych „w celu” prowadzenia działalności sektorowej; (-) art. 32 ust. 2 i 4 PZP w brzmieniu z dnia 24 lutego 2011 r. przez jego błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że w przypadku zamiaru nabywania przez zamawiającego tożsamych rodzajowo dóbr na podstawie umów sprzedaży zawieranych z jednym wykonawcą, okresowo, w określonej perspektywie czasowej, w ramach realizacji jednego zamierzenia gospodarczego, przepisy te nie nakazują uznawać za tzw. wartość zamówienia (tj. wartość właściwą dla ustalenia obowiązku stosowania PZP) łącznej wartości wszystkich dóbr, których nabywanie objęte jest zamiarem zamawiającego; ewentualnie, naruszenie prawa materialnego, tj. art. 34 ust. 1 PZP w brzmieniu z dnia 24 lutego 2011 r., przez jego błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że w przypadku zamiaru nabywania przez zamawiającego tożsamych rodzajowo dóbr na podstawie zawieranych okresowo z jednym wykonawcą umów sprzedaży, przepis ten nie nakazywał uznawać za tzw. wartość zamówienia łącznej wartości tych dóbr, które zamawiający zamierzał nabyć od tego wykonawcy w perspektywie 12 miesięcy od dnia zawarcia pierwszej z planowanych umów; ewentualnie, art. 34 ust. 1 PZP w brzmieniu z dnia 24 lutego 2011 r., przez jego błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że w przypadku zamiaru nabywania przez zamawiającego tożsamych rodzajowo dóbr na podstawie zawieranych okresowo z wieloma wykonawcami umów sprzedaży, przepis ten nie nakazywał uznawać za tzw. wartość zamówienia łącznej (i) wartości dóbr rozważanego rodzaju nabytych (od wszystkich kontrahentów) w terminie poprzednich 12 miesięcy lub w poprzednim roku budżetowym, z uwzględnieniem zmian ilościowych zamawianych usług lub dostaw oraz prognozowanego na dany rok

średniorocznego wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem, albo (ii) dóbr rozważanego rodzaju, które ten zamawiający zamierzał nabyć (od wszystkich kontrahentów) w terminie 12 miesięcy od dnia zawarcia pierwszej planowanej umowy sprzedaży tych dóbr. Ponadto powód zarzucił naruszenie: (-) art. 138a ust. 1 PZP w brzmieniu z dnia 24 lutego 2011 r., przez jego błędną wykładnię polegającą na uznaniu, że przepis ten wyłączał obowiązek stosowania PZP do nabywania świadectw pochodzenia; (-) art. 146 ust. 1 pkt 2 PZP w brzmieniu z dnia 24 lutego 2011 r., przez jego błędną wykładnię polegającą na uznaniu, że całkowite pominięcie stosowania przepisów PZP przy udzieleniu zamówienia zawiera się w „niezamieszczeniu ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych albo nieprzekazaniu ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich”, o którym mowa w ww. przepisie; (-) art. 5 k.c., przez jego błędną wykładnię polegającą na uznaniu, że wytoczenie powództwa o stwierdzenie nieistnienia stosunku prawnego z uwagi na bezwzględną nieważność czynności prawnej stanowi wykonywanie prawa podmiotowego; (-) art. 189 k.p.c., przez jego błędną wykładnię polegającą na uznaniu, że do momentu ziszczenia się warunku zawieszającego podmiot będący dłużnikiem w stosunku prawnym o charakterze ciągłym wynikającym z umowy, nie ma interesu prawnego w wytoczeniu powództwa o ustalenie nieistnienia tego stosunku przeciwko podmiotowi, na który przelano pod warunkiem zawieszającym wierzytelności wynikające z tej umowy.

Z uzasadnienia tych zarzutów wynika, że naruszenia tych przepisów powód upatruje w dokonaniu ich wykładni w sposób sprzeczny z prawidłową wykładnią przepisów dyrektyw unijnych (dyrektywy 2004/17; 2009/28; 92/13, 2014/25). Stąd też rozstrzygnięcie o zasadności zarzutów skargi kasacyjnej wymaga uprzedniego ustalenia, jak należy rozumieć przepisy prawa unijnego, które zostały implementowane do prawa polskiego przez przepisy krajowe powołane w podstawach skargi kasacyjnej.

Postanowieniem z dnia 26 maja 2020 r. Sąd Najwyższy przyjął skargę kasacyjną do rozpoznania. Zarządzeniem z 2 czerwca 2022 r. Prezes IC.SN skierował skargę do referatu sędziego Karola Weitza pod sygnaturą II CSKP 1588/22.

Zarządzeniem Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego (dalej PPSN) nr 23/2023 z dnia 15 lutego 2023 r. w sprawie wyznaczenia sędziego Sądu Najwyższego do orzekania na czas określony w Izbie Cywilnej, wyznaczono sędziego Dawida Miásika do orzekania w Izbie Cywilnej Sądu Najwyższego na czas określony od dnia 1 kwietnia do 30 czerwca 2023 r., ustalając jednocześnie zasady przydziału spraw na każdy miesiąc okresu wyznaczenia (po dwie najstarsze sprawy zarejestrowane w repertorium CSKP lub CNPP jako sędziemu sprawozdawcy oraz wyznaczono tego sędziego do składu orzekającego w charakterze innym niż sprawozdawca w sprawach rozpoznawanych w składach wieloosobowych). Następnie, zarządzeniem Prezesa ICSN z dnia 2 marca 2023 r., sprawa II CSKP 1588/22 została skierowana do referatu SSN Dawid Miásika, a podstawą zmiany sędziego sprawozdawcy było wspomniane zarządzenie nr 25/2023, z jednoczesnym przewidywanym terminem posiedzenia w sprawie na kwiecień 2023 r.

Zarządzeniem z 22 marca 2023 r. wyznaczono termin posiedzenia niejawnego na dzień 21 kwietnia 2023 r. (zgodnie z planem posiedzeń przygotowanym przez Prezesa ICSN). Skład Sądu Najwyższego ustanowiony w ten sposób do rozpoznania niniejszej sprawy składa się z dwóch sędziów Izby Pracy i Ubezpieczeń Społecznych (dalej jako IPIUS) Sądu Najwyższego oraz – jako Przewodniczącego posiedzenia – sędziego na co dzień orzekającego w Izbie Cywilnej Sądu Najwyższego. SSN Jolanta Frańczak została wyznaczona do orzekania analogicznie jak sędzia sprawozdawca.

Przepisy prawa polskiego

Do pytań 1- 3

Ustawa z dnia 8 grudnia 2017 r. o Sądzie Najwyższym

- **art. 1** Sąd Najwyższy jest organem władzy sędziowskiej, powołanym do: 1) sprawowania wymiaru sprawiedliwości przez: a) zapewnienie zgodności z prawem i jednolitości orzecznictwa sądów powszechnych i sądów wojskowych przez rozpoznawanie środków odwoławczych oraz podejmowanie uchwał rozstrzygających zagadnienia prawne, [...]

- **art. 3** Sąd Najwyższy dzieli się na Izby: 1) Cywilną; 2) Karną; 3) Pracy i Ubezpieczeń Społecznych; 4) Kontroli Nadzwyczajnej i Spraw Publicznych; 4a) Odpowiedzialności Zawodowej;

- **art. 30 § 1** Do pełnienia urzędu na stanowisku sędziego Sądu Najwyższego może być powołana osoba, która: 1) posiada wyłącznie obywatelstwo polskie i korzysta z pełni praw cywilnych i publicznych; 2) nie była prawomocnie skazana za umyślne przestępstwo ścigane z oskarżenia publicznego lub umyślne przestępstwo skarbowe lub wobec której nie wydano prawomocnego wyroku warunkowo umarzającego postępowanie karne w sprawie popełnienia przestępstwa umyślnego ściganego z oskarżenia publicznego lub umyślnego przestępstwa skarbowego; 3) ukończyła 40 lat; 4) jest nieskazitelnego charakteru; 5) ukończyła wyższe studia prawnicze w Rzeczypospolitej Polskiej i uzyskała tytuł magistra lub zagraniczne studia prawnicze uznane w Rzeczypospolitej Polskiej; 6) wyróżnia się wysokim poziomem wiedzy prawniczej;

- **art. 31 § 3** Kandydaturę zgłasza się przez złożenie karty zgłoszenia kandydata na wolne stanowisko sędziego Sądu Najwyższego we wskazanej w obwieszczeniu izbie oraz dołącza się do niej - z wyjątkiem gdy kandydatem jest sędzia albo prokurator - informację z Krajowego Rejestru Karnego dotyczącą kandydata oraz zaświadczenie stwierdzające, że jest zdolny, ze względu na stan zdrowia, do pełnienia obowiązków sędziego;

- **art. 35 § 1** Sędzia obejmuje stanowisko w izbie Sądu Najwyższego wskazane przez niego w karcie zgłoszenia kandydata, o której mowa w art. 31 § 3.

§ 2 Sędzia, za jego zgodą, może zostać przeniesiony przez Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego na stanowisko w innej izbie.

§ 3 Sędzia może być wyznaczony przez Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego do udziału w rozpoznaniu określonej sprawy w innej izbie oraz, za zgodą sędziego, do orzekania na czas określony w innej izbie. Wyznaczenie sędziego do orzekania w innej izbie, bez jego zgody, może nastąpić na okres nie dłuższy niż 6 miesięcy w roku. Po upływie okresu wyznaczenia sędziego do orzekania w innej izbie, sędzia podejmuje czynności w sprawach przydzielonych mu w tej izbie do ich zakończenia.

Ustawa z dnia 27 lipca 2001 r. - Prawo o ustroju sądów powszechnych

- **art. 22a § 5** Sędzia lub asesor sądowy, któremu zmieniono podział czynności w sposób skutkujący zmianą zakresu jego obowiązków, w szczególności przeniesieniem do innego wydziału sądu, może odwołać się do Krajowej Rady Sądownictwa w terminie siedmiu dni od dnia otrzymania nowego zakresu obowiązków. Odwołanie nie przysługuje w przypadku: 1) przeniesienia do wydziału, w którym rozpoznaje się sprawy z tego samego zakresu; powierzenia obowiązków w tym samym wydziale na zasadach obowiązujących pozostałych sędziów, a w szczególności odwołania przydziału do sekcji lub innej formy specjalizacji.

§ 6 Odwołanie, o którym mowa w § 5, wnosi się za pośrednictwem prezesa sądu, który dokonał podziału czynności objętego odwołaniem. Prezes sądu przekazuje odwołanie Krajowej Radzie Sądownictwa w terminie 14 dni od dnia jego otrzymania wraz ze stanowiskiem w sprawie. Krajowa Rada Sądownictwa podejmuje uchwałę uwzględniającą albo oddalającą odwołanie sędziego, mając na uwadze względy, o których mowa w § 1. Uchwała Krajowej Rady Sądownictwa w sprawie odwołania, o którym mowa w § 5, nie wymaga uzasadnienia. Od uchwały Krajowej Rady Sądownictwa odwołanie nie przysługuje. Do czasu podjęcia uchwały sędzia lub asesor sądowy wykonuje obowiązki dotychczasowe.

Ustawa z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy

- art.140 W przypadkach uzasadnionych rodzajem pracy lub jej organizacją albo miejscem wykonywania pracy może być stosowany system zadaniowego czasu pracy. Pracodawca, po porozumieniu z pracownikiem, ustala czas niezbędny do wykonania powierzonych zadań, uwzględniając wymiar czasu pracy wynikający z norm określonych w art. 129 k.p.

Do pytań 4-8**Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych**

- **art. 132 (w brzmieniu na dzień zawarcia umowy)** 1. Przepisy niniejszego rozdziału stosuje się do zamówień udzielanych przez zamawiających, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 3, i ich związku oraz przez zamawiających, o których mowa

w art. 3 ust. 1 pkt 4, zwanych dalej "zamówieniami sektorowymi", z zastrzeżeniem art. 3 ust. 1 pkt 5, jeżeli zamówienie jest udzielane w celu wykonywania jednego z następujących rodzajów działalności:

[...] 3) tworzenia sieci przeznaczonych do świadczenia publicznych usług związanych z produkcją, przesyłaniem lub dystrybucją energii elektrycznej, gazu lub ciepła lub dostarczania energii elektrycznej, gazu albo ciepła do takich sieci lub kierowania takimi sieciami;

- **art. 138a (w brzmieniu od 2015 r.)** 1. Zamawiający prowadzący działalność, o której mowa w art. 132 ust. 1 pkt 1 i 3, nie stosują ustawy do udzielenia zamówień sektorowych na dostawy energii elektrycznej, paliw gazowych lub ciepła oraz paliw do wytwarzania energii, a także zakupu świadectw pochodzenia, świadectw pochodzenia biogazu rolniczego, świadectw pochodzenia z kogeneracji oraz świadectw efektywności energetycznej w celu wykonania obowiązku, o którym mowa w art. 9a ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 10 kwietnia 1997 r. - Prawo energetyczne (Dz. U. z 2019 r. poz. 755, z późn. zm.) lub w celu wykonania obowiązku, o którym mowa w art. 52 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 20 lutego 2015 r. o odnawialnych źródłach energii (Dz. U. z 2018 r. poz. 2389, z późn. zm) lub w celu wykonania obowiązku, o którym mowa w art. 10 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 20 maja 2016 r. o efektywności energetycznej (Dz. U. z 2019 r. poz. 545, 1030 i 1210).

- **art. 146 (w brzmieniu na dzień zawarcia umowy)** 1. Umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający:

1) z naruszeniem przepisów ustawy zastosował tryb negocjacji bez ogłoszenia lub zamówienia z wolnej ręki;

2) nie zamieścił ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych albo nie przekazał ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich;

3) zawarł umowę z naruszeniem przepisów art. 94 ust. 1 albo art. 183 ust. 1, jeżeli uniemożliwiło to Izbie uwzględnienie odwołania przed zawarciem umowy;

4) uniemożliwił składanie ofert orientacyjnych wykonawcom niedopuszczonym dotychczas do udziału w dynamicznym systemie zakupów lub

uniemożliwił wykonawcom dopuszczonym do udziału w dynamicznym systemie zakupów złożenie ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym w ramach tego systemu;

5) udzielił zamówienia na podstawie umowy ramowej przed upływem terminu określonego w art. 94 ust. 1, jeżeli nastąpiło naruszenie art. 101 ust. 1 pkt 2;

6) z naruszeniem przepisów ustawy zastosował tryb zapytania o cenę.

[...]

4. Z przyczyn, o których mowa w ust. 1 oraz 6, nie można żądać stwierdzenia nieważności umowy na podstawie art. 189 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. - Kodeks postępowania cywilnego [...].

Występując z pytaniami prejudycjalnymi w trybie art. 267 TFU Sąd Najwyższy zważył co następuje:

Pytania 1-3

1. Pytania 1-3 dotyczą środków ochrony, z jakich mogą korzystać sędziowie Sądu ostatej instancji Państwa Członkowskiego w celu ochrony realizacji prawa stron do rzetelnego postępowania sądowego przed sądem ustanowionym zgodnie z przepisami prawa w przypadku wyznaczenia sędziów przez władze sądu do orzekania w innej komórce organizacyjnej tego sądu krajowego.
2. W odniesieniu do pytań 1-3 Sąd Najwyższy w obecnym składzie podziela zapatrywania wyrażone w postanowieniach Sądu Najwyższego z 3 kwietnia 2023 r. II CSKP 496/22 oraz II CSKP 501/22. Powielając w niniejszej sprawie pytania, jakie zostały sformułowane już w sprawie II CSKP 501/22, Sąd Najwyższy ogranicza się do przedstawienia kluczowych argumentów, odsyłając do szerszej analizy prawa krajowego zawartej w uzasadnieniu postanowienia II CSKP 501/22.
3. Wątpliwości Sądu Najwyższego dotyczą wykładni prawa Unii w kwestii dotyczącej tego, czy sąd pytający w obecnym składzie, ukształtowanym zarządzeniami Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego (PPSN) oraz

Prezesa Izby Cywilnej Sądu Najwyższego (PICSN), spełnia kryteria sądu określone zwłaszcza w sprawie C-487/19. Skład sądu pytającego złożony jest z jednego sędziego Izby Cywilnej SN (przewodniczący) oraz dwóch sędziów Izby Pracy i Ubezpieczeń Społecznych. Sąd Najwyższy powziął wątpliwości w zakresie wykładni przepisów prawa unijnego w zakresie, w jakim doszło do wyznaczenia składu rozpoznającego skargę kasacyjną II CSKP 1588/22. Sędziowie Izby Pracy i Ubezpieczeń Społecznych zostali wyznaczeni do orzekania w Izbie Cywilnej bez ich zgody, co narusza zasadę nieusuwalności i niezawisłości sędziów i ingeruje w prawo do rzetelnego procesu a przez to przekłada się na zasadę skutecznej ochrony sądowej w sprawie unijnej, jaką jest sprawa niniejsza.

4. W prawie krajowym (art. 35 § 3 ustawa z dnia 8 grudnia 2017 r. o Sądzie Najwyższym, dalej: u.SN) istnieje norma zezwalająca PPSN na wyznaczenie sędziego do orzekania w innej Izbie. Artykuł 35 § 3 u.SN zezwala wyznaczyć sędziego do orzekania (bez jego zgody) tylko do konkretnej (oznaczonej w zarządzeniu PPSN) sprawy. Takie wyznaczenie do tej pory miało miejsce, gdy materia danej sprawy pokrywała się z właściwością dwóch Izb Sądu Najwyższego (np. uchwała Sądu Najwyższego z 20 listopada 2015 r., III CZP 17/15, OSNC 2016, nr 4, poz. 40 o skutkach wpisu niedozwolonego postanowienia umownego do rejestru, o którym mowa w dyrektywie Rady 93/13/EWG z dnia 5 kwietnia 1993 r. w sprawie nieuczciwych warunków w umowach konsumenckich, Dz.Urz. WE L 95 z dnia 21 kwietnia 1993 r., s. 29 ze zm.). Z możliwości tej można także skorzystać, gdy wskutek wyłączenia się wszystkich sędziów Sądu Najwyższego w danej Izbie, zaszłaby konieczność rozpoznania sprawy przez sędziów z innej Izby Sądu Najwyższego. Inna możliwość przewidziana w art. 35 § 3 u.SN to delegowanie do orzekania na czas oznaczony w innej Izbie Sądu Najwyższego. Wówczas sędzia orzeka tylko w Izbie, do której został delegowany, a nie równolegle w macierzystej i nowej Izbach ze zwiększonym referatem. Przepis ten nie przewiduje takiej sytuacji, z jaką mamy do czynienia w tej sprawie, że w okresie wyznaczenia do orzekania w innej Izbie, sędzia ma dalszy obowiązek orzekania w Izbie macierzystej.

Wyznaczenie sędziów Izby Pracy i Ubezpieczeń Społecznych nastąpiło zatem z naruszeniem prawa polskiego.

5. Jednocześnie sędziom wyznaczonym do orzekania w sprawie II CSKP 1588/22 nie zapewniono jakiegokolwiek ochrony prawnej. Z wykładni art. 35 § 3 u.SN wynika, że ustawodawca nie dopełnił obowiązku zachowania standardu unijnego odkodowanego w sprawie C-487/19 (pkt 118 uzasadnienia wyroku) w odniesieniu do sędziów sądów powszechnych. Dlatego konieczna jest na tym polu interwencja TSUE, czy tego rodzaju działania PPSN nie naruszają zasady nieusuwalności i niezawisłości sędziów, gdy decyzja PPSN o wyznaczeniu do orzekania w innej Izbie SN, z jednoczesnym pozostawieniem obciążenia w Izbie macierzystej, nie może być poddana kontroli sądowej.
6. Ze stanowiska PPSN wynika, że wyznaczonemu do orzekania sędziemu w trybie art. 35 § 3 u.SN, nie przysługuje prawo odwołania (wystąpienie PPSN przed KRS w toku posiedzenia tej Rady dnia 17 marca 2023 r., link: <https://krs.pl/pl/dzialalnosc/posiedzenia.html?start=5>, godzina 2:16:42). PPSN uważa, że regulacja art. 35 § 3 u.SN jest pełna i nie pozwala na odpowiednie stosowanie przepisów ustawy z dnia 27 lipca 2001 r. - Prawo o ustroju sądów powszechnych (jednolity tekst: Dz. U. z 2023 r. poz. 217-art. 22a § 6).
7. Dla porządku Sąd Najwyższy zauważa, że Krajowa Rada Sądownictwa (KRS) dopuszcza w drodze analogii kontrolę decyzji PPSN o wyznaczeniu do orzekania w innej Izbie. Nie oznacza to jednak zapewnienia ścieżki odwoławczej wymaganej w świetle wyroku z 6 października 2021 r. w sprawie C-487/19. Organ KRS jest bowiem podmiotem zależnym od organów władzy politycznej w kraju (wyrok Sądu Najwyższego z 5 grudnia 2019 r., III PO 7/18, OSNP 2020 nr 4, poz. 38; uchwała połączonych Izb Cywilnej, Karnej oraz Pracy i Ubezpieczeń Społecznych Sądu Najwyższego 23 stycznia 2020 r. BSA I-4110-1/20, OSNKG 2020, nr 2, poz. 7), a ponadto nie ma statusu sądu. Z kolei odwołanie od uchwały KRS rozpoznaje Izba Kontroli Nadzwyczajnej i Spraw Publicznych SN, która złożona jest z sędziów powołanych w okolicznościach ocenianych pod kątem realizacji

prawa do sądu przez TSUE w sprawie C-487/19. Zgodnie zaś ze stanowiskiem ETPCz orzeczenia wydawane przez tą Izbę SN naruszają prawo do sądu (wyrok ETPC z 22 lipca 2021 r., sprawa 43447/19, *Reczkowicz v. Polsce*).

8. Sąd pytający nie może także skorzystać w niniejszej sprawie z opcji oceny konstytucyjności art. 35 § 3 u.SN, ponieważ ścieżka kontroli konstytucyjnej nie funkcjonuje (zob. wyrok Sądu Najwyższego z 5 grudnia 2019 r., III PO 7/18, OSNP 2020 nr 4, poz. 38; wyrok ETPC z 7 maja 2021 r., sprawa - 4907/18, *Xero Flor Sp. z o.o. v. Polsce*, LEX nr 3170326; wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 16 listopada 2022 r., III OSK 258/21, LEX nr 3422115).
9. Dodatkowo Sąd Najwyższy przyjmuje, że wyznaczenie do orzekania w innej Izbie nie narusza prawa strony do rzetelnego procesu sądowego, gdy uwzględnia merytoryczne kompetencje sędziego do orzekania w określonej kategorii spraw (np. gdyby sędzia sprawozdawca w niniejszej sprawie został wyznaczony do orzekania w Izbie Cywilnej w sprawie z zakresu prawa konkurencji, w których to sprawach orzekał do 2018 r., to jest do czasu zmiany właściwości Izby Pracy i Ubezpieczeń Społecznych albo w sprawach dotyczących własności intelektualnej lub zagadnień sądowego stosowania prawa unijnego, którymi zajmował i zajmuje się naukowo). Sędzia posiada wówczas wiedzę i doświadczenie, gwarantujące prawidłowe rozpatrzenie sprawy i wzbogacające istotnie poziom wiedzy sędziów z Izby, w której sprawa została zarejestrowana i jest rozpoznawana. Gdy natomiast wyznaczenie takie nie zostaje oparte na kompetencjach merytorycznych sędziego, może dojść do naruszenia prawa strony do rzetelnego postępowania. Sąd pytający zwraca uwagę, że podział Sądu Najwyższego na poszczególne jednostki organizacyjne zawsze opierał się na kryterium rzeczowym. Zaburzony został wraz ze zmianami wprowadzanymi od 2018 r. Do poszczególnych Izb przed 2018 r. zawsze wybierani byli sędziowie posiadający wiedzę i doświadczenie zawodowe odpowiadające właściwości danej Izby. Ma to uzasadnienie w specyfice działania Sądu Najwyższego. Otóż sprawy kierowane są do rozpoznania na termin według kolejności

wpływu. Skład sądu, wyznaczany na dane posiedzenie z wyprzedzeniem obecnie około dwóch miesięcy, musi rozpoznać sprawę wyznaczoną do rozpoznania na określony termin niezależnie od tego, czy sędzia sprawozdawca lub wszyscy członkowie składu uznali, że sprawa „dojrzała” do rozstrzygnięcia. Taki sposób działania wymaga przynajmniej pewnej specjalizacji przedmiotowej z uwagi na tempo pracy. W Izbie Pracy i Ubezpieczeń Społecznych sędzia pełni funkcję sprawozdawcy co najmniej w 9 a maksymalnie w 30 sprawach miesięcznie (sędziowie funkcyjni orzekają w mniejszym wymiarze). Jako członek składu 3-osobowego może orzekać dodatkowo w kolejnych od 6 do 18 sprawach. Oznacza to konieczność przygotowania się do orzekania każdego miesiąca w co najmniej 15 a maksymalnie 48 sprawach. Przy ilości spraw wyznaczanych na posiedzenia oraz przy braku rozbudowanego aparatu wspierającego sędziów (sędziowie korzystają z pomocy 1 asystenta) konieczna jest gruntowna znajomość dziedzin prawa, w jakich sędzia zwyczajowo orzeka. Tylko wówczas w przypadku spraw nietypowych, „nowych”, skomplikowanych, wielowątkowych, z pogranicza innych dziedzin prawa możliwe jest rzetelne przygotowanie sprawy do rozstrzygnięcia w terminie wynikającym z planu sesji na posiedzeniu składu 3-osobowego. W braku takiej specjalizacji sędziowie Sądu Najwyższego będą musieli zapoznawać się każdorazowo z materią danej sprawy *ad hoc*, co przy wspomnianym trybie organizacji pracy w Sądzie Najwyższym może skutkować wyłącznie wyrwykowym przygotowaniem do sprawy.

10. Odrębną kwestią jest to, czy zarządzenie PPSN wyznaczające sędziego do orzekania w IC.SN nie koliduje z mechanizmem gwarancyjnym uregulowanym w art. 6b dyrektywy 2003/88/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 4 listopada 2003 r. dotyczącej niektórych aspektów organizacji czasu pracy (Dz. U. UE. L. z 2003 r. Nr 299, str. 9). W tej kwestii TS nie wypowiedział się jeszcze (zob. pytanie prejudycjalne w sprawie C-41/23).
11. W prawie krajowym czas pracy sędziego Sądu Najwyższego określony jest wymiarem jego zadań (art. 43 u.SN) (podobnie jak sędziego sądu powszechnego - art. 83 ustawy z dnia 27 lipca 2001 r. - Prawo o ustroju

sądów powszechnych (jednolity tekst: Dz. U. z 2023 r. poz. 217 z późn. zm.). W porządku krajowym należy zwrócić uwagę na uchwałę Sądu Najwyższego z 8 kwietnia 2009 r., II PZP 2/09, OSNP 2009, nr 19-20, poz. 249), w której wskazano różnice między zadaniowym czasem pracy regulowanym w Kodeksie pracy, a czasem pracy sędziów określonym wymiarem zadań. Podkreślono, że regulacja czasu pracy sędziów nie wdraża postanowień dyrektywy przez niewprowadzenie prawa do odpoczynku, i w tym zakresie na podstawie art. 5 k.p. stosować należy normy Kodeksu pracy. Zgodnie z dyrektywą 88/2003, również sędziowie powinni mieć zapewnione minimalne gwarantowane okresy odpoczynku, a czas ich pracy nie powinien przekraczać 48 godzin tygodniowo w okresie rozliczeniowym. Od czasu tej uchwały ustawodawca nie zmodyfikował zasad dotyczących czasu pracy sędziego. Tymczasem sędzia IPIUS SN wyznaczony do orzekania w IC.SN ma *de facto* jedną sesję więcej niż sędziowie zwykle orzekający w tej Izbie (4 sesje w miesiącu (3 w IPIUS + 1 w IC) w stosunku do 3 sesji w IC w miesiącu).

12. Sąd Najwyższy potwierdza także, że zarówno PPSN jak i PICSN, których zarządzenia ukształtowały skład orzekający w niniejszej sprawie, zostali powołani na stanowiska sędziowskie w Sądzie Najwyższym w okolicznościach takich samych, jak w sprawie C-487/19. W tej kwestii zostało już skierowane pytanie prejudycjalne przez Sąd Najwyższy (zob. postanowienie z 2 września 2021 r., III CZP 11/21, obecnie sprawa zarejestrowana w TSUE pod sygnaturą C-658/22, (Dz. U. UE. C. z 2023 r. Nr 35, str. 30). Sąd pytający zwraca również uwagę, że Sąd Najwyższy, postanowieniem z dnia 23 września 2022 r. (III CZP 43/22), skierował do TSUE pytania prejudycjalne w kwestii, czy art. 2 i 6 ust. 1 i 3 oraz art. 19 ust. 1 drugi akapit Traktatu o Unii Europejskiej w związku z art. 47 KPP i art. 267 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej należy interpretować w ten sposób, że nie wywołuje skutków prawnych czynność ustalająca skład Sądu, taka jak zarządzenie PPSN, jeżeli tak ustanowiony skład sądu nie jest sądem niezawisłym, bezstronnym i ustanowionym uprzednio na mocy ustawy w rozumieniu prawa Unii Europejskiej w szczególności z uwagi na:

udział w jego kolegialnym składzie osób powołanych na stanowisko sędziego Sądu Najwyższego w sposób oczywiście sprzeczny z przepisami prawa krajowego dotyczącymi powoływania sędziów, co stwierdzono w ostatecznych orzeczeniach sądu krajowego najwyższej instancji, a osoby te stanowią większość składu sądu; b) ustalenie składu sądu w sposób wskazany wyżej przez prezesa Sądu Najwyższego powołanego na stanowisko sędziego Sądu Najwyższego w tych samych okolicznościach i z naruszeniem zasad dotyczących powołania sędziego Sądu Najwyższego na stanowisko Prezesa Sądu Najwyższego. Według stanu na dzień wydania postanowienia II CSKP 501/22 pytanie to nie zostało do tej pory wysłane do Trybunału.

13. Sąd Najwyższy zwraca także uwagę TSUE, że PPSN blokuje możliwość wykonania wyroków TSUE w sprawach C-508/19 oraz C-491-496, C-506, C-509 i C-511/20. Akta spraw nie zostały zwrócone do Izby Pracy i Ubezpieczeń Społecznych po odesłaniu ich przez TSUE. Jednocześnie w sprawie, w której zadano pytanie C-487/19 skład Sądu Najwyższego został zmieniony przez Prezesa ICSN w taki sposób, że większość w nim mają osoby powołane do Sądu Najwyższego w okolicznościach objętych wyrokiem C-487/19. Sprawa do tej pory nie została rozstrzygnięta.

Pytanie nr 4

14. W przypadku przystąpienia do merytorycznego rozpoznania sprawy kluczowe znaczenie dla oceny zasadności skargi kasacyjnej powoda ma wykładnia art. 3 ust. 3 dyrektywy 2004/17. Sporne jest, czy prawo UE należy interpretować tak, że przedsiębiorstwo obrotu energią elektryczną ma obowiązek nabywać zielonych certyfikatów w trybie przewidzianym przez unijne prawo zamówień publicznych. Z powołanego przepisu dyrektywy 2004/17 wynika, że dyrektywa ta dotyczy dwóch rodzajów działalności: a) dostarczania lub obsługi stałych sieci przeznaczonych do świadczenia usług dla odbiorców publicznych w związku z produkcją, transportem lub dystrybucją energii elektrycznej; b) dostaw energii elektrycznej do takich sieci.

15. Przepis ten w orzecznictwie krajowym, przynajmniej tym znanym Sądowi Najwyższemu w obecnym składzie, i opartym na art. 132 ust. 1 pkt 3 PZP z 2004 r. jest interpretowany w ten sposób, że nie obejmuje on przedsiębiorstw obrotu takich jak powód (tak wyroki sądów obu instancji w niniejszej sprawie oraz wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 6 czerwca 2018 r., XVI GC 805/17 wydany w sprawie o takim samym przedmiocie jak niniejsza). Artykuł 132 ust. 1 pkt 3 PZP uznawał za działalność sektorową tylko „tworzenie sieci”, które są przeznaczone do świadczenia usług związanych z produkcją, przesyłaniem lub dystrybucją energii elektrycznej oraz „dostarczanie energii do takich sieci”. Powód nie jest wytwórcą energii w konsekwencji nie dostarcza „energii do sieci”. Nie buduje także sieci.
16. Dopiero od 28 lipca 2016 r. obowiązuje art. 132 ust. 1a PZP (dodany ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, Dz. U. poz. 1020), zgodnie z którym „Przez dystrybucję, o której mowa w ust. 1 pkt 3 i 4, należy rozumieć również sprzedaż hurtową oraz detaliczną”. Z tego przepisu wynika, że dopiero po zawarciu umowy CPA wprowadzono regulację, zgodnie z którą powód, zajmujący się obrotem energią, jest traktowany jako zamawiający sektorowy. Dodanie do art. 132 PZP ustępu 1a traktowane jest w orzecznictwie sądowym jako potwierdzenie „prawidłowości praktyki przedsiębiorstw energetycznych mającej miejsce w latach 2005-2015, polegającej na niestosowaniu do transakcji nabywania zielonych certyfikatów ustawy Prawo zamówień publicznych” (wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 30 lipca 2020 r., VII AGa 1998/18, LEX nr 3160256). Przemawia za tym także dodanie art. 138a PZP. Przepis ten wyłączył z podlegania rygorom PZP przedsiębiorstwa prowadzące działalność, o której mowa w art. 132 ust. 1 pkt 3 (a zatem polegającą na tworzeniu sieci energetycznych, a nie sprzedaży energii), w zakresie zakupu zielonych certyfikatów.
17. Sąd Najwyższy zwraca jednak uwagę, w ślad za argumentacją powoda, że w dyrektywie 2014/25 w motywie 23 preambuły wyjaśniono, iż „produkcja, sprzedaż hurtowa i detaliczna energii elektrycznej są objęte zakresem

przepisów, gdy niniejsza dyrektywa odnosi się do dostawy energii elektrycznej”. Niejasne w tej sytuacji pozostaje, czy tak samo sformułowany (jak art. 9 ust. 1 lit b) dyrektywy 2014/25) art. 3 ust. 3 lit. b) dyrektywy 2004/17 należy interpretować w sposób uwzględniający motyw 23 preambuły dyrektywy 2014/25. Treść tego motywu preambuły do dyrektywy 2014/25 („nie rozszerzając w żaden sposób zakresu niniejszej dyrektywy”) można odczytać w ten sposób, że potwierdzono jedynie określony sposób rozumienia pojęcia działalności sektorowej, który należało przyjąć już pod rządami dyrektywy 2004/17.

18. Uwagę zwracają także powołane przez powoda decyzje KE wydane na podstawie dyrektywy 2004/17 (np. decyzja 2007/141/WE), z których wynika, że obrót energią elektryczną był traktowany jako działalność sektorowa. Za stanowiskiem, zgodnie z którym już pod rządami dyrektywy 2004/17 obrót energią był działalnością sektorową może przemawiać także powołane przez powoda stanowisko doktryny (S. Arrowsmith, EU public procurement law, an introduction, Nottingham 2011, s. 220-221).
19. W dalszej kolejności pytanie nr 4 dotyczy problemu wykładni art. 3 ust. 3 lit. b) w związku z art. 20 dyrektywy 2004/17 w kontekście spornej kwestii, czy zakup zielonych certyfikatów ma miejsce w celu wykonywania działalności polegającej na dostawie energii elektrycznej. Jest to bowiem zakup dokonywany w celu wywiązania się z obowiązku ustawowego dotyczącego wspierania odnawialnych źródeł energii. Oczywiście można wykonywać działalność polegającą na sprzedaży energii elektrycznej bez zakupu zielonych certyfikatów. Wówczas należy albo uiścić opłatę zastępczą albo opłatę zastępczą i karę pieniężną w art. 56 Prawa energetycznego. Zakup zielonych certyfikatów nie jest konieczny do prowadzenia takiej działalności (nie warunkuje jej wykonywania). Nie ma więc – jak przyjęły Sądy obu instancji – „na celu” wykonywania działalności polegającej na sprzedaży energii elektrycznej.
20. Z drugiej strony, skoro ustawodawca nałożył na przedsiębiorstwa obrotu energią elektryczną obowiązek zakupu zielonych certyfikatów, to ich zakup - choć nie jest niezbędny do prowadzenia działalności na tym rynku (w

przeciwieństwie np. do zakupu energii, którą można następnie odsprzedać odbiorcom) - to jednak jest konsekwencją wykonywania działalności polegającej na dostawach energii elektrycznej.

21. Ponadto, gdyby jednak przyjąć, że nabywanie zielonych certyfikatów nie jest objęte zakresem działalności sektorowej a zatem nie ma miejsca w celu wykonywania tej działalności w rozumieniu art. 20 dyrektywy 2004/17, to prawodawca krajowy nie wprowadziłby wyłączenia dla tego rodzaju zakupów w art. 138a ust. 1 PZP. Powód odwołuje się do konieczności szerokiego rozumienia działalności sektorowej oraz zamówień dokonywanych „w celu wykonywania tej działalności”, jako obejmującego także choćby pośrednio związane z działalnością sektorową, odwołując się do wyroku TS z 10 kwietnia 2008 r., C-393/06, Ing. Aigner, Wasser-Wärme-Umwelt, GmbH przeciwko Fernwärme Wien GmbH (ECLI:EU:C:2008:213, pkt 28-33). Przyjęto w nim, że dla objęcia zamówienia reżimem zamówień sektorowych wystarczające jest by zamówienie „miało związek” z wykonywaniem działalności sektorowej. Związek taki niewątpliwie istnieje między obowiązkiem przedstawienia zielonych certyfikatów a działalnością główną powoda w postaci sprzedaży energii, ponieważ od wielkości sprzedaży energii ogółem zależy, ile zielonych certyfikatów powód musi nabyć na rynku.
22. Z drugiej strony, w wyroku C-393/06 (pkt 27) TS podkreślił konieczność wąskiej wykładni przepisów dyrektywy 2004/17, co przemawia za udzieleniem odpowiedzi, zgodnie z którą przedsiębiorstwo publiczne takie jak powód, prowadzące działalność w zakresie sprzedaży hurtowej i detalicznej energii elektrycznej nie ma obowiązku nabywania w trybie zamówień publicznych zielonych certyfikatów.
23. Uwagę zwraca także argumentacja przedstawiona w powołanym już wyżej wyroku w sprawie XVI GC 805/17. Sąd przyjął w nim, że „postępowania w sprawie zamówień publicznych przeprowadza się wówczas, gdy zasadne jest tworzenie po stronie kontrahentów zamawiających warunków gry bazujących na zasadzie konkurencji. Natomiast system wsparcia związany z obowiązkiem nabywania świadectw pochodzenia energii od początku

opierał się na założeniu wspierania polityki ochrony środowiska”, a nie konkurencji. W konsekwencji „cel transakcji - kupna przez powoda [zielonych certyfikatów] był diametralnie różny od celów, dla których prawo nakazuje udzielać zamówień sektorowych w trybach konkurencyjnych”.

Pytanie nr 5

24. W przypadku uznania działalności powoda za działalność sektorową, zaś zakupu świadectw pochodzenia za działalność wykonywaną w celu realizacji działalności sektorowej i niepodlegającą wyłączeniu z zakresu zastosowania unijnego prawa zamówień publicznych, rozstrzygnięcia wymaga kwestia, czy umowa CPA podlegała rygorom prawa zamówień publicznych ze względu na swoją konstrukcję (umowa zobowiązująca strony do zawierania umów wykonawczych na warunkach określonych w sposób ramowy co do ceny (formuła cenowa) oraz co do ilości (100% świadectw uzyskanych w danym okresie rozliczeniowym). Na tym tle Sąd Najwyższy powziął wątpliwość co do wykładni prawa unijnego.
25. Jednym z założeń, na których opiera się wyrok Sądu pierwszej instancji, a które nie zostało zakwestionowane przez Sąd drugiej instancji, jest to, że umowa CPA nie jest objęta zakresem zastosowania prawa zamówień publicznych, ponieważ poszczególne transakcje przeniesienia praw do świadectw pochodzenia zawierane w jej wykonywaniu nie przekraczały progów unijnych dla zamówień sektorowych. Progi te na dzień zawarcia umowy CPA wynosiły 387.000 Euro. Sąd pierwszej instancji ustalił, że łączna roczna wartość transakcji zawieranych przez powoda i pozwanego nr 1 na podstawie umowy CPA wynosiła około 3.000.000 PLN (co stanowi około dwukrotność progu unijnego według wartości Euro w dacie zawarcia umowy CPA). Wykonując umowę CPA, strony zawierały z reguły jedną transakcję miesięcznie o średniej wartości 65.000 Euro. Transakcje te nie przekraczały progu unijnego. W dalszej kolejności Sąd pierwszej instancji przyjął, że nie ma podstaw do uznania wszystkich transakcji sesyjnych za jedno zamówienie publiczne, ponieważ umowa CPA nie określała ilości energii elektrycznej, która miała być objęta świadectwami pochodzenia wydawanymi przez Prezesa URE. Nie określono także kwoty świadczenia

powoda na rzecz pozwanego nr 1. Nie można więc uznać umowy CPA za umowę ramową. Umowa CPA była wyłącznie umową zobowiązującą do zawarcia umów sprzedaży praw majątkowych. W konsekwencji, w trybie określonym w PZP, należało zawierać wyłącznie umowy wykonawcze (umowy sprzedaży świadectw pochodzenia energii wystawionych na rzecz pozwanego nr 1 w danym miesiącu).

26. Z wykładni dokonanych przez sądy orzekające do tej pory w niniejszej sprawie wynika zatem, że skoro w umowie CPA nie określono z góry wartości transakcji zawieranych na jej podstawie a wartość każdej z umów wykonawczych nie przekraczała progów unijnych, umowa CPA nie jest objęta zakresem zastosowania unijnego prawa zamówień publicznych.
27. Z wykładnią tą nie zgodził się powód. W skardze kasacyjnej podniósł zarzut naruszenia art. 32 ust. 2 i 4 PZP. Zdaniem powoda przepis ten należy interpretować odmiennie niż uczyniły to Sądy obu instancji. W przypadku zamiaru nabywania tożsamych rodzajowo dóbr na podstawie umów sprzedaży zawieranych z jednym wykonawcą, w określonej z góry perspektywie czasowej, w ramach realizacji jednego zamierzenia gospodarczego, wartością zamówienia powinna być łączna wartość wszystkich dóbr, których nabywanie objęte jest zamiarem zamawiającego. W uzasadnieniu tego zarzutu powód odwołał się do zakazu dzielenia zamówienia w celu obchodzenia progów unijnych z prawa krajowego oraz z art. 17 ust. 2 dyrektywy 2004/17. Umowa CPA dotyczyła bowiem tożsamych przedmiotowo zamówień wykonawczych, między tymi samymi stornami oraz w określonej perspektywie czasowej.
28. Jako alternatywną opcję interpretacyjną powód podaje uznanie za wartość wszystkich świadectw pochodzenia nabywanych w danym roku kalendarzowym od wszystkich (łącznie z pozwanym nr 1) wytwórców energii ze źródeł odnawialnych na użytek wykonania obowiązku przedstawienia do umorzenia świadectw pochodzenia energii.
29. Konieczne jest zatem dokonanie wykładni powołanych w pytaniu nr 5 przepisów prawa Unii w zakresie sposobu ustalenia, czy umowa taka jak umowa CPA, której przedmiotem jest określenie warunków co do ceny oraz

co do ilości, na jakich zamawiający będzie zawierał w przyszłości umowy wykonawcze, podlega prawu zamówień publicznych jako umowa ramowa (art.

30. art. 14 w związku z art. 1 ust. 4 dyrektywy 2004/17) oraz w jaki sposób ustalać przekroczenie progów unijnych warunkujących podleganie unijnemu reżimowi zamówień publicznych na użytek postępowania w przedmiocie uznania umowy za nieistniejącą. Czy w takiej sytuacji o podleganiu prawu zamówień publicznych decyduje wartość zamówienia oszacowana *ex ante*, czy też dopiero *ex post* w oparciu o rzeczywistą wartość transakcji wykonawczych zawartych w danym roku kalendarzowym, czy też łączną wartość wszystkich zrealizowanych transakcji wykonawczych, z których żadna indywidualnie nie przekraczała progów unijnych.

Pytanie nr 6

31. Zaskarżony wyrok opiera się na założeniu, zgodnie z którym, gdyby przyjąć, że umowa sprzedaży została zawarta z naruszeniem prawa zamówień publicznych polegającym na całkowitym pominięciu trybu zawierania umów przewidzianego w tym prawie, to jedyny dopuszczalny tryb ewentualnego podważenia ważności tej umowy unormowano w art. 146 PZP. Przepis ten określa przesłanki unieważnienia umowy (art. 146 ust. 1 pkt 1-6 PZP). Jednocześnie wyklucza zastosowanie art. 189 k.p.c. (na którym to przepisie powód opiera swoje powództwo) do stwierdzenia nieważności umowy (art. 146 ust. 4 PZP). Katalog przesłanek unieważnienia umowy z art. 146 PZP jest zamknięty. W stanie faktycznym niniejszej sprawy w grę wchodzi wyłącznie zastosowanie art. 146 ust. 1 pkt 2 PZP, zgodnie z którym „umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający nie zamieścił ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych albo nie przekazał ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej”. Przepis ten wdraża do prawa polskiego art. 2d ust. 1 lit a dyrektywy 92/13 w brzmieniu nadanym dyrektywą 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniającą dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych (Dz. U. UE. L. z 2007 r. Nr 335, str. 31)

32. Sądy obu instancji zinterpretowały ten przepis jako obejmujący swym zakresem nieprzeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wbrew takiemu obowiązkowi. Uznały, że przepis ten stanowi podstawę prawną dla zastosowania sankcji do przypadków bezprawnego bezpośredniego udzielenia zamówienia. Zachowanie takie zostało bowiem uznane przez TS za najpoważniejsze naruszenie prawa unijnego w zakresie zamówień publicznych (motyw 14 preambuły do dyrektywy 2007/66). W ocenie Sądów orzekających w niniejszej sprawie oraz innych sądów polskich, których orzeczenia opublikowano, zachowanie zamawiającego polegające na udzieleniu zamówienia publicznego bezpośrednio z pominięciem norm zamówień publicznych zawiera się w przesłance braku ogłoszenia o zamówieniu publicznym (np. powołany wyżej wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie XVI GC 805/17; wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z 28 listopada 2019 r., I AGa 56/19, LEX nr 3316546). Skoro bowiem – mimo takiego obowiązku – nie przeprowadzono postępowania w przedmiocie zawarcia umowy wymaganego przez przepisy PZP, to także nie opublikowano stosownego ogłoszenia o zamówieniu. Do zastosowania zaś trybu unieważnienia umowy z art. 146 PZP wystarczające jest samo uchybienie obowiązkowi publikacyjnemu. Innego rodzaju uchybienia przepisom PZP objęte są zakresem zastosowania pozostałych punktów art. 146 PZP lub przepisów szczególnych PZP.
33. Z perspektywy Sądu Najwyższego, gdyby doszło do merytorycznego rozpoznania niniejszej sprawy, zaprezentowaną powyżej wykładnię art. 146 ust. 1 pkt 2 PZP należałoby podzielić. Takie również stanowisko przyjęto w piśmiennictwie (P. Granecki [w:] Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2016, komentarz do art. 146, pkt 3). Przemawia za tym treść motywów dyrektywy. Zgodnie z motywem 14 bezpośrednio udzielenie zamówienia powinno obejmować wszystkie przypadki udzielenia zamówień bez uprzedniej publikacji. Wymagałoby to jednak – dopuszczalnej w świetle prawa krajowego - rozszerzającej i funkcjonalnej wykładni art. 146 ust. 1 pkt 2 PZP.

34. Z drugiej jednak strony, powód podał argumentację, w której kontestuje taką wykładnię art. 146 ust. 1 pkt 2 PZP, opowiadając się za taką wykładnią tego przepisu, zgodnie z którą całkowite pominięcie zastosowania przepisów PZP przy udzielaniu zamówienia publicznego nie może być kwalifikowane jako naruszenie PZP polegające na niezamieszczeniu ogłoszenia o zamówieniu w stosownym publikatorze. Według powoda katalog podstaw unieważnienia umowy o zamówienie publiczne z art. 146 ust. 1 PZP jest zamknięty. Jego zdaniem uchybienie, o którym mowa w art. 146 ust. 1 pkt 2 PZP, występuje dopiero wówczas, gdy postępowanie w przedmiocie udzielania zamówienia zostało już wszczęte przez zamawiającego. Powód podnosi, że prawodawca rozróżnia między udzieleniem zamówienia bez wymaganego ogłoszenia (art. 200 PZP) a udzieleniem go bez zastosowania przepisów prawa zamówień publicznych i traktuje całkowite pominięcie PZP jako odrębną przesłankę naruszenia PZP, która nie została wymieniona w art. 146 PZP. Taka wykładnia art. 146 PZP otwiera zaś możliwość zastosowania sankcji nieważności z art. 58 § 1 k.c. za czym w polskim piśmiennictwie opowiada się np. R. Szostak (Umowy o zamówienia publiczne w zarysie, Warszawa 2018 r., s. 57). Powód podnosi ponadto, że dyrektywa 92/13 w brzmieniu nadanym dyrektywą 2007/66 oparta jest na harmonizacji minimalnej (motyw 20). Sama zaś sankcja nieważności z art. 58 § 1 k.c. jest surowszą sankcją od sankcji nieskuteczności umowy z art. 146 PZP. Ta ostatnia bowiem podlega ograniczeniom nie tylko co do podstaw stwierdzenia ewentualnej nieważności umowy, ale także co do terminu oraz co do podmiotu, który może wystąpić z żądaniem unieważnienia umowy.
35. Zgodnie jednak ze stanowiskiem wyrażonym w opinii Urzędu Zamówień Publicznych na temat unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego (<https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/opinie-archiwalne/uniewaznienie-umowy-w-sprawie-zamowienia-publicznego>), poza przypadkami nieważności względnej umowy (unieważnialności) z przyczyn dotyczących naruszeń procedur udzielania zamówień publicznych (określonych w art. 146 ust. 1 i 6 PZP), „mogą zachodzić także przypadki bezwzględnej nieważności umowy z innych

przyczyn, niż dotyczące naruszeń procedur udzielania zamówień publicznych (art. 58 k.c.)”. Ze stanowiska tego wynika, że art. 146 PZP stosuje się do naruszeń samych procedur udzielania zamówień publicznych określonych w ustawie PZP. Stanowisko to nie rozstrzyga jednak, czy całkowite pominięcie trybu zawierania umów uregulowanego w PZP jest takich naruszeniem.

Pytanie nr 7

36. Ostatnie pytanie dotyczy zastosowania zasady zakazu nadużywania prawa jako ogólnej zasady prawa UE (wyroki TSUE z 29 marca 2012 r., 3M Italia, C-417/10, EU:C:2012:184, pkt 33; z 11 grudnia 2014 r., Azienda sanitaria locale n. 5 „Spezzino”, C-113/13, ECLI:EU:C:2014:2440, pkt 62; z 6 lutego 2018 r., Ömerowi Altunowi, C-359/16, ECLI:EU:C:2018:63, pkt 49; z 11 lipca 2018 r., Komisja Europejska p. Królestwu Belgii, C-356/15, ECLI:EU:C:2018:555, pkt 99; z 26 lutego 2019 r., Skatteministeriet p. T Danmark i in., C-116/16 i C-117/16, ECLI:EU:C:2019:135, pkt 70). Wyrok Sądu pierwszej instancji opiera się na założeniu (podzielonym przez Sąd drugiej instancji), zgodnie z którym żądanie ustalenia nieistnienia umowy CPA z powodu jej zawarcia z ewentualnym pominięciem prawa zamówień publicznych nie może zostać uwzględnione, gdyż wystąpienie z takim żądaniem stanowi nadużycie prawa. Z żądaniem takim powód wystąpił – jak wynika to z ustaleń faktycznych – z powodu spadku opłacalności realizacji tej umowy, w wyniku obniżenia cen świadectw pochodzenia na rynku giełdowym.
37. Zgodnie z omawianą zasadą adresaci prawa unijnego nie mogą powoływać się na „normy prawa Unii w sposób noszący znamiona oszustwa lub stanowiący nadużycie” (zamiast wielu zob. wyroki TSUE z 6 lutego 2018 r., Ömerowi Altunowi, C-359/16, ECLI:EU:C:2018:63, pkt 48; z 28 lipca 2016 r., Kratzer, C 423/15, EU:C:2016:604, pkt 37; z 11 lipca 2018 r., Komisja/Belgia, C 356/15, EU:C:2018:555, pkt 99). Zasada ta zapobiega więc „nieprawidłowemu” wykonywaniu prawa unijnego. Do nadużycia prawa unijnego dochodzi, gdy zachowanie jednostki jest sprzeczne z celem prawa unijnego (wyrok TSUE z 26 lutego 2019 r., Skatteministeriet przeciwko

T Danmark i in., C-116/16 i C-117/16, ECLI:EU:C:2019:135, pkt 76 i 79-80), choć jednocześnie odpowiada literze tego prawa. Aby można było mówić o nadużyciu prawa konieczne jest stwierdzenie, że jednostka – powołując się na prawo unijne – odnosi „korzyść”. Zdaniem Sądu Najwyższego pod pojęciem korzyści należy rozumieć każdy przypadek zastosowania normy prawa unijnego zgodnie z oczekiwaniami (żądaniami) jednostki powołującej się na prawo unijne. Korzyścią taką może być zdaniem Sądu Najwyższego uwolnienie strony postępowania od skutków zobowiązania zaciągniętego przez nią w umowie sprzecznej z prawem unijnym (przepisami krajowymi implementującymi prawo unijne).

38. Stwierdzenie nadużycia prawa unijnego przez jednostkę wymaga przeprowadzenia testu składającego się z dwóch elementów: obiektywnego i subiektywnego (wyroki TSUE z 6 lutego 2018 r., Ömera Altun i in., C-359/16, , ECLI:EU:C:2018:63, pkt 50; z 13 marca 2014 r., SICES, C-155/13, ECLI:EU:C:2014:145, pkt 31; z 28 lipca 2016 r., Nils-Johannes Kratzer, C-423/15, ECLI:EU:C:2016:604, pkt 38). Obiektywny element testu nadużycia polega na tym, że „z ogółu obiektywnych okoliczności musi wynikać, że pomimo formalnego poszanowania przesłanek przewidzianych w uregulowaniach Unii cel realizowany przez te uregulowania nie został osiągnięty” (wyroki TSUE z 13 marca 2014 r., SICES, C-155/13, ECLI:EU:C:2014:145, pkt 32; z 14 grudnia 2000 r., Emsland Stärke, C 110/99, EU:C:2000:695, pkt 52). Element subiektywny koncentruje się na celu przyświecającym jednostce i także opiera się na analizie „ogółu obiektywnych czynników” (wyrok TSUE z 13 marca 2014 r., SICES, C-155/13, ECLI:EU:C:2014:145, pkt 37 i 39), z których to czynników ma wynikać, że głównym celem zachowania jednostki odpowiadającego literze prawa jest „uzyskanie bezprawnej korzyści” (wyroki TSUE z 13 marca 2014 r., SICES, C-155/13, ECLI:EU:C:2014:145, pkt 33; 28 lipca 2016 r., Nils-Johannes Kratzer, C-423/15, ECLI:EU:C:2016:604, pkt 40).
39. W niniejszej sprawie, z uwagi na status zakazu nadużywania prawa jako zasady ogólnej prawa unijnego, konieczne jest rozstrzygnięcie przez TSUE, czy podniesienie przez jednostkę zarzutu sprzeczności umowy z prawem

z powodu zawarcia jej z uchybieniem przepisów unijnego i krajowego prawa zamówień publicznych, można zakwalifikować jako sprzeczne z celem unijnego prawa zamówień publicznych, gdy zarzut taki jednostka podnosi po to, by zwolnić się z konieczności wykonywania umowy (ewentualnej odpowiedzialności za jej niewykonanie) z powodu zmiany warunków otoczenia rynkowego, które czynią dalsze wykonywanie tej umowy mniej opłacalnym niż zakładano w momencie jej zawierania? W takich okolicznościach zarzut sprzeczności umowy z prawem zamówień publicznych stanowi jedynie pretekst dla osiągnięcia zupełnie innych celów niż przyświecające prawodawcy unijnemu przy formułowaniu sankcji za zawarcie umowy z pominięciem trybu przewidzianego w prawie zamówień publicznych.

Mając powyższe na względzie, Sąd Najwyższy orzekł jak w sentencji.