Rättsfallssamlingen

DOMSTOLENS DOM (andra avdelningen)

den 1 augusti 2025 *

”Begäran om förhandsavgörande – Rättsstat – Effektivt rättsskydd inom de områden som omfattas av unionsrätten – Artikel 19.1 andra stycket FEU – Principerna om domares oavsättlighet och oavhängighet – En domare i högsta domstolen utses mot sin vilja att för en begränsad tid ingå i en annan avdelning i denna domstol – Unionsrättens företräde – Offentlig upphandling – Direktiv 2004/17/EG – Upphandlingsförfaranden – Tillämpning av ett avtal om överföring av äganderätten till ursprungscertifikat för grön el – Direktiv 92/13/EEG – Artikel 2 d.1 – Förfaranden för överklagande av tilldelning av offentliga upphandlingskontrakt – Kontraktet saknar verkningar – Den upphandlande enheten begär att ett kontrakt som ingåtts i strid med bestämmelserna om offentlig upphandling ska ogiltigförklaras – Rättsmissbruk – Föreligger inte”

I de förenade målen C-422/23, C-455/23, C-459/23, C-486/23 och C-493/23 [Daka] [i],

angående (fem) beslut att begära förhandsavgörande enligt artikel 267 FEUF, från Sąd Najwyższy (Högsta domstolen, Polen), av den 3 och den 21 april 2023 samt den 13 juni 2023 som inkom till domstolen den 10, den 20, den 21 och den 31 juli 2023 samt den 3 augusti 2023, i målen

T.B.

mot

C.B.,

ytterligare deltagare i rättegången:

D.B. (C-422/23),

och

G.T.

mot

T. S.A. (C-455/23),

och

* Rättegångsspråk: polska.

[i] Förevarande mål har getts ett fiktivt namn. Detta namn är inte någon av rättegångsdeltagarnas verkliga namn.

E. S.A.

mot

W. sp. z o.o.,

Bank S.A (C-459/23),

och

S. sp. z o.o.

mot

V. sp. z o.o (C-486/23),

och

Miasto W.

mot

M.T.,

E.T.,

A.W. (C-493/23),

ytterligare deltagare i rättegången:

Prokurator Prokuratury Okręgowej Warszawa-Praga w Warszawie,

meddelar

DOMSTOLEN (andra avdelningen)

sammansatt av avdelningsordföranden K. Jürimäe (referent), domstolens ordförande K. Lenaerts, tillika tillförordnad domare på andra avdelningen, samt domarna M. Gavalec, Z. Csehi och M. Condinanzi,

generaladvokat: T. Ćapeta,

justitiesekreterare: handläggaren M. Siekierzyńska,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 8 januari 2025,

med beaktande av de yttranden som avgetts av:

E. S.A., genom P. Łącki, adwokat,

Prokuratura Okręgowa Warszawa-Praga w Warszawie, genom D. Winiarek, Zastępca Prokuratora Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie,

– Polens regering, genom justitieministern A. Bodnar, B. Majczyna, M. Rzotkiewicz, M. Taborowski och S. Żyrek, samtliga i egenskap av ombud,

– Europeiska kommissionen, genom K. Herrmann, P.J.O. Van Nuffel och G. Wils, samtliga i egenskap av ombud,

med hänsyn till beslutet, efter att ha hört generaladvokaten, att avgöra målet utan förslag till avgörande,

följande

Dom

1 Respektive begäran om förhandsavgörande avser tolkningen av artikel 19.1 andra stycket FEU, jämförd med artikel 47 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (nedan kallad stadgan) (målen C-422/23, C-455/23, C-459/23, C-486/23 och C-493/23), principen om unionsrättens företräde (målen C-455/23, C-459/23 och C-486/23), artikel 1.2 c och 4 samt artikel 2.1 b. artikel 3.3 b, artikel 14, artikel 16 a och artikel 20 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (EUT L 134, 2004, s. 1), i dess lydelse enligt kommissionens förordning (EG) nr 1177/2009 av den 30 november 2009 (EUT L 314, 2009, s. 64) (nedan kallat direktiv 2004/17), artikel 2d.1 a i rådets direktiv 92/13/EEG av den 25 februari 1992 om samordning av lagar och andra författningar om gemenskapsregler om upphandlingsförfaranden tillämpade av företag och verk inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna (EGT L 76, 1992, s. 14), i dess lydelse enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/66/EG av den 11 december 2007 (EUT L 335, 2007, s. 31) (nedan kallat direktiv 92/13), samt den allmänna principen om förbud mot rättsmissbruk (mål C-459/23).

2 Den första begäran har framställts i mål C-422/23, mellan T.B. och C.B. Målet rör fördelningen av en gemensam tillgång och ett dödsbo. Den andra begäran har framställts i mål C-455/23 mellan G.T. Och T.S.A. Målet rör frisläppande av en garanti och försäljning av aktier som innehas av ett bolag. Den tredje begäran har framställts i mål C-459/23, mellan E. S.A (nedan kallat bolaget E) och W. sp. z o.o (nedan kallat bolaget W) å ena sidan och Bank S.A, å andra sidan. Det målet rör frånvaron av avtal dem emellan. Den fjärde begäran har framställts i mål C-486/23, i en tvist mellan S. sp. z o.o. och V. sp. z o.o., angående en begäran om betalning. Den femte begäran har slutligen framställts i mål C-493/23, i en tvist mellan Miasto W. och M.T., E.T., samt à A.W. Detta mål rör skyldigheten att framställa en viljeförklaring.

Tillämpliga bestämmelser

Unionsrätt

Direktiv 2003/88/EG

3 Artikel 6 b i Europaparlamentets och rådets direktiv 2003/88/EG av den 4 november 2003 om arbetstidens förläggning i vissa avseenden (EUT L 299, 2003, s. 9) föreskriver:

”Medlemsstaterna skall, med beaktande av behovet av att skydda arbetstagares säkerhet och hälsa, vidta de åtgärder som behövs för att se till att

…

b) den genomsnittliga arbetstiden under varje sjudagarsperiod inklusive övertid inte överstiger 48 timmar.”

Direktiv 92/13

4 Artikel 2d.1 a och 2.2 i direktiv 92/13 har följande lydelse:

”1. Medlemsstaterna ska se till att ett prövningsorgan som är oberoende av den upphandlande enheten förklarar ett avtal ogiltigt eller att ogiltighet beror på ett beslut från ett sådant prövningsorgan,

a) om den upphandlande enheten har tilldelat ett kontrakt utan föregående offentliggörande av ett meddelande om upphandling i *Europeiska unionens officiella tidning* utan att detta är tillåtet i enlighet med direktiv [2004/17],

…

2 Följderna av att ett avtal har ansetts vara ogiltigt ska föreskrivas i nationell rätt.

I nationell rätt får det därför föreskrivas ett retroaktivt upphörande av alla avtalsskyldigheter eller en begränsning av upphörandet till att omfatta de skyldigheter som ännu inte har fullgjorts. I det senare fallet ska medlemsstaterna föreskriva tillämpning av andra påföljder enligt artikel 2e.2.”

5 Artikel 2d.1 a och 2.2 i direktiv 92/13 infördes i direktiv 92/13 genom direktiv 2007/66. Skälen 2, 13, 14 och 20 i direktivet har följande lydelse:

”(2) … Enligt [domstolens] rättspraxis bör medlemsstaterna se till att det finns möjligheter till effektiv och skyndsam rättslig prövning av de upphandlande myndigheternas och de upphandlande enheternas beslut om ett särskilt kontrakt kan hänföras till den personkrets som [Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18 (EUT L 134, 2004, s. 114)] och [2004/17] är tillämpliga på eller till deras materiella tillämpningsområde.

…

(13) För att bekämpa otillåten direkttilldelning, som av [domstolen] har betecknats som den allvarligaste överträdelsen av gemenskapslagstiftningen om offentlig upphandling som en upphandlande myndighet eller en upphandlande enhet kan begå, bör effektiva, proportionella och avskräckande sanktioner föreskrivas. Ett avtal som har ingåtts till följd av en otillåten direkttilldelning bör därför i princip anses vara ogiltigt. Ogiltigheten bör inte vara automatisk utan bör konstateras av eller vara resultatet av ett beslut som fattats av ett oberoende prövningsorgan.

(14) Ogiltighet är det effektivaste sättet att återupprätta konkurrens och skapa nya affärsmöjligheter för de ekonomiska aktörer som på olagligt sätt har berövats sina konkurrensmöjligheter. Direkttilldelning i den mening som avses i detta direktiv bör omfatta all upphandling där inget föregående offentliggörande av ett meddelande om offentlig upphandling har gjorts i *Europeiska unionens officiella tidning* enligt direktiv [2004/18]. Detta motsvarar ett förfarande utan föregående meddelande om upphandling enligt direktiv [2004/17].

…

(20) Detta direktiv bör inte utesluta att strängare sanktioner tillämpas enligt nationell lagstiftning.”

Direktiv 2004/17

6 Skälen 2, 3 och 9 i direktiv 2004/17 hade följande lydelse:

”(2) Ett viktigt skäl för att införa regler om samordning av upphandlingsförfarandena på dessa områden är att nationella myndigheter kan påverka en upphandlande enhets agerande på olika sätt …

(3) Ett annat viktigt skäl till att det behövs en samordning av upphandlingsförfarandena för enheter som är verksamma på dessa områden är att de marknader där de verkar är förhållandevis slutna …

…

(9) I syfte att säkerställa att de offentliga kontrakt som tilldelas av enheter som bedriver verksamhet på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster öppnas för konkurrens, är det lämpligt att utarbeta bestämmelser för samordning inom gemenskapen när det gäller offentliga kontrakt över ett visst värde …”

7 Artikel 1 i direktivet hade följande lydelse:

”1. I detta direktiv används följande beteckningar med de betydelser som anges i denna artikel.

2 …

c) *varukontrakt*: andra kontrakt än de som avses i b vilka avser köp, leasing, hyra eller hyrköp, med eller utan möjlighet till köp, av varor.

Ett kontrakt som avser leverans av varor och som dessutom som ett underordnat inslag omfattar monterings- och installationsarbeten skall betraktas som ett varukontrakt.

…

4 *ramavtal*: ett avtal som ingås mellan en eller flera av de upphandlande enheter som avses i artikel 2.2 och en eller flera ekonomiska aktörer i syfte att fastställa villkoren för tilldelningen av kontrakt under en given tidsperiod, särskilt i fråga om tänkt pris och, i tillämpliga fall, uppskattad kvantitet.”

8 I artikel 2.1 och 2 i nämnda direktiv föreskrevs följande:

”1. I detta direktiv gäller följande definitioner:

…

b) *offentligt företag*: varje företag över vilket en upphandlande myndighet har ett direkt eller indirekt bestämmande inflytande till följd av ägarförhållande, finansiellt deltagande eller gällande regler.

Bestämmande inflytande skall anses föreligga när en upphandlande myndighet, direkt eller indirekt, i förhållande till ett företag

– äger större delen av företagets tecknade kapital, …

…

2 Detta direktiv gäller upphandlande enheter som

a) är upphandlande myndigheter eller offentliga företag och som bedriver någon av de verksamheter som avses i artiklarna 3–7,

…”

9 I artikel 3.3 i samma direktiv föreskrevs följande:

”När det gäller el ska detta direktiv tillämpas på följande typer av verksamhet:

a) Tillhandahållande eller drift av fasta nät i syfte att tillhandahålla tjänster för allmänheten i samband med produktion, transport eller distribution av el.

b) Leverans av el till sådana nät.”

10 I artikel 14 i direktiv 2004/17 föreskrivs följande:

”1. En upphandlande enhet får betrakta ett ramavtal som ett kontrakt i den mening som avses i artikel 1.2 och tilldela det i enlighet med bestämmelserna i detta direktiv.

2. Om en upphandlande enhet slutit ett ramavtal i enlighet med detta direktiv, får den tillämpa artikel 40.3 i när den tilldelar kontrakt inom ramavtalet.

3. Om ett ramavtal inte har slutits i enlighet med detta direktiv, får den upphandlande enheten inte tillämpa artikel 40.3 i.

4. En upphandlande enhet får inte använda ett ramavtal otillbörligt i avsikt att hindra, begränsa eller snedvrida konkurrensen.”

11 Artikel 16 a i direktivet har följande lydelse:

”Detta direktiv skall tillämpas på alla upphandlingskontrakt som inte skall undantas enligt artiklarna 19–26 eller artikel 30 när det gäller utövande av verksamheten i fråga, och vars värde exklusive mervärdesskatt beräknas uppgå till minst följande tröskelvärden:

a) 387 000 euro vid varu- och tjänstekontrakt.”

12 Artikel 17 i direktivet hade följande lydelse:

”1. Beräkningen av det uppskattade värdet på ett kontrakt skall grunda sig på det totala belopp, exklusive mervärdesskatt, som skall betalas enligt den upphandlande enhetens egen uppskattning. Vid denna beräkning skall det uppskattade totalbeloppet beaktas, inbegripet varje form av eventuell optionsrätt och eventuella klausuler om förlängning av kontraktet.

…

2. En upphandlande enhet får inte kringgå tillämpningen av detta direktiv genom att dela upp byggentreprenadprojekt eller planerade köp av en viss mängd varor och/eller tjänster eller genom att välja speciella metoder att beräkna det uppskattade kontraktsvärdet.

3. För ramavtal och dynamiska inköpssystem är det värde som ska beaktas det högsta uppskattade värdet exklusive mervärdesskatt av samtliga planerade kontrakt under avtalets eller systemets hela löptid.

…

7. I fråga om varu- eller tjänstekontrakt som regelbundet återkommer eller som skall förnyas inom en viss period, skall beräkningen av det uppskattade kontraktsvärdet grunda sig på

a) antingen det reella totala värdet av en följd av liknande kontrakt som tilldelats under de föregående tolv månaderna eller under det föregående räkenskapsåret, om möjligt korrigerat för att ta hänsyn till eventuella ändringar i kvantitet eller värde under loppet av de tolv månader som följer efter det första kontraktet,

b) eller vara det uppskattade totala värdet av en följd av kontrakt som slutits under loppet av de tolv månader som följer efter den första leveransen alternativt under räkenskapsåret om detta är längre än tolv månader.”

13 I artikel 20.1 i direktivet föreskrevs följande:

”Detta direktiv gäller inte kontrakt som den upphandlande enheten tilldelar för något annat än utövande av de typer av verksamhet som anges i artiklarna 3–7 eller för utövande av sådana

verksamheter i tredjeland när verksamheten bedrivs utan fysisk användning av något nät eller geografiskt område inom [Europeiska] gemenskapen.”

14 I artikel 40.3 i direktiv 2004/17 föreskrevs följande:

”En upphandlande enhet kan välja ett förfarande utan föregående meddelande om upphandling i följande fall:

…

i) Om kontraktstilldelningen sker utifrån ett ramavtal, under förutsättning att villkoret i artikel 14.2 är uppfyllt.”

Direktiv 2014/25/EU

15 I skäl 23 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/25/EU av den 26 februari 2014 om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (EUT L 94, 2014, s. 243) anges följande:

”Utan att detta direktivs tillämpningsområde på något sätt utvidgas bör det klargöras att produktion, grossistförsäljning och detaljförsäljning av el omfattas när det i detta direktiv hänvisas till leverans av el.”

16 I artikel 7 första stycket i direktivet föreskrivs följande:

”Vid tillämpning av artiklarna 8, 9 och 10 avses med leverans generering/produktion, grossistförsäljning och detaljförsäljning.”

17 Artikel 9.1 i detta direktiv har följande lydelse:

”När det gäller el ska detta direktiv tillämpas på följande typer av verksamhet:

a) Tillhandahållande eller drift av fasta nät i syfte att tillhandahålla tjänster för allmänheten i samband med produktion, transport eller distribution av el.

b) Leverans av el till sådana nät.”

Direktiv 2009/28/EG

18 I Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/28/EG av den 23 april 2009 om främjande av användningen av energi från förnybara energikällor och om ändring och ett senare upphävande av direktiven 2001/77/EG och 2003/30/EG (EUT L 140, 2009, s. 1) återfinns följande definitioner i artikel 2 andra stycket k och l:

”k) *stödsystem*: varje instrument, system eller mekanism som en medlemsstat eller en grupp av medlemsstater tillämpar och som främjar användning av energi från förnybara energikällor genom att minska kostnaden för denna energi, öka försäljningspriset eller öka försäljningsvolymen av sådan köpt energi, genom införande av kvoter för energi från förnybara energikällor, inklusive, men inte begränsat till, investeringsstöd, skattebefrielser

eller skattelättnader, skatteåterbetalningar, stödsystem med kvoter för energi från förnybara energikällor, inklusive system med gröna certifikat, samt system med direkt prisstöd, inklusive inmatningspriser och utbetalningar i form av rörliga (sliding) eller fasta stödutbetalningar.

l) *kvoter för energi från förnybara energikällor*: ett nationellt stödsystem där det ställs krav på att energiproducenterna låter en viss andel energi från förnybara energikällor ingå i den energi som de producerar, eller att energileverantörerna låter en viss andel energi från förnybara energikällor ingå i den energi som de levererar, eller att energikonsumenterna låter en viss andel energi från förnybara energikällor ingå i den energi som de konsumerar. Detta inbegriper system där sådana krav kan uppfyllas genom användning av gröna certifikat.”

Polsk rätt

Lagen om Högsta domstolen

19 I 23 § i ustawa o Sądzie Najwyższym (lagen om Högsta domstolen) av den 8 december 2017 (Dz. U., 2018, position 5), i dess lydelse enligt (Dz. U., 2021, position 1904), i den lydelse som är tillämplig i de nationella målen (nedan kallad lagen om Högsta domstolen) anges följande:

”Tvistemålsavdelningen är behörig att pröva ärenden som rör civilrätt, handelsrätt, immaterialrätt, familjerätt och förmyndarskap samt mål som rör registrering av företag och registrering av säkerheter.”

20 I 25 § i denna lag föreskrivs följande:

”Avdelningen för arbetsrättsliga och socialförsäkringsrättsliga mål är behörig att pröva arbetsrättsliga och socialförsäkringsrättsliga mål.”

21 I 35 § tredje punkten i nämnda lag föreskrivs följande:

”En domare kan utses av förste ordföranden vid Sąd Najwyższy (Högsta domstolen, Polen) för att delta i prövningen av ett visst mål på en annan avdelning och, med dennes samtycke, för en bestämd tid på en annan avdelning. En domare får utses att tjänstgöra på en annan avdelning, utan hans eller hennes samtycke, för en tid av högst sex månader per år. Efter utgången av den period för vilken domaren har utsetts att tjänstgöra på en annan avdelning, ska den berörda domaren handlägga de mål som han eller hon har tilldelats på denna avdelning fram till dess att de avslutas.”

Lagen om offentlig upphandling

22 132 § första punkten i ustawa – Prawo zamówień publicznych (lagen om offentlig upphandling) av den 29 januari 2004 (Dz. U. nr 19, position 177), i den lydelse som är tillämplig i det nationella målet i mål C-459/23, hade följande lydelse:

”Bestämmelserna i detta kapitel ska tillämpas på kontrakt som tilldelas av de upphandlande myndigheter som avses i artikel 3 § punkt 1 led 3 och deras sammanslutningar och av de upphandlande myndigheter som avses i artikel 3 § punkt 1 led 4 … om inte annat följer av 3 § punkt 1 led 5, när kontraktet tilldelas för att bedriva någon av följande verksamheter:

…

3) upprättande av nät i syfte att tillhandahålla allmännyttiga tjänster som avser produktion, överföring eller distribution av el, gas eller värme, eller leverans av el, gas eller värme till dessa system, eller drift av sådana system …”

23 I 146 § i denna lag, i den lydelse som är tillämplig i det nationella målet i mål C-459/23, föreskrevs följande:

”1. Kontraktet ska ogiltigförklaras om den upphandlande myndigheten

…

2) inte har offentliggjort något meddelande om upphandling i *Biuletynie zamówień Publicznych* (*Bulletinen för offentlig upphandling*) eller skickat ett meddelande om upphandling till Europeiska unionens publikationsbyrå,

…

4. Av de skäl som anges i punkterna 1 och 6 kan det inte yrkas att ett avtal ska ogiltigförklaras med stöd av artikel 189 i ustawa – Kodeks postępowania cywilnego [(civilprocesslagen) av den 17 november 1964 (Dz. U. nr 43, position 296) i ändrad lydelse].”

Målen vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna

Omständigheter och frågor som är gemensamma för samtliga mål

24 Fem överklaganden har ingetts till tvistemålsavdelningen vid Sąd Najwyższy (Högsta domstolen) (nedan kallad tvistemålsavdelningen), som är den hänskjutande domstolen.

25 Genom beslut utsåg ordföranden på tvistemålsavdelningen de kollegiala avdelningar, bestående av tre domare, som var och en skulle avgöra ett av dessa fem mål och utsåg, för varje mål, en referent.

26 I var och en av de avdelningar med tre domare som utsetts på detta sätt skulle, förutom en domare på tvistemålsavdelningen, två domare vid avdelningen för arbetsrättsliga och socialförsäkringsrättsliga mål vid Sąd Najwyższy (Högsta domstolen), tjänstgöra. De två sistnämnda domarna utsågs genom beslut av domstolens första ordförande, med stöd av 35 §

punkt 3 i lagen om Högsta domstolen, att tjänstgöra på tvistemålsavdelningen för en period på tre månader från den 1 april till den 30 juni 2023. I tre av de fem målen har dessa utnämningar åtföljts av en ändring av referenten till förmån för vissa av de domare som utsetts på detta sätt.

27 Den hänskjutande domstolen hyser tvivel om oavhängigheten och opartiskheten hos de dömande sammansättningar som bildats på detta sätt, på grund av flera omständigheter.

28 Den hänskjutande domstolen har för det första understrukit att de berörda domarna utsågs att tjänstgöra vid tvistemålsavdelningen för en bestämd period utan deras samtycke. De har för övrigt inte ens rådfrågats i förväg.

29 För det andra har den hänskjutande domstolen påpekat att dessa utnämningar inte har motiverats. Med hänvisning till de skäl som det redogjorts för i pressen angående utnämningen av ett stort antal domare till tvistemålsavdelningen för en begränsad tid, har den hänskjutande domstolen preciserat att avdelningens arbetsbörda och stora eftersläpning beror på hur avdelningen nyligen har förvaltats och kan inte motivera sådana utnämningar.

30 För det tredje åtnjuter de domare som utsetts, enligt polsk rätt inte något rättsligt skydd. Ett beslut att för en begränsad tid utse en domare till en annan avdelning kan nämligen endast omprövas av Krajowa Rada Sądownictwa (Nationella domstolsrådet, Polen). Denna omprövning utgör emellertid inte ett rättsmedel vid en oavhängig och opartisk domstol som inrättats enligt lag, med hänsyn till rådets nuvarande sammansättning.

31 Den hänskjutande domstolen har i detta avseende dragit en parallell mellan att utse en domare utan samtycke till att tjänstgöra på en annan avdelning än den där han eller hon tjänstgjort för en viss tid och att omplacera en domare utan dennes samtycke. I punkt 118 i domen av den 6 oktober 2021, W.Ż. (Avdelningen för extraordinär kontroll och offentliga angelägenheter vid högsta domstolen – Utnämning) (C-487/19, EU:C:2021:798), har EU-domstolen slagit fast att sådana omplaceringsåtgärder kan strida mot principerna om domares oavsättlighet och oavhängighet och att de ska kunna bli föremål för domstolsprövning.

32 För det fjärde utnämndes såväl ordföranden på tvistemålsavdelningen som förste ordföranden vid Sąd Najwyższy (Högsta domstolen), som antog de beslut som är aktuella i de nationella målen, till domare vid Sąd Najwyższy (Högsta domstolen) under samma rättsstridiga omständigheter som de som prövades av EU-domstolen i det mål som avgjordes genom domen av den 6 oktober 2021, W.Ż (Högsta domstolens avdelning för extraordinär kontroll och offentliga angelägenheter – Utnämning) (C-487/19, EU:C:2021:798). De rättsliga förfaranden i vilka sådana personer deltar är emellertid ogiltiga, eftersom de strider mot enskildas rätt till en rättvis rättegång.

33 För det femte har de domare som utsetts att tjänstgöra på tvistemålsavdelningen för en viss tid inte befriats från att utöva sin dömande verksamhet på sin ursprungsavdelning. De får därför en dubbel arbetsbörda.

34 Det finns ingen rättslig grund för denna dubbla arbetsbörda i polsk rätt. Enligt 35 § punkt 3 i lagen om Högsta domstolen är det nämligen endast möjligt att utan samtycke utse en domare på en annan avdelning för ett specifikt mål eller för en begränsad tid. I det sistnämnda fallet ska den berörda domaren endast tjänstgöra på den andra avdelningen och inte samtidigt på den andra avdelningen och på sin ursprungsavdelning.

35 Denna dubbla arbetsbörda medför vidare problem vad gäller kvaliteten på den rättskipning som meddelats, med hänsyn till den materiella specialisering som domarna vid Sąd Najwyższy (Högsta domstolen) har, vilket är nödvändigt för att Sąd Najwyższy (Högsta domstolen) ska kunna fungera väl. Att utse en domare till en annan avdelning skulle leda till att domaren i fråga skulle avgöra mål på rättsområden där han eller hon inte är specialiserad.

36 Slutligen har den hänskjutande domstolen i vissa av sina beslut om hänskjutande påpekat att samma dubbla arbetsbörda riskerar att strida mot artikel 6 b i direktiv 2003/88. Enligt kommissionen kan det inte godtas att ordföranden för en domstol har ett utrymme för skönsmässig bedömning som gör det möjligt för honom eller henne att tilldela en domare ytterligare uppgifter utan någon dialog, och detta trots att tillägget av dessa uppgifter leder till att europeiska och nationella arbetstidsnormer överskrids.

37 Mot bakgrund av dessa omständigheter hyser den hänskjutande domstolen tvivel om huruvida de dömande sammansättningar som ska pröva de fem överklagandena är förenliga med kraven i artikel 19.1 andra stycket FEU, jämförd med artikel 47 i stadgan. I målen C-455/23, C-459/23 och C-486/23 vill den hänskjutande domstolen dessutom få klarhet i huruvida dessa dömande sammansättningar, för det fall de är oförenliga med unionsrätten, ska vägra att döma i saken.

38 Mot denna bakgrund beslutade Sąd Najwyższy (Högsta domstolen) att vilandeförklara målen och ställa följande frågor till EU-domstolen i målen C-422/23 och C-493/23:

”1) I en situation där det i nationell rätt föreskrivs att en domare vid en nationell domstol i sista instans [en domare vid Sąd Najwyższy (Högsta domstolen] kan, på grundval av ett skönsmässigt beslut av Högsta domstolens förste ordförande, under en viss period per år omplaceras, utan domarens samtycke, från en avdelning i denna domstol – i vilken domaren normalt tjänstgör i enlighet med sin utbildning och kompetens – till en annan avdelning i samma domstol i syfte att döma i mål av annat slag än de som domaren hittills har dömt i, ska artikel 19.1 andra stycket FEU jämförd med artikel 47 i [stadgan] tolkas så, att den domare som omplaceras, för att skydda sin oavhängighet och sitt oberoende, måste ha rätt till ett effektivt rättsmedel mot detta beslut inför en oavhängig och opartisk domstol i ett förfarande som uppfyller kraven i artiklarna 47 och 48 i stadgan?

2) [Ska artikel 19.1 andra stycket FEU, jämförd med artikel 47 i stadgan,] tolkas så, att en medlemsstats domstol i sista instans (Högsta domstolen) inte är en oavhängig och opartisk domstol som har inrättats enligt lag och som ger enskilda ett effektivt rättsligt skydd på de områden som omfattas av unionsrätten, när två domare i den dömande tresitsen har, utan deras samtycke, blivit omplacerade efter beslut av ordföranden i denna domstol från sina ursprungliga avdelningar i syfte att vederbörande ska döma i en annan avdelning i samma domstol, utan att de dessförinnan getts möjlighet att överklaga detta beslut inför en opartisk och oavhängig domstol i ett förfarande som uppfyller kraven i artiklarna 47 och 48 i stadgan?”

39 I målen C-455/23, C-459/23 och C-486/23 har Sąd Najwyższy (Högsta domstolen) formulerat sina frågor på följande sätt. I mål C-459/23 är det fråga 1–3 om de 7 tolkningsfrågorna:

”1) Ska artikel 19.1 andra stycket FEU, såsom den tolkats av EU-domstolen i mål C-487/19 W.Ż. (Avdelningen för extraordinär kontroll och offentliga angelägenheter vid högsta domstolen – Utnämning) (C-487/19, EU:C:2021:798), tolkas så, att det strider mot principen om domares oavsättlighet och oavhängighet, på samma sätt som omplacering av en domare vid en allmän

domstol mellan två avdelningar inom en och samma domstol, att utnämna en domare vid Sąd Najwyższy (Högsta domstolen), utan dennes samtycke, att för en bestämd tid döma vid en annan avdelning vid Sąd Najwyższy (Högsta domstolen) när

– domaren utses att döma i mål, i vilka saken inte sammanfaller med den materiella behörigheten vid den avdelning på vilken domaren vid Sąd Najwyższy (Högsta domstolen) utnämnts till domare,

– domaren saknar med avseende på utnämningsbeslutet garanterad tillgång till ett rättsmedel som uppfyller de krav som anges i punkt 118 i dom av den 6 oktober 2021 i målet W.Ż., (Avdelningen för extraordinär kontroll och offentliga angelägenheter vid högsta domstolen – Utnämning) (C-487/19, EU:C:2021:798),

– beslutet av förste ordföranden för Sąd Najwyższy (Högsta domstolen) att utnämna domaren för tjänstgöring vid en annan avdelning och beslutet av ordföranden som leder arbetet på Izba Cywilna Sądu Najwyższego (Högsta domstolens tvistemålsavdelning) om tilldelning av konkreta mål utfärdades av personer som hade utnämnts till domare vid Sąd Najwyższy (Högsta domstolen) under samma omständigheter som i domen av den 6 oktober 2021 i målet W.Ż. (Avdelningen för extraordinär kontroll och offentliga angelägenheter vid högsta domstolen – Utnämning) (C-487/19, EU:C:2021:798), med beaktande av att rättsliga förfaranden i vilka sådana personer deltar, mot bakgrund av befintlig rättspraxis, antingen är ogiltiga eller strider mot enskildas rätt till en rättvis rättegång enligt artikel 6 i [Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, undertecknad i Rom den 4 november 1950 (nedan kallad Europakonventionen)],

– utnämningen av en domare utan dennes samtycke att för en bestämd tid döma i mål på en annan avdelning vid Sąd Najwyższy (Högsta domstolen) än den avdelning vid vilken domaren tjänstgör, samtidigt som domaren ska fortsätta att avgöra mål på sin ursprungliga avdelning, saknar grund i nationell rätt,

– utnämningen av en domare utan dennes samtycke att för en bestämd tid döma i mål på en annan avdelning vid Sąd Najwyższy (Högsta domstolen) än den avdelning vid vilken domaren tjänstgör, strider mot artikel 6, led b i direktiv [2003/88]?

2. Oberoende av svaret på den första frågan, ska artikel 19.1 andra stycket FEU tolkas så, att en domstol i den sammansättning som utformats genom beslut av förste ordföranden för Sąd Najwyższy (Högsta domstolen) om utnämning av domare att döma på en annan avdelning vid Sąd Najwyższy (Högsta domstolen) och beslut av ordföranden som leder arbetet på Izba Cywilna Sądu Najwyższego (Högsta domstolens tvistemålsavdelning) om tilldelning av konkreta mål, vilka utfärdats av personer som hade utsetts till domare vid Sąd Najwyższy (Högsta domstolen) under samma omständigheter som i det mål där dom meddelades den [6 oktober 2021 i målet W.Ż (Avdelningen för extraordinär kontroll och offentliga angelägenheter vid högsta domstolen – Utnämning) (C-487/19, EU:C:2021:798), C-487/1[9], inte är en domstol som upprättats enligt lag, eftersom det av hittillsvarande rättspraxis framgår att domstolsförfaranden i vilka det ingår personer som utsetts på detta sätt är ogiltiga eller strider mot en parts rätt till rättvis rättegång enligt artikel 6 i Europakonventionen?

3) Om svaret på den första och den andra frågan är jakande, varvid en domstol som upprättats på detta sätt inte anses vara en domstol som ’upprättats enligt lag’, ska artikel 19.1 andra stycket FEU och principen om unionsrättens företräde tolkas så, att de domare som utsetts att ingå i sammansättningen i en domstol som upprättats på det sätt som beskrivs i frågorna 1 och 2 kan vägra att vidta åtgärder i det mål som tilldelats dem, och även vägra att döma i målet, med motiveringen att de beslut inte existerar genom vilka de utsetts att döma i mål på en annan avdelning vid Sąd Najwyższy (Högsta domstolen) och konkreta mål tilldelats, eller ska de meddela dom och överlåta åt parterna att avgöra om domen eventuellt ska överklagas på den grunden att den åsidosätter en parts rätt att få saken prövad av en domstol som uppfyller de krav som uppställs i artikel 19.1 andra stycket FEU och artikel 47 i [stadgan]?”

Omständigheter och frågor som är specifika för mål C-459/23

40 Bolaget E., som är klagande i det nationella målet i mål C-459/23, bedriver elhandel. Den polska statskassan innehar mer än 50 procent av aktierna. Bolaget W., en av motparterna i det nationella målet, är verksamt inom produktion, överföring och distribution av el.

41 Den 24 februari 2011 ingick bolagen E. och W. ett avtal om försäljning av äganderätt (nedan kallat det avtal som är aktuellt i det nationella målet). I avtalet fastställdes villkoren för försäljning av all äganderätt till gröna certifikat, det vill säga ursprungsintyg för el producerad från en förnybar energikälla. Bolaget W. åtog sig att till bolaget E. överföra samtliga äganderätter som följde av dessa certifikat. Bolaget E. åtog sig att förvärva certifikaten genom OTC-transaktioner på den polska energibörsen. I avtalet föreskrevs även villkoren för ersättning för försäljningen av certifikaten genom att en prisformel fastställdes.

42 Efter fruktlösa försök att omförhandla prisvillkoren i det avtal som är aktuellt i det nationella målet avslutade bolaget E., i september 2017, verkställandet av säljorder från bolaget W.

43 Bolaget E. väckte därefter talan för att få fastställt att det inte förelåg något avtalsförhållande till följd av att det avtal som är aktuellt i det nationella målet hade ingåtts, med åberopande av att bestämmelserna om offentlig upphandling hade åsidosatts. Överklagandet ogillades såväl i första instans genom dom av Sąd Okręgowy w Gdańsku (Regiondomstolen i Gdansk, Polen) av den 6 december 2018 som i andra instans, genom dom av Sąd Apelacyjny w Gdańsku (Appellationsdomstolen i Gdansk, Polen) av den 13 augusti 2019. Dessa domstolar fann i huvudsak att avtalet inte omfattades av bestämmelserna om offentlig upphandling.

44 Bolaget E. överklagade då domen av den 13 augusti 2019 till den hänskjutande domstolen. Den hänskjutande domstolen vill få klarhet i huruvida de bedömningar som de nationella domstolarna har gjort av huruvida bestämmelserna om offentlig upphandling är tillämpliga på det avtal som är aktuellt i det nationella målet är välgrundade. Dessa frågor är relevanta för det fall det följer av svaren på den första, den andra och den tredje frågan, vilka återges i punkt 39 ovan, att den ska pröva överklagandet i sak.

45 För det första vill den hänskjutande domstolen få klarhet i huruvida elhandel omfattas av bestämmelserna om offentlig upphandling. Den hänskjutande domstolen har i detta avseende dels begärt en tolkning av artikel 3.3 b i direktiv 2004/17 för att få klarhet i huruvida uttrycket ”Leverans av el till dylika nät” omfattar försäljning av el. Dels ska det, mot bakgrund av artikel 20 i direktiv 2004/17, fastställas huruvida inköpen av gröna certifikat sker i syfte att bedriva verksamhet avseende elleveranser och huruvida de ska omfattas av förfarandet för offentlig

upphandling. Om detta köp var en följd av en lagstadgad skyldighet och således en följd av utövandet av verksamheten avseende elleveranser, skulle det däremot inte vara nödvändigt för att bedriva verksamhet som består i försäljning av el.

46 För det andra anser den hänskjutande domstolen att det är nödvändigt att få klarhet i hur artikel 1.4 i direktiv 2004/17, jämförd med artikel 14 i samma direktiv, ska tolkas för att det ska kunna fastställas huruvida ett avtal som ålägger parterna att ingå genomförandeavtal på bestämda villkor avseende pris och kvantitet utgör ett ramavtal i den mening som avses i detta direktiv och omfattas av förfarandet för offentlig upphandling. I förevarande fall överstiger det totala årliga värdet av de transaktioner som genomförts mellan bolagen E. och W. inom ramen för dessa genomförandeavtal Europeiska unionens tröskelvärden för sektorspecifik offentlig upphandling. Betraktade var för sig uppnår dessa transaktioner däremot inte dessa tröskelvärden. Under dessa omständigheter anser den hänskjutande domstolen att det kan anses att det avtal som är aktuellt i det nationella målet inte utgör ett ramavtal och inte omfattas av tillämpningsområdet för unionsrätten om offentlig upphandling. Den hänskjutande domstolen har emellertid understrukit att det enligt artikel 17.2 i direktiv 2004/17 är förbjudet att dela upp ett avtal för att kringgå dessa tröskelvärden. I detta avseende bör det fastställas huruvida det totala värdet av transaktionerna för utförande ska bedömas på förhand eller i efterhand.

47 För det tredje vill den hänskjutande domstolen få klarhet i vilken sanktion som ska tillämpas på grund av att kontraktet tilldelas direkt i strid med bestämmelserna om offentlig upphandling och har övervägt två möjligheter. Å ena sidan skulle det vara möjligt att slå fast att en sådan tilldelning utgör ett fall där ett sådant meddelande om upphandling som omfattas av artikel 2d.1 a i direktiv 92/13 inte har offentliggjorts och att det kontrakt som är aktuellt i det nationella målet följaktligen kan ogiltigförklaras. Bolaget E., å andra sidan, har föreslagit att det ska göras åtskillnad mellan underlåtenheten att offentliggöra meddelandet om upphandling och den fullständiga underlåtenheten att tillämpa förfaranden för offentlig upphandling. Det sistnämnda fallet omfattas inte av denna bestämmelse, utan av de strängare påföljder som föreskrivs i polsk civilrätt.

48 För det fjärde vill den hänskjutande domstolen få klarhet i huruvida den allmänna principen om förbud mot rättsmissbruk utgör hinder för att ogiltigförklara ett avtal på grund av åsidosättande av unionsrättsliga bestämmelser om offentlig upphandling, när påståendet om ett sådant åsidosättande endast utgör en förevändning för att uppnå helt andra mål än dem som unionslagstiftaren eftersträvar, såsom att inte behöva fullgöra ett avtal vars lönsamhet har minskat för käranden.

49 Mot denna bakgrund har Sąd Najwyższy (Högsta domstolen), utöver de tre frågor som anges i punkt 39 ovan, ställt följande frågor som är specifika för mål C-459/23:

”4. Om svaret på de ovannämnda frågorna är att den hänskjutande domstolen är en domstol ’som har inrättats enligt lag’ i den mening som avses i artikel 19.1 andra stycket FEU, ska artikel 3.3 b jämförd med artiklarna 20 och 1.2 c i [direktiv 2004/17] då tolkas så, att ett offentligrättsligt organ som avses i artikel 2.1 b i detta direktiv, vilket bedriver grossist- och detaljhandelsförsäljning av el, är skyldigt att vid en offentlig upphandling förvärva de gröna certifikat som avses i artikel 2 k–l i [direktiv 2009/28]?

5. Om fråga 4 besvaras jakande, ska artikel 14 jämförd med artikel 1.4 i direktiv 2004/17 då tolkas så, att ett ramavtal mellan ett sådant offentligrättsligt organ och en producent av energi från förnybara energikällor ska ingås i enlighet med förfarandet för offentlig upphandling när det beräknade (men i avtalet inte specificerade) totala värdet av de gröna certifikat som förvärvats enligt avtalet överstiger det tröskelvärde som anges i artikel 16 a i detta direktiv, samtidigt som värdet av de enskilda transaktioner som genomförts med stöd av detta avtal inte överstiger detta tröskelvärde?

6. Om frågorna 4 och 5 besvaras jakande, ska då ingåendet av ett avtal i strid med bestämmelserna om offentlig upphandling anses utgöra ett sådant fall som avses i artikel 2d.1 a i [direktiv 92/13] eller är det fråga om ett annat fall av åsidosättande av unionsrätten i fråga om offentlig upphandling enligt vilken det är möjligt att ogiltigförklara ett avtal utanför det förfarande som föreskrivs i den nationella lagstiftning som genomför ovannämnda direktiv?

7. Om frågorna 4–6 besvaras jakande, ska den allmänna principen om förbud mot rättsmissbruk då tolkas så, att ett sådant upphandlande organ som avses i artikel 2.1 b i direktiv 2004/17 inte kan begära ogiltigförklaring av ett avtal som det har ingått med en leverantör i strid med nationella bestämmelser som genomför unionens direktiv om offentlig upphandling, när den bakomliggande anledningen till begäran om ogiltigförklaring av avtalet inte är att unionsrätten ska efterlevas, utan att det upphandlande företagets lönsamhet i samband med fullgörandet av avtalet har minskat?”

50 Domstolens ordförande beslutade den 10 oktober 2023 att förena målen C-422/23, C-455/23, C-459/23, C-486/23 och C-493/23 vad gäller det skriftliga och det muntliga förfarandet samt domen.

Huruvida respektive begäran om förhandsavgörande kan tas upp till prövning

51 Enligt fast rättspraxis ankommer det på EU-domstolen att – för att pröva sin egen behörighet eller huruvida begäran om förhandsavgörande kan tas upp till sakprövning – undersöka de omständigheter under vilka den nationella domstolen har framställt sin begäran om förhandsavgörande (dom av den 11 juli 2024, Hann-Invest m.fl., C-554/21, C-622/21 och C-727/21, EU:C:2024:594, punkt 29 och där angiven rättspraxis).

52 Eftersom begäran om förhandsavgörande har framställts av olika sammansättningar vid tvistemålsavdelningen, ska det prövas huruvida det hänskjutande organet, som har uttryckt tvivel om sin egen oavhängighet, utgör en ”domstol” i den mening som avses i artikel 267 FEUF.

53 I detta hänseende, framgår det av fast rättspraxis att EU-domstolen, vid bedömningen av huruvida det hänskjutande organet är en domstol i den mening som avses i artikel 267 FEUF, vilket är en rent unionsrättslig fråga, och således vid bedömningen av huruvida begäran om förhandsavgörande kan tas upp till prövning, ska beakta ett antal omständigheter, nämligen om organet är upprättat enligt lag, om det är av stadigvarande karaktär, om dess jurisdiktion är av tvingande art, om förfarandet är kontradiktoriskt, om organet tillämpar rättsregler samt om det är oavhängigt (se, för ett liknande resonemang, dom av den 30 juni 1966, Vaassen-Göbbels, 61/65, EU:C:1966:39, s. 395, dom av den 21 december 2023, Krajowa Rada Sądownictwa (Bibehållande av en domares ämbete), C-718/21, EU:C:2023:1015, punkt 40 och där angiven rättspraxis, och dom av den 7 maj 2024, NADA m.fl., C-115/22, EU:C:2024:384, punkt 35).

54 EU-domstolen har slagit fast att Sąd Najwyższy (Högsta domstolen) som sådan uppfyller de krav som det erinrats om ovan och har i detta hänseende preciserat att om en begäran om förhandsavgörande har framställts av en nationell domstol, ska det presumeras att den domstolen uppfyller dessa krav oberoende av dess konkreta sammansättning (dom av den 29 mars 2022, Getin Noble Bank, C-132/20, EU:C:2022:235, punkterna 68 och 69, Och dom av den 21 december 2023, Krajowa Rada Sądownictwa (Bibehållande av en domares ämbete), C-718/21, EU:C:2023:1015, punkt 41).

55 Denna presumtion kan emellertid brytas när ett lagakraftvunnet avgörande från en domstol i en medlemsstat eller en internationell domstol leder till slutsatsen att den domare som utgör den hänskjutande domstolen inte är en oavhängig och opartisk domstol som har inrättats enligt lag, i den mening som avses i artikel 19.1 andra stycket FEU, jämförd med artikel 47 andra stycket i stadgan (dom av den 29 mars 2022, Getin Noble Bank, C-132/20, EU:C:2022:235, punkt 72, och dom av den 21 december 2023, Krajowa Rada Sądownictwa (Bibehållande av en domares ämbete), C-718/21, EU:C:2023:1015, punkt 44).

56 Efter det att en dömande sammansättning bestående av en ensamdomare på tvistemålsavdelningen hade att avgöra målet, fann EU-domstolen, mot bakgrund av sin egen praxis avseende artikel 19.1 andra stycket FEU, jämförd med artikel 47 andra stycket i stadgan, och olika konstateranden och bedömningar som Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna gjort i domen av den 3 februari 2022, Advance Pharma sp. z o.o. mot Polen (CE:ECHR:2022:0203JUD00146920), och Naczelny Sąd Administracyjny (Högsta förvaltningsdomstolen, Polen) i en dom av den 6 maj 2021 gjort, att en sådan dömande sammansättning, på grund av de villkor som låg till grund för utnämningen av den domare som den ingick i, inte var en oavhängig och opartisk domstol som hade inrättats enligt lag, i den mening som avses i dessa unionsrättsliga bestämmelser. Den presumtion som avses i punkt 54 ovan skulle följaktligen brytas (se, för ett liknande resonemang, dom av den 7 november 2024, Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, C-326/23, EU:C:2024:940, punkterna 29–37).

57 I förevarande fall framgår det inte av handlingarna i målet att de domare som utgör de dömande sammansättningar som ligger till grund för begäran om förhandsavgörande har tillsatts på tvistemålsavdelningen efter ett förfarande som är identiskt med förfarandet för utnämning av den ensamdomare som är upphovsman till begäran om förhandsavgörande i det mål som avgjordes genom domen av den 7 november 2024, Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (C-326/23, EU:C:2024:940). Det framgår inte heller av handlingarna i målet att utnämningarna av dessa domare var aktuella i de mål som gav upphov till de domar från Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna och Naczelny Sąd Administracyjny (Högsta förvaltningsdomstolen) som nämns i föregående punkt.

58 Under dessa omständigheter är den hänskjutande domstolens tvivel beträffande dess egen oavhängighet inte tillräckliga för att bryta den presumtion som avses i punkt 54 ovan.

Prövning av tolkningsfrågorna

Frågorna i målen C-422/23 och C-493/23 samt den första och den andra frågan i målen C-455/23, C-459/23 och C-486/23

Huruvida tolkningsfrågorna kan tas upp till prövning

59 Europeiska kommissionen anser att den första frågan i målen C-422/23 och C-493/23 samt den andra frågan i målen C-455/23, C-459/23 och C-486/23 inte kan tas upp till sakprövning. Dessa frågor är inte nödvändiga för att avgöra de nationella målen, eftersom de varken avser det beslut som fattats av förste ordföranden vid Sąd Najwyższy (Högsta domstolen) att utse en domare till en annan avdelning på Sąd Najwyższy (Högsta domstolen) eller lagenligheten av förfarandet för utnämning av denna första ordförande och ordföranden på tvistemålsavdelningen till domartjänster.

60 I förevarande fall ska den hänskjutande domstolen i de fem nationella målen, såsom framgår av respektive begäran om förhandsavgörande, i förfarandets inledningsskede fastställa huruvida den utgör en oavhängig och opartisk domstol som har inrättats enligt lag, i den mening som avses i artikel 19.1 andra stycket FEU, jämförd med artikel 47 andra stycket i stadgan, trots att flera av ledamöterna i de dömande sammansättningar på tvistemålsavdelningen som ligger bakom begäran om förhandsavgörande har utsetts att tjänstgöra där tillfälligt och att de inte kan ifrågasätta sin utnämning till denna tvistemålsavdelning.

61 Det framgår emellertid av EU-domstolens praxis att tolkningsfrågor som syftar till att göra det möjligt för den hänskjutande domstolen att *in limine litis* avgöra sådana processrättsliga svårigheter som de som avser dess egen behörighet att pröva ett mål som är anhängigt vid den eller de rättsverkningar som ska tillerkännas ett domstolsavgörande som kan hindra den hänskjutande domstolen från att fortsätta att pröva ett sådant mål, kan tas upp till prövning enligt artikel 267 FEUF (dom av den 13 juli 2023, YP m.fl. (Upphävande av domares immunitet och avstängning från tjänsten), C-615/20 och C-671/20, EU:C:2023:562, punkt 47 och där angiven rättspraxis, och dom av den 6 mars 2025, D.K (Fråntagande av mål från domare), C-647/21 och C-648/21, EU:C:2025:143, punkt 53).

62 Under dessa omständigheter kan den första frågan i målen C-422/23 och C-493/23 och den andra frågan i målen C-455/23, C-459/23 och C-486/23 tas upp till sakprövning.

Prövning i sak

Inledande synpunkter

63 Det ankommer på de nationella domstolarna och på EU-domstolen att i enlighet med artikel 19 FEU, som ger uttryck för det värde som rättsstaten utgör enligt artikel 2 FEU, säkerställa att unionsrätten tillämpas fullt ut i samtliga medlemsstater och att säkerställa domstolsskyddet för enskildas rättigheter enligt unionsrätten (dom av den 2 mars 2021, A.B. m.fl. Utnämning av domare – Överklagande), C-824/18, EU:C:2021:153, punkt 108, och dom av den 16 november 2021, Prokuratura Rejonowa w Mińsku Mazowieckim m.fl., C-748/19–C-754/19, EU:C:2021:931, punkt 59).

64 Medlemsstaterna ska härvidlag, såsom föreskrivs i artikel 19.1 andra stycket FEU, fastställa de möjligheter till överklagande som behövs för att säkerställa ett effektivt domstolsskydd för enskilda rättssubjekt inom de områden som omfattas av unionsrätten. Principen om ett effektivt domstolsskydd för de rättigheter som de enskilda har enligt unionsrätten, och som det hänvisas till i artikel 19.1 FEU, utgör vidare en allmän princip i unionsrätten. Denna princip följer av medlemsstaternas gemensamma konstitutionella traditioner och har kommit till uttryck i artiklarna 6 och 13 i Europakonventionen. Den har numera även stadfästs i artikel 47 i stadgan. Sistnämnda bestämmelse ska således i vederbörlig ordning beaktas vid tolkningen av artikel 19.1 andra stycket FEU (dom av den 6 oktober 2021, W.Ż. (Avdelningen för extraordinär kontroll och offentliga angelägenheter vid högsta domstolen – Utnämning), C-487/19, EU:C:2021:798, punkt 102 och där angiven rättspraxis).

65 Vad gäller det materiella tillämpningsområdet för artikel 19.1 andra stycket FEU, avser denna bestämmelse ”de områden som omfattas av unionsrätten”, oberoende av den situation i vilken medlemsstaterna tillämpar unionsrätten, i den mening som avses i artikel 51.1 i stadgan (se, för ett liknande resonemang, dom av den 27 februari 2018, Associação Sindical dos Juízes Portugueses, C-64/16, EU:C:2018:117, punkt 29, och dom av den 16 november 2021, Prokuratura Rejonowa w Mińsku Mazowieckim m.fl., C-748/19–C-754/19, EU:C:2021:931, punkt 62).

66 Artikel 19.1 andra stycket FEU är bland annat tillämplig på varje nationellt organ som, i egenskap av domstol, kan komma att pröva frågor om tolkning och tillämpning av unionsrätten och därmed frågor som omfattas av unionsrätten (dom av den 26 mars 2020, Miasto Łowicz och Prokurator Generalny, C-558/18 och C-563/18, EU:C:2020:234, punkt 34 och där angiven rättspraxis, och dom av den 11 juli 2024, Hann-Invest m.fl., C-554/21, C-622/21 och C-727/21, EU:C:2024:594, punkt 36).

67 Så är fallet med den hänskjutande domstolen, vilken nämligen kan bli tvungen att pröva frågor som rör tillämpningen eller tolkningen av unionsrätten och vilken därmed – i egenskap av ”domstol” i den mening som avses i unionsrätten – ingår i det polska rättsmedelsystemet inom ”de områden som omfattas av unionsrätten”, i den mening som avses i artikel 19.1 andra stycket FEU.

68 Den hänskjutande domstolen har dessutom i vissa av sina beslut om hänskjutande även hänvisat till artikel 47 i stadgan. Det ska i detta avseende erinras om att artikel 51.1 i stadgan bekräftar EU-domstolens fasta praxis enligt vilken de grundläggande rättigheter som garanteras i unionens rättsordning är tillämpliga i samtliga fall som regleras av unionsrätten, men inte i andra fall (dom av den 19 november 2019, A.K. m.fl. (Oavhängigheten för avdelningen för disciplinära mål vid Högsta domstolen) C-585/18, C-624/18 och C-625/18, EU:C:2019:982, punkt 78, och dom av den 11 juli 2024, Hann-Invest m.fl., C-554/21, C-622/21 och C-727/21, EU:C:2024:594, punkt 31).

69 I förevarande fall har den hänskjutande domstolen inte lämnat några uppgifter om att de nationella målen i målen C-422/23, C-455/23, C-486/23 och C-493/23 rör tolkningen eller tillämpningen av en unionsrättslig bestämmelse som genomförs på nationell nivå. Under dessa omständigheter förefaller artikel 47 i stadgan, mot bakgrund av de uppgifter som domstolen förfogar över, inte vara tillämplig i dessa mål. Även om artikel 47 i stadgan inte är tillämplig i det nationella målet, ska den emellertid vederbörligen beaktas vid tolkningen av artikel 19.1 andra stycket FEU (dom av den 20 april 2021, Repubblika, C-896/19, EU:C:2021:311, punkterna 44 och 45, och dom av den 25 februari 2025, Sąd Rejonowy w Białymstoku och Adoreikė, C-146/23 och C-374/23, EU:C:2025:109, punkt 43).

70 Det framgår däremot av begäran om förhandsavgörande i mål C-459/23 att bolaget E. i det nationella målet har gjort gällande att unionsbestämmelserna om offentlig upphandling, särskilt direktiv 2004/17, har åsidosatts. Den hänskjutande domstolen har ställt sina frågor till EU-domstolen för att bland annat få klarhet i hur direktivets tillämpningsområde ska tolkas. Det nationella målet i nämnda mål avser således tillämpningen av en unionsrättslig bestämmelse som har genomförts på nationell nivå, varvid det ankommer på den hänskjutande domstolen att, mot bakgrund av EU-domstolens svar på de frågor som är specifika för mål C-459/23, avgöra huruvida direktiv 2004/17 faktiskt är tillämpligt i det nationella målet, i vilket fall även artikel 47 i stadgan skulle vara tillämplig.

71 Under dessa omständigheter ska domstolen pröva tolkningen av artikel 19.1 andra stycket FEU, jämförd med artikel 47 i stadgan.

Prövning av tolkningsfrågorna

72 Den hänskjutande domstolen har ställt den första och den andra frågan i målen C-422/23 och C-493/23 samt den första och den andra frågan i målen C-455/23, C-459/23 och C-486/23 för att få klarhet i huruvida artikel 19.1 andra stycket FEU, jämförd med artikel 47 i stadgan, ska tolkas så, att den utgör hinder för åtgärder som vidtas av ordföranden för en nationell domstol och som består i att utse domare som tjänstgör på en avdelning vid den domstolen för att tillfälligt tjänstgöra på en annan avdelning vid nämnda domstol, även om domarna fortsätter på sina ursprungliga avdelningar, trots att de inte har samtyckt till utnämningen, att de inte har något rättsmedel för att bestrida utnämningen, att förordnandet innebär en ökning av de berörda domarnas arbetsbörda och kräver att de fördjupar sig i områden som inte omfattas av deras specialisering samt att ordföranden har utnämnts till samma domstol på villkor som är oförenliga med de krav som följer av artikel 19.1 andra stycket FEU.

73 Det erinras om att varje medlemsstat, i syfte att garantera detta skydd, enligt artikel 19.1 andra stycket FEU, ska säkerställa att de instanser som i egenskap av ”domstol”, i den mening som avses i unionsrätten, har att pröva frågor om tillämpningen eller tolkningen av unionsrätten och som således hör till dess system med rättsmedel inom de områden som omfattas av unionsrätten uppfyller kraven på ett effektivt domstolsskydd, inklusive kravet på oavhängighet (dom av den 11 juli 2024, Hann-Invest m.fl., C-554/21, C-622/21 och C-727/21, EU:C:2024:594, punkt 47 och där angiven rättspraxis, och dom av den 6 mars 2025, D.K. (Fråntagande av mål från domare), C-647/21 och C-648/21, EU:C:2025:143, punkt 65).

74 Detta krav på oavhängiga domstolar – vilket är oupplösligt förbundet med rättskipningsuppdraget – är en del av kärninnehållet i rätten till ett effektivt domstolsskydd och i den grundläggande rätten till en rättvis rättegång, vilka är av vital betydelse för att garantera att samtliga rättigheter som enskilda tillerkänns enligt unionsrätten skyddas och att medlemsstaternas gemensamma värden som anges i artikel 2 FEU, bland annat rättsstatsprincipen, upprätthålls (dom av den 11 juli 2024, Hann-Invest m.fl., C-554/21, C-622/21 och C-727/21, EU:C:2024:594, punkt 49 och där angiven rättspraxis, och dom av den 6 mars 2025, D.K. (Fråntagande av mål från domare), C-647/21 och C-648/21, EU:C:2025:143, punkt 66).

75 Nämnda krav på oavhängighet omfattar två aspekter. Den första aspekten, som är extern, förutsätter att den aktuella domstolsinstansen fullgör sina uppgifter helt självständigt, utan att vara underställd någon annan och utan att ta emot order eller instruktioner från något håll. Den ska således vara skyddad mot yttre inblandning eller påtryckningar som kan äventyra dess ledamöters oberoende prövning och påverka deras avgöranden. Den andra aspekten är intern

och sammanfaller med begreppet opartiskhet. Den handlar om att avståndet gentemot parterna och deras respektive intressen vad gäller saken i målet ska vara detsamma. Denna aspekt kräver att objektivitet iakttas och att det inte föreligger något annat intresse vad gäller utgången i målet än vad som följer av en strikt tillämpning av rättsreglerna (dom av den 11 juli 2024, Hann-Invest m.fl., C-554/21, C-622/21 och C-727/21, EU:C:2024:594, punkterna 50 och 51 samt där angiven rättspraxis, och dom av den 6 mars 2025, D.K. (Fråntagande av mål från domare), C-647/21 och C-648/21, EU:C:2025:143, punkt 67).

76 Även om den ”externa” delen av oavhängigheten huvudsakligen syftar till att bevara domstolarnas oavhängighet i förhållande till den lagstiftande och den verkställande makten i enlighet med maktfördelningsprincipen, som är kännetecknande för hur en rättsstat fungerar, avser denna del även skydd för domare mot otillbörlig påverkan inifrån den berörda domstolen (se, för ett liknande resonemang, dom av den 11 juli 2024, Hann-Invest m.fl., C-554/21, C-622/21 och C-727/21, EU:C:2024:594, punkt 54 och där angiven rättspraxis, och dom av den 6 mars 2025, D.K. (Fråntagande av mål från domare), C-647/21 och C-648/21, EU:C:2025:143, punkt 68).).

77 Utövandet av domaruppdraget måste skyddas inte bara mot all direkt påverkan i form av instruktioner, utan även mot mer indirekt påverkan som kan inverka på domstolsavgörandena (se, för ett liknande resonemang, dom av den 11 juli 2024, Hann-Invest m.fl., C-554/21, C-622/21 och C-727/21, EU:C:2024:594, punkt 53 och där angiven rättspraxis, samt dom av den 14 november 2024, S (Ändring av den dömande sammansättningen), C-197/23, EU:C:2024:956, punkt 62 och där angiven rättspraxis).

78 Dessa skyddsregler för oavhängighet och opartiskhet förutsätter att det finns regler, särskilt vad gäller organets sammansättning, som utesluter allt rimligt tvivel som enskilda rättssubjekt skulle kunna hysa beträffande organets pålitlighet i förhållande till yttre omständigheter och organets neutralitet i förhållande till de intressen som konfronteras (se, för ett liknande resonemang, dom av den 11 juli 2024, Hann-Invest m.fl., C-554/21, C-622/21 och C-727/21, EU:C:2024:594, punkt 52, och dom av den 6 mars 2025, D.K. (Fråntagande av mål från domare), C-647/21 och C-648/21, EU:C:2025:143, punkt 70).

79 Enligt artikel 19.1 andra stycket FEU krävs det även att det finns en domstol ”som har inrättats enligt lag”, mot bakgrund av att tillgången till en sådan domstol och garantierna för domarnas oavhängighet och opartiskhet är oupplösligt förenade (se, för ett liknande resonemang, dom av den 11 juli 2024, Hann-Invest m.fl., C-554/21, C-622/21 och C-727/21, EU:C:2024:594, punkt 55 och där angiven rättspraxis, och dom av den 14 november 2024, S. (Ändring av den dömande sammansättningen), C-197/23, EU:C:2024:956, punkt 63 och där angiven rättspraxis).

80 Begreppet ”domstol som har inrättats enligt lag”, som även förekommer i artikel 47 andra stycket i stadgan och återspeglar bland annat rättsstatsprincipen, avser inte bara den rättsliga grunden för domstolens själva existens, utan även sammansättningen av den dömande sammansättningen i varje mål samt alla andra bestämmelser i nationell rätt vars åsidosättande innebär att en eller flera domares deltagande i prövningen av målet är rättsstridigt. Detta begrepp omfattar således reglerna om tilldelning och omfördelning av mål (se, för ett liknande resonemang, dom av den 6 mars 2025, D.K. (Fråntagande av mål från domare), C-647/21 och C-648/21, EU:C:2025:143, punkterna 73 och 74 samt där angiven rättspraxis).

81 Enligt artikel 19.1 andra stycket FEU krävs i detta avseende följaktligen även att reglerna avseende domstolens dömande sammansättning gör det omöjligt för personer, som inte ingår i den dömande sammansättningen i ett visst mål och inför vilka parterna inte har kunnat lägga fram sina argument, att på ett otillbörligt sätt ingripa i beslutsprocessen i ett visst mål (se, för ett liknande resonemang, dom av den 11 juli 2024, Hann-Invest m.fl., C-554/21, C-622/21 och C-727/21, EU:C:2024:594, punkt 59, och dom av den 6 mars 2025, D.K. (Fråntagande av mål från domare), C-647/21 och C-648/21, EU:C:2025:143, punkt 75).

82 I förevarande fall vill den hänskjutande domstolen få klarhet i huruvida de åtgärder genom vilka förste ordföranden vid Sąd Najwyższy (Högsta domstolen) har utsett domare från avdelningen för arbetsrättsliga och socialförsäkringsrättsliga mål, för en bestämd period på tre månader, på tvistemålsavdelningen samtidigt som de har fortsatt att tjänstgöra på sin ursprungliga avdelning under denna period, är förenliga med de krav som det erinrats om i punkterna 73–81 ovan.

83 Det ska i detta hänseende inledningsvis påpekas att det är legitimt för medlemsstaterna att i sin nationella rätt föreskriva på vilka villkor ordföranden för en domstol är behörig att vidta åtgärder som tillfälligt ålägger domarna vid denna domstol en dubbel placering på deras ursprungsavdelning och på en annan avdelning vid nämnda domstol. Sådana åtgärder kan nämligen vara nödvändiga för den interna organisationen av en domstols arbete, med hänsyn till behovet av att säkerställa en god rättskipning och iakttagandet av principen om en rimlig tidsfrist.

84 Vad vidare gäller villkoren för att sådana åtgärder ska kunna vidtas, vill den hänskjutande domstolen för det första få klarhet i vilken betydelse det har att den första ordföranden vid Sąd Najwyższy (Högsta domstolen), som utsåg de berörda domarna till att tjänstgöra tillfälligt på tvistemålsavdelningen, och för övrigt ordföranden på denna avdelning, som tilldelade målen i de nationella målen till denna sammansättning, utnämndes till domare vid denna domstol på villkor som var oförenliga med artikel 19.1 andra stycket FEU.

85 Det är visserligen riktigt, såsom den hänskjutande domstolen har angett, att EU-domstolen i punkterna 155 och 160 i domen av den 6 oktober 2021, W.Ż. (Avdelningen för extraordinär kontroll och offentliga angelägenheter vid högsta domstolen – Utnämning) (C-487/19, EU:C:2021:798), slagit fast att en nationell domstol, i enlighet med principen om unionsrättens företräde, ska anse att ett beslut som meddelats av ett organ som inte utgör en oavhängig och opartisk domstol som inrättats enligt lag, i den mening som avses i unionsrätten, är ogiltigt.

86 Härav följer emellertid inte att alla åtgärder som vidtas för att organisera en domstols interna arbete, såsom en åtgärd som består i att tillfälligt utse domare till en annan avdelning än den där de tjänstgör eller att tilldela dem mål, ska betraktas som ogiltiga när de har vidtagits av domstolens ordförande eller av en ordförande i en dömande sammansättning, vilka inte utgör en oavhängig och opartisk domstol som inrättats enligt lag, i den mening som avses i unionsrätten. Det mål som gav upphov till den rättspraxis som anges i föregående punkt avsåg nämligen, till skillnad från förevarande mål, förekomsten av slutliga domstolsavgöranden.

87 Av detta följer att den omständigheten att ordföranden för Sąd Najwyższy (Högsta domstolen) och ordföranden på tvistemålsavdelningen, vilka har utsett de berörda domarna till att tjänstgöra på denna avdelning respektive tilldelat de dömande sammansättningarna mål i de nationella målen, enligt vad den hänskjutande domstolen har konstaterat har tillsatts på ett sätt som är oförenligt med kraven i artikel 19.1 andra stycket FEU, inte i sig är tillräcklig för att motivera att

även de dömande sammansättningar som på detta sätt har inrättats och anhängiggjort dessa mål inte ska anses utgöra en oavhängig och opartisk domstol som inrättats enligt lag, i den mening som avses i unionsrätten.

88 För det andra ska det, för att säkerställa förenligheten med principerna om oavhängighet och opartiskhet samt med kravet på att en domstol har inrättats enligt lag, av åtgärder som tillfälligt ålägger domare vid en domstol en dubbel placering på deras ursprungliga avdelning och på en annan avdelning vid denna domstol, säkerställas att dessa åtgärder inte utgör ett medel för att kontrollera innehållet i domstolsavgöranden.

89 Så skulle kunna vara fallet om sådana åtgärder inte bara varaktigt skulle kunna påverka omfattningen av de berörda domarnas befogenheter och handläggningen av de ärenden som de anförtrotts, utan även få betydande konsekvenser för domarnas liv och karriär, till exempel genom att de medför en nedflyttning i lönegrad av dessa domare eller en försämring av deras yrkesmässiga situation. På samma sätt skulle sådana åtgärder kunna ge upphov till rimliga tvivel hos enskilda rättssubjekt om dessa domares oavhängighet och opartiskhet, om de omfattades av ett rent utrymme för skönsmässig bedömning för den nationella domstolens ordförande och om de riktades mot vissa domare på grund av deras tidigare ställningstaganden, bland annat mot den senaste tidens reformer av rättsväsendet i Polen, eller om de skulle antas som en reaktion på domstolsavgöranden som meddelats av dessa domare (se, analogt, dom av den 6 oktober 2021, W.Ż. (Avdelningen för extraordinär kontroll och offentliga angelägenheter vid högsta domstolen – Utnämning), C-487/19, EU:C:2021:798, punkterna 115 och 119).

90 Så är däremot inte fallet med åtgärder som består i att utse domare till en avdelning med stöd av legitima skäl som särskilt avser god rättskipning, vilka vidtas med stöd av nationella bestämmelser som reglerar den aktuella domstolen, som är tillfälliga och strikt begränsade i tiden, utan att det påverkar möjligheten att förnya dem, som inte äventyrar placeringen av de berörda domarna på deras ursprungliga avdelning och som inte medför att dessa domare fråntas sin behörighet i de mål som de handlägger eller någon degradering av dessa domare. Denna slutsats gör sig än mer gällande när sådana rent organisatoriska åtgärder berör ett stort antal domare vid den berörda nationella domstolen och varken har till syfte eller verkan att rikta in sig på vissa domare på grund av deras tidigare ställningstaganden. Den omständigheten att sådana åtgärder tillfälligt kan medföra en ökning, om än betydande, av de berörda domarnas arbetsbörda och att de tvingar domarna att behandla frågor som faller utanför deras specialiseringsområde saknar betydelse i detta avseende.

91 I förevarande fall framgår det av handlingarna i målet att de åtgärder som är aktuella i det nationella målet motsvarar de åtgärder som avses i föregående punkt.

92 För det första vidtogs nämligen de åtgärder genom vilka första ordföranden för Sąd Najwyższy (Högsta domstolen) utsåg domare från avdelningen för arbetsrättsliga och socialförsäkringsrättsliga mål till tvistemålsavdelningen för en bestämd period på tre månader med stöd av 35 § punkt 3 i lagen om Högsta domstolen. I denna sedan länge gällande bestämmelse fastställs uttryckligen att sådana åtgärder, som vidtas utan de berörda domarnas samtycke, ska tillämpas under en period på högst sex månader per år. Den andra meningen i denna bestämmelse förefaller för övrigt inte förbjuda att nämnda domare fortsätter att tjänstgöra på sin ursprungliga avdelning.

93 Den hänskjutande domstolen har emellertid preciserat att 35 § punkt 3 i lagen om Högsta domstolen inte tillåter att en sådan utnämning sker utan den berörda domarens samtycke och att det inte heller föreskrivs att den berörda domaren ska stanna kvar på sin ursprungliga avdelning under denna period. Det ska i detta hänseende erinras om att det inte ankommer på EU-domstolen att ifrågasätta den hänskjutande domstolens tolkning av nationell rätt. Även om det antas att denna bestämmelse inte tillåter de berörda utnämningarna, räcker inte denna omständighet i sig för att ifrågasätta huruvida de dömande sammansättningar som utgör den hänskjutande domstolen är förenliga med artikel 19.1 andra stycket FEU, jämförd med artikel 47 i stadgan.

94 För det andra framgår det av handlingarna i målet att dessa åtgärder, även om de inte är motiverade, förefaller ha vidtagits för att hantera en ökning av antalet tvister vid tvistemålsavdelningen och för att avhjälpa en betydande eftersläpning vid denna avdelning. De eftersträvar således ett legitimt mål, och detta oberoende av de omständigheter som har orsakat denna betydande eftersläpning.

95 För det tredje är de i de nationella målen aktuella åtgärderna tillfälliga, eftersom de berörda domarna utsetts att tillhöra tvistemålsavdelningen för en period om tre månader, medan 35 § punkt 3 i lagen om Högsta domstolen föreskriver en maximal period på sex månader. Möjligheten att förlänga eller förnya dessa utnämningar, vilket medför att placeringen vid avdelningen för civilmål blir nästan permanent, utgör mot bakgrund av de uppgifter som domstolen förfogar över en hypotetisk händelse.

96 För det fjärde framgår det av de uppgifter som EU-domstolen förfogar över att dessa åtgärder inte förefaller ha lett till någon nedflyttning i lönegrad av de berörda domarna eller till en försämring av deras yrkesmässiga situation, eftersom dessa domare fortsätter att handlägga kassationsöverklaganden vid Sąd Najwyższy (Högsta domstolen). De innebar inte att dessa domare fråntogs de mål som de tidigare ansvarade för, eftersom domarna fortsatte att tjänstgöra på sina ursprungliga avdelningar under hela den period som berörs av dessa åtgärder. Såsom har konstaterats i punkt 90 i förevarande dom är den omständigheten åtgärderna medför en tillfällig ökning av de berörda domarnas arbetsbörda eller tvingar dem att behandla frågor som faller utanför domarnas specialistområde inte relevant i detta sammanhang.

97 För det femte avsåg de åtgärder som är aktuella i de nationella målen sammanlagt ett tjugotal domare. Mot bakgrund av de uppgifter som domstolen har tillgång till förefaller dessa åtgärder inte ha riktat in sig på specifika domare, till exempel de som kritiserat de polska domstolsreformerna.

98 Under dessa omständigheter kan det förhållandet att de åtgärder som är aktuella i de nationella målen har vidtagits utan de berörda domarnas samtycke och att dessa domare inte har något rättsmedel för att bestrida dem, inte utgöra ett åsidosättande av principerna om oavhängighet och opartiskhet eller av kravet på att en domstol som har inrättats enligt lag ska vara uppfyllt. Eftersom det inte finns något som tyder på att dessa åtgärder kan ha liknande verkningar som en disciplinåtgärd, kan sådana omständigheter nämligen inte ge upphov till rimliga tvivel hos enskilda rättssubjekt om dessa domares oavhängighet och opartiskhet.

99 Det ska under alla omständigheter tilläggas att rättsenligheten av sammansättningen av de dömande sammansättningar som utgör den hänskjutande domstolen mot bakgrund av artikel 19.1 andra stycket FEU, jämförd med artikel 47 i stadgan, enligt EU-domstolens praxis ska kunna bli föremål för domstolsprövning (se, analogt, dom av den 14 november 2024, S. (Ändring

av den dömande sammansättningen), C-197/23, EU:C:2024:956, punkt 67). I förevarande fall visar de nationella målen just att den nationella rätten ger den hänskjutande domstolen möjlighet att pröva huruvida dess egen sammansättning är korrekt.

100 Mot bakgrund av det ovan anförda ska de två frågorna i målen C-422/23 och C-493/23 samt den första och den andra frågan i målen C-455/23, C-459/23 och C-486/23 besvaras enligt följande. Artikel 19.1 andra stycket FEU, jämförd med artikel 47 i stadgan, ska tolkas så, att den inte utgör hinder för åtgärder som vidtas av ordföranden vid en nationell domstol och som består i att utse domare som tjänstgör på en avdelning vid den domstolen för att tillfälligt tjänstgöra på en annan avdelning vid nämnda domstol, samtidigt som domarna fortsätter att tjänstgöra på sin ursprungliga avdelning, trots att de inte har samtyckt till utnämningen, inte har något rättsmedel för att bestrida utnämningen, att utnämningen innebär en ökning av de berörda domarnas arbetsbörda och kräver att de ägnar sig åt ämnen som inte omfattas av deras specialkunskap och att ordföranden har utnämnts till samma domstol på villkor som är oförenliga med de krav som följer av artikel 19.1 andra stycket, FEU, i den mån sådana åtgärder grundar sig på legitima skäl som särskilt avser god rättskipning, att de vidtas med stöd av nationella bestämmelser som reglerar den aktuella domstolen, att de är tillfälliga och strikt avgränsade i tiden, att de inte påverkar placeringen av de berörda domarna på deras ursprungliga avdelning och att de inte medför någon nedflyttning i lönegrad eller skiljande av dessa domare från de mål som de ansvarar för.

Den tredje frågan i målen C-455/23, C-459/23 och C-486/23

101 Den tredje frågan i målen C-455/23, C-459/23 och C-486/23 har ställts för det fall det följer av svaret på den första och den andra frågan i dessa mål att en domstol som är sammansatt under sådana omständigheter som dem som gäller för den hänskjutande domstolen inte utgör en oavhängig och opartisk domstol som har inrättats enligt lag, i den mening som avses i artikel 19.1 andra stycket FEU. Med hänsyn till svaret på de sistnämnda frågorna är det inte längre nödvändigt att besvara den tredje frågan i dessa mål.

Den fjärde frågan i mål C-459/23

102 Den hänskjutande domstolen har ställt den fjärde frågan i mål C-459/23 för att få klarhet i huruvida artikel 3.3 b i direktiv 2004/17, jämförd med artikel 20.1 i samma direktiv, ska tolkas så, att ett offentligt elhandelsföretags köp av gröna certifikat, i den mening som avses i artikel 2 andra stycket k och l i direktiv 2009/28, utgör en verksamhet som bedrivs i syfte att leverera el till fasta nät i syfte att tillhandahålla allmännyttiga tjänster inom produktion, överföring eller distribution av el.

103 Domstolen erinrar inledningsvis om att det tillämpliga direktivet i princip är det som är i kraft när den upphandlande myndigheten väljer vilken typ av förfarande som ska användas och när den slutligen avgör frågan om det föreligger en skyldighet att vidta en föregående uppmaning till anbudsgivning för tilldelning av det offentliga kontraktet (se, för ett liknande resonemang, dom av den 5 oktober 2000, kommissionen/Frankrike, C-337/98, EU:C:2000:543, punkt 37, dom av den 10 juli 2014, Impresa Pizzarotti, C-213/13, EU:C:2014:2067, punkt 31, och dom av den 14 september 2017, Casertana Costruzioni, C-223/16, EU:C:2017:685, punkt 21). Eftersom det avtal som är aktuellt i det nationella målet i förevarande fall ingicks under år 2011, är det följaktligen direktiv 2004/17 som är tillämpligt i tiden (*ratione temporis*).

104 Det ska vidare understrykas att enligt artikel 2.2 a i direktivet är direktivet tillämpligt på upphandlande enheter som bland annat är offentliga företag som bedriver någon av de verksamheter som avses i artiklarna 3–7 i direktivet. I artikel 2.1 b i direktiv 2004/17 uppställs en presumtion för att ett ”offentligt företag”, i den mening som avses i den sistnämnda bestämmelsen, är ett företag i vilket de upphandlande myndigheterna direkt eller indirekt äger majoriteten av dess kapital.

105 I förevarande fall framgår det av den hänskjutande domstolens konstateranden att bolaget E. är ett sådant offentligt företag, eftersom mer än 50 procent av dess kapital innehas av polska staten.

106 Det återstår således att avgöra, såsom begärts i fråga 4 i mål C-459/23, huruvida detta företag kan anses bedriva någon av de verksamheter som avses i artikel 3.3 i direktiv 2004/17.

107 Domstolen erinrar inledningsvis om att enligt artikel 3.3 b i direktiv 2004/17 ska detta direktiv, när det gäller elektricitet, tillämpas på leverans av el till fasta nät i syfte att tillhandahålla tjänster för allmänheten i samband med produktion, transport eller distribution av el.

108 Varken i denna bestämmelse eller i någon annan bestämmelse i direktiv 2004/17 definieras vad som avses med begreppet ”leverans av el” till dessa system i nämnda bestämmelse.

109 Enligt fast rättspraxis ska vid tolkningen av en unionsbestämmelse inte bara lydelsen beaktas, utan också sammanhanget och de mål som eftersträvas med de föreskrifter som bestämmelsen ingår i (dom av den 17 november 1983, Merck, 292/82, EU:C:1983:335, punkt 12, och dom av den 13 februari 2025, Latvijas Sabiedriskais Autobuss, C-684/23, EU:C:2025:90, punkt 48).

110 För det första ska begreppet leverans i sin vanliga betydelse förstås som verksamhet som består i att försörja, förse, ge eller tillhandahålla. Elleveranser till näten hänför sig således till elleveranser till elnäten. I detta syfte kan begreppet ”leverans av el” omfatta inte bara elproduktion, utan även grossist- eller detaljistförsäljning av el.

111 För det andra framgår det av skälen 2 och 3 i direktiv 2004/17 att direktivet innehåller bestämmelser om samordning av förfarandena vid upphandling ”på dessa områden” som avses i direktivet, däribland energisektorn, och ”av enheter som är verksamma på dessa områden”. Genom dessa skäl har unionslagstiftaren således tydligt uttryckt sin vilja att, när det gäller elsektorn, inte bara omfatta verksamhet som avser produktion eller leverans av el, utan även verksamhet som avser handel med el.

112 För det tredje är denna tolkning även förenlig med de mål som eftersträvas med unionsbestämmelserna om offentlig upphandling, nämligen att öppna upp för så bred konkurrens som möjligt (se, för ett liknande resonemang, dom av den 23 december 2009, CoNISMa, C-305/08, EU:C:2009:807, punkt 37 och där angiven rättspraxis, och dom av den 26 september 2024, Luxone och Sofein, C-403/23 och C-404/23, EU:C:2024:805, punkt 50 och där angiven rättspraxis).

113 För det fjärde stöds denna tolkning även av direktiv 2014/25, genom vilket direktiv 2004/17 upphävdes och genom vilket unionslagstiftaren bland annat har gjort en precisering av begreppet elleveranser i gällande rätt. Det framgår således av artikel 7 första stycket i direktiv 2014/25, jämförd med skäl 23 i samma direktiv, att begreppet leverans i det sistnämnda direktivet omfattar produktion, grossistförsäljning och detaljförsäljning. Genom att införa denna definition i

direktiv 2014/25, samtidigt som det i skäl 23 preciseras att den görs ”[u]tan att detta direktivs tillämpningsområde på något sätt utvidgas”, har unionslagstiftaren bekräftat att direktiv 2004/17, förutom produktion av el, även omfattar grossist- och detaljförsäljning.

114 En verksamhet som består i handel med elektricitet, såsom den som bedrivs av bolaget E., omfattas således av en sådan verksamhet som avses i artikel 3.3 b i direktiv 2004/17. Bolaget E. ska således anses vara en upphandlande enhet i den mening som avses i artikel 2.2 a i direktivet.

115 Vidare ska det emellertid påpekas att det i artikel 20.1 i direktiv 2004/17 föreskrivs att detta direktiv inte ska tillämpas på kontrakt som de upphandlande enheterna tilldelar för något annat än utövande av de typer av verksamhet som anges i artiklarna 3–7 i direktivet.

116 Tillämpningsområdet för direktiv 2004/17 omfattar således endast de kontrakt som en upphandlande enhet, i den mening som avses i detta direktiv, tilldelar för att bedriva verksamhet inom de sektorer som anges i artiklarna 3–7 i direktivet (dom av den 10 april 2008, Ing. Aigner, C-393/06, EU:C:2008:213, punkt 33).

117 I förevarande fall framgår det av handlingarna i målet att bolaget E. är skyldigt att köpa gröna certifikat, i den mening som avses i artikel 2 andra stycket k och l i direktiv 2009/28, för att uppfylla sin rättsliga skyldighet att främja förnybara energikällor. Av detta följer att förvärvet av dessa certifikat har ett nära samband med bolagets verksamhet avseende handel med elektricitet, vilken utgör en sådan verksamhet som avses i artikel 3.3 b i direktiv 2004/17.

118 När det föreligger ett sådant nära samband ska köpet av gröna certifikat anses ha skett i syfte att bedriva denna verksamhet, vilket innebär att det inte kan anses ha skett ”för annat än utövande av verksamhet”, i den mening som avses i artikel 20.1 i direktiv 2004/17.

119 Mot bakgrund av det ovan anförda ska den fjärde frågan i mål C-459/23 besvaras enligt följande. Artikel 3.3 b i direktiv 2004/17, jämförd med artikel 20.1 i samma direktiv, ska tolkas så, att ett offentligt elhandelsföretags köp av gröna certifikat, i den mening som avses i artikel 2 andra stycket k och l i direktiv 2009/28, utgör en verksamhet som bedrivs i syfte att leverera el till fasta nät i syfte att tillhandahålla allmännyttiga tjänster inom produktion, överföring eller distribution av el.

Den femte frågan i mål C-459/23

Huruvida tolkningsfrågan kan tas upp till prövning

120 Bolaget E. anser att den femte frågan i mål C-459/23 inte är relevant för utgången i det nationella målet. Inledningsvis har bolaget vid den hänskjutande domstolen gjort gällande att det avtal som är aktuellt i det nationella målet är en nullitet, eftersom det har till syfte att ålägga parterna att ingå avtal i strid med bestämmelserna om offentlig upphandling. Bolaget har däremot inte påstått att kontraktet som sådant borde ha ingåtts i enlighet med förfarandena för offentlig upphandling. Vidare är nämnda kontrakt inte ett ramavtal i den mening som avses i artikel 1.4 i direktiv 2004/17, eftersom det innebär en absolut skyldighet för den upphandlande enheten att tilldela kontraktet till den ekonomiska aktör som är avtalspart. Slutligen följer det av artikel 14.2 och 3 i direktivet att det inte är obligatoriskt att ingå ett ramavtal enligt det förfarande som föreskrivs för offentliga kontrakt.

121 Av fast rättspraxis följer att det genom artikel 267 FEUF införs ett förfarande för direkt samarbete mellan EU-domstolen och domstolarna i medlemsstaterna. Inom ramen för detta förfarande – som grundar sig på en tydlig funktionsfördelning mellan de nationella domstolarna och EU-domstolen – ankommer det också uteslutande på den nationella domstolen att mot bakgrund av de särskilda omständigheterna i målet bedöma såväl om ett förhandsavgörande är nödvändigt för att döma i saken, som relevansen av de frågor som ställts till domstolen. EU-domstolen är endast behörig att tolka eller pröva giltigheten av en unionsrättsakt på grundval av de uppgifter om de faktiska omständigheterna som har lämnats av den nationella domstolen (se, för ett liknande resonemang, dom av den 16 mars 1978, Oehlschläger, 104/77, EU:C:1978:69, punkt 4, och dom av den 4 oktober 2024, Schrems (Överföring av uppgifter till allmänheten), C-446/21, EU:C:2024:834, punkt 42 och där angiven rättspraxis).

122 Bolaget E. har emellertid, genom sina argument som syftar till att ifrågasätta huruvida den femte frågan i mål C-459/23 kan tas upp till sakprövning, ifrågasatt den hänskjutande domstolens redogörelse för de argument som anförts vid den och dess bedömning av arten av det avtal som är aktuellt i det nationella målet. I enlighet med den rättspraxis som angetts i föregående punkt kan sådana argument inte leda till slutsatsen att en tolkningsfråga inte kan tas upp till sakprövning.

123 Vidare har bolaget E., genom att behandla definitionen av begreppet ramavtal och göra gällande att ett ramavtal inte nödvändigtvis måste ha ingåtts med iakttagande av bestämmelserna om offentlig upphandling, tagit upp svaret i sak och inte frågan huruvida denna fråga kan tas upp till sakprövning.

124 Den femte frågan i mål C-459/23 kan således tas upp till sakprövning.

Prövning i sak

125 Den hänskjutande domstolen har ställt den femte frågan i mål C-459/23 för att få klarhet i huruvida artikel 1.4 i direktiv 2004/17, jämförd med artikel 14 och artikel 17.2 i samma direktiv, ska tolkas så, att ett avtal, enligt vilket parterna är skyldiga att ingå genomförandeavtal på vissa villkor avseende pris och kvantitet, omfattas av begreppet ramavtal i den mening som avses i artikel 1.4 i direktivet och ska ingås med tillämpning av bestämmelserna om offentlig upphandling.

126 Ett ramavtal avser ett avtal som ingås mellan en eller flera upphandlande enheter och en eller flera ekonomiska aktörer i syfte att fastställa villkoren för tilldelningen av kontrakt under en given tidsperiod, särskilt i fråga om tänkt pris och, i tillämpliga fall, uppskattade kvantiteter.

127 För det första framgår det av själva ordalydelsen i denna bestämmelse att ramavtalet ska ange den period under vilken det är tillämpligt och reglera villkoren för de kontrakt som ska tilldelas.

128 För det andra ska, med beaktande av domstolens praxis, begreppet ramavtal i artikel 1.4 i direktiv 2004/17 tolkas mot bakgrund av bland annat artikel 17.2 och 3 i direktivet, de grundläggande principerna i unionsrätten, såsom likabehandlingsprincipen och öppenhetsprincipen, som är tillämpliga när ett ramavtal ingås, såsom följer av artikel 14.1 i nämnda direktiv, och förbudet i artikel 14.4 i samma direktiv mot missbruk av ramavtal för att hindra, begränsa eller snedvrida konkurrensen. Det följer av en samlad läsning av dessa bestämmelser och principer att ramavtalet redan från början ska fastställa den maximala varuvolym som kan bli föremål för efterföljande kontrakt genom att ange deras högsta kvantitet

och/eller högsta värde (se, analogt, dom av den 19 december 2018, Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato – Antitrust och Coopservice, C-216/17, EU:C:2018:1034, punkterna 60, 62–67 och 69, och dom av den 17 juni 2021, Simonsen & Weel, C-23/20, EU:C:2021:490, punkterna 54–58, 61–65, 67, 68 och 74).

129 Det ankommer på den hänskjutande domstolen att pröva huruvida dessa villkor är uppfyllda vad gäller det avtal som är aktuellt i det nationella målet. I detta avseende ankommer det för det första på den nationella domstolen att försäkra sig om att den period under vilken avtalen om köp av gröna certifikat kunde ingås för att fullgöra nämnda avtal klart definierades i avtalet. För det andra ska det preciseras att enbart angivandet av en prisformel som ska tillämpas vid beräkningen av försäljningspriset för gröna certifikat och den upphandlande enhetens skyldighet att köpa alla de gröna certifikat som erhållits, utan angivande av en viss kvantitet, inte räcker för att anse att nämnda avtal fastställer den maximala mängd varor som kan bli föremål för efterföljande kontrakt.

130 Vidare, och utan att det påverkar vad som anförts ovan, erinrar domstolen om att enligt artikel 16 a i direktiv 2004/17 ska direktivet, med förbehåll för de undantag som avses i denna bestämmelse, tillämpas på varu- och tjänstekontrakt vars uppskattade värde, exklusive mervärdesskatt, uppgår till minst 387 000 euro.

131 Vad gäller metoderna för att beräkna kontraktens och ramavtalens uppskattade värde framgår det av artikel 17.1 första stycket första meningen i direktiv 2004/17 att beräkningen av det uppskattade värdet av ett kontrakt ska grundas på det totala belopp som ska betalas, exklusive mervärdesskatt, enligt den upphandlande enhetens uppskattning. En upphandlande enhet får enligt artikel 17.2 i direktivet inte kringgå tillämpningen av detta direktiv genom att dela upp byggentreprenadprojekt eller planerade köp av en viss mängd varor och/eller tjänster eller genom att välja speciella metoder att beräkna det uppskattade kontraktsvärdet. Enligt artikel 17.3 i samma direktiv är det värde som ska beaktas för ramavtal det högsta uppskattade värdet exklusive mervärdesskatt av samtliga planerade kontrakt under hela avtalstiden. Slutligen framgår det av artikel 17.7 i direktiv 2004/17 att när det gäller varu- eller tjänstekontrakt som regelbundet återkommer eller som ska förnyas inom en viss period, ska beräkningen av det uppskattade kontraktsvärdet grunda sig på antingen det reella totala värdet av en följd av liknande kontrakt som tilldelats under de föregående tolv månaderna eller under det föregående räkenskapsåret, eller det uppskattade totala värdet av en följd av kontrakt som tilldelats under loppet av de tolv månader som följer efter den första leveransen alternativt under räkenskapsåret om detta är längre än tolv månader. Det totala faktiska värdet av på varandra följande liknande kontrakt som ingåtts under de föregående tolv månaderna.

132 Det framgår av dessa bestämmelser att det är ramavtalets eller kontraktets ”uppskattade värde” som ska beaktas, såväl när det är fråga om ett sådant ramavtal som avses i artikel 17.7 i direktiv 2004/17 som när det rör sig om ett varu- eller tjänstekontrakt som är regelbundet eller avsett att förnyas under en viss period. I det första fallet utgörs detta värde av ramavtalets totala uppskattade värde och i det andra fallet det uppskattade värdet, enligt de alternativa metoder som föreskrivs i sistnämnda bestämmelse, för en tolvmånadersperiod.

133 I förevarande fall har den hänskjutande domstolen preciserat att värdet av vart och ett av de avtal om fullgörande som varje månad ingås på grundval av det avtal som är aktuellt i det nationella målet understiger det tröskelvärde på 387 000 euro som föreskrivs i artikel 16 a i direktiv 2004/17. Det årliga värdet av genomförandeavtalen, betraktat som en helhet, överstiger däremot detta tröskelvärde.

134 Av det ovan anförda följer att den upphandlande enheten i ett sådant fall inte kan grunda sig på enhetsvärdet av vart och ett av avtalen om fullgörande av det berörda avtalet för att ingå dessa avtal utan föregående anbudsinfordran. Ett sådant tillvägagångssätt skulle nämligen strida mot förbudet i artikel 17.2 i direktiv 2004/17 mot att kringgå tillämpningen av detta direktiv genom att dela upp projekten.

135 För att iaktta detta förbud och förbudet i artikel 14.4 i direktiv 2004/17 mot missbruk av ramavtal för att hindra, begränsa eller snedvrida konkurrensen, har den upphandlande enheten i ett sådant fall två möjligheter.

136 Den första möjligheten består i att tilldela på varandra följande kontrakt med iakttagande av de förfaranden som föreskrivs i direktivet för vart och ett av dessa kontrakt.

137 Den andra möjligheten består i att i enlighet med direktiv 2004/17 tilldela ett ramavtal, i den mening som avses i och med iakttagande av de villkor som anges i artikel 1.4 i direktivet och som det erinrats om i punkterna 126–128 ovan. Enligt artikel 40.3 i) i direktiv 2004/17, jämförd med artikel 14.2 i samma direktiv, får den upphandlande enheten därefter använda sig av ett förfarande utan föregående meddelande om upphandling för efterföljande kontrakt (se, för ett liknande resonemang, dom av den 23 april 2009, kommissionen/Belgien, C-287/07, EU:C:2009:245, punkt 104).

138 Av det ovan anförda följer att den upphandlande enheten, i ett sådant fall som det som är aktuellt i det nationella målet, var skyldig att iaktta bestämmelserna om offentlig upphandling, antingen vid ingåendet av vart och ett av de på varandra följande genomförandeavtalen eller vid den tidpunkt då det aktuella kontraktet ingicks såsom ramavtal, med iakttagande av de villkor som anges i punkterna 126–128 i förevarande dom.

139 Mot bakgrund av det ovan anförda ska den femte frågan i mål C-459/23 besvaras enligt följande. Artikel 1.4 i direktiv 2004/17, jämförd med artikel 14 och artikel 17.2 i samma direktiv, ska tolkas så,

– att för att omfattas av begreppet ramavtal, i den mening som avses i artikel 1.4 i nämnda direktiv, ska ett kontrakt, enligt vilket parterna är skyldiga att ingå avtal om fullgörande på vissa villkor avseende pris och kvantitet, ange den period under vilken avtalet är tillämpligt och fastställa den maximala varuvolym som kan bli föremål för efterföljande kontrakt, varvid det ska preciseras att det inte är tillräckligt att endast ange en prisformel som är tillämplig vid beräkningen av värdet på de kontrakt som ska ingås och en icke kvantifierad skyldighet att ingå genomförandeavtal, och

– att när det uppskattade värdet av de kontrakt som ska ingås under en viss period enligt ett ramavtal eller i samband med kontrakt som är regelbundna eller avsedda att förnyas, beräknat på grundval av artikel 17.3 respektive 17.5 i direktiv 2004/17, överstiger det tröskelvärde som anges i artikel 16 a i direktivet, ska den upphandlande enheten antingen tilldela vart och ett av de på varandra följande kontrakten med iakttagande av de förfaranden som föreskrivs i direktivet eller, i enlighet med direktivet, tilldela ett ramavtal i den mening som avses och i enlighet med villkoren i artikel 1.4 i samma direktiv.

Den sjätte frågan i mål C-459/23

Huruvida tolkningsfrågan kan tas upp till prövning

140 Bolaget E. anser att den sjätte frågan i mål C-459/23 inte kan tas upp till sakprövning, eftersom den saknar relevans för det nationella målet. I motsats till den premiss som denna fråga grundar sig på, är det aktuella kontraktet i det nationella målet inte ett kontrakt, utan ett avtal enligt vilket ett kontrakt ska tilldelas. Det går således inte att sluta sig till att bestämmelserna om offentlig upphandling har åsidosatts.

141 Mot bakgrund av den rättspraxis som det hänvisas till i punkt 121 ovan och av det skäl som anges i punkt 122 ovan, kan denna invändning inte godtas. Den sjätte frågan i mål C-459/23 kan således tas upp till sakprövning.

Prövning i sak

142 Den hänskjutande domstolen har ställt den sjätte frågan i mål C-459/23 för att få klarhet i huruvida artikel 2d.1 a i direktiv 92/13 ska tolkas så, att ingåendet av ett avtal i strid med bestämmelserna om offentlig upphandling omfattas av den sanktion som föreskrivs i denna bestämmelse.

143 I artikel 2d.1 i direktiv 92/13 föreskrivs att om ett meddelande om upphandling inte har offentliggjorts i *Europeiska unionens officiella tidning*, utan att detta är tillåtet enligt direktiv 2004/17, ska det aktuella kontraktet förlora sin verkan.

144 Denna artikel 2d infördes i den ursprungliga versionen av direktiv 92/13 genom direktiv 2007/66. Unionslagstiftaren har förtydligat de ändringar som gjorts genom att i skäl 13 i direktiv 2007/66 ange att för att bekämpa otillåten direkttilldelning, som domstolen i sin dom av den 11 januari 2005, Stadt Halle och RPL Lochau (C-26/03, EU:C:2005:5, punkterna 36 och 37) har betecknat som den allvarligaste överträdelse av unionsrätten på området för offentlig upphandling som en upphandlande myndighet eller en upphandlande enhet kan begå, bör effektiva, proportionerliga och avskräckande sanktioner införas och att ett avtal som har ingåtts som följd av en otillåten direkttilldelning i princip bör anses vara ogiltigt. I skäl 14 i direktiv 2007/66 preciserade unionslagstiftaren att ogiltighet är det effektivaste sättet att återupprätta konkurrensen och skapa nya affärsmöjligheter för ekonomiska aktörer som på ett olagligt sätt har berövats sina konkurrensmöjligheter och att avtal genom direkttilldelning, i den mening som avses i detta direktiv, bör omfatta all upphandling där inget meddelande om upphandling har offentliggjorts i *Europeiska unionens officiella tidning* vilket motsvarar ett förfarande utan konkurrensutsättning i den mening som avses i direktiv 2004/17 (se, analogt, dom av den 17 juni 2021, Simonsen & Weel, C-23/20, EU:C:2021:490, punkt 85).

145 Det framgår således av artikel 2d.1 a i direktiv 92/13, jämförd med skälen 13 och 14 i direktiv 2007/66, att unionslagstiftaren, när direktiv 2007/66 antogs, avsåg att införa en sträng sanktion i tillämplig rätt, vars tillämpning emellertid ska begränsas till de allvarligaste fallen av överträdelser av unionsrätten om offentlig upphandling, det vill säga fall då ett kontrakt har slutits genom direkttilldelning utan att det har offentliggjorts ett meddelande om upphandling i *Europeiska unionens officiella tidning* (se, analogt, dom av den 17 juni 2021, Simonsen & Weel, C-23/20, EU:C:2021:490, punkt 86).

146 Av detta följer att artikel 2d.1 a i direktiv 92/13 är tillämplig på alla situationer där den upphandlande enheten har tilldelat ett kontrakt på ett otillbörligt sätt utan att dessförinnan ha offentliggjort ett meddelande i *Europeiska unionens officiella tidning*.

147 Enligt artikel 2d.2 första stycket i direktiv 92/13 ska följderna av att ett kontrakt förklaras ogiltigt visserligen bestämmas av nationell rätt. Icke desto mindre föreskrivs i denna bestämmelse inte på något sätt att det kontrakt som ingåtts utan lämpligt föregående offentliggörande ska bibehållas eller fortgå.

148 Mot bakgrund av det ovan anförda ska den sjätte frågan i mål C-459/23 besvaras enligt följande. Artikel 2d.1 a i direktiv 92/13 ska tolkas så, att ingåendet av ett avtal i strid med bestämmelserna om offentlig upphandling omfattas av den sanktion som föreskrivs i denna bestämmelse.

Den sjunde frågan i mål C-459/23

Huruvida tolkningsfrågan kan tas upp till prövning

149 Bolaget E. har gjort gällande att den sjunde frågan i mål C-459/23 saknar relevans för det nationella målet. Bolaget har upprepat det skäl som redan angetts i punkt 140 i förevarande dom. Rättsmissbruk kan vidare endast föreligga när en part yrkar att det berörda avtalet ska förklaras utgöra en nullitet. Vid den hänskjutande domstolen har bolaget E. yrkat att det ska fastställas att det avtal som är aktuellt i det nationella målet är absolut ogiltigt, det vill säga att det ska förklaras vara en nullitet.

150 Detta argument kan inte godtas i enlighet med den rättspraxis som det erinrats om i punkt 121 ovan och av de skäl som anges i punkterna 122 och 123 ovan. Den sjunde frågan i mål C-459/23 kan således tas upp till sakprövning.

Prövning i sak

151 Den hänskjutande domstolen har ställt den sjunde frågan i mål C-459/23 för att få klarhet i huruvida principen om förbud mot rättsmissbruk ska tolkas så, att den utgör hinder för att en upphandlande enhet kan begära ogiltigförklaring av ett avtal som den har ingått med en leverantör med motiveringen att detta avtal har ingåtts i strid med bestämmelserna om offentlig upphandling, när det verkliga skälet till detta yrkande är att lönsamheten av fullgörandet av nämnda kontrakt minskar.

152 Enligt domstolens fasta praxis får enskilda inte missbruka unionsrätten eller åberopa den i bedrägligt syfte. Principen om förbud mot bedrägeri och rättsmissbruk som uttrycks i denna rättspraxis utgör en allmän unionsrättslig princip som enskilda måste iaktta. Tillämpningen av unionsbestämmelser kan nämligen inte utsträckas till att omfatta sådana förfaranden som genomförs i syfte att erhålla förmåner enligt unionsrätten genom bedrägeri eller missbruk (dom av den 6 februari 2018, Altun m.fl., C-359/16, EU:C:2018:63, punkterna 48 och 49 samt där angiven rättspraxis, och dom av den 11 juli 2018, kommissionen/Belgien, C-356/15, EU:C:2018:555, punkt 99).

153 För att det ska anses föreligga ett förfarande som utgör missbruk krävs att ett objektivt och ett subjektivt rekvisit är uppfyllt (dom av den 13 mars 2014, SICES m.fl., C-155/13, EU:C:2014:145, punkt 31, och dom av den 28 juli 2016, Kratzer, C-423/15, EU:C:2016:604, punkt 38).

154 Vad gäller det objektiva rekvisitet ska det föreligga vissa objektiva förhållanden av vilka det framgår att målsättningen med de berörda unionsbestämmelserna inte har uppnåtts, trots att de villkor som uppställs i dessa bestämmelser formellt sett har uppfyllts (se dom av den 14 december 2000, Emsland-Stärke, C-110/99, EU:C:2000:695, punkt 52, och dom av den 28 juli 2016, Kratzer, C-423/15, EU:C:2016:604, punkt 39).

155 För att det ska anses vara fråga om ett förfarande som utgör missbruk krävs även att ett subjektivt rekvisit är uppfyllt i den meningen att det ska föreligga vissa objektiva förhållanden av vilka det framgår att de ifrågavarande transaktionernas huvudsakliga syfte varit att uppnå en otillbörlig fördel. Förbudet mot förfaranden som utgör missbruk är nämligen inte relevant när de aktuella transaktionerna kan ha en annan motivering än att uppnå en fördel (dom av den 14 december 2000, Emsland-Stärke, C-110/99, EU:C:2000:695, punkt 53, och dom av den 28 juli 2016, Kratzer, C-423/15, EU:C:2016:604, punkt 40).

156 Det ankommer på den hänskjutande domstolen att i enlighet med nationella bestämmelser om bevisning, i den mån unionsrättens verkan inte undergrävs, pröva huruvida, i förekommande fall, rekvisiten för ett sådant förfarandemissbruk är uppfyllda i det nationella målet (se, för ett liknande resonemang, dom av den 14 december 2000, Emsland-Stärke, C-110/99, EU:C:2000:695, punkt 54 och där angiven rättspraxis, och dom av den 28 juli 2016, Kratzer, C-423/15, EU:C:2016:604, punkt 42).

157 För att ge den hänskjutande domstolen ett användbart svar ska det emellertid preciseras att för det fall ett kontrakt tilldelas utan föregående anbudsinfordran, i strid med bestämmelserna i direktiv 2004/17, saknas det objektiva rekvisitet. I ett sådant fall kan det nämligen inte anses att de villkor som föreskrivs i unionslagstiftningen formellt har iakttagits.

158 Eftersom villkoren att det ska föreligga ett objektivt och ett subjektivt rekvisit är kumulativa, kan missbruk inte anses föreligga i det fall som avses i punkt 151 ovan, vilket är föremålet för den sjunde frågan i mål C-459/23.

159 Mot bakgrund av det ovan anförda ska den sjunde frågan i mål C-459/23 besvaras enligt följande. Principen om förbud mot rättsmissbruk ska tolkas så, att den inte utgör hinder för att en upphandlande enhet kan begära ogiltigförklaring av ett avtal som den har ingått med en leverantör med motiveringen att detta avtal har ingåtts i strid med bestämmelserna om offentlig upphandling, trots att det verkliga skälet till detta yrkande är att lönsamheten av att fullgöra nämnda kontrakt minskar.

Rättegångskostnader

160 Eftersom förfarandet i förhållande till parterna i det nationella målet utgör ett led i beredningen av samma mål, ankommer det på den hänskjutande domstolen att besluta om rättegångskostnaderna. De kostnader för att avge yttrande till domstolen som andra än nämnda parter har haft är inte ersättningsgilla.

Mot denna bakgrund beslutar domstolen (andra avdelningen) följande:

1) **Artikel 19.1 andra stycket FEU, jämförd med artikel 47 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna,**

ska tolkas så,

att den inte utgör hinder för åtgärder som vidtas av ordföranden vid en nationell domstol och som består i att utse domare som tjänstgör på en avdelning vid den domstolen för att tillfälligt tjänstgöra på en annan avdelning vid nämnda domstol, samtidigt som domarna fortsätter att tjänstgöra på sin ursprungliga avdelning, trots att de inte har samtyckt till utnämningen, inte har något rättsmedel för att bestrida utnämningen, att utnämningen innebär en ökning av de berörda domarnas arbetsbörda och kräver att de ägnar sig åt ämnen som inte omfattas av deras specialkunskap och att ordföranden har utnämnts till samma domstol på villkor som är oförenliga med de krav som följer av artikel 19.1 andra stycket, FEU, i den mån sådana åtgärder grundar sig på legitima skäl som särskilt avser god rättskipning, att de vidtas med stöd av nationella bestämmelser som reglerar den aktuella domstolen, att de är tillfälliga och strikt avgränsade i tiden, att de inte påverkar placeringen av de berörda domarna på deras ursprungliga avdelning och att de inte medför någon nedflyttning i lönegrad eller skiljande av dessa domare från de mål som de ansvarar för.

2) **Artikel 3.3 b i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, i dess lydelse enligt kommissionens förordning (EG) nr 1177/2009, jämförd med artikel 20.1 i direktiv 2004/17, i ändrad lydelse,**

ska tolkas så,

att ett offentligt elhandelsföretags köp av gröna certifikat, i den mening som avses i artikel 2 andra stycket k och l i Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/28/EG av den 23 april 2009 om främjande av användningen av energi från förnybara energikällor och om ändring och ett senare upphävande av direktiven 2001/77/EG och 2003/30/EG, utgör en verksamhet som bedrivs i syfte att leverera el till fasta nät i syfte att tillhandahålla allmännyttiga tjänster inom produktion, överföring eller distribution av el.

3) **Artikel 1.4 i direktiv 2004/17, i dess lydelse enligt förordning (EG) nr 1177/2009, jämförd med artikel 14 och artikel 17.2 i direktiv 2004/17 i ändrad lydelse,**

ska tolkas så,

– **att för att omfattas av begreppet ramavtal, i den mening som avses i artikel 1.4 i direktiv 2004/17 i ändrad lydelse, ska ett kontrakt, enligt vilket parterna är skyldiga att ingå avtal om fullgörande på vissa villkor avseende pris och kvantitet, ange den period under vilken avtalet är tillämpligt och fastställa den maximala varuvolym som kan bli föremål för efterföljande kontrakt, varvid det ska preciseras att det inte är tillräckligt att endast ange en prisformel som är tillämplig vid beräkningen av värdet på de kontrakt som ska ingås och en icke kvantifierad skyldighet att ingå genomförandeavtal, och**

– **att när det uppskattade värdet av de kontrakt som ska ingås under en viss period enligt ett ramavtal eller i samband med kontrakt som är regelbundna eller avsedda att förnyas, beräknat på grundval av artikel 17.3 respektive 17.5 i direktiv 2004/17 i ändrad lydelse, överstiger det tröskelvärde som anges i artikel 16 a i direktivet, ska den upphandlande enheten antingen tilldela vart och ett av de på varandra följande kontrakten med iakttagande av de förfaranden som föreskrivs i direktivet eller, i enlighet med direktivet, tilldela ett ramavtal i den mening som avses och i enlighet med villkoren i artikel 1.4 i direktiv 2004/17 i ändrad lydelse.**

4) **Artikel 2d.1 a i rådets direktiv 92/13/EEG av den 25 februari 1992 om samordning av lagar och andra författningar om gemenskapsregler om upphandlingsförfaranden tillämpade av företag och verk inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna, i dess lydelse enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/66/EG av den 11 december 2007,**

   ska tolkas så,

   att ingåendet av ett avtal i strid med bestämmelserna om offentlig upphandling omfattas av den sanktion som föreskrivs i denna bestämmelse.

5) **Principen om förbud mot rättsmissbruk ska tolkas så, att den inte utgör hinder för att en upphandlande enhet kan begära ogiltigförklaring av ett avtal som den har ingått med en leverantör med motiveringen att detta avtal har ingåtts i strid med bestämmelserna om offentlig upphandling, trots att det verkliga skälet till detta yrkande är att lönsamheten av att fullgöra nämnda kontrakt minskar.**

Underskrifter