

Sprawa C-282/24

Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym

Data wpływu:

23 kwietnia 2024 r.

Oznaczenie sądu odsyłającego:

Högsta förvaltningsdomstolen (Szwecja)

Data wydania postanowienia o wystąpieniu z wnioskiem o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym:

18 kwietnia 2024 r.

Strona wnosząca środek odwoławczy:

Polismyndigheten

Strona przeciwna:

Konkurrensverket

[...]

ZASKARŻONE ORZECZENIE

Wyrok Kammarrätten i Stockholm (apelacyjnego sądu administracyjnego w Sztokholmie) z dnia 13 kwietnia 2023 r. w sprawie nr 7456-22

PRZEDMIOT

Kara pieniężna w związku z naruszeniem ustawy o zamówieniach publicznych; wniosek do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym

[...]

Högsta förvaltningsdomstolen (najwyższy sąd administracyjny, Szwecja) wydaje następujące

POSTANOWIENIE

Do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej kieruje się na podstawie art. 267 TFUE odesłanie prejudycjalne, zgodnie z załączonym wnioskiem o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym [...]

[...]

Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym na podstawie art. 267 TFUE, w którym zwrócono się o wykładnię art. 72 ust. 2 dyrektywy 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (zwanej dalej „dyrektywą w sprawie zamówień publicznych”)

Wprowadzenie

- 1 W ramach odesłania prejudycjalnego najwyższy sąd administracyjny dąży do uzyskania wyjaśnień w przedmiocie szczegółowych warunków, w których można uznać, że zmiana zawartej wcześniej umowy ramowej, która – pod względem wartości – mogłaby wchodzić w zakres art. 72 ust. 2 dyrektywy w sprawie zamówień publicznych, powoduje jednak powstanie obowiązku przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia ze względu na zmianę ogólnego charakteru umowy ramowej. Pytanie to nasunęło się w sprawie dotyczącej kary pieniężnej w związku z naruszeniem ustawy o zamówieniach publicznych.

Mające zastosowanie przepisy prawa Unii

- 2 Artykuł 72 ust. 1 dyrektywy w sprawie zamówień publicznych zezwala na modyfikowanie zamówień i umów ramowych bez przeprowadzania nowego postępowania o udzielenie zamówienia w kilku sytuacjach. Jedną z takich sytuacji zachodzi, gdy modyfikacje, niezależnie od ich wartości, nie są istotne w rozumieniu ust. 4 wspomnianego artykułu. Zgodnie z tym ustępem modyfikację umowy w sprawie zamówienia lub umowy ramowej w okresie ich obowiązywania uznaje się za istotną, jeżeli powoduje ona, że charakter umowy w sprawie zamówienia lub umowy ramowej zmienia się w sposób istotny w stosunku do charakteru pierwotnie zawartej umowy. W ust. 4 lit. a) przewidziano dalej, że w każdym przypadku modyfikację uznaje się za istotną, jeżeli wprowadza ona warunki, które, gdyby były częścią pierwotnego postępowania o udzielenie zamówienia, umożliwiłyby dopuszczenie innych kandydatów niż ci, którzy zostali pierwotnie zakwalifikowani, lub przyjęcie oferty innej niż pierwotnie przyjęta, albo zainteresowałyby dodatkowych uczestników postępowania o udzielenie zamówienia.
- 3 Ponadto, zgodnie z art. 72 ust. 2, i bez konieczności sprawdzania, czy warunki określone w ust. 4 lit. a)–d) zostały spełnione, umowy można również modyfikować bez konieczności przeprowadzania nowego postępowania o udzielenie zamówienia, gdy wartość modyfikacji jest niższa niż zarówno progi określone w art. 4, jak i – w przypadku zamówień na usługi i dostawy – 10 %

pierwotnej wartości umowy. Niemniej jednak modyfikacje nie mogą zmieniać ogólnego charakteru umowy w sprawie zamówienia lub umowy ramowej.

- 4 Artykuł 72 ust. 5 stanowi, że nowe postępowanie o udzielenie zamówienia zgodnie z rozpatrywaną dyrektywą jest wymagane w przypadku modyfikacji przepisów umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy ramowej w okresie ich obowiązywania, innych niż modyfikacje przewidziane na mocy ust. 1 i 2.
- 5 Zgodnie z motywem 107 wspomnianej dyrektywy nowe postępowanie o udzielenie zamówienia wymagane jest w przypadku istotnych zmian w pierwotnym zamówieniu, w szczególności w odniesieniu do zakresu i treści wzajemnych praw i obowiązków stron. Motyw ten stanowi, że zmiany te wskazują na zamiar stron dotyczący renegocjacji istotnych warunków tej umowy i że ma to miejsce szczególnie w sytuacji, gdy zmienione warunki miałyby wpływ na wynik postępowania, gdyby zostały uwzględnione w pierwotnym postępowaniu.
- 6 Motyw 107 przewiduje dalej, że modyfikacje umowy skutkujące nieznaczną zmianą wartości umowy do określonej wartości powinny być możliwe zawsze bez konieczności przeprowadzania nowego postępowania o udzielenie zamówienia.
- 7 Motyw 109 poświęcono zwolnieniu z obowiązku przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia, mającemu zastosowanie, w sytuacji gdy instytucja zamawiająca musi zmodyfikować istniejącą umowę ze względu na niemożliwe do przewidzenia okoliczności. Motyw ten przewiduje, że owo zwolnienie nie może mieć zastosowania w sytuacjach, w których modyfikacja powoduje zmianę charakteru całego zamówienia, na przykład przez zastąpienie zamawianych robót budowlanych, dostaw lub usług innym przedmiotem zamówienia lub przez całkowitą zmianę rodzaju zamówienia, ponieważ w takiej sytuacji można zakładać hipotetyczny wpływ na wynik.

Mające zastosowanie przepisy prawa krajowego

- 8 Zgodnie z § 8 rozdziału 17 Lag (2016:1145) om offentlig upphandling (ustawy nr 1145 z 2016 r. o zamówieniach publicznych; zwanej dalej „ustawą o zamówieniach publicznych”) zamówienie lub umowę ramową można zmodyfikować bez przeprowadzania nowego postępowania o udzielenie zamówienia, jeżeli modyfikacji dokonuje się na podstawie jednego z przepisów §§ 9–14.
- 9 Zgodnie z § 9 akapit pierwszy zamówienie lub umowę ramową można zmodyfikować bez przeprowadzania nowego postępowania o udzielenie zamówienia, jeżeli nie dochodzi do zmiany ogólnego charakteru zamówienia lub umowy ramowej i zwiększenie lub zmniejszenie wartości zamówienia lub umowy ramowej nie osiąga przewidzianego w przepisach progu ani 10 % wartości zamówienia lub umowy ramowej w przypadku zamówienia na towary lub usługi.

- 10 Paragraf 14 akapit pierwszy stanowi, że zamówienie lub umowę ramową można modyfikować bez przeprowadzania nowego postępowania o udzielenie zamówienia, nawet jeżeli modyfikacji tej nie ujęto w §§ 9–13, jeżeli wspomniana modyfikacja nie jest istotna. Zgodnie z pkt 1 akapitu drugiego modyfikację uznaje się za istotną, jeżeli między innymi wprowadza ona nowe warunki, które w przypadku uwzględnienia ich w pierwotnym postępowaniu skutkowałyby zaproszeniem do złożenia ofert innych kandydatów, uwzględnieniem w ocenie innych ofert lub uczestnictwem w postępowaniu o udzielenie zamówienia dalszych dostawców.

Okoliczności faktyczne postępowania

Okoliczności powstania sporu

- 11 W 2020 r. Polismyndigheten (szwedzki organ policji) przeprowadził postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi holownicze zgodnie z ustawą o zamówieniach publicznych. Całkowitą wartość umowy oszacowano na 15 milionów SEK, a ofertę oceniono w oparciu o kryterium najniższej oferowanej ceny. Oferenci byli zobowiązani do podania stałej ceny wykonywania zleceń, w których miejsce, z którego należałoby odebrać pojazd do odholowania, znajdowało się w promieniu 10 km od miejsca, do którego należało go dostarczyć. W przypadku przewozu wykraczającego poza promień 10 km oferenci byli zobowiązani do podania konkretnej dopłaty za kilometr w odniesieniu do pozostałej części pokonanej odległości. Zgodnie z dokumentami zamówienia w okresie obowiązywania umowy w sprawie zamówienia ceny nie mogły ulec zmianie.
- 12 Postępowanie o udzielenie zamówienia zakończyło się zawarciem przez szwedzki organ policji dwóch umów ramowych na początku 2021 r. – umowy z Lidköpings Biltjänst Hyr AB i umowy z innym dostawcą.
- 13 W połowie 2021 r. szwedzki organ policji uzgodnił z obydwojema dostawcami zmianę warunków wynagrodzenia w umowach ramowych. Umowy zmieniające przywidywały zwiększenie z 10 do 50 km promienia, w którym nie będą obowiązywały dopłaty za kilometr. W tym samym czasie, w przypadku Lidköpings Biltjänst Hyr AB, stałą cenę wykonania zlecenia zmieniono z 0 SEK na 4500 SEK, podczas gdy dopłatę za kilometr poza wyznaczonym promieniem zmieniono w niektórych przypadkach przewozu ze 185 SEK na 28 SEK, a w innych – z 275 SEK na 55 SEK.
- 14 Szwedzki organ policji stwierdził, że powodem zmian była konieczność wyrównania wewnętrznego podziału kosztów, w ramach organu, pomiędzy różnymi jednostkami terytorialnymi policji – o różnej powierzchni geograficznej i różnym stopniu urbanizacji. Punktem wyjścia było założenie, że zmiany te nie powinny spowodować zmiany całkowitej wartości umów ramowych. Organ stwierdził następnie na podstawie faktur, że umowa zmieniająca zawarta z

Lidköpings Biltjänst Hyr AB doprowadziła do nieznacznego obniżenia całkowitego wynagrodzenia w porównaniu do tego, które wypłacono by zgodnie z pierwotnymi warunkami.

Wniosek o nałożenie kary pieniężnej w związku z naruszeniem ustawy o zamówieniach publicznych

- 15 Konkurrensverket (szwedzki urząd do spraw konkurencji) wystąpił do Förvaltningsrätten i Stockholm (sądu administracyjnego z siedzibą w Sztokholmie) z wnioskiem o nakazanie szwedzkiemu organowi policji zapłaty kary pieniężnej w związku z naruszeniem ustawy o zamówieniach publicznych z uzasadnieniem, że umowy zmieniające powinno poprzedzić nowe postępowanie o udzielenie zamówienia.
- 16 Szwedzki organ policji zakwestionował wspomniany wniosek. Organ ten podniósł, że nie był zobowiązany do przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia, ponieważ zmiany nie były istotne w rozumieniu § 14 rozdziału 17 ustawy o zamówieniach publicznych. Ponadto w odniesieniu do zmian w umowie z Lidköpings Biltjänst Hyr AB organ podniósł, że zgodnie z § 9 rozdziału 17 ustawy o zamówieniach publicznych były one dopuszczalne, ponieważ były zmianami małej wartości.
- 17 Sąd administracyjny uwzględnił wniosek szwedzkiego urzędu do spraw konkurencji i nakazał szwedzkiemu organowi policji zapłatę kwoty 1 200 000 SEK tytułem kary pieniężnej w związku z naruszeniem ustawy o zamówieniach publicznych. Sąd administracyjny uznał, że zmiany oznaczające dla oferentów konieczność innego wyważenia kwot stałego i zmiennego wynagrodzenia nie były możliwe do przewidzenia w oparciu o informacje zawarte w pierwotnych dokumentach zamówienia, co oznaczało, że innym oferentom nie dano takiej samej możliwości prawidłowego obliczenia rentowności potencjalnych zamówień na nowych warunkach jak wybranym dostawcom. Sąd administracyjny uznał za prawdopodobne, że uwzględnienie zmiany warunków w pierwotnej ofercie mogłoby skutkować uczestnictwem dalszych dostawców lub innym wynikiem oceny. W tych okolicznościach sąd administracyjny uznał, że zmiany należy uznać za istotne, a zatem – zgodnie z § 14 rozdziału 17 ustawy o zamówieniach publicznych – niedopuszczalne. Z tego samego powodu sąd administracyjny uznał, że zmiany w umowie z Lidköpings Biltjänst Hyr AB doprowadziły do zmiany ogólnego charakteru umowy ramowej i w związku z tym nie były dopuszczalne na mocy przepisów o zmianach małej wartości, o których mowa w § 9 rozdziału 17 ustawy o zamówieniach publicznych.
- 18 Szwedzki organ policji wniósł apelację od wyroku sądu administracyjnego do apelacyjnego sądu administracyjnego. W odniesieniu do zmian w umowie z Lidköpings Biltjänst Hyr AB szwedzki organ policji stwierdził, że zmiana małej wartości może być dopuszczona, nawet jeśli zmianę samą w sobie uznano za istotną. Ponadto organ ten powołał się na motyw 109 dyrektywy w sprawie zamówień publicznych oraz podniósł, że aby uznać, iż doszło do zmiany ogólnego

charakteru umowy w sprawie zamówienia, zmiany muszą mieć poważniejszy charakter niż skorygowanie warunków wynagrodzenia.

- 19 Apelacyjny sąd administracyjny oddalił apelację. Sąd ten uznał również, że zmiany należy uznać za istotne, a zatem niedopuszczalne zgodnie z §14 rozdziału 17 ustawy o zamówieniach publicznych. Poza tym apelacyjny sąd administracyjny orzekł, że pojęcia „ogólnego charakteru umowy” i przykładów podanych w preambule dyrektywy w sprawie zamówień publicznych nie można interpretować w ten sposób, że zmian warunków wynagrodzenia nie można uznać za zmiany o charakterze ogólnym. W opinii apelacyjnego sądu administracyjnego w każdym konkretnym przypadku należy raczej ocenić, czy zmiana warunków wynagrodzenia nie jest zbyt radykalną zmianą w zobowiązaniach stron i czy nie oznacza ona, że możliwe jest stwierdzenie, iż zmiana ta w istotny sposób wpłynęła na wynik wcześniejszego postępowania o udzielenie zamówienia. W niniejszej sprawie apelacyjny sąd administracyjny uznał, że możliwe jest stwierdzenie, iż uwzględnienie od początku zmienionych warunków wynagrodzenia mogłoby mieć wpływ na wynik pierwotnego postępowania o udzielenie zamówienia. Uznano zatem, że zmiany w umowie z Lidköpings Biltjänst Hyr AB stanowią taką zmianę ogólnego charakteru umowy ramowej, o jakiej mowa w § 9 rozdziału 17 ustawy o zamówieniach publicznych.
- 20 Szwedzki organ policji wniósł środek odwoławczy od orzeczenia apelacyjnego sądu administracyjnego i zwrócił się do najwyższego sądu administracyjnego o oddalenie wniosku szwedzkiego urzędu do spraw konkurencji o nałożenie kary pieniężnej w związku z naruszeniem ustawy o zamówieniach publicznych lub w każdym razie o jej obniżenie. Szwedzki urząd do spraw konkurencji wniósł o oddalenie tego środka.
- 21 Szwedzki organ policji podnosi ponadto przed najwyższym sądem administracyjnym, że zawarte umowy zmieniające były dopuszczalne na mocy § 14 rozdziału 17 ustawy o zamówieniach publicznych. Organ ten utrzymuje również, że w każdym razie zmiany w umowie z Lidköpings Biltjänst Hyr AB były dopuszczalne na mocy § 9 rozdziału 17 ustawy o zamówieniach publicznych.
- 22 Odesłanie prejudycjalne dotyczy tego ostatniego przepisu oraz odpowiedniego przepisu dyrektywy w sprawie zamówień publicznych – art. 72 ust. 2, a także, konkretniej, wyjaśnienia, co należy rozumieć przez zmianę ogólnego charakteru umowy ramowej.

Stanowiska stron

Szwedzki organ policji

- 23 Szwedzki organ policji podnosi, co następuje: Zmiany nie są tego rodzaju, aby spowodować zmianę ogólnego charakteru umowy ramowej. Artykuł 72 ust. 2 dyrektywy w sprawie zamówień publicznych stanowi, że umowę w sprawie

zamówienia spełniająca wymogi tego przepisu można modyfikować bez sprawdzania, czy warunki określone w ust. 4 lit. a)–d) zostały spełnione. Oznacza to, iż okoliczności, że gdyby nowe warunki miały zastosowanie od początku, zamówienie mogłoby zostać udzielone innemu dostawcy, nie można uznać za argument przemawiający za tym, że doszło do zmiany ogólnego charakteru umowy w sprawie zamówienia. Orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (*Finn Frogne*, C-549/14, EU:C:2016:634) również wskazuje, że nawet istotne zmiany w umowie w sprawie zamówienia mogą być dopuszczalne, jeżeli z góry zaznaczono możliwość ich dokonywania. Klauzule zmieniające są obecnie uregulowane w art. 72 ust. 1 lit. a) dyrektywy w sprawie zamówień publicznych i są zastrzeżone dla modyfikacji, które nie mają wpływu na ogólny charakter [umowy], co oznacza, że pojęcie to nie może być synonimem istotnych zmian, lecz musi wiązać się ze zmianami o poważniejszym charakterze. Motyw 109 dyrektywy w sprawie zamówień publicznych przewiduje jako przykład zmiany ogólnego charakteru umowy ramowej zmianę przedmiotu umowy lub całkowitą zmianę rodzaju zamówienia.

Szwedzki urząd do spraw konkurencji

- 24 Szwedzki urząd do spraw konkurencji podnosi, co następuje: Zmian małej wartości w zawartej już umowie w sprawie zamówienia można dokonać, gdyż raczej trudno oczekiwać, że takie zmiany zakłóca konkurencję lub w jakikolwiek poważniejszy sposób naruszają zasady równego traktowania i przejrzystości. Jednakże gdyby dopuszczalne miały być zmiany, które same w sobie wiążą się jedynie – w wartościach bezwzględnych – z marginalną zmianą w wartości, ale są sprzeczne z zasadami z powodów innych niż zmiana wartości, podważono by system przepisów dotyczących zamówień publicznych. Dlatego przy ocenie, czy taka modyfikacja zmienia ogólny charakter umowy ramowej, należy skoncentrować się na tym, czy pierwotne postępowanie o udzielenie zamówienia mogłoby – hipotetycznie – zakończyć się innym wynikiem niezależnie od marginalnej zmiany w wartości. W niniejszej sprawie wartość nie ma znaczenia dla kwestii, czy zmiany są sprzeczne z zasadami. Zmiany dotyczą podstawowych warunków ekonomicznych pierwotnej oferty i miały wpływ na atrakcyjność postępowania o udzielenie zamówienia z punktu widzenia ryzyka, którego nie można było przewidzieć w chwili składania ofert. Można zakładać, że gdyby o zmianach wiedziano od początku, miałyby to wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, ponieważ w innych warunkach najbardziej korzystną ekonomicznie ofertę mógłby złożyć inny dostawca. Z tych powodów umowa zmieniająca jest sprzeczna z zasadami równego traktowania i przejrzystości oraz oznacza dokonanie zmiany ogólnego charakteru umowy ramowej. Okoliczność, że ocena, czy doszło do zmiany ogólnego charakteru umowy ramowej, jest podobna do oceny, której należy dokonać – zgodnie z orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej – w kwestii, czy zmiana jest istotna, wynika z natury sprawy, ponieważ oba pojęcia są następstwem wyżej wspomnianych zasad.

Konieczność uzyskania orzeczenia w trybie prejudycjalnym

- 25 Szwedzki organ policji obliczył, że wartość zmian dokonanych w umowie ramowej zawartej z Lidköpings Biltjänst Hyr AB stanowi kwotę niższą niż wartość przewidziana w § 9 rozdziału 17 ustawy o zamówieniach publicznych i art. 72 ust. 2 dyrektywy w sprawie zamówień publicznych. W celu ustalenia, czy na tej podstawie dopuszczalne było, aby szwedzki organ policji zawarł umowę zmieniającą, najwyższy sąd administracyjny musi orzec, czy można uznać, że dokonana zmiana modelu wynagrodzenia zmieniła ogólny charakter umowy ramowej.
- 26 W swoim wcześniejszym orzecznictwie – poprzedzającym wprowadzenie obowiązującej dyrektywy w sprawie zamówień publicznych – Trybunał Sprawiedliwości orzekł, że zasady równego traktowania i przejrzystości stoją na przeszkodzie zmianie postanowień istniejącej umowy w sprawie zamówień publicznych bez przeprowadzania nowego postępowania o udzielenie zamówienia, jeżeli charakteryzują się one cechami w sposób istotny odbiegającymi od postanowień pierwotnego zamówienia (*pressetext Nachrichtenagentur*, C-454/06, EU:C:2008:351, pkt 34). Zmianę uznaje się za istotną między innymi wtedy, jeżeli wprowadza ona warunki, które gdyby zostały ujęte w ramach pierwotnego postępowania o udzielenie zamówienia, umożliwiłyby przyjęcie innej oferty niż ta, która została przyjęta pierwotnie (pkt 35 cytowanego wyroku). Co do zasady zmiany, która jest zmianą istotną, nie można dokonać po udzieleniu zamówienia, chyba że możliwość dokonania takiej zmiany została przewidziana w warunkach zamówienia pierwotnego (*Finn Frogne*, pkt 30, 36). Zmiany dokonane na podstawie istniejących postanowień umowy mogą także, w wyjątkowych wypadkach, wymagać przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia, jeżeli zważywszy na cechy charakterystyczne świadczenia będącego przedmiotem umowy, zmienione warunki były czynnikiem rozstrzygającym o zawarciu umowy (*Wall*, C-91/08, EU:C:2010:182, pkt 39).
- 27 Artykuł 72 dyrektywy w sprawie zamówień publicznych ma częściowo na celu skodyfikowanie wspomnianego orzecznictwa. Artykuł 72 ust. 4 wyraża zasadę, że jedynie istotne modyfikacje wymagają przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia. Artykuł 72 ust. 1 i 2 przewiduje kilka sytuacji, w których można dokonać modyfikacji niezależnie od tego, czy są one istotne, w kilku przypadkach ustanawiając warunek, że nie mogą one zmieniać ogólnego charakteru umowy w sprawie zamówienia lub umowy ramowej. Oprócz wyjątku przewidzianego dla zmian małej wartości wymaganie to ma również zastosowanie do modyfikacji wprowadzonych w jasnych, precyzyjnych i jednoznacznych klauzulach przeglądowych oraz do modyfikacji wynikających z okoliczności niemożliwych do przewidzenia.
- 28 Wyjątek dla zmian małej wartości, określony w art. 72 ust. 2, nie ma bezpośredniej podstawy w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. W sprawie *Komisja/Niemcy* (C-160/08, EU:C:2010:230, pkt 99–

101) zmiana została uznana za istotną na tej podstawie, że jej wartość była wyższa niż próg przewidziany w mających zastosowanie dyrektywach, a w sprawie *pressetext Nachrichtenagentur* (pkt 61–63) orzeczono, że minimalna korekta ceny na niekorzyść dostawcy nie stanowi istotnej zmiany warunków umowy w sprawie zamówienia. Jednakże okoliczność, że zmiana, którą samą w sobie uznaje się za istotną, może mimo wszystko być dopuszczalna ze względu na jej niską wartość, wydaje się nowa w kontekście obowiązującej dyrektywy w sprawie zamówień publicznych.

- 29 Trybunał Sprawiedliwości nie zajął dotychczas stanowiska w kwestii warunków, w których zmiana umowy ramowej może wymagać przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia – ze względu na to, że zmienia ona ogólny charakter umowy ramowej – ani w przypadku zmian małej wartości (art. 72 ust. 2), ani w przypadku zmian na podstawie klauzul przeglądowych czy klauzul dotyczących opcji, ani w przypadku zmian dokonanych w wyniku niemożliwych do przewidzenia okoliczności (art. 72 ust. 1). Trybunał Sprawiedliwości nie wypowiedział się również w kwestii odpowiednich przepisów dyrektywy 2014/23/UE w sprawie udzielania koncesji ani dyrektywy 2014/25/UE w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylającej dyrektywę 2004/17/WE.
- 30 Preambuła dyrektywy w sprawie zamówień publicznych (motyw 109, który poświęcono zmianom ze względu na niemożliwe do przewidzenia okoliczności) podaje przykłady zmian mogących zmieniać ogólny charakter umowy w sprawie zamówienia lub umowy ramowej. Przykłady te odnoszą się do zmian w przedmiocie umowy i w rodzaju zamówienia. Poza tym preambuła nie zawiera jasnych wskazówek w kwestii tego, co rozumie się jako zmianę ogólnego charakteru [umowy].
- 31 W świetle powyższego najwyższy sąd administracyjny uważa za konieczne zwrócenie się do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z wnioskiem o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym.

Pytanie prejudycjalne

- 32 Czy zmiana modelu wynagrodzenia w umowie ramowej pierwotnie udzielonej w oparciu o kryterium najniższej oferowanej ceny – w przypadku gdy dochodzi do zmiany punktu ciężkości między ceną stałą a zmienną i koryguje się poziomy tych cen w takim stopniu, że całkowita wartość umowy nie zmienia się bardziej niż w stopniu marginalnym – oznacza, że należy uznać, iż doszło do zmiany ogólnego charakteru umowy ramowej w rozumieniu art. 72 ust. 2 dyrektywy w sprawie zamówień publicznych?