

Konkurrensverkets ställningstagande 2024:00 om kraven på ändrings- och optionsklausuler i LOU i förhållande till ÄTA-bestämmelserna i AB 04

Sammanfattning

1. Enligt Konkurrensverket uppfyller bestämmelserna om ändringsarbeten, tillägsarbeten och avgående arbeten (ÄTA-arbeten) i 2 kap. 3 och 4 §§ Allmänna bestämmelser för byggnads-, anläggnings- och installationsarbeten AB 04 (AB 04) inte kraven på ändrings- och optionsklausuler i 17 kap. 10 § lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU).
2. Att genomföra en ändring av ett kontrakt eller ramavtal enbart med hänvisning till ÄTA-bestämmelserna kan utgöra en otillåten direktupphandling.

Bakgrund

3. Den svenska entreprenadrätten är i princip oreglerad i lag. Vid upphandling av byggtreprenader används därför ofta standardavtal som tagits fram av Branschföreningen Byggandets Kontraktskommitté (BKK) och som reglerar parternas rättigheter i hög utsträckning. AB 04 är ett sådant standardavtal. Detta har varit den i Sverige gällande ordningen sedan tidigt 1900-tal.
4. Byggtreprenadkontrakt är inte sällan föremål för ändringar och i AB 04 regleras förutsättningarna för att genomföra ÄTA-arbeten.
5. Ett upphandlingspliktigt kontrakt eller ramavtal får som utgångspunkt inte ändras utan en ny annonserad upphandling. I LOU finns dock undantagsbestämmelser som tillåter ändringar i vissa fall. Det kan exempelvis vara tillåtet att göra ändringar i enlighet med en ändrings- eller optionsklausul.



6. En fråga som gett upphov till diskussion är om ÄTA-bestämmelserna i AB 04 uppfyller kraven på ändrings- eller optionsklausuler i 17 kap. 10 § LOU.¹ Frågan har inte behandlats i förarbetena och det saknas vägledande rättspraxis.
7. Konkurrensverket finner därför skäl att meddela detta ställningstagande.

Frågeställning

8. Uppfyller bestämmelserna i 2 kap. 3 och 4 §§ AB 04 kraven på en ändrings- eller optionsklausul i 17 kap. 10 § LOU?

Avgränsning

9. I detta ställningstagande tolkas LOU och det bakomliggande LOU-direktivet². Frågan om hur relevant rättspraxis ska tolkas i förhållande till övriga upphandlingslagar behandlas inte inom ramen för ställningstagandet. I andra upphandlingslagar finns dock likalydande bestämmelser avseende ändrings- och optionsklausuler.³
10. Ställningstagandet gäller enbart direktivstyrda upphandlingar. Det saknas uttryckliga bestämmelser om möjligheten att ändra avtal avseende icke-direktivstyrda upphandlingar, dvs. upphandlingar under tröskelvärdena.⁴
11. Konkurrensverket gör i detta ställningstagande ingen bedömning av huruvida en ändring i enlighet med AB 04 utgör en ändring av kontraktet eller ramavtalets övergripande karaktär. Den bedömningen måste göras utifrån omständigheterna i varje enskilt fall.
12. Detta ställningstagande avser AB 04 som reglerar utförandeentreprenader.⁵

¹ Konkurrensverket har tidigare berört standardavtal och ÄTA-arbeten i rapporten 2011:2 *Fallgröpar vid entreprenadupphandlingar*. Se även uppdragsforskningsrapporten 2014:4 *Entreprenadupphandlingar – Hur kan byggherrar främja effektivitet och innovation genom lämpliga upphandlingsstrategier?*.

² Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG (LOU-direktivet).

³ Jfr 16 kap. 10 § lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna och 14 kap. 10 § lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner. I lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet saknas motsvarande bestämmelser.

⁴ Konkurrensverket har i ett tillsynsbeslut angett att en ändring av en icke-direktivstyrd upphandling inte bara ska prövas mot de direktivstyrda ändringsbestämmelserna, utan även med beaktande av de grundläggande principerna och upphandlingslagstiftningens syfte. Se Konkurrensverkets tillsynsbeslut med dnr 432/2022.

⁵ Regleringen i standardavtalet Allmänna bestämmelser för totalentreprenader avseende byggnads-, anläggnings- och installationsarbeten ABT 06 (ABT 06) behandlas inte. Ställningstagandet skulle dock även kunna ge vägledning vid tillämpning av ABT 06, eftersom båda standardavtalen är uppbyggda på likartat sätt.



13. Ställningstagandet avser ÄTA-bestämmelserna i AB 04 utan ändringar eller kompletteringar. I de fall bestämmelserna kompletteras får en bedömning av tillåtligheten göras i varje enskilt fall.

Rättslig reglering m.m.

14. Upphandlade avtal får som huvudregel inte ändras utan en ny upphandling.⁶ Enligt 17 kap. 10 § LOU får ett kontrakt eller ett ramavtal dock ändras i enlighet med en ändrings- eller optionsklausul utan att en ny upphandling behöver genomföras, om kontraktets eller ramavtalets övergripande karaktär inte ändras och klausulen
1. har angetts i något av upphandlingsdokumenten i den ursprungliga upphandlingen,
 2. klart, exakt och entydigt beskriver under vilka förutsättningar den kan tillämpas, och
 3. anger omfattningen och arten av ändringarna som kan komma att göras.⁷
15. Till bestämmelserna i AB 04 finns begreppsbestämningar och kommentarer som är avsedda att förtydliga och förklara bestämmelserna.⁸
16. Enligt 1 kap. 1 § AB 04 framgår omfattningen av kontraktsarbetena av kontraktshandlingarna. Enligt bestämmelsen omfattar kontraktsarbetena även sådana detaljarbeten som, utan att vara särskilt angivna i kontraktshandlingarna, uppenbarligen är avsedda att utföras utan tillägg i kontraktssumman.
17. Enligt kommentaren till 1 kap. 1 § AB 04 ska entreprenören utföra de arbeten som beställaren har beskrivit i sitt förfrågningsunderlag och inte något annat. Arbeten som inte redovisats i kontraktshandlingarna omfattas inte av

⁶ Se 17 kap. 8–14 §§ LOU. Regleringen är uttömmande, se prop. 2015/16:195 s. 850. Ändringsbestämmelserna i LOU genomför art. 72 i LOU-direktivet, som delvis kodifierar EU-domstolens rättspraxis, se prop. 2015/16:195 s. 843 f. EU-domstolens rättspraxis bygger i sin tur på de grundläggande upphandlingsprinciperna, se bl.a. mål C-454/06, presstext Nachrichtenagentur, ECLI:EU:C:2008:351. Huruvida en tillämpning av en ändrings- eller optionsklausul utgör en ändring eller enbart en tillämpning av kontraktet eller ramavtalet har varit föremål för diskussion, se t.ex. prop. 2015/16:185, s 847 f. Oaktat detta måste ändrings- eller optionsklausulen uppfylla de krav som uppställs i 17 kap. 10 § LOU.

⁷ 17 kap. 10 § LOU genomför art. 72.1 första stycket a i LOU-direktivet. Av skäl 111 till LOU-direktivet framgår bl.a. att upphandlande myndigheter genom ändringsklausuler eller optioner bör kunna medge en möjlighet att införa ändringar, men att dessa klausuler inte bör ge dem obegränsad frihet. Det bör därför fastställas i vilken utsträckning ändringsmöjligheter kan medges i det ursprungliga kontraktet. Det bör också vara möjligt att genom tillräckligt klara klausuler föreskriva anpassningar av kontraktet som har blivit nödvändiga på grund av tekniska svårigheter som har framkommit vid användning eller underhåll.

⁸ Enligt förorden till AB 04 är kommentarerna och begreppsbestämningarna vägledande vid tillämpning och tolkning av bestämmelserna i AB 04. Se även Högsta domstolens dom den 27 januari 2015 i mål T 403–13, där domstolen tog hänsyn till kommentarerna i sin avtalstolkning.

entreprenörens åtagande. Detta gäller även, med undantaget för vissa detaljarbeten, arbeten som uppenbarligen är nödvändiga för att åstadkomma en normenlig och fungerande byggnad eller anläggning.

18. I begreppsbestämningarna definieras ÄTA-arbeten som ändringsarbete, tilläggsarbete som står i omedelbart samband med kontraktsarbetena och som inte är av väsentligt annan natur än dessa, samt avgående arbete.
19. I 2 kap. 3 § AB 04 regleras så kallade *föreskrivna ÄTA-arbeten*. Enligt bestämmelsen är entreprenören, om inte annat följer av författning, berättigad och skyldig att under entreprenadtiden utföra sådana ÄTA-arbeten som föreskrivs av beställaren.
20. Av kommentaren till 2 kap. 3 § AB 04 följer bl.a. att man med uttrycket "omedelbart samband" betonar att de tilläggsarbeten som avses ska vara så nära förknippade med kontraktsarbetena eller del därav att de tillsammans utgör en teknisk helhet. Sådant samband föreligger exempelvis inte om beställaren utan nackdel kan vänta med utförandet till dess entreprenaden blivit färdigställd. Regeln innebär således ingen given företrädesrätt för entreprenören. Tillämpningen måste likväl ske med beaktande av den olägenhet som det från ansvarssynpunkt och i övrigt kan medföra för parterna eller en av dem, om arbetet utförs av en annan entreprenör eller av beställaren själv.⁹ Gränsdragningsproblem kan uppstå vid bedömningen av om arbetena är av "annan natur" än kontraktsarbetena.¹⁰
21. Vad som avses med "väsentligt annan natur" och "teknisk helhet" framgår inte närmare av kommentaren eller AB 04 i övrigt.
22. I 2 kap. 4 § AB 04 regleras *likställda ÄTA-arbeten*. Enligt bestämmelsen likställs följande arbeten med ÄTA-arbeten föreskrivna av beställaren:
 - Arbeten som föranleds av att uppgifter med mera enligt 1 kap. 6 § AB 04 för vilka beställaren svarar, inte är riktiga
 - Arbeten som föranleds av att arbetsområdet eller andra förhållanden av betydelse avviker från vad som skall förutsättas enligt 1 kap. 7 § AB 04

⁹ Detta mot bakgrund av att det kan uppstå svårigheter att avgöra vem av parterna som ansvarar för sådana fel som framträder under garantitiden eller för arbetsmiljön på arbetsområdet.

¹⁰ I kommentaren anges även att det i lagen (1992:1528) om offentlig upphandling finns regler som i vissa situationer innebär att beställaren inte utan ny upphandling är berättigad att låta entreprenören utföra tillkommande arbeten. Den lagen har ersatts av LOU. Notera även att kommentaren bara avser tilläggsarbeten och inte ändrings- och avgående arbeten.

- Arbeten som föränsleds av att förhållande som avses i 1 kap. 8 § AB 04 inte är sådant som det skall förutsättas vara.¹¹
- 23. Till 2 kap. 4 § AB 04 saknas kommentarer.
- 24. Av 1 kap. 6 § AB 04 framgår bl.a. följande. För riktigheten av uppgifter, undersökningsmaterial och tekniska lösningar ansvarar den part som tillhandahållit dem. Beställaren förutsätts i förfrågningsunderlaget ha lämnat de uppgifter som kan erhållas vid en fackmässig undersökning av den fastighet eller del av fastighet som berörs av kontraktsarbetena.
- 25. Av 1 kap. 7 § AB 04 framgår följande. Entreprenören förutsätts innan anbud lämnas ha skaffat sig den kännedom om arbetsområdet och andra förhållanden av betydelse för bedömningen av vad som erfordras för kontraktsarbetenas utförande och som kan erhållas genom besök på platsen. Härigenom inskränks inte beställarens ansvar enligt 6 § i detta kapitel. Arbetsområdet ska vid entreprenörens övertagande förutsättas befinna sig i det skick som det hade då entreprenören lämnade anbud. Om annat arbete ska utföras inom arbetsområdet innan entreprenaden påbörjas ska arbetsområdet vid entreprenörens övertagande förutsättas vara i det skick det kunnat antas befinna sig i efter det att ifrågavarande arbete utförts.¹²
- 26. Av 1 kap. 8 § AB 04 framgår följande. Saknas vid tiden för avgivande av anbud uppgifter som avser arbetsområdet eller det område som berörs av entreprenaden skall förhållandena antas vara sådana som kunnat förutsättas vid en fackmässig bedömning.¹³

Konkurrensverkets bedömning

- 27. Konkurrensverkets bedömning är att bestämmelserna om ÄTA-arbeten i AB 04 inte uppfyller kraven på ändrings- och optionsklausuler i 17 kap. 10 § LOU. Grunden för bedömningen utvecklas nedan.

¹¹ Notera att det av 2 kap. 7 § AB 04 framgår bl.a. följande. Entreprenören ska utan dröjsmål inhämta beställarens synpunkt om entreprenören gör bedömningen att omständighet som avses i 2 kap. 4 § AB 04 föreligger och att kostnaden för det ÄTA-arbete som omständigheten medför kommer att överstiga gränsbeloppet. Gränsbeloppet är ett halvt prisbasbelopp, om inget annat föreskrivits i kontraktshandlingarna. Om entreprenören gör bedömningen att kostnaden för ÄTA-arbetet kommer att understiga gränsbeloppet har entreprenören rätt att omgående påbörja arbetet.

¹² Av kommentaren till 1 kap. 6–7 §§ AB 04 framgår följande. Entreprenörens undersökning omfattar endast sådana uppgifter om förhållanden som kan erhållas genom besök på platsen. Entreprenören är inte skyldig att utföra demontering, förstörande åtgärder eller markundersökningar. Entreprenören har i anbudsskedet rätt att utgå från att beställarens projektering bygger på en fackmässigt utförd undersökning av den fastighet eller del av fastighet som berörs av kontraktsarbetena. Exempelvis har entreprenören rätt att utgå från att asbest inte förekommer och asbestsanering ingår således inte i kontraktsarbetena om detta ej angetts i förfrågningsunderlaget.

¹³ Till 1 kap. 8 § AB 04 finns följande kommentar. Bestämmelsen avser endast uppgifter om förhållanden som föreligger vid tidpunkten för anbudets avgivande. Den gäller således inte för senare inträffade händelser.



Har klausulen angetts i upphandlingsdokumenten i den ursprungliga upphandlingen?

28. Upphandlingsdokumenten är de dokument en upphandlande myndighet använder för att beskriva och fastställa innehållet i en upphandling. De ska innehålla all relevant information för att leverantörer ska kunna lämna ett anbud i överensstämmelse med de krav som uppställs i upphandlingen. I de fall en upphandlande myndighet avser att inkludera AB 04 i upphandlingsdokumenten görs vanligtvis en hänvisning.¹⁴
29. Enligt Konkurrensverket innebär en hänvisning till AB 04 i upphandlingsdokumenten som utgångspunkt att ÄTA-bestämmelserna ingår i upphandlingsdokumenten. Konkurrensverket utgår därför från att kravet på att klausulen ska ha angetts i upphandlingsdokumenten i den ursprungliga upphandlingen är uppfyllt.

Beskriver klausulen klart, exakt och entydigt under vilka förutsättningar den kan tillämpas?

30. Enligt 17 kap. 10 § LOU krävs att ändrings- eller optionsklausulen klart, exakt och entydigt beskriver under vilka förutsättningar den kan tillämpas.
31. Förarbetena ger ingen ledning om vad som krävs för att uppfylla kravet.¹⁵
32. EU-domstolen har slagit fast att det måste framgå av anbudsinfordran att en anpassning kan komma att ske och på vilka villkor.¹⁶ Domstolen har dock inte gett någon ledning kring hur klar, exakt och entydig en ändrings- och optionsklausul ska vara för att få tillämpas enligt de gällande reglerna.¹⁷
33. Tillämpligheten av ändrings- och optionsklausuler har endast behandlats i begränsad utsträckning i rättspraxis, och då inte specifikt utifrån 17 kap. 10 § LOU.¹⁸ Det saknas således vägledande rättspraxis.

¹⁴ AB 04 finns inte tillgängligt kostnadsfritt. För att ta del av AB 04 får leverantörer som inte redan har tillgång till standardavtalet köpa det. Huruvida detta är tillåtet med hänsyn till kravet på att den upphandlande myndigheten ska ge fri, direkt, fullständig och kostnadsfri tillgång till upphandlingsdokumenten (10 kap. 7 § LOU) diskuteras i Konkurrensverkets utkast till ställningstagande 2024:00.

¹⁵ Detta trots att det efterfrågades av vissa remissinstanser, se prop. 2015/16:195 s. 843. Lagrådet har, i ett yttrande över förslaget till LOU, bl.a. anfört att en tolkning av kravet enligt ordalydelsen skulle medföra att endast få ändringsklausuler skulle uppfylla kravet, och att avsikten med bestämmelsen inte kan vara att bara klausuler som uppfyller dessa mycket högt ställda krav ska få användas utan ny upphandling.

¹⁶ Se mål C-496/99, Kommissionen mot CAS Succhi di Frutta SpA, ECLI:EU:C:2004:236, p. 116–119.

¹⁷ Jfr mål C-454/06, pressetext Nachrichtenagentur, ECLI:EU:C:2008:351, p. 34–38 och mål C-91/08, Wall, ECLI:EU:C:2010:182.

¹⁸ Se HFD 2016 ref. 85, där Högsta förvaltningsdomstolen bedömde att en prisjustering var tillåten med hänsyn till en ändringsklausul. Klausulen angav att prisjustering kunde ske och när. Prissänkningen som genomfördes hade alltså stöd i avtalet och samtliga leverantörer hade redan från början kännedom om att prisjusteringar kunde ske under avtalstiden. I en situation där alla leverantörer känt till att avtalet kan komma att ändras under avtalstiden kan det endast i undantagsfall komma i fråga att en ändring som sker i enlighet med avtalet medför



34. Fastställandet av betydelsen för uttryck som inte har definierats i unionsrätten ska ske i enlighet med deras sedvanliga betydelse i gängse språkbruk, med beaktande av det sammanhang i vilket de används och de mål som eftersträvas genom det regelverk i vilket de ingår.¹⁹
35. I vanligt språkbruk betyder *klart* något som är fritt från allt som fördunklar; *exakt* betyder att något är fullkomligt riktigt och tillförlitligt; och *entydigt* betyder att något bara kan tydas på ett sätt.²⁰
36. Kravet på att klausulen ska beskriva *under vilka förutsättningar* den kan tillämpas skulle enligt vanligt språkbruk exempelvis kunna avse när, hur ofta eller i vilka situationer. Det skulle alltså kunna röra sig om ett specifikt datum eller med vilken regelbundenhet klausulen kan tillämpas.
37. De krav som uppställs på ändrings- och optionsklausulers klarhet, exakthet och entydighet är alltså högt ställda sett till ordalydelsen. De upphandlingsrättsliga principerna och syftet med regleringen talar också för högt ställda krav eftersom det minskar risken för olikbehandling och diskriminering samt säkerställer att ändringarna reflekterar det ursprungliga kontraktet och konkurrensutsättningen.²¹
38. Konkurrensverket anser inte att kravet på exakthet varierar beroende på vilket upphandlingsföremål det rör sig om eller hur komplext det är.²² Ett sådant varierande krav hade ökat regleringens oförutsebarhet samt risken för godtycklig och olikbehandlande tillämpning.
39. ÄTA-bestämmelserna i AB 04 är allmänt hållna för att kunna användas av flera olika aktörer, för olika entreprenader och för olika typer av ändringar. Syftet att möjliggöra ett brett tillämpningsområde kan dock inte motivera en otydlig reglering.

att ändringen ska anses utgöra ett nytt avtal. Jfr Stockholms tingsrätts mellandom den 20 februari 2019 i mål T 388-16, där domstolen bedömde att samma klausul, som inte innehöll några hållpunkter för hur stora prissänkningar som kunde komma i fråga eller utifrån vilka parametrar sådana skulle beräknas, inte kunde anses vara tillräckligt klar, exakt och entydig. Tingsrättens dom överklagades och hovrätten gjorde samma bedömning som Högsta förvaltningsdomstolen i HFD 2016 ref. 85, se Svea hovrätts dom den 6 oktober 2020 i mål T 2849-19.

¹⁹ Se t.ex. mål C-554/13, Zh. och O., ECLI:EU:C:2015:377, punkterna 41–42, och mål C-549/07, Wallentin-Hermann, ECLI:EU:C:2008:771, punkt 17. Se även mål C-388/17, SJ, ECLI:EU:C:2019:161, punkt 48.

²⁰ Svensk ordbok, Svenska Akademien (andra upplagan, Institutionen för svenska språket, Göteborgs universitet), 2021. Inte heller i andra språkversioner av LOU-direktivet medges något större utrymme för att genomföra ändringar med stöd av en ändrings- och optionsklausul. I den engelska versionen av LOU-direktivet anges att en ändrings- och optionsklausul ska vara "*clear, precise and unequivocal*". I den franska anges att klausulen ska vara "*claires, précises et univoques*". I den tyska anges att klausulen ska vara "*klar, präzise und eindeutig*". Konkurrensverket anser inte att "*exakt*" innebär ett mer långtgående krav än "*precis*", vilket är en direkt översättning från engelskans *precise*, franskans *précises* och tyskans *präzise*.

²¹ Jfr Arrowsmith, Sue, *The Law of Public and Utilities Procurement: Regulation in the EU and UK* (3:e uppl., Sweet & Maxwell, 2014), s. 587. Jfr även EU-domstolens dom den 29 april 2004, Kommissionen mot CAS Succhi di Frutta SpA, C-496/99 P, ECLI:EU:C:2004:236, punkt 126.

²² Jfr mål C-549/14, Finn Frogne, ECLI:EU:C:2016:634, punkt 37.

40. Enligt Konkurrensverket är bestämmelsen i 2 kap. 3 § AB 04 inte klar, precis och entydig. Bestämmelsen baseras på begrepp som saknar klar definition och innebörd, så som att tilläggsarbeten ska ha "omedelbart samband" med kontraktsarbetena och inte får vara av "väsentligt annan natur".
41. Genom kommentaren till 2 kap. 3 § AB 04 preciseras bestämmelsen om föreskrivna ÄTA-arbeten förvisso något, eftersom vissa begränsningar görs av vad ÄTA-arbetet kan omfatta. Begränsningarna grundar sig dock också på begrepp som saknar tydlig innebörd, så som "teknisk helhet". Oklarheten bekräftas genom kommentarens konstaterande att det kan uppstå gränsdragningsproblem vid tolkningen av bestämmelsen.
42. Detsamma gäller bestämmelsen om likställda ÄTA-arbeten i 2 kap. 4 § AB 04. Det framgår inte klart, exakt och entydigt vilka uppgifter som inte är riktiga eller vad som kan förutsättas, även med beaktande av hänvisningarna till de andra bestämmelserna i AB 04. Bestämmelsen lämnar därför ett stort och oförutsebart utrymme för olika bedömningar.
43. Konkurrensverket anser därför att det finns ett för stort utrymme för olika tolkningar av under vilka förutsättningar ÄTA-arbeten kan bli aktuella.
44. Mot denna bakgrund bedömer Konkurrensverket att bestämmelserna om ÄTA-arbeten i AB 04 inte uppfyller kravet i 17 kap. 10 § LOU på att klart, exakt och entydigt beskriva under vilka förutsättningar ändrings- och optionsklausulen kan tillämpas.

Anger klausulen omfattningen och arten av ändringarna?

45. Enligt 17 kap. 10 § LOU krävs att ändrings- eller optionsklausulen anger omfattningen och arten av ändringarna som kan komma att göras.
46. Begreppen art och omfattning definieras inte i förarbetena.²³
47. Konkurrensverket anser inte att 2 kap. 3–4 §§ AB 04 anger *omfattningen* av ändringarna som kan komma att göras. Bestämmelserna anger inte något som enligt vanligt språkbruk omfattas av begreppet, som t.ex. storlek, mängd, kvantitet, utsträckning eller omfång avseende de ändringar som kan komma att göras, vare sig i förhållande till exempelvis värdet eller arbetsinsatsen. Ordalydelserna medger i stället i princip ändringar i obegränsad omfattning.
48. Konkurrensverket anser inte heller att 2 kap. 3–4 §§ AB 04 tillräckligt tydligt anger *arten* av ändringarna som kan komma att göras. Enligt vanligt språk-

²³ Begreppet *art* förekommer i flera bestämmelser i LOU, men inte heller kopplat till de bestämmelserna ges i förarbetena någon ledning kring vad som avses, se prop. 2015/16:195 avseende 4 kap. 3 §, 6 kap. 5 §, 6 kap. 7 §, 6 kap. 33 §, 7 kap. 9 §, 10 kap. 8 §, 14 kap. 4 §, 14 kap. 6 § och 19 kap. 3 § LOU.

bruk avser begreppet ändringens typ, natur eller karaktär. Bestämmelserna anger ingen konkret ram för vilka typer av ändringar som kan bli aktuella och lämnar ett i princip obegränsat utrymme för olika typer av ändringar.

49. Kommentaren till 2 kap. 3 § AB 04 och begreppsbestämningarna sätter en viss ram för ändringarnas art genom kraven på att arbetet ska ha ett omedelbart samband till den ändring som ska genomföras, att tilläggssarbetena inte vara av "väsentligt annan natur" samt att arbetena tillsammans ska utgöra en "teknisk helhet". För att avgöra huruvida ett arbete är av "väsentligt annan natur" skulle ledning eventuellt kunna tas av huruvida arbetet faller inom ramen för det aktuella fackområdet för kontraktssarbetena. Begreppen "omedelbart samband", "väsentligt annan natur" och "teknisk helhet" saknar dock tydlig definition och innebörd. Det finns därför ett stort utrymme för oförutsebar tillämpning. Detta bekräftas av kommentaren som anger att det kan uppstå gränsdragningsproblem vid tolkningen.
50. Möjligen kan det argumenteras för att en rimligt noggrann och omsorgsfull anbudsgivare ändå kan förutse omfattningen och arten av ändringarna som kan komma att göras trots att det inte framgår uttryckligen av upphandlingsdokumenten. Rimligtvis förutsätter det en anbudsgivare som har stor erfarenhet av ÄTA-bestämmelserna och dess tillämpning. För det krävs i princip erfarenhet av att verka på den svenska marknaden.
51. En anbudsgivare med större erfarenhet av hur ÄTA-bestämmelserna tillämpas i praktiken kan dessutom, genom att vara mer van att identifiera brister i upphandlingsdokumenten och därigenom potentiella ÄTA-arbeten, få en otillbörlig konkurrensfördel gentemot andra leverantörer med mindre erfarenhet. En konkurrensfördel som bygger på vanan att göra bedömningar av brister i upphandlingsdokumenten är inte skyddsvärd.
52. En sådan ordning kan även stå i strid med transparensprincipen, särskilt med hänsyn till att inte bara välinformerade anbudsgivare ska kunna förutse vilka ändringar som kan komma att aktualiseras inom ramen för det upphandlade kontraktet eller ramavtalet och i vilken omfattning ändringarna kan komma att göras. Såväl potentiella leverantörer, både från Sverige och andra medlemsstater inom EU, som andra upphandlande myndigheter och intressenter måste kunna utläsa omfattningen och arten av ändringarna.
53. Den omständigheten att ÄTA-bestämmelserna har tillämpats på ett visst sätt under så pass lång tid att vissa anser sig kunna förutse vilka ändringar som kan komma att aktualiseras har inte någon betydelse vid prövningen av om ÄTA-bestämmelserna uppfyller kraven i 17 kap. 10 § LOU, särskilt med hänsyn till upphandlingslagstiftningens bakomliggande syften.



54. Risken att en klausul inte uppfyller kraven på att ange omfattningen och arten av de ändringar som kan komma att genomföras torde vara särskilt stor när det gäller föreskrivna ÄTA-arbeten. Detta eftersom de inte följer direkt av upphandlingsdokumenten, utan beställs under pågående entreprenad. Likställda ÄTA-arbeten kräver däremot inte något uppdrag av beställaren utan följer i regel av brister i upphandlingsdokumenten. Även bestämmelsen om likställda ÄTA-arbeten saknar emellertid konkreta ramar.
55. Mot denna bakgrund bedömer Konkurrensverket att bestämmelserna om ÄTA-arbeten i 2 kap. 3 och 4 §§ AB 04 inte uppfyller kravet avseende omfattning och art i 17 kap. 10 § LOU.

Sammanfattande slutsatser

56. Konkurrensverket anser att ÄTA-bestämmelserna i AB 04 inte uppfyller de krav på ändrings- och optionsklausuler som uppställs i LOU. Att genomföra en ändring enbart med hänvisning till ÄTA-bestämmelserna i AB 04 riskerar därmed att utgöra en otillåten direktupphandling.²⁴
57. Att ÄTA-bestämmelserna har tillämpats på ett visst sätt under så pass lång tid att vissa aktörer kan förutse vilka ändringar som kan komma att aktualiseras inom ramen för kontraktet eller ramavtalet, medför inte att bestämmelserna utgör sådana tillåtna ändrings- och optionsklausuler som avses i 17 kap. 10 § LOU. Inte heller det faktum att det kan uppstå praktiska och kostsamma problem under ett pågående entreprenadarbete, exempelvis utifrån ansvarssynpunkt, utgör skäl för någon annan bedömning.
58. Det finns emellertid inget som hindrar parter från att även fortsättningsvis använda sig av ÄTA-bestämmelserna i AB 04 förutsatt att de kompletteras. Hur de ska kompletteras för att uppfylla kraven i upphandlingslagstiftningen får avgöras i varje enskilt fall. Det kan även vara möjligt att genomföra ändringar av kontrakt och ramavtal med stöd av de övriga ändringsbestämmelserna i LOU.²⁵

Ställningstagandets tillämpning [och övergångsregler]

Detta ställningstagande tillämpas från och med [datum].

Detta ställningstagande har beslutats av generaldirektören. Föredragande har varit enhetschefen Therése Westermark.

²⁴ Se 20 kap. 13 § och 21 kap. 6-7 §§ LOU. Se även prop. 2015/16:195 s. 1127.

²⁵ 17 kap. 9 § och 17 kap. 11-14 §§ LOU.



Beslutsfattandet har dokumenterats digitalt och beslutet saknar därför namnunderskrift.

Rikard Jermsten