

Konkurrensverket
103 85 STOCKHOLM

Epost: konkurrensverket@kkv.se

Stockholm den 30 maj 2024

**651/2023; Konkurrensverkets utkast till ställningstagande angående kraven på
ändrings- och optionsklausuler i LOU i förhållande till ÄTA-bestämmelserna i AB 04**

Foyen Advokatfirma har sammanställt nedanstående remiss på Konkurrensverkets utkast.

1. INLEDNING

Foyen sysselsätter omkring 80 jurister med kontor i Stockholm, Göteborg och Malmö med en årsomsättning på cirka 250 mkr. Vår verksamhet är inriktad mot fastighetssektorn i vid mening där vår omsättning till cirka 40 procent historiskt sett avser rådgivning och tvistlösning inom byggsektorn, särskilt inom det man brukar kalla samhällsbyggnad. Våra klienter är i det segmentet i betydande utsträckning upphandlade myndigheter och enheter och vi har i vår rådgivning en djup förtroenhet både med att hantera byggbranschens standardavtal, byggbranschen som sådan och det upphandlingsrättsliga regelverket. Vi är ofta anlitade som rådgivare inför stora statliga och kommunala infrastrukturprojekt, både inför upphandling och under genomförandet. Vi har valt att lägga upp vår remiss efter en delvis annan struktur än Konkurrensverkets utkast till ställningstagande, i ambition att göra en något bredare ansats och med förhoppningen att kunna tydliggöra frågeställningen ännu mer.

2. BAKGRUND; i tillägg till konkurrensverkets beskrivning

- 2.1 Det är riktigt att den svenska entreprenadrätten i princip är oreglerad i lag. I gengäld har de standardavtal som tagits fram av Byggandets Kontraktskommitté ("BKK"), AB 04 för utförandeentreprenad och ABT 06

för totalentreprenad, i praktiken fått ställning som dispositiv lag.¹ Den svenska bygg- och anläggningsbranschen omsätter omkring 750 miljarder kr per år varav merparten ligger inom samhällsbyggnad med därtill hörande upphandlingsskyldighet enligt LOU eller LUF. Bara Trafikverket svarar ensamt för omkring 60 miljarder kr per år av branschens samlade omsättning. I princip alla kontrakt som handlas upp görs med hänvisning till AB 04 eller ABT 06. Avsteg från reglerna om ÄTA-arbeten i AB 04 eller ABT 06 är i praktiken mycket sällsynta. När så ändå sker brukar avstegen nästan uteslutande avse rena formaliakrav kring beställning. Vi uppfattar inte att någon branschföreträdare upplever dessa regler som svårtolkade eller oklara och ej heller att tillämpningen av dessa i enskilda projekt rubbar den ekonomiska jämvikten i parternas kontrakt. Om och när projekt genomförs där en stor mängd ÄTA-arbeten beställs rör det sig som regel snarare om brister i den projektering som utförts inför upphandlingen, vilka brister synliggörs först under pågående produktion och inte några ändringar vad gäller omfattningen av den ursprungligen upphandlade entreprenaden i egentlig mening.

- 2.2 Det är också riktigt att Konkursverket tidigare sneplat på frågan om ÄTA-arbeten kan väcka upphandlingsrättsliga frågor om ändring av kontrakt.² Det rörde dock då gällande regelverk i 2007 års lagstiftning och tillgänglig rättspraxis från EU domstolen och inte nu gällande lagstiftning. I LOU och LUF som trädde i kraft 1 januari 2017 har EU-domstolens praxis vad gäller förbudet mot väsentlig ändring kodifierats med ambitionen att också förtydliga gällande rätt. Dessa regler har införts i 17 kap 8 – 17 §§ LOU och däremot svarande regler i 16 kap 8 – 17 §§ LUF. Mot bakgrund av den osäkerhet om hur dessa regler förhöll sig till beställarens sedvanliga entreprenadrättsliga så kallade ändringsdispens och därav följande beställningar av ÄTA arbeten gjorde en av undertecknarna av denna remiss en mer djuplodande rättslig analys som utmynnade i en längre artikel i Europarättslig tidskrift 2017.³ De slutsatser som gjordes om rättsläget i artikeln bekräftades och utvecklades delvis i ytterligare en artikel av en annan författare i Upphandlingsrättslig tidskrift 2019.⁴ Även om båda dessa artiklar är skrivna av praktiskt verksamma advokater inom entreprenad-

¹ Förutom ABT 06 och AB 04 vilka för närvarande är i slutfasen av en revidering till ny utgåva finns motsvarande standardavtal avsedda att gälla i nästa led, dvs mellan generalentreprenören och dennes underentreprenörer, AB-U 07 och ABT-U 07, samt materialleveransavtalet ABM 07 och det för arkitekt och ingenjörsuppdrag använda ABK 09, vilka alla standardavtal följer samma struktur och i någon mening samspelar med varandra.

² Se fotnot 1 i Konkursverkets utkast, där en av undertecknarna av denna remiss också var ansvarig för den utredning som gjordes i 2014 års uppdragsforskningsrapport och landade i slutsatsen att LOU inte hindrade beställning av ÄTA arbeten.

³ Hane, John; Förbudet mot väsentlig ändring av offentliga kontrakt och den traditionella ändringsdispensen inom entreprenadrätten, Europarättslig tidskrift 2017 sid 327-355.

⁴ Sifvert, Madeleine; Upphandlingsrättens intåg i entreprenadrätten – eller när en ändring inte är en ändring, Upphandlingsrättslig tidskrift 2019 sid 153 – 167.

och upphandlingsrätt och inte forskare, får de sägas vara rättsvetenskapligt underbyggda. De slutsatser som däri gjordes har heller inte - såvitt vi känner till - motsagts i annan doktrin, rättsfall eller utlåtanden från Konkurrensverket i något sammanhang.⁵

2.3 Vi har som professionella rådgivare inom offentlig upphandling och entreprenadrätt sedan dess bibringats uppfattningen att Konkurrensverket delade den bedömningen. Eftersom de båda nu nämnda artiklarna inte omnämns i Konkurrensverkets källförteckning kan möjligen antas att den eller dem inom Konkurrensverket som svarat för den utredning som lagts till grund för det föreslagna ställningstagandet inte haft tillgång till den typen av rättskällor. Artiklarna bifogas därför, ERT 2017 Hane, **bilaga 1** och URT 2019 Sifvert, **bilaga 2**.

2.4 Dessa slutsatser kan kort rekapituleras enligt nedan.

- i) ÄTA-arbeten som grundar sig på lägsta kostnadens princip och motstridiga uppgifter till vilket ingår svårkalkylerade uppgifter med stöd av reglerna i 1 kap 3 – 4 §§ AB 04 och ABT 06 utgör överhuvudtaget inte någon ändring av kontraktet utan utgör kalkylregler som följer av ersättningsmodellen fast pris.
- ii) Så kallade likställda eller föranledda ÄTA-arbeten som grundar sig på 2 kap 4 § AB 04 eller ABT 06 utgör heller inte någon ändring av kontraktet utan utgör en fördelning i kontraktet för oförutsedda och avvikande förhållanden.
- iii) Sedvanliga föreskrivna ÄTA-arbeten som beställs med stöd av 2 kap 3 § AB 04 eller ABT 06 och som de facto medför en omfattningsändring i förhållande till förfrågningsunderlaget, utgör dock en ändring av kontraktet.
- iv) Dessa ändringar torde dock inrymmas i en klar och entydig ändringsklausul som ÄTA reglerna i AB/ABT får anses utgöra. För att minska risken för att detta ifrågasätts bör dock beställaren i sina förfrågningsunderlag regelmässigt dels ange att ÄTA-arbeten av sedvanlig omfattning kommer förekomma, dels ange specifikt inom vilket teknikområde, byggnadsdel eller motsvarande där så kan förväntas ske i särskilt hög grad.

⁵ Jmf Rosén Andersson m fl; Lagen om offentlig upphandling – En kommentar, 3:e upplagan, Norstedst 2020, sid 792.

- v) För det fall omfattningsändrande ÄTA-arbeten inte anses angivna i förfrågningsunderlaget med den precision som krävs för en ändringsklausul i LOU:s och LUF:s mening torde sådana i vart fall kunna beställas i många situationer med stöd av reglerna om ändring på grund av oförutsedda omständigheter i 17 kap 12 § LOU och 16 kap 12 § LUF.
- vi) Dessa antaganden om rättsläget gäller för sedvanliga ÄTA-arbeten. Det förekommer dock någon enstaka gång att behov eller önskemål uppstår under pågående produktion att beställa en ÄTA av osedvanligt stor omfattning. För sådana ÄTA-arbeten torde de från Presstext angivna principerna om när en ändring kan anses väsentlig slå till, som att kontraktets ekonomiska jämvikt ändras i det fallet till förmån för entreprenören och att annan anbudsgivare om den ändringen varit med från början också kunnat vinna upphandlingen.

2.5 Enligt vår mening är slutsatserna ovan lika giltiga idag som när de skrevs. Den genomgång av EU-domstolens rättspraxis som däri gjordes har heller inte ändrats eller justerats i någon mer restriktiv riktning av senare rättsfall.⁶ Som kommer utvecklas närmare nedan är dock vår inställning idag att även sedvanliga föreskrivna ÄTA arbeten som innefattar en omfattningsändring – punkt iii) ovan – torde utgöra en tillämpning av och inte någon ändring av ett upphandlat entreprenadkontrakt.

3. ENTREPRENADRÄTTSLIG KONTEXT

3.1 Enligt vår mening vilar Konkursverkets utkast till bedömning på en ofullständig analys både av entreprenadrätten som sådan och praktiska realiteter när det gäller genomförandet av komplexa bygg- och anläggningsprojekt. Ställningstagandet vilar också på utgångspunkten att den nationella civilrätten hursomhelst är underordnad EU-rätten och underförstått måste anpassa sig. Frågan om ett civilrättsligt kontrakt ändrats eller inte måste dock ta sin utgångspunkt i nationell civilrätt och inte frikopplat från denna. För en närmare beskrivning av hur behov av ÄTA-arbeten som regel uppstår i bygg- och anläggningsprojekt och vilka slags ”ändringar” sådana normalt avser hänvisas till de två bifogade artiklarna, se särskilt ERT 2017 Hane sid 332-338 och URT 2019 Sifvert sid 154-157. Till exempel uttalas i sistnämnda (sid 154):

⁶ ERT 2017 Hane, fotnot 4 samt rättsfallsreferat sid 342-346 jämfört med rättsfall från senare tid åberopade i Konkursverkets utkast fotnot 19

”Det går helt enkelt inte att förutse alla moment som kan aktualiseras under den tid ett komplext bygg- och anläggningsprojekt pågår. Entreprenadkontraktet är alltså en avtalstyp som man i förväg vet kan komma att förändras under avtalstiden.”

Detta har i doktrin också uttryckts som att entreprenadkontraktet med beställarens helt nödvändiga ändringsdispens kan jämföras med ett öppet ramavtal.⁷

- 3.2 För att ytterligare beskriva entreprenadavtalets särart hänvisas till en nyskriven artikel av advokaten och docenten Staffan Myrdal ur festskriften till Mikael Möller som också bifogas, **bilaga 3**.⁸ Myrdal uttalar bland annat:

”På grund av flera av de entreprenadtypiska förhållanden som angetts ovan är det svårt för beställaren att redan vid avtalets träffande bestämma exakt hur objektet ska vara utformat.”

Vidare uttalas (sid 421):

”En av grundförutsättningarna avseende entreprenadavtalet är att beställaren i princip regelmässigt har ett behov av att beställa ÄTA arbeten.”

- 3.3 Myrdal konstaterar vidare med hänvisning till uttalanden av HD⁹ att ett entreprenadavtal som regel avser ett omfattande, komplicerat och långsiktigt arbete med flera inblandade parter, vilket har konsekvenser bland annat för utformningen av entreprenadavtalet, vilket tar fasta särskilt på de ”ventiler” i olika avseenden som inryms i AB 04 och ABT 06 där reglerna om ÄTA-arbeten är de mest betydande. Myrdal listar slutligen ett antal bestämmelser i AB 04 och ABT 06 som enligt hans mening är och behöver vara vaga och tänjbara på grund av entreprenadåtagandets komplexitet och de många osäkerhetsmomenten i parternas åtaganden. Bland den förteckningen återfinns dock inte reglerna i 2 kap 3 – 4 §§ om ÄTA-arbeten som Konkurrensverket funnit otydliga.
- 3.4 Tilläggas kan att HD i den så kallade Gotlandsdomen prövade ett ersättningsanspråk för ett enda likställt ÄTA-arbete som uppgick till ungefär dubbla kontraktssumman. HD uttalade i det målet bland annat att syftet med AB 04 var att få till stånd ett rationellt och kostnadseffektivt genomförande av byggprojekt. HD konstaterade vidare att det fanns – och

⁷ Samuelsson, Per, Entreprenadavtal – Särskilt om ändrade förhållanden, Karnov 2011 sid 110 f

⁸ Myrdal, Staffan; Entreprenadens grundförutsättningar och entreprenadavtalets särdrag, Särtryck ur festskrift till Mikael Möller, Justus förlag 2024. Tilläggas kan att Myrdal för en tid hade uppdrag som sekreterare för den kommitté inom BKK som arbetat med att revidera AB 04 och ABT 06 till nya utgåvor.

⁹ Myrdal sid 414 med hänvisning till NJA 2013 s 271 och NJA 2015 s 862

måste finnas – utrymme för olika tolkningar från olika anbudsgivare vad gäller omfattningen av kontraktsarbetena, utan att det för den skull är fråga om några orena anbud.¹⁰ I tvisten kalkylerade den entreprenör som lämnat lägsta pris i upphandlingen med att det skulle fungera att muddra upp befintliga stråk av kalkberg inom ett visst muddringsområde med hjälp enbart av ett större mudderverk. Det metodvalet visade sig felaktigt och entreprenören valde då att spränga bort kalkberget för dryga kostnader, vilket man sedan ville ha ersättning för. Talan ogillades. Till saken hör att det ankommer på entreprenören att själv bedöma vilka hjälpmedel som erfordras och *hur* kontraktsarbetena ska utföras.¹¹ Andra anbudsgivare hade högre anbudssummor, men också andra och dyrare hjälpmedel.¹²

- 3.5 Reglerna om entreprenörens obegränsade rättighet och skyldighet att utföra ÄTA-arbeten är utspridda över flera kapitel i AB 04 och ABT 06 och återfinns dels i 1 kap beträffande omfattningen, dels i de direkta reglerna om föreskrivna respektive likställda ÄTA-arbeten i 2 kap 3–4 §§ med efterföljande ordningsregler om aviseringsplikt och beställning med mera och tillhörande viktiga kommentartext insprängd i avtalstexten. ÄTA-arbeten regleras vidare i 4 kap vad gäller rätt till tidsförlängning, har definierats i de inledande begreppsbestämningarna samt regleras på ett antal ställen i 6 kap angående ekonomi. Beträffande sistnämnda bör särskilt uppmärksammas två saker. För det första att ÄTA arbeten i princip regelmässigt är prissatta i entreprenadkontrakt dels genom självkostnadsprincipen i 6 kap 9-10 §§ och den hänvisning dit som görs i 6 kap 7 § såvida annat inte avtalats, dels genom entreprenörens entreprenörarvode som i vart fall enligt vår erfarenhet regelmässigt infordras i anbud i alla upphandlingar.¹³ För det andra att entreprenören vid väsentliga mängder ÄTA-arbeten enligt en särskild regel i 6 kap 5 § AB 04 och ABT 06 ges rätt till kostnadsreglering för vad som rubricerats väsentlig rubbning av förutsättningarna för entreprenadens utförande. En stor mängd ÄTA arbeten anses alltså inte rubba kontraktets ekonomiska jämnvikt till entreprenörens fördel utan tvärtom till dennes nackdel. ÄTA-

¹⁰ NJA 2015 s 3. Se vidare URT 2019 Sifvert sid 159.

¹¹ Regeln är kortfattat formulerad till att det ankommer på entreprenören att på egen bekostnad anskaffa allt som erfordras för entreprenadens utförande och återfinns i 1 kap 9 § AB 04 respektive 1 kap 10 § ABT 06.

¹² Fallet är i viss mening extremt vad gäller förhållandet mellan kontraktssumman och ÄTA-arbetet. Den problematik med gränssnitt för ansvar som gäller när något byggs gör sig heller inte gällande på samma sätt vid en rivning som en muddringsentreprenad kan jämföras med. Entreprenörens vinstpåslag på verifierade självkostnader för att utföra sprängningsarbetena är dock marginellt. Att ta in en annan entreprenör för att färdigställa muddringen hade förorsakat beställaren en kraftig försening av entreprenaden med därav följande skada, utöver merkostnaderna för dubbel etablering m m.

¹³ Entreprenörarvodet utgår som ett procentpåslag på verifierade självkostnader enligt 6 kap 9 § p 8 och brukar oftast ligga på mellan 8 och 12 procent. Av det påslaget avser normalt en övervägande del täckning av centraladministrativa kostnader och en mindre del rent vinstpåslag.

arbeten utgör således i ansvarshänseende och även i övrigt en helt integrerad del i entreprenaden.

- 3.6 Vi har sammanfattningsvis förståelse för att reglerna kan förefalla svårtillgängliga för jurister som inte arbetar med entreprenadrätt. Vi har stor erfarenhet av att utbilda nytexaminerade och tingsmeriterade jurister som tar anställning hos oss i AB 04 och ABT 06 och det brukar som regel ta lite tid innan reglerna så att säga sjunker in. Det finns som också påpekats ovan ett antal regler i AB 04 och ABT 06 som är och behöver vara mindre tydliga. Vi kan dock inte se att reglerna om ÄTA och likställda ÄTA hör dit. Inte heller att de upplevs som otydliga av entreprenörer och/eller beställare i bygg- och anläggningsprojekt som genomförs i Sverige. Där otydligheter förekommer och diskussioner om ÄTA uppstår är det i stället som ovan beskrivits hänförligt till oklarheter och otydligheter i beställarens projektering (ritningar och beskrivningar som definierar omfattningen av entreprenaden som utförts av för ändamålet upphandlade tekniska konsulter) eller som i exemplet Gotlandsdomen för entreprenören oväntade förutsättningar för arbetenas utförande.

- 3.7 I såväl AB 04 som ABT 06 återfinns det i begreppsbestämningar med anmärkningar en definition av ÄTA-arbete, se nedan utdrag från AB 04.

ÄTA-arbete: Ändringsarbete, Tilläggsarbete som står i omedelbart samband med kontraktsarbetena och som inte är av väsentligt annan natur än dessa, samt Avgående arbete.

För att det överhuvudtaget ska vara fråga om ett ÄTA-arbete krävs att ändrings- eller tilläggsarbetet står i omedelbart samband med kontraktsarbetena och inte är av väsentligt annan natur än dessa. Vad som utgör väsentligt annan natur avser andra teknikområden än det entreprenören kontrakterats för. En el-entreprenör är inte skyldig att utföra ett ÄTA-arbete avseende byggnadsarbeten och vice versa.¹⁴

- 3.8 För att omedelbart samband ska föreligga krävs det enligt kommentarstexten till 2 kap 3 § att tilläggs- eller ändringsarbetena utgör en teknisk helhet tillsammans med kontraktsarbetena. Som konkret exempel anges vidare att det inte föreligger ett omedelbart samband om beställaren utan nackdel kan vänta med utförandet till dess entreprenaden blivit färdigställd. Vad som utgör en och samma tekniska helhet är heller inte något som brukar bli föremål för diskussion eller konflikt i byggprojekt.

¹⁴ Andersson, Eilert och Hedberg, Stig; ÄTA-arbeten och ekonomisk reglering enligt AB 04 och ABT 06 sid 69-70, se även Samuelsson, Per, AB 04 – En kommentar, Wolters 2016 sid 19 f.

Frågan har sannolikt därför heller inte avsatt något större intresse i doktrin men har ändå behandlats.¹⁵ Vi kan konstatera att det redan av definitionen av ÄTA-arbete återfinns en relativt betydande inskränkning i en beställares möjlighet att civilrättsligt utöka omfattningen av ett entreprenadavtal. Denna inskränkning fungerar också som en upphandlingsrättslig säkerhetsventil gentemot offentliga beställare som önskar utöka en entreprenads omfattning utöver vad som ryms inom definitionen av ett ÄTA-arbete.

- 3.9 I sak har beställaren av en entreprenad ett entydigt intresse av att ha en part att förhålla sig till med det entreprenadrättsliga ansvaret för fel i den byggnad eller anläggning som uppförts. Ett felansvar som gäller både under entreprenaden och efterföljande garantitid och en så mycket som tioårig ansvarstid för väsentliga fel. Det är också motivet till att entreprenören inte bara ges ensamrätt till att utföra ÄTA-arbeten utan också har en skyldighet att utföra sådana. Beställaren kan inte utan risk ta in två entreprenörer med delat ansvar för en och samma tekniska helhet. Att hitta fungerande gränssnitt låter sig i princip inte göras. På samma sätt förutsätter reglerna om arbetsmiljöansvar över arbetsplatsen typiskt sett att en person utses till BAS-U respektive BAS-P med ansvar för helheten. Samma synsätt gäller när det är fråga om avhjälpande av fel i en entreprenad. Låt säga att beställaren tar in ett annat företag som avhjälpert ett fel än den entreprenör som är ansvarig för felet. Låt säga att det felavhjälpandet bara tillfälligt löser problemet som därefter återkommer och de båda entreprenörerna skyller på varandra. Exemplet kan förefalla banalt men vågar vi påstå är en realitet beträffande både stort och smått i en byggnads- och anläggnings samtliga beståndsdelar.

4. UPPHANDLINGSRÄTTSLIG REGLERING

- 4.1 Konkurrensverkets bedömning bygger i allt väsentligt på ordalydelsen av 17 kap 10 § LOU och dess likalydande regel i LUF. Vår bedömning i och för sig är att de likalydande reglerna om ÄTA-arbeten i AB 04 och ABT 06 sedda som helhet, klart, exakt och entydigt anger under vilka förutsättningar de kan tillämpas. De anger även arten av de ändringar som kan komma att utföras. Medan den exakta omfattningen av dessa ändringar knappast går att läsa in av regelverket som sådant och heller inte låter sig med någon verklig precision anges i förväg, men som i viss omfattning regelmässigt förväntas av entreprenören. Som utvecklats i ovan refererade artiklar med däri intagna vidare källhänvisningar är det heller inte möjligt att

¹⁵ Se ffa Källenius, Sten, *Entreprenadjuridisk*, Norstedts 1960 sid 47-48 angående då gällande motsvarande regel i AB 54 samt Motiv AB 72 sid 80-82 och dess distinktion mellan en parkeringsficka längs en motvägssträcka under anläggning och en förlängning av motorvägens sträckning. Se även ERT Hane 2017 sid 335.

åstadkomma i praktiken att en beställare på förhand beskriver alla de ÄTA-arbeten som kan komma att behöva utföras. Det gäller både i svenska bygg- och anläggningsprojekt och i andra jurisdiktioner inom EU.

- 4.2 Konkurrensverkets utkast till bedömning har inte gjort någon komparativrättslig bedömning och inte heller jämfört med de etablerade standardavtal som finns för att reglera gränsöverskridande multinationella bygg- och anläggningsprojekt och dess snarlika regler för ÄTA-arbeten.¹⁶ Även dessa bygger på att det finns en skyldighet för entreprenören att utföra ÄTA-arbeten (*eng Variations*), att dessa arbeten i ansvarshänseende är integrerade med kontraktsarbetena och utförs samtidigt som dessa. Vidare att entreprenörens skyldighet att utföra sådana arbeten begränsas av att dessa till sin natur och omfattning inte får vara oförutsebara. Sammanfattningsvis är ordalydelsen av 17 kap 10 § LOU svår att förena med hur bygg- och anläggningsprojekt bedrivs och måste kunna bedrivas över hela världen.
- 4.3 Det finns inte något avgörande från EU domstolen som berör tolkningen av den entreprenadrättsliga ändringsdispensen och inte heller något avgörande som handlar om någon mer eller mindre snarlik ändringsklausul.¹⁷ Det finns heller inte några jämförbara avgöranden från svenska domstolar.¹⁸
- 4.4 Motiven bakom nu gällande lagstiftning i 17 kap 8 – 15 §§ LOU kan utläsas i beaktandesats 107 – 112 i 2014 års upphandlingsdirektiv.¹⁹ I beaktandesats 111 ges bakgrunden till den lagtext som nu återfinns i 17 kap 10 § LOU om ändringsklausuler. Däri talas om ändringsklausuler och optioner som exempelvis får föreskriva prisindexeringar eller förlängningar av kontrakts löptid. I själva direktivtexten i dess svenska översättning talas i artikel 72 punkt 1 a om klara, exakta och entydiga ändringsklausuler där arten och omfattningen av sådana ändringar eller optioner anges, återigen med exempel prisändringsklausuler. Sådana låter sig normalt ramas in betydligt enklare i förväg än ett oförutsett ÄTA-arbete. Beträffande entreprenad återfinns i stället text i artikel 72 punkt 1 b) där det i dess svenska lydelse talas om kompletterande byggentreprenader som blivit nödvändiga. I

¹⁶ Jmf Orgalime Turnkey Contracts for Industrial Works General Conditions 2003, se särskilt artikel 8.1 om entreprenörens skyldighet att utföra "Variations." Se även begreppsbestämningarna artikel 2.16 vari "variations" beskrivs som integrerade i kontraktsarbetena, just som i AB 04 och ABT 06. Se även FIDIC Conditions of Contract for Construction for building and engineering works designed by the Employer artikel 13 "Variations and adjustments".

¹⁷ Högsta förvaltningsrätten har nyligen begärt förhandsavgörande från EU domstolen (Mål 2752-23) avseende Polismyndighetens ramavtal för bärgningstjänster och ändringar i dessa avtal, av betydligt mycket mer ingripande slag än sedvanlig ÄTA-hantering i ett entreprenadkontrakt.

¹⁸ HFD 2016 ref 85 vari en prisjusteringsklausul i och för sig godtogs är det närmast jämförbara men avser också LOU i dess lydelse fram till 1 januari 2017.

¹⁹ EU-direktiv 2014/24 den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/17/EG. Motsvarande texter återfinns i LUF direktivet.

beaktandesats 107 kan också utläsas att väsentliga ändringar typiskt sett är sådana som ändrar omfattningen av och innehållet i parternas ömsesidiga rättigheter och skyldigheter. Även av de svenska förarbetena ges intryck av att kravet på klara, exakta och entydiga ändringsklausuler avsett i första hand prisändringsklausuler eller optioner och inte något så odramatiskt som ÄTA-arbeten i en entreprenad.²⁰ ÄTA-arbeten som heller inte ändrar någonting i parternas från början avtalade rättigheter och skyldigheter.

- 4.5 Av förarbetena framgår vidare att Lagrådet framhållit att en ändring av rättigheter eller förpliktelser i ett avtal inte är en ändring i avtalet när ändringen görs med stöd av en uttrycklig rätt i avtalet.²¹ Lagrådets författningskommentar till 17 kap 8 § LOU är värd att citera i dess helhet:²²

”För att förändringar av nu angivet slag ska få göras utan att en ny upphandling måste genomföras krävs enligt remissens lagförslag att klausulen klart, exakt och entydigt beskriver under vilka förutsättningar den kan tillämpas. Det säger sig självt att en tolkning av kravet enligt ordalydelsen skulle medföra att endast få ändringsklausuler skulle uppfylla kravet. Avsikten kan dock inte vara att bara klausuler som uppfyller dessa mycket högt ställda krav ska få användas utan ny upphandling. Eftersom paragrafen i den här delen överensstämmer med motsvarande reglering i artikel 72 får formuleringen emellertid accepteras.”

- 4.6 Sammanfattningsvis förefaller både nu gällande 17 kap 10 § LOU och artikel 72 i LOU-direktivet ha framtagits för att hantera regelrätta ändringar i kontrakt med exemplen prisjusteringsklausuler och optioner. Optioner används inte sällan i entreprenadupphandlingar och avser då typiskt sett arbeten med byggnader eller anläggningar invid själva entreprenaden, men som inte ingår i densamma. Det vill säga arbeten som inte ingår i samma tekniska helhet som kontraktsarbetena och därmed heller inte kvalificerar som ÄTA-arbete. Där beställaren av olika skäl vill avvakta med att besluta om det ska genomföras i samband med entreprenaden eller senareläggas. Den ”trubbighet” med vilket regeln fått sin utformning, ”klart, exakt och entydigt” visar att den aldrig avsetts för förutsedda smärre korrigeringar i ett bygg- och anläggningsprojekt under produktion vars exakta omfattning inte kunnat preciseras i förväg och som ÄTA-arbeten i en entreprenad typiskt sett utgör.

- 4.7 Det är en sak att inför en upphandling avgränsa en byggnad invid arbetsområdet – låt säga patienthotellet invid ett sjukhus under

²⁰ Prop 2015/16:195 Nytt regelverk om upphandling sid 844.

²¹ Se propositionen sid 847.

²² Bilaga 24 till Propositionen sid 1151.

ombyggnad - som man i senare skede kanske vill inkludera i de pågående arbetena och passa på att renovera om budget för detta erhålls. Men det är något helt annat att förutse och i förfrågningsunderlaget ange att man kan komma att vilja byta i entreprenaden föreskrivna innergolv i sjukhusets vårdavdelningar under pågående produktion med hänsyn till information som då framkommit om förekomst av halkolyckor knutna till det golvmaterial, bara som exempel. Det kan vidare konstateras att regeln i 17 kap 11 § LOU om kompletterande byggentreprenader (*eng "works"*) och det snäva utrymme som däri ges för att beställa sådana knappast kan avse ÄTA-arbeten integrerade med kontraktsarbetena i ansvarshänseende och prissatta i kontraktet utan avser separata fristående entreprenader. Det vill säga sådant som ibland hanteras som optioner när behov av sådana kan förutses.

- 4.8 Bland renodlade upphandlingsjurister utan närmare förståelse för det intima sambandet mellan ÄTA-arbeten och kontraktsarbeten, framhålls ibland också att ÄTA-arbeten måste kunna hanteras inom den de minimis-regel som finns intagen i 17 kap 9 § LOU som oavsett skäl alltid möjliggör direktupphandlingar upp till motsvarande 15 procent av kontraktssumman för entreprenad och underförstått att branschen borde kunna nöja sig med det.²³ Det bör dock framhållas att regeln också har ett alternativt tak i form av tröskelvärde för upphandling av entreprenad av innebörd att den ändå inte går att använda i de lite större projekten för det ändamålet.

5. FOYENS BEDÖMNING

- 5.1 Konkurrensverkets bedömning avser AB 04 men kommer få motsvarande tillämplighet på de i princip helt identiska reglerna om ÄTA-arbeten i 2 kap 3 – 4 §§ ABT 06. Konkurrensverkets bedömning om den står fast riskerar att skapa en betydande rättsosäkerhet intill dess något lagakraftvunnet avgörande finns som tar ställning till riktigheten i Konkurrensverkets bedömning. Med i dess förlängning risk för ogiltighet och/eller rättstvister om ogiltighet beträffande samtiliga entreprenadavtal i nu pågående bygg- och anläggningsprojekt i Sverige. Konkurrensverkets inställning att det i stället får bli upp till varje enskild byggherre i varje enskild upphandling att förtydliga reglerna om ÄTA-arbeten är inte praktiskt genomförbart eller önskvärt då det i stället skulle skapa en betydande osäkerhet om

²³ Vi har inte någon källa på det och känner inte till att någon sådan uppfattning publicerats och därmed närmare motiverats. Men möts ibland av den i klientkontakter med kommunala inköpare utan specifik utbildning eller erfarenhet av just entreprenadupphandlingar. Tilläggas kan att merparten större infrastrukturprojekt som genomförs i Sverige – anläggande av nya sträckningar av tvärbanan eller tunnelbanan i Stockholm, järnvägs- och vägsträckor, större trafikomläggningar, VA-ledningsnät eller om- och tillbyggnad av sjukhus eller vattenreningsverk bara som exempel, normalt omsluter mer än 1 miljard kr. Femton procent av en sådan kontraktssumma är närmare tre gånger så högt som tröskelvärde för entreprenadupphandlingar.

tolkningen av sådana egenhändigt justerade regler. Något behov av sådana förtydliganden föreligger inte heller. Vi känner heller inte igen den beskrivning Konkurrensverket gör att det föreligger svårigheter för utländska anbudsgivare att tolka dessa regler. Det händer inte sällan att vi biträder den typen av klienter i anbudslämnande.

- 5.2 Regelverket i fråga om *när* AB 04 och ABT 06 kap 2 §§ 3 och 4 är tillämpliga uppfattas således inte som otydliga av branschen och föranleder som ovan anförts i princip aldrig några tvister. Tvister rör istället bevisfrågor som normalt rör två frågor. Dels frågan om det förelegat avvikande förhållanden som berättigar entreprenören till ersättning för ett likställt ÄTA arbete. Dels om beställarens tekniska konsulter beskrivit vissa tekniska lösningar som ska utföras på ett motstridigt eller ofullständigt sätt som medför att entreprenören på den grunden har rätt till ersättning för ÄTA arbete utöver kontraktssumman. Detta avser dock inte juridiska utan tekniska frågor och därtill kopplade svårigheter att in i minsta detalj på fullständigt kalkylerbart sätt beskriva ett komplett färdigt byggobjekt, låt säga ett konserthus med tillhörande kongresshall bara för att ge ett exempel. Därtill förekommer tvister och tvistefrågor som rör frågan om entreprenören helt eller bara delvis verifierat de självkostnader entreprenören begär ersättning för.
- 5.3 Till den del Konkurrensverket menar att en precisering måste ske i förväg vad gäller vilken typ av ÄTA-arbeten (ändrade golvmattor, bredare brandstegar, ändrad placering av innerdörrar, energiglas i stället för vanligt tvåglas) och omfattningen, är det på ovan anförda skäl inte genomförbart i praktiken. Det är just för att den typen av ändringar inte kunnat förutses som beställarens ändringsdispens är nödvändig. Konkurrensverkets kategoriska ställningstagande - om det står sig - omöjliggör en ändamålsenlig byggprocess där våra svenska regler inte skiljer sig nämnvärt från hur man som vi uppfattar behöver arbeta över hela världen. Att separera ÄTA-arbeten från kontraktsarbetena och handla upp dessa separat är inte praktiskt genomförbart, vare sig av ansvarsskäl, kostnadsskäl eller tidsskäl.
- 5.4 Konkurrensverkets bedömning att likställda ÄTA-arbeten utgör en ändring av ett upphandlat kontrakt synes bygga på missförstånd om dessa regler verkliga innebörd. Motsvarande gäller för föreskrivna ÄTA-arbeten till den del sådana avser kalkylreglerna i 1 kap 3 – 4 §§ AB 04 och ABT 06 om entreprenörens tolkningsföreträde vid motstridiga uppgifter och lägsta kostnadens princip. Allt detta är bara ett utflöde av ersättningsmodellen fast pris och skulle vad gäller lägsta kostnadens princip med mera heller inte hanteras som ÄTA-arbete vid ersättningsmodellen löpande räkning.

Dessa regler gäller lika och tillämpas lika oberoende av vem som tilldelats kontrakt.

- 5.5 När det gäller den typen av föreskrivna ÄTA-arbeten som medför omfattningsändringar av entreprenaden tenderar sådana i praktiken att i huvudsak vara många var för sig smärre justeringar av det slutliga byggobjektet som beställaren under hand finner nödvändiga. Den typen av smärre justeringar finns som ovan beskrivits ett oavvisligt behov av att göra i byggobjektet under produktion med tanke på komplexiteten i att projektera (i handlingar beskriva) och därefter genomföra ett byggprojekt och är något annat än kompletterande byggentreprenader som det talas om i direktivtext och lagtext. Det ligger därför närmast till hands att instämma i Lagrådets tolkning att en sådan normalt förekommande och i så måtto förutsebar ÄTA-hantering inte heller det utgör någon ändring av det upphandlade kontraktet utan bara en tillämpning av detsamma. Var gränsen för vad som må anses som *normalt* förekommande bör placeras torde bli en fråga för rättstillämpningen i framtiden att ta ställning till. I den mån Konkurrensverket inte kan instämma i den bedömningen måste det gå att tolka 17 kap 10 § LOU pragmatiskt och i så måtto anse att även omfattningen av sådana ÄTA-arbeten får anses klarlagd genom upphandlingsdokumentens hänvisning till AB 04 och/eller ABT 06. I internationell doktrin har talats om att ändringar som sker inom "the ordinary course of business" per definition inte är väsentliga, vilket synsätt måste kunna gälla även här.²⁴
- 5.6 EU-domstolen har i sin rättspraxis öppnat för att en viss flexibilitet måste vara möjlig för upphandlande myndigheter och enheter att tillämpa så länge som kontraktsföremålet ramats in med försiktighet.²⁵ Det borde utan vidare gå att jämställa ett entreprenadavtal med ett sådant lite mer försiktigt utformat kontraktsföremål. Samt att det inte bara gäller vid samverkansentreprenad upphandlad i tidiga skeden på löpande räkning med en fast yttre ram (det som ska byggas) som preciseras i samråd efter en tidig upphandling. Utan även färdigprojekterade upphandlingar till fast pris med hänsyn till den entreprenadrättsliga ändringsdispensen, utan vilken bygg- och anläggningsprojekt inte kan genomföras på ändamålsenligt vis. Det förtjänar upprepas att en beställning av ett ÄTA-arbete inte föregås av någon omförhandling av några kontraktsvillkor utan utgör en tillämpning av kontraktet med en i förväg avtalad ersättningsmodell som ger entreprenören ett mycket blygsamt vinstpåslag.

²⁴ Simovart, Mari Ann, Amendments to Procurement Contracts; Estonian Law in the Light of the Presetext ruling, Juridica International XVII/2010 s 159 .

²⁵ EU domstolens dom den 7 september 2016 C-549/14 Finn Frogne, domskälen särskilt pp 36 – 37 .

- 5.7 Begreppet en och samma tekniska helhet brukar normalt ramas in av den byggnad eller järnvägssträcka bara som exempel som ska uppföras, renoveras eller anläggas. Sådan inramning görs normalt på flera ställen i kontraktshandlingarna, för det mesta i entreprenadföreskrifternas kod AFC/AFD.1 och övergripande under allmän orientering i AFA.21. Vartill kommer att kontraktshandlingarna i dess helhet – jmf AB 04 och ABT 06 kap 1 § 1 – med dess mängder av tekniska dokument – preciserar åtagandet. Den beställare som under pågående entreprenad väljer att utvidga entreprenadens omfattning låt säga till en angränsande mindre byggnad rör sig därmed inte längre inom samma tekniska helhet. Fråga är därmed inte om ett ÄTA-arbete utan en undersökning måste göras om andra undantagsregler i LOU/LUF är tillämpliga, i första hand reglerna om ändringar till mindre värde i 17 kap 9 § LOU och reglerna om kompletterande byggentreprenader i 17 kap 11 § LOU.
- 5.8 Det förekommer i undantagsfall också att beställaren under pågående entreprenad får anledning att utvidga entreprenadens omfattning väsentligt utan att röra sig utanför den från början bestämda tekniska helheten, till exempel genom påbyggnad av fyra våningsplan i en byggnad från början projekterad och upphandlad som ett sexvåningshus. I det teoretiska exemplet är det förvisso en och samma tekniska helhet och utan möjlighet till rimligt gränssnitt mellan olika entreprenörer i ansvarshänseende. För sådana situationer – som i praktiken motverkas av beställarens naturliga intresse av att hålla nere sina investeringskostnader och så långt möjligt söka konkurrens – torde kommentartexten till 2 kap 3 § AB 04 och ABT 06 vad avser tillkommande arbeten och LOU vara relevant. Det vill säga i den typen av extremfall kan det bli fråga om en väsentlig ändring även om utvidgningen som sådan ryms inom begreppet ÄTA. Så torde också kunna bli fallet vid enstaka beloppsmässigt mycket betydande ÄTA-arbeten som innefattar varuinköp för entreprenören att montera (till exempel en vågmaskin till ett äventyrsbad till värde motsvarande tio procent av kontraktssumman). I sådana situationer skulle också varuinköpet kunna annonseras och konkurrensutsättas och tillhandahållas av beställaren för den på plats etablerade entreprenören att montera som ett jämförelsevis mindre ÄTA arbete.

6. SLUTORD

Sammanfattningsvis är vår förhoppning att Konkurrensverket tar intryck av de remissutlåtanden som inkommer och avstår från att göra något generellt ställningstagande i frågan. För att istället låta gränssnittet mellan normalt förväntade ÄTA arbeten och potentiellt otillåtna direktupphandlingar avgöras in casu i framtida rättstillämpning med fokus

på frågor som kort berörts i avsnitt 5.5 och 5.8 ovan. Vi ansluter oss sammanfattningsvis också till tidigare ingivet yttrande från BKK av innebörd också att ett ställningstagande i en fråga med risk för så långtgående konsekvenser för en hel branch, borde föregås av samråd med företrädare för den branchen med beaktande av konsekvenserna av konkurrensverkets ingripande.

Med vänlig hälsning



John Hane



Andreas Lundqvist