

Förvaltningsrätten i Stockholm
forvaltningsrattenistockholm@dom.se

Ansökan om upphandlingsskadeavgift

Sökande

Konkurrensverket, 103 85 Stockholm

Motpart

Trafiknämnden inom Region Stockholm, 232100-0016, 105 73 Stockholm

Saken

Upphandlingsskadeavgift enligt 21 kap. 1 § 3 lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna (LUF)

Yrkande

Konkurrensverket yrkar att förvaltningsrätten enligt 21 kap. 1 § 3 LUF beslutar att Trafiknämnden ska betala 10 000 000 (tio miljoner) kronor i upphandlingsskadeavgift.



Innehåll

1	Grunder	3
2	Bakgrund och omständigheter.....	3
3	Ändringarna genom Tilläggsavtalet	4
4	Trafiknämndens inställning under utredningen	5
5	Trafiknämnden har gjort en otillåten direktupphandling	7
5.1	Trafiknämnden är den upphandlande enheten	7
5.2	Upphandlingen omfattas av LUF.....	8
5.3	Upphandlingens värde	8
5.4	Tilläggsavtalet var en otillåten ändring av Kontraktet	9
5.4.1	Utgångspunkter	9
5.4.2	Ersättning för prisökningar	10
5.4.3	Ändrad ersättningsmodell	17
5.4.4	Borttagning av villkor om förseningsvite	21
5.4.5	Borttagning av villkor om rätt att innehålla betalning.....	23
5.5	Inget annat undantag från annonseringskravet var tillämpligt.....	24
5.6	Sammanfattning.....	25
6	Upphandlingsskadeavgift	25
	Bilagor.....	28



1 Grunder

1. Trafiknämnden har upphandlat avtalet "Tilläggsavtal nr 2 Avseende kontrakt nr TN 2019-0123 daterat 2020/09/08 för Totalentreprenad KG40 för Kistagrenen mellan Bromma flygplats och Helenelund: 3+465 – 10+240" (Tilläggsavtalet) från Gülermak Ağır Sanayi İnşaat ve Taahhüt A.Ş (Leverantören) utan föregående annonsering enligt 10 kap. 1 § LUF. Det saknades förutsättningar för att upphandla Tilläggsavtalet utan sådan annonsering. Trafiknämnden har därmed gjort en otillåten direktupphandling av Tilläggsavtalet.

2 Bakgrund och omständigheter

2. Under 2019–2020 genomförde Trafiknämnden en annonserad upphandling av ett kontrakt för byggande av Kistagrenen mellan Bromma flygplats och Helenelund (Kontraktet). Kistagrenen är en utbyggnad av spårvägen Tvärbanan i Stockholm. Leverantören tilldelades Kontraktet (Bilaga 1).
3. Den 8 september 2020 ingick Trafiknämnden och Leverantören Kontraktet (Bilaga 2). Kontraktet överläts sedan till AB Storstockholms Lokaltrafik (SL).
4. Region Stockholm äger SL. Regionen har gett Trafiknämnden i uppdrag att förvalta SL:s avtal och tillgångar samt att företräda SL i frågor hänförliga till sådan förvaltning (Bilaga 3). Förvaltningsuppdraget regleras närmare i ett samarbetsavtal mellan Trafiknämnden och SL (Bilaga 4).
5. Den 24 januari 2023 beslutade Trafiknämnden, inom ramen för sitt förvaltningsuppdrag, att förvaltningschefen vid trafikförvaltningen skulle teckna Tilläggsavtalet (Bilaga 5).¹ Förvaltningschefen är även VD för SL.
6. Den 25 januari 2023 undertecknade förvaltningschefen Tilläggsavtalet (Bilaga 6). Tilläggsavtalet blev då bindande mellan SL och Leverantören.
7. Den 4 april 2023 annonserade SL ett meddelande om att Kontraktet hade ändrats genom Tilläggsavtalet (Bilaga 7).
8. Tilläggsavtalet ändrade Kontraktets villkor om ersättning, vite och rätt att innehålla betalning. Trafiknämnden har anfört att ändringarna hade stöd i flera bestämmelser om ändringar av avtal i LUF. Konkurrensverket delar inte nämndens uppfattning, utan anser att ändringarna strider mot LUF. Trafiknämnden har gjort en otillåten direktupphandling av Tilläggsavtalet och ska därför betala en upphandlingsskadeavgift. Detta utvecklas nedan.

¹ Trafikförvaltningen är en förvaltningsorganisation under Trafiknämnden.



3 Ändringarna genom Tilläggsavtalet

9. Tilläggsavtalet ändrade villkoren i Kontraktets administrativa föreskrifter (Bilaga 8) på flera sätt. Konkurrensverket anser att följande fyra ändringar var för sig och tillsammans var väsentliga, ändrade Kontraktets övergripande karaktär och stred mot LUF:
- a. **Leverantören fick ersättning för prisökningar.** Genom Tilläggsavtalet fick Leverantören ersättning för prisökningar som uppkommit för bolaget innan den 1 januari 2023. Trafiknämnden har uppskattat värdet på ersättningen till cirka 100 miljoner kronor.
 - b. **Ersättningsmodellen ändrades.** Enligt Kontraktet gällde en ersättningsmodell med fast pris. Enligt Tilläggsavtalet gäller i stället en ersättningsmodell på löpande räkning från och med den 1 januari 2023. Den nya ersättningsmodellen innebär att ordinarie kontraksarbeten och ÄTA-arbeten² ersätts mot verifierade kostnader samt med delvis fast arvode. Trafiknämnden har uppskattat värdet på de prisökningar som ersätts enligt den nya ersättningsmodellen till cirka 200 miljoner kronor.
 - c. **Villkor om förseningsvite togs bort.** Enligt Kontraktet skulle vite utgå när kontraksarbetena försenades. Vitet kunde uppgå till högst cirka 118 miljoner kronor. Enligt Tilläggsavtalet ska det inte utgå några viten, avdrag eller anspråk mot Leverantören på grund av förseningar.
 - d. **Villkor om rätt att innehålla betalning togs bort.** Enligt Kontraktet hade SL rätt att innehålla fem procent av entreprenadsumman, motsvarande cirka 130 miljoner kronor, tills alla fel som konstaterats vid slutbesiktning hade avhjälpits och konstaterats i utlåtande över efterbesiktning. Rätten togs bort genom Tilläggsavtalet.
10. Värdet på ersättningen för prisökningar som Leverantören får enligt Tilläggsavtalet uppgår till minst 300 miljoner kronor (se punkt a och b ovan). Det motsvarar cirka 23 procent av kontraktssumman för Kontraktet.³
11. Konkurrensverket utvecklar kring ändringarnas innebörd och på vilket sätt de strider mot LUF i avsnitt 5.4 nedan.

² Med "ÄTA-arbeten" avses ändringsarbeten, tillägsarbeten och avgående arbeten. ÄTA-arbeten ingår inte i de ordinarie kontraksarbetena.

³ Kontraktssumman är 1 313 633 720 kronor (avsnitt 5 i Bilaga 2).

4 Trafiknämndens inställning under utredningen

12. Trafiknämnden har huvudsakligen anfört följande under Konkurrensverkets utredning.
13. Det har inträffat oförutsebara yttre omständigheter som lett till väsentliga prisökningar för Leverantören sedan Kontraktet ingicks. Det har utbrutit ett krig i Ukraina, samhället lamslogs under flera år av Covid-19, inflationen har stigit och byggbranschen har drabbats av logistikproblem, ökade arbetskostnader och skenande materialkostnader. Varken Trafiknämnden eller Leverantören hade kunnat förutse dessa när Kontraktet upphandlades.
14. Prisökningarna för Leverantören är ersättningsgilla enligt en ändringsklausul i Kontraktet. Efter en genomgång av de oförutsebara omständigheterna var parterna överens om att ge Leverantören rätt till ändrad ersättning för arbete som utförts innan den 1 januari 2023 med tillämpning av ändringsklausulen. Det var inte skäligt att Leverantören skulle "agera bank" för SL under avtalsperioden. Det var därför nödvändigt att betala ut ersättning när Leverantören hade påvisat sina kostnadsökningar.
15. SL och Leverantören kunde först inte komma överens om hur stor ersättning Leverantören skulle få. Parterna hade olika uppfattning om hur Leverantörens kostnadsökningar skulle beräknas. Leverantörens underentreprenörer hotade med att ställa in sina arbeten, eller så ställde de faktiskt in sina arbeten, eftersom de inte kunde få betalt av Leverantören. Det fanns risk att detta skulle leda till förseningar av utbyggnaden av Tvärbanan och risk för säkerhetsproblem när arbetsplatserna stod stilla och obemannade. Parterna kom slutligen överens om att ge Leverantören ersättning för prisökningar fram till den 1 januari 2023.
16. Utan Tilläggsavtalet hade SL löpande behövt förhandla med Leverantören om ersättningen för prisökningarna. Det hade varit en väldigt svår och energidränerande process. Parterna bestämde därför att övergå till en ersättningsmodell på löpande räkning från och med den 1 januari 2023. Med löpande räkning betalar SL det faktiska priset för att få ett visst arbete utfört, varken mer eller mindre. Leverantören ersätts för samtliga kostnader enligt det pris som Leverantören angav i sitt anbud för underentreprenörer, material, arbetskostnader, projektledning, m.m. Prisändringsklausulen i Kontraktet är tillämplig även efter övergången till en ersättningsmodell på löpande räkning.⁴

⁴ Under Konkurrensverkets utredning har Trafiknämnden gett olika besked om den anser att ändringsklausulen är tillämplig efter övergången till den nya ersättningsmodellen. Trafiknämnden angav först att klausulen inte var tillämplig efter övergången, men ändrade sig i sitt sista svar till Konkurrensverket under utredningen.



17. Alternativen till att ge Leverantören ersättning för prishöjningar och byta ersättningsmodell hade varit att låta Leverantören gå i konkurs eller att utan fog häva Kontraktet. Detta hade fått oproportionerliga konsekvenser. Det hade utgjort en väsentlig säkerhetsrisk att avbryta entreprenadarbetena och lämna byggarbetsplatser och schakt öppna i årtal i väntan på en ny entreprenör. Det var alltså inte praktiskt möjligt att avsluta Leverantörens entreprenad och vänta på en ny entreprenör.
18. Kontraktets ekonomiska omfattning utökades inte genom Tilläggsavtalet. Den ekonomiska omfattningen skulle ha blivit lika stor eller större om parterna inte hade ingått Tilläggsavtalet. Kontraktets ekonomiska jämvikt har inte ändrats till Leverantörens fördel genom Tilläggsavtalet.
19. Vite vid försening har inte försvunnit, utan ersatts av en skrivning som innebär att SL bara ska utge halva det fasta arvudet till Leverantören vid försening av en deltid för kontraktetsarbetena. Detta är att betrakta som ett vite och påtryckningsmedel för att Leverantören ska hålla utlovad tidplan. Tilläggsavtalet innebär att parterna kommer att samverka för att driva entreprenaden framåt och ta fram gemensamma tidplaner. Det kommer därför inte gå att påvisa om det är Leverantören eller SL som "gjort fel" när tidplanen inte kan hållas.
20. Det är inte längre nödvändigt med en rätt för SL att innehålla betalning. Enligt Tilläggsavtalet betalar SL när arbetena faktiskt är utförda och i efterhand. SL betalar inte något förrän arbetet är utan anmärkning utfört. SL har dock ändå en betalningsgaranti om betalningsmodellen skulle fallera på något sätt.
21. Bestämmelsen om ändringar på grund av oförutsebara omständigheter (16 kap. 12 § LUF) var tillämplig på ändringarna av ersättningsvillkoren. Trafiknämnden har visat skälig omsorg i förberedelserna inför upphandlingen, men har inte kunnat förutse de yttre omständigheterna. Kontraktets övergripande karaktär är oförändrad. Ändringen har annonserats (16 kap. 16 § LUF) (Bilaga 7).
22. Bestämmelsen om ändringar som inte är väsentliga (16 kap. 14 § LUF) var också tillämplig på ändringarna av ersättningsvillkoren. Ändringarna är inte väsentliga. Det infördes inte några nya villkor i strid med ABT 06 och Kontraktets ekonomiska jämvikt rubbades inte. Omfattningen av Kontraktet är densamma. Leverantören kvarstår som totalentreprenör med väsentligen samma skyldigheter och rättigheter mot SL.
23. Om Tilläggsavtalet skulle vara en egen upphandling så är det normalt Trafiknämnden med dess förvaltning som upphandlar detta för SL:s räkning.



5 Trafiknämnden har gjort en otillåten direktupphandling

5.1 Trafiknämnden är den upphandlande enheten

24. LUF är tillämplig för upphandling som genomförs av en upphandlande enhet för sådan verksamhet som omfattas av lagen (1 kap. 2 § LUF).
25. Den upphandlande enheten måste inte ha syftet att själv tillgodogöra sig det som anskaffas för att det ska vara fråga om en upphandling. En upphandling kan också genomföras av en upphandlande enhet som agerar som ombud för en annan upphandlande enhet.⁵
26. Den upphandlande enhet som åtar sig att upphandla för en annan upphandlande enhets räkning svarar för upphandlingens riktighet och riskerar att drabbas av en upphandlingsskadeavgift.⁶
27. Trafiknämnden företräder SL vid förvaltningen av bolagets avtal och genomför upphandlingar för SL:s räkning (Bilaga 3). Enligt samarbetsavtalet mellan Trafiknämnden och SL ska nämnden förvalta och utföra SL:s verksamhet, inklusive alla avtal som har överlåtits från nämnden till SL (avsnitt 2.2.1 i Bilaga 4). Förvaltningsuppdraget omfattar därmed Kontraktet.
28. Trafikförvaltningen, som är en förvaltningsorganisation under Trafiknämnden, utredde möjligheterna att ingå Tilläggsavtalet åt Trafiknämnden (Bilaga 9). Trafiknämnden beslutade sedan, inom ramen för sitt förvaltningsuppdrag avseende SL, att godkänna Tilläggsavtalet och ge SL uppdrag att ingå avtalet (Bilaga 5). Tilläggsavtalets giltighet och bestånd var villkorade av Trafiknämndens godkännande (avsnitt 1.2 och 6 i Bilaga 6).⁷
29. Trafiknämnden har alltså självständigt vidtagit åtgärder för att tilldela Tilläggsavtalet till Leverantören för SL:s räkning, det vill säga för att upphandla Tilläggsavtalet.⁸ SL har inte agerat självständigt, utan på Trafiknämndens instruktion, när bolaget ingick Tilläggsavtalet.
30. Det är därmed Trafiknämnden som är den upphandlande enheten för upphandlingen av Tilläggsavtalet och som är skyldig att betala en upphandlingsskadeavgift på grund av att upphandlingen var otillåten.⁹

⁵ Se prop. 2015/16:195 s. 933 och 1162.

⁶ Se prop. 2009/10:180 s. 368.

⁷ Tilläggsavtalet undertecknades både av trafikförvaltningens förvaltningschef (tillika VD för SL) och trafikförvaltningens avdelningschef för investeringsprojekt.

⁸ Jfr HFD 2018 ref. 67.

⁹ Trafiknämnden har också gett uttryck för att det var nämnden som var upphandlande enhet för Tilläggsavtalet, se punkt 23 ovan.



5.2 Upphandlingen omfattas av LUF

31. Trafiknämnden har upphandlat Tilläggsavtalet för transportverksamhet som omfattas av LUF (2 kap. 5 § LUF). Upphandlingen av Tilläggsavtalet omfattas därmed av LUF (1 kap. 2 § LUF).

5.3 Upphandlingens värde

32. Tilläggsavtalet är ett byggtreprenadkontrakt (1 kap. 8 § 1 LUF).¹⁰
33. En upphandlings värde är det totala belopp som enligt den upphandlande enhetens uppskattning ska betalas enligt de byggtreprenadkontrakt som ingår i upphandlingen, inklusive options- och förlängningsklausuler (5 kap. 2 § LUF).¹¹ Uppskattningen ska avse värdet vid tidpunkten då den upphandlande enheten skickar ut anbudsfordran (5 kap. 4 § LUF). Uppskattningen ska motiveras på objektiva grunder.¹² Upphandlingen ska ges sitt högsta uppskattade värde.¹³
34. Värdet av en upphandling av en byggtreprenad ska inkludera det belopp som ska betalas för entreprenaden samt värdet av varor och tjänster som den upphandlande enheten tillhandahåller entreprenören och som är nödvändiga för att entreprenaden ska kunna fullgöras (5 kap. 8 § LUF).
35. Trafiknämnden har uppgett att det uppskattade värdet på prisökningarna som ska ersättas enligt Tilläggsavtalet är cirka 300 miljoner kronor.¹⁴ Uppskattningen avser bara ersättning för ordinarie kontraktsarbeten.
36. Konkurrensverket ifrågasätter inte att värdet på prisökningarna minst uppgår till det värde som Trafiknämnden har uppskattat. Det verkliga värdet kan dock bli högre eftersom Tilläggsavtalet ger Leverantören rätt till ersättning för alla Leverantörens verifierade kostnader, oavsett om de avser ordinarie kontraktsarbeten eller ÄTA-arbeten. Konkurrensverket lägger dock Trafiknämndens uppskattning till grund för upphandlingens värde.
37. Värdet på upphandlingen av Tilläggsavtalet är därmed minst 300 miljoner kronor.

¹⁰ Tilläggsavtalet ansluter till och ändrar villkoren i Kontraktet, som är ett byggtreprenadkontrakt. Enligt ändringsmeddelandet (Bilaga 7) avser Tilläggsavtalet CPV-kod 45234126-5 (anläggningsarbete för spårvägslinje).

¹¹ En ändrings värde ska uppskattas enligt samma principer, jfr 16 kap. 9 § LUF och se prop. 2015/16:195 s. 847.

¹² Se prop. 2006/07:128 s. 315.

¹³ Detta är bl.a. en förutsättning för att upphandlingsskadeavgiften ska få en effektiv och ändamålsenlig verkan. Upphandlingens värde ska beaktas vid bedömningen av avgiftens storlek, se 21 kap. 4 § LUF och prop. 2009/10:180 s. 197. Jfr även 5 kap. 5–6 §§ LUF om förbud mot att värdera eller dela upp upphandlingen för att bestämmelserna om upphandling över tröskelvärdena inte ska bli tillämpliga samt 5 kap. 13 § LUF om att ramavtal ska uppskattas till högsta sammanlagda värde.

¹⁴ Enligt Trafiknämnden är cirka 100 miljoner kronor hänförliga till ersättning för prisökningar innan den 1 januari 2023 och cirka 200 miljoner kronor är hänförliga till ersättning för prisökningar efter den 1 januari 2023.



5.4 Tilläggsavtalet var en otillåten ändring av Kontraktet

5.4.1 Utgångspunkter

38. Värdet på upphandlingen av Tilläggsavtalet översteg det tillämpliga tröskelvärdet för byggentreprenader (5 kap. 1 § LUF).¹⁵ Upphandlingen skulle därför som utgångspunkt ha annonserats (10 kap. 1 § LUF).
39. Ett kontrakt får som huvudregel inte ändras utan en ny upphandling.¹⁶ I 16 kap. LUF finns vissa undantag till huvudregeln (16 kap. 9–14 §§ LUF). Regleringen är uttömmande.¹⁷ Trafiknämnden har åberopat flera av undantagen för att motivera ändringarna genom Tilläggsavtalet.
40. Bestämmelserna om ändringar av kontrakt reglerar undantag från annonseringskravet.¹⁸ Bestämmelserna ska därför tolkas restriktivt och det är Trafiknämnden som har bevisbördan för att var och en av ändringarna som gjordes genom Tilläggsavtalet hade stöd i LUF.¹⁹
41. Det krävs en ny upphandling för att göra andra ändringar av ett kontrakt än sådana som är tillåtna enligt LUF (16 kap. 8 § LUF).²⁰ En upphandlande enhet som ändrar ett avtal i strid med LUF gör en otillåten direktupphandling.²¹
42. Det är tillräckligt att en enda ändring genom Tilläggsavtalet strider mot LUF för att hela avtalet ska anses vara otillåtet direktupphandlat.²²
43. I de följande avsnitten redogör Konkurrensverket för de väsentliga ändringarna genom Tilläggsavtalet och på vilket sätt de strider mot LUF.

¹⁵ Tröskelvärdet för byggentreprenadkontrakt var 55 991 099 kronor när Tilläggsavtalet upphandlades, se tillkännagivande (2022:190) om tröskelvärden vid offentlig upphandling.

¹⁶ Se prop. 2015/16:195 s. 844.

¹⁷ Se prop. 2015/16:195 s. 844 och 850.

¹⁸ Jfr EU-domstolens dom den 3 februari 2022, Advania Sverige och Kammarkollegiet, C-461/20, EU:C:2022:72, p. 20 och 30.

¹⁹ Jfr EU-domstolens dom den 3 februari 2022, Advania Sverige och Kammarkollegiet, C-461/20, EU:C:2022:72, p. 20 och 30. Jfr även HFD 2017 ref. 66 samt EU-domstolens domar den 14 september 2004, kommissionen mot Italien, C-385/02, EU:C:2004:522, p. 19 och den 11 januari 2005, Stadt Halle och RPL Lochau, C-26/03, EU:C:2005:5, p. 46.

²⁰ Se även artikel 89.5 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/25/EU av den 26 februari 2014 om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster och om upphävande av direktiv 2004/17/EG (LUF-direktivet) samt EU-domstolens domar den 19 juni 2008, pressetext Nachrichtenagentur, C-454/06, EU:C:2008:351, p. 34; den 7 september 2016, Finn Frogne, C-549/14, EU:C:2016:634, p. 30 och den 7 december 2023, Obshtina Razgrad, C-441/22, EU:C:2023:970, p. 51. Jfr även EU-domstolens domar den 29 april 2004, kommissionen mot CAS Succhi di Frutta SpA, C-496/99 P, EU:C:2004:236, p. 126 och den 13 april 2010, Wall, C-91/08, EU:C:2010:182, p. 42.

²¹ Se prop. 2015/16:195 s. 1127.

²² Det är inte möjligt att undanta en upphandlingsrättsligt otillåten ändring från annonseringskravet genom att ta in den i ett i övrigt tillåtet avtal. Ett avtal kan inte heller delvis ogiltigförklaras om det har varit föremål för en otillåten direktupphandling, se 20 kap. 13 § LUF och prop. 2009/10:180 s. 139.



5.4.2 Ersättning för prisökningar

5.4.2.1 Ändringens innebörd

44. Genom Tilläggsavtalet fick Leverantören ersättning för prisökningar som uppkommit innan den 1 januari 2023.²³ Detta framgår av följande utdrag från Tilläggsavtalet (avsnitt 1.2 i Bilaga 6):

Kostnader som har uppstått under perioden från november 2022 till den 31 december 2022, ska faktureras av Entreprenören till Beställaren i december 2022 eller under januari 2023. Dessa fakturor ska betalas av Beställaren på löpande räkning (cost-plus fixed fee basis) vid fakturering av Entreprenören, om dessa kostnader inte har räknats in i beloppet om 846 miljoner kr ovan.

[---]

Samtliga ersättningar för kontraktsarbeten, underrättelser (UR) med kostnads- och tidsanspråk, kostnader för Onormala kostnadsökningar och ÄTA-anspråk som skickats till Beställaren fram till den 31 december 2022 är således reglerade i och med detta Tilläggsavtal.

45. Enligt Trafiknämnden var värdet på ersättningen cirka 100 miljoner kronor.
46. Trafiknämnden har anfört att ersättningen var tillåten eftersom den hade stöd i en ändringsklausul i Kontraktet (16 kap. 10 § LUF). Trafiknämnden har också gjort gällande att ändringen kunde motiveras av oförutsebara omständigheter (16 kap. 12 § LUF) och att ändringen inte var väsentlig (16 kap. 14 § LUF).
47. Konkurrensverket anser inte att något undantag var tillämpligt på ändringen. Enligt Konkurrensverket var ersättningen en otillåten ändring av Kontraktet. Skälen för detta utvecklas nedan.

5.4.2.2 Ändringen kunde inte göras med stöd av en ändringsklausul

48. Enligt 16 kap. 10 § LUF får ett kontrakt ändras i enlighet med en ändringsklausul om klausulen fanns med i upphandlingsdokumenten i den ursprungliga upphandlingen och klausulen klart, exakt och entydigt beskriver under vilka förutsättningar den kan tillämpas samt anger omfattningen och arten av ändringarna som kan komma att göras. Ändringen får dock aldrig ändra det ursprungliga kontraktets övergripande karaktär.

²³ I Tilläggsavtalet kallas prisökningarna "Onormala prisökningar" och "Onormala kostnadsökningar".



49. Enligt skälen till LUF-direktivet (2014/25/EU) bör ändringsklausuler inte ge upphandlande enheter obegränsad frihet att göra ändringar i kontrakt.²⁴
50. Undantagets ordalydelse talar för att en ändringsklausul måste uppfylla högt ställda krav på klarhet, exakthet och tydlighet för att få tillämpas.²⁵
51. De upphandlingsrättsliga principerna talar också för högt ställda krav eftersom detta minskar risken för missbruk, så som olikbehandling och diskriminering, och säkerställer att ändringarna reflekterar kontraktet och den konkurrensutsättning som skett vid den ursprungliga upphandlingen.²⁶
52. Trafiknämnden har angett att ersättningen till Leverantören hade stöd i 6 kap. 3 § ABT 06.²⁷ Klausulen visas i följande utdrag:

§ 3 Avtalat pris skall ändras med hänsyn till dels kostnadsändring på grund av myndighets åtgärd, dels kostnadsändring som är förorsakad av krig eller annat krisförhållande med liknande effekt och som avser förnödenhet eller tjänst som är nödvändig för entreprenaden, dels kostnadsändring som beror på onormala prisförändringar avseende material som ingår i entreprenaden. Ändring av det avtalade priset skall dock ske endast om kostnadsändringen varit oförutsebar och väsentligt påverkar hela kostnaden för entreprenaden.

53. Regleringen i 6 kap. 3 § ABT 06 kompletteras genom AFD.6 i Kontraktet (Bilaga 8). Den sistnämnda klausulen visas i följande utdrag:

AFD.6 Ekonomi
Med tillägg till ABT 06 kap 6 § 3 ska avtalat pris avseende material som ingår i entreprenaden ändras endast om E kan visa att kostnadsändringen beror på onormala prisförändringar. Vad som är en onormal prisförändring ska avgöras med utgångspunkt i de generella priser som gäller på den för E relevanta marknaden.

54. Regleringen är inte klar, precis och entydig. Den baseras i stället på subjektiva och vaga begrepp som saknar klar definition och vedertagen innebörd. Det framgår till exempel inte vilken måttstock och vilket tidsperspektiv som ska ligga till grund för bedömningen av om en prisförändring avseende material är "onormal" utifrån de "generella priser som gäller på den ... relevanta marknaden". Det framgår inte heller hur stora prisändringar som kan göras, det vill säga ändringarnas omfattning.

²⁴ Se skäl 117 till LUF-direktivet (2014/25/EU). 16 kap. 10 § LUF genomför artikel 89.1 a i LUF-direktivet (2014/25/EU), se prop. 2015/16:195 s. 1274.

²⁵ Samma sak gäller den bakomliggande bestämmelsen i artikel 89.1 a LUF-direktivet (2014/25/EU).

²⁶ 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, EU:C:2004:236, p. 126.

²⁷ ABT 06 gäller som en del av Kontraktet (avsnitt 2 i Bilaga 2). Kontraktet föreskriver dock vissa ändringar och tillägg till regleringen i ABT 06 (AFD.111 i Bilaga 8).



55. Trafiknämnden har angett att SL och Leverantören hade olika uppfattning om hur prisökningarna skulle beräknas och att parterna inte kunde komma överens om vilken ersättning som Leverantören skulle få. Trafiknämnden har också vidgått att det saknas någon närmare vägledning vad som krävs för att en kostnadsändring ska vara väsentlig i ABT 06 och rättspraxis. Även detta visar att Kontraktets reglering avseende prisändringar inte uppfyller lagens krav på klarhet, exakthet och tydlighet.
56. Kontraktets reglering avseende prisändringar ger en närmast obegränsad frihet att ändra priserna i Kontraktet. Det var inte möjligt för potentiella leverantörer eller anbudsgivarna att, vid tidpunkten för upphandlingen av Kontraktet, avgöra när och i vilken omfattning priserna skulle kunna ändras.²⁸ Den mycket höga ersättningen till Leverantören för prisökningar reflekterar inte Kontraktets villkor eller den ursprungliga konkurrensutsättningen av Kontraktet.
57. Den ändringsklausul som Trafiknämnden har hänvisat till uppfyller alltså inte kraven som ställs i 16 kap. 10 § LUF. Ersättningen till Leverantören hade därmed inte stöd i det undantaget.

5.4.2.3 Ändringen kunde inte motiveras av oförutsebara omständigheter

58. Enligt 16 kap. 12 § LUF får ett kontrakt ändras om behovet av ändringen beror på omständigheter som den upphandlande enheten varken förutsåg eller borde ha förutsett vid beslutet att tilldela kontraktet och ändringen inte medför att kontraktets övergripande karaktär ändras.
59. Det ställs som utgångspunkt höga krav på den upphandlande enhetens planering, organisation och regelefterlevnad.²⁹ Undantaget om ändringar på grund av oförutsebara omständigheter ska tolkas från denna utgångspunkt.
60. Det är bara oförutsebara yttre omständigheter som avses i undantaget, det vill säga externa omständigheter som den upphandlande enheten inte kunnat påverka.³⁰ Interna omständigheter, så som bristande kunskap eller bristande planering, kan inte åberopas till stöd för att en omständighet var oförutsebar.³¹

²⁸ Jfr HFD 2016 ref. 85 och EU-domstolens dom den 7 december 2023, Obshtina Razgrad, C-441/22, EU:C:2023:970, p. 71.

²⁹ Se HFD 2017 ref. 66.

³⁰ Se skäl 115 till LUF-direktivet (2014/25/EU) och EU-domstolens dom den 7 december 2023, Obshtina Razgrad, C-441/22, EU:C:2023:970, p. 68.

³¹ Jfr HFD 2017 ref. 66.



61. Vid bedömningen av om en omständighet var oförutsebar ska hänsyn bland annat tas till det berörda projektets beskaffenhet och egenskaper.³²
62. Undantagsbestämmelsen kräver att det finns ett orsakssamband mellan de oförutsebara omständigheterna och behovet av ändringen. Det är alltså inte tillräckligt att en omständighet i och för sig var oförutsebar, utan omständigheten måste också ha orsakat behovet av den ändring som skett. En restriktiv tolkning av kravet på orsakssamband innebär att en ändring inte får gå utöver vad som är nödvändigt för att fylla det behov som uppstått på grund av den oförutsebara omständigheten.

Frågan om oförutsebara omständigheter i detta fall

63. Trafiknämnden har hänvisat till kriget i Ukraina, coronapandemin, stigande inflation, logistikproblem i byggbranschen, ökade arbetskostnader och skenande materialkostnader för att motivera ändringen.
64. Konkurrensverket ifrågasätter inte att coronapandemin och kriget i Ukraina var oförutsebara omständigheter när Kontraktet tilldelades i december 2019.
65. Konkurrensverket ifrågasätter däremot att en i allmänhet stigande inflation, logistikproblem och ökade materialkostnader var sådana oförutsebara omständigheter som avses i undantagsbestämmelsen när Kontraktet tilldelades. Det är normalt att prisändringar sker över tid till följd av förändringar i omvärlden. Det kan därför inte ha varit oförutsebart att priserna för material och arbetskraft skulle kunna ändras under kontraktstiden.³³ Kontraktet avsåg vidare en entreprenad med fast pris (AFB.14 i Bilaga 8). Ett av syftena med en fastprismodell är just att entreprenören ska ta risken för prishöjningar.³⁴ Det får antas att Trafiknämnden beaktade detta när Kontraktet upphandlades.
66. Trafiknämnden har alltså inte visat att alla åberopade omständigheter var oförutsebara när Kontraktet tilldelades.
67. Trafiknämnden har inte heller i något fall visat vilket orsakssamband som fanns mellan respektive omständighet och behovet av att ge Leverantören ersättning för prisökningar. Kravet på orsakssamband innebär att Trafiknämnden måste kunna härleda varje del av ersättningen till en oförutsebar omständighet.

³² Se skäl 115 till LUF-direktivet (2014/25/EU).

³³ Jfr EU-domstolens dom den 7 december 2023, Obshtina Razgrad, C-441/22, EU:C:2023:970, p. 69.

³⁴ Jfr Konkurrensverkets uppdragsforskningsrapport 2014:4, *Entreprenadupphandlingar – Hur kan byggherrar främja effektivitet och innovation genom lämpliga upphandlingsstrategier?*, s. 53.



68. Trafiknämndens motiveringar kring de oförutsebara omständigheternas innebörd är generella i stället för specifika för Kontraktet. Trafiknämnden har till exempel anfört att det är "allmänt vedertaget att kriget i Ukraina har lett till ökade kostnader på flertal områden, t.ex. har kostnaderna för stål samt vissa träslag och betong stigit markant"; att "arbetskraft från Ukraina, Ryssland och Vitryssland inte längre står till arbetsmarknadens förfogande"; att "arbetskraft från Polen i större utsträckning genomför arbeten i Polen" samt att coronapandemin innebar att "visst material ökade i kostnad". Trafiknämnden har dock inte visat att de oförutsebara omständigheterna påverkade material eller arbetskraft som faktiskt användes i entreprenaden och i vilken utsträckning kostnaderna faktiskt påverkades.
69. Trafiknämnden har alltså inte visat att alla åberopade omständigheter var oförutsebara och inte i något fall visat på ett orsakssamband mellan varje omständighet och behovet att ge Leverantören ersättning för prisökningar.

Frågan om övergripande karaktär i detta fall

70. En ändring på grund av oförutsebara omständigheter får inte medföra att avtalets övergripande karaktär ändras. Den övergripande karaktären kan ändras om den upphandlande enheten frånfaller ett krav som ställts i upphandlingen, avstår från att tillämpa ett väsentligt avtalsvillkor eller gör alltför dramatiska förändringar av parternas förpliktelser.³⁵
71. Det är tillräckligt att ändringen skulle ha haft en hypotetisk påverkan på resultatet i den ursprungliga upphandlingen för att den övergripande karaktären ska anses ha ändrats.³⁶
72. Ersättningsvillkor är viktiga kontraktstvillkor.³⁷ Ersättningsvillkoren hade särskilt stor betydelse i det här fallet. Kontraktet avsåg ett fast pris (AFB.14 i Bilaga 8) och den ursprungliga upphandlingen baserades på det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, där anbudspriset fick stort genomslag vid utvärderingen (AFB.53 i Bilaga 8 samt Bilaga 1, s. 2).

³⁵ Se prop. 2015/16:195 s. 850.

³⁶ Se skäl 115 till LUF-direktivet (2014/25/EU), som anger att en ändring inte kan göras om upphandlingens övergripande karaktär ändras "eftersom man i en sådan situation kan anta att resultatet skulle ha påverkats" (Konkurrensverkets kursivering). I den engelska språkversionen uttrycks detta "in such a situation, a hypothetical influence on the outcome may be assumed" (Konkurrensverkets kursivering).

³⁷ Se EU-domstolens domar den 19 juni 2008, presstext Nachrichtenagentur, C-454/06, EU:C:2008:351, p. 59; och den 29 april 2004, kommissionen mot CAS Succhi di Frutta SpA, C-496/99 P, EU:C:2004:236, p. 117. Jfr även Kammarrätten i Stockholms dom den 13 april 2023 i mål nr 7456-22. (Kammarrättens dom har överklagats och Högsta förvaltningsdomstolen har meddelat prövningstillstånd för tolkning av begreppet "övergripande karaktär", se Högsta förvaltningsdomstolens mål nr 2752-23).



73. En ersättningsmodell som grundar sig på fast pris innebär att entreprenören står risken för prishöjningar som kan påverka kostnaden för entreprenaden.³⁸ En rimligt informerad och normalt omsorgsfull leverantör tar därför höjd för risken för prishöjningar i sitt anbud på en fastprisentreprenad.³⁹
74. Eftersom Kontraktet avsåg ett fast pris när det upphandlades kan det alltså antas att anbudsgivarna tog höjd för risken för prisökningar i sitt anbud och lämnade högre anbudspriser.
75. Den aktuella Leverantören lämnade ett betydligt lägre anbud än sina konkurrenter. Anbudssumman var cirka 570 miljoner kronor (cirka 30 procent) lägre än medelvärdet på anbuden (2 020 852 053 kronor). Detta framgår av nedan utdrag från tilldelningsbeslutet (Bilaga 1). Leverantören hamnade dock i ekonomiska svårigheter och behövde mer ersättning genom Tilläggsavtalet. Det kan bero på att Leverantören inte tog höjd för prisökningar i anbudet.

Anbudsgivare	Comsa SAU	FCC Construcción, S.A.	Güermak Ağır Sanayi İnşaat ve Taahhüt A.Ş	Obrascon Huarte Lain S.A.	Yapi Merkezi İnşaat Sanayi ve A.Ş
Total anbudssumma (kr)	1 556 981 994	2 776 000 000	1 450 486 772	1 888 791 501	2 432 000 000
1 Teknisk lösning (mervärdesavdrag kr)	Ej Godkänd	150 000 000	0	Ej Godkänd	EJ Godkänd
2 (a+b) Genomförande och tidplan (mervärdesavdrag kr)	0	150 000 000	150 000 000	0	0
3 Organisation (mervärdesavdrag kr)	0	0	150 000 000	0	0
Jämförelsetal (kr)	Gick ej vidare i processen	2 476 000 000	1 150 486 772	Gick ej vidare i processen	Gick ej vidare i processen

76. Det kan antas att resultatet i upphandlingen av Kontraktet hade påverkats, till exempel för att anbudsgivarna hade lämnat lägre anbud, om det stod klart att entreprenören kunde få ersättning för prisökningar på det sätt som skett genom Tilläggsavtalet. Fler leverantörer hade också kunnat vara intresserade av att lämna anbud om förutsättningarna för att få ersättning för prishöjningar, och därmed affärsrisken, var annorlunda.
77. Ersättningsmodellen har alltså stor betydelse när ett entreprenadkontrakt konkurrensutsätts. Tilläggsavtalet innebar en stor förändring av Kontraktet och de villkor som gällde när Kontraktet upphandlades. Leverantören fick en mycket hög ersättning för prishöjningar som Leverantören skulle stå risken för. Ändringen förändrade därmed Kontraktets övergripande karaktär.

³⁸ Se Konkurrensverkets uppdragsforskningsrapport 2014:4, *Entreprenadupphandlingar – Hur kan byggherrar främja effektivitet och innovation genom lämpliga upphandlingsstrategier?*, s. 53.

³⁹ Se Höök, *Entreprenadjuridik* (5:2 uppl., Norstedts Juridik, 2008), s. 47.



78. Kontraktets övergripande karaktär ändrades i vart fall av de samlade ändringarna som gjordes genom Tilläggsavtalet. Den samlade ersättningen för prishöjningar uppgår till minst cirka 23 procent av kontraktssumman. Det är en stor skillnad mellan *å ena sidan* ett kontrakt med fast pris, villkor om förseningsvite och rätt att innehålla betalning och *å andra sidan* ett kontrakt på löpande räkning utan förseningsvite och innehållanderätt, där entreprenören ges större möjligheter att få ersättning för prisökningar.

79. Ändringen stred därmed mot 16 kap. 12 § LUF.

5.4.2.4 Ändringen var väsentlig

80. Enligt 16 kap. 14 § LUF får ett kontrakt ändras utan en ny upphandling om ändringen inte är väsentlig. Enligt bestämmelsen ska en ändring bland annat anses vara väsentlig under följande förutsättningar:⁴⁰

- a. Ändringen inför nya villkor som, om de hade ingått i den ursprungliga upphandlingen, skulle ha medfört att andra anbudssökande bjudits in att lämna anbud, att andra anbud skulle ha ingått i utvärderingen eller att ytterligare leverantörer skulle ha deltagit i upphandlingen.
- b. Ändringen innebär att kontraktets ekonomiska jämvikt ändras till förmån för den leverantör som har tilldelats kontraktet.

81. En ändring är väsentlig om resultatet av den ursprungliga upphandlingen kunde ha blivit ett annat om den hade inkluderat de ändrade villkoren.⁴¹

82. Tilläggsavtalet innebar att Leverantören fick en mycket hög ersättning för prishöjningar utan att dennes skyldigheter ändrades i motsvarande mån. Kontraktets ekonomiska jämvikt ändrades därmed till Leverantörens förmån. Det kan också antas att fler leverantörer hade varit intresserade av att lämna anbud, eller att något annat anbud hade kunnat antas eftersom anbudsgivarna hade utformat sina anbud annorlunda, om det hade varit känt att en sådan ersättning kunde bli aktuell när Kontraktet upphandlades. Ändringen var därmed väsentlig och stred mot 16 kap. 14 § LUF.

83. Enligt Trafiknämnden utökades inte Kontraktets ekonomiska omfattning genom Tilläggsavtalet. Konkurrensverket anser inte att det stämmer. En prisändring enligt 6 kap. 3 § ABT 06 förutsätter dessutom att kostnadsändringen "väsentligt påverkar hela kostnaden för entreprenaden" (se utdraget i punkt 52 ovan). Det hade inneburit en väsentlig ändring om

⁴⁰ Uppräkningen i 16 kap. 14 § LUF är inte uttömmande, utan exemplifierande, se prop. 2015/16:195 s. 1132.

⁴¹ Se artikel 89.4 a LUF-direktivet (2014/25/EU), där det framgår att en ändring är väsentlig om ändringen inför villkor som skulle ha medfört att "andra anbud än de som ursprungligen godkändes skulle ha godkänts", det vill säga att ett annat anbud skulle ha antagits. Se även EU-domstolens dom den 19 juni 2008, pressetext Nachrichtenagentur, C-454/06, EU:C:2008:351, p. 35. Jfr även Kammarrätten i Stockholms dom den 13 april 2023 i mål nr 7456-22.



Trafiknämnden hade frångått ändringsklausulens lydelse och gett Leverantören ersättning för prishöjningar trots att kostnadsändringen inte väsentligt påverkade hela kostnaden för entreprenaden.

5.4.2.5 *Sammanfattning*

84. Tilläggsavtalet innebar att Leverantören fick ersättning för prisökningar som uppstått innan den 1 januari 2023. Ändringen kunde inte motiveras av något undantag för ändringar i LUF. Ändringen var därför inte tillåten.

5.4.3 *Ändrad ersättningsmodell*

5.4.3.1 *Ändringens innebörd*

85. Enligt Kontraktet gällde en ersättningsmodell med fast pris (AFB.14 i Bilaga 8). Klausulen visas i följande utdrag:

AFB.14 Ersättningsform
Fast pris med indexreglering.

86. Enligt Tilläggsavtalet gäller i stället en ersättningsmodell på löpande räkning från och med den 1 januari 2023, där ordinarie kontraktsarbeten och ÄTA-arbeten ska ersättas mot verifierade kostnader samt med ett fast arvode utan vinstpåslag (5.1 och 5.2 i Bilaga 6). Klausulerna visas i följande utdrag:

5.1 Ersättningsmodell

Parterna ska från och med den 1 januari 2023 övergå till en ersättningsmodell på löpande räkning (cost plus fixed fee basis). Samtidigt införs regler för en utökad samverkan mellan Parterna. Totalentreprenadformen förblir dock oförändrad.

5.2 Ersättningsgrunder och kontraktssumma

Från och med den 1 januari 2023 ersätts resterande kontraktsarbeten samt ÄTA-arbeten mot verifierade kostnader, samt med ett fast arvode enligt Bilaga 1. Fast arvode ska vara utan vinstpåslag.

87. Trafiknämnden har uppskattat att värdet på ersättningen för prishöjningar som kommer att utgå till Leverantören efter ändringen av ersättningsmodell uppgår till cirka 200 miljoner kronor.

88. Trafiknämnden har gjort gällande att ändringen av ersättningsmodell kunde göras med stöd av undantaget för ändringar på grund av oförutsebara omständigheter i 16 kap. 12 § LUF och undantaget för ändringar som inte är väsentliga i 16 kap. 14 § LUF. Konkurrensverket anser inte att något undantag var tillämpligt på ändringen. Ersättningen var därför en otillåten ändring av Kontraktet. Detta utvecklas nedan.



5.4.3.2 *Ändringen kunde inte motiveras av oförutsebara omständigheter*

89. Trafiknämnden har inte visat att alla åberopade omständigheter var oförutsebara när Kontraktet tilldelades (se punkt 63–66 ovan).
90. Trafiknämnden har inte heller visat vilket orsakssamband som fanns mellan respektive omständighet och behovet att göra en permanent ändring av Kontraktets ersättningsmodell (jfr punkt 67–68 ovan).
91. Kravet på orsakssamband innebär som nämnts att en ändring inte får gå utöver vad som är nödvändigt för att fylla det behov som uppstått på grund av den oförutsebara omständigheten (se punkt 62 ovan). Konkurrensverket anser inte att den permanenta ändringen av ersättningsmodellen kunde vara nödvändig med hänsyn till de omständigheter som Trafiknämnden har hänvisat till.
92. Det som Trafiknämnden har anfört under utredningen talar också emot att det fanns ett sådant orsakssamband som undantaget kräver. Nämnden har angett att ersättningsmodellen ändrades för att undvika "en svår och energidränerande process" när SL löpande hade behövt förhandla med Leverantören om ersättningen för prisökningarna. Det var alltså inte oförutsebara omständigheter som motiverade ändringen av ersättningsmodellen, utan viljan att underlätta parternas mellanhavanden.
93. Den nya ersättningsmodellen innebär vidare att Leverantören får ersättning för fler kostnader än de som Trafiknämnden påstår ha påverkats av oförutsebara omständigheter. Ersättningsmodellen ger Leverantören rätt till ersättning för *alla* verifierade kostnader för kontraktarbetena, oavsett vad de avser. Inom ramen för det fasta arvudet ersätts Leverantören för kostnader för dröjsmålsräntor, representation, annonskostnader och juridiska ombud (se Bilaga 1 till Bilaga 6). Ändringen är för omfattande för att kunna härledas till de omständigheter som Trafiknämnden har hänvisat till.
94. Ändringen av ersättningsmodell förändrade också Kontraktets övergripande karaktär. Skälen för detta utvecklas i det följande.
95. När ersättningsmodellen grundar sig på ett fast pris står entreprenören risken för prishöjningar som kan påverka kostnaden för entreprenaden.⁴² När ersättningsmodellen grundar sig på löpande räkning är det beställaren som står risken för prishöjningar och för att projektet kan genomföras som planerat.⁴³ Entreprenören tar alltså lägre ekonomisk risk i en entreprenad på löpande räkning än i en entreprenad med fast pris.

⁴² Se Konkurrensverkets uppdragsforskningsrapport 2014:4, *Entreprenadupphandlingar – Hur kan byggherrar främja effektivitet och innovation genom lämpliga upphandlingsstrategier?*, s. 53.

⁴³ A.a., s. 55.



96. När ersättningsmodellen grundar sig på löpande räkning ges leverantören också lägre incitament att sätta kostnadsaspekter före kvalitets- och säkerhetsaspekter än i en entreprenad med fast pris.⁴⁴
97. Ersättningsmodellen har alltså central betydelse för leverantörernas beslut att lämna anbud, för utformningen av anbuden och för kontraktets utförande.
98. Ersättningsmodellens stora betydelse för Kontraktet och för Leverantörens möjligheter att utföra entreprenaden visas av Tilläggsavtalet. Där framgår att Leverantören behövde ökad ersättning för att projektet inte skulle drabbas av "irreparabla konsekvenser", se följande utdrag (Bilaga 6, s. 3):

Den 1 november 2022 skickade Entreprenörens högsta ledning ett brev till Beställaren där de förklarade att om Beställaren inte kunde kompensera Entreprenören motsvarande den ersättning Entreprenören anser sig ha rätt till, p g a Onormala prisökningar, så kommer projektet att drabbas av irreparabla konsekvenser.

99. Av Trafikförvaltningens tjänsteutlåtande med förslag till Trafiknämndens beslut framgår även att Leverantören hade ekonomiska problem och att en ändring av ersättningen var en förutsättning för att Leverantören skulle fullfölja entreprenaden, se följande utdrag (Bilaga 9, s. 2):

Gülermak har arbetat i två år, men har haft brister i framdriften och har den senaste tiden aviserat ekonomiska problem. Det har bl.a. framkommit att Gülermak haft svårt att betala sina underleverantörer.

[--]

Vid möte den 28 november 2022 förklarade Gülermak att man avser att fullfölja entreprenaden under förutsättning av att parterna kan nå samförstånd avseende ersättning på både kort och lång sikt.

100. Trafiknämnden har under utredningen också anfört att Leverantören skulle ha gått i konkurs om Leverantören inte fick ersättning för prisökningar.
101. Givet ersättningsmodellens stora betydelse för anbuden, Leverantörens ekonomi samt Kontraktets utförande och karaktär kan det antas att resultatet i den ursprungliga upphandlingen hade påverkats om Kontraktet avsåg löpande räkning i stället för ett fast pris. Fler, färre eller andra leverantörer hade kunnat vara intresserade av att lämna anbud och anbudsgivarna hade utformat sina anbud annorlunda baserat på helt andra grundläggande förutsättningar.

⁴⁴ Se Konkurrensverkets uppdragsforskningsrapport 2014:4, *Entreprenadupphandlingar – Hur kan byggherrar främja effektivitet och innovation genom lämpliga upphandlingsstrategier?*, s. 56.



102. Ändringen av ersättningsmodell förändrade därmed Kontraktets övergripande karaktär.
103. Kontraktets övergripande karaktär ändrades under alla omständigheter av de samlade ändringarna som gjordes genom Tilläggsavtalet (se punkt 78).
104. Ändringen av ersättningsmodell stred därmed mot 16 kap. 12 § LUF.

5.4.3.3 Ändringen var väsentlig

105. Genom den ändrade ersättningsmodellen får Leverantören rätt till ersättning för prisökningar som bolaget inte hade rätt till enligt det ursprungliga Kontraktet. Ändringen innebar därför att Kontraktets ekonomiska omfattning ökade. Värdet på ändringen är mycket stort. Leverantörens skyldigheter och åtaganden enligt Kontraktet ändrades inte i motsvarande mån. Ändringen innebar därför att Kontraktets ekonomiska jämvikt ändrades till Leverantörens förmån.
106. Under utredningen har Trafiknämnden anfört att ändringen av ersättningsmodell inte ändrade Kontraktets ekonomiska jämvikt till Leverantörens fördel eftersom Leverantören ska ersättas för verifierade kostnader utan vinstpåslag. Den omständigheten att ersättningsmodellen behövde bytas för att Leverantören inte skulle gå i konkurs och för att Kontraktet skulle kunna genomföras visar att Trafiknämndens påstående inte stämmer. Trafiknämnden har dessutom angett att Leverantörens ersättning baseras på de à-priser som angavs i Leverantörens anbud. Det får antas att de priserna inkluderar vinst.
107. Om den ursprungliga upphandlingen av Kontraktet avsåg en entreprenad på löpande räkning kan det dessutom antas att fler leverantörer hade varit intresserade av att lämna anbud eller att något annat anbud hade kunnat antas eftersom anbudsgivarna hade utformat sina anbud utifrån helt andra grundläggande förutsättningar.
108. Ändringen av ersättningsmodell var därmed väsentlig och stred mot 16 kap. 14 § LUF.

5.4.3.4 Sammanfattning

109. Tilläggsavtalet innebar att Kontraktets ersättningsmodell ändrades från fast pris till löpande räkning med delvis fast arvode. Trafiknämnden har inte visat att ändringen kunde motiveras av något undantag för ändringar i 16 kap. LUF. Ändringen var därför inte tillåten.



5.4.4 Borttagning av villkor om förseningsvite

5.4.4.1 Ändringens innebörd

110. Enligt Kontraktet skulle vite utgå när vissa deltider för kontraktarbetena försenades (AFD.511 i Bilaga 8). Leverantörens skyldighet att betala vite var ovillkorad. Vitet kunde uppgå till fem procent av kontraktssumman per deltid, motsvarande 65 681 686 kronor (AFD.511).⁴⁵ Vitestaket var nio procent av kontraktssumman, motsvarande 118 227 035 kronor (AFD.51).⁴⁶

De berörda klausulerna visas i följande utdrag:

AFD.51 Vite

Vitestak 9 % av kontraktssumman.

AFD.511 Vite vid försening

För deltid enligt AFD.44 som E överskrider, ska han utge vite med 0,5 % av kontraktssumman för den första påbörjade veckan, 0,5 % av kontraktssumman för den andra påbörjade veckan och 0,5 % för därpå följande påbörjade veckor. Det sammanlagda vitet avseende deltiden kan dock max uppgå till 5 % av kontraktssumman.

Vid försening är B berättigad att av E erhålla vite med ett belopp motsvarande 0,5 % av kontraktssumman för varje påbörjad vecka varmed färdigställandet av kontraktarbetena enligt AFD.45 fördröjts.

Fel som upptäcks vid ibruktagandebesiktning som är av sådan art att de föranleder försening av slutbesiktning enligt AFD.45 är att betrakta som en försening och vitets storlek bestäms enligt ovan.

111. Enligt Tilläggsavtalet ska det inte utgå några viten, avdrag eller anspråk mot Leverantören på grund av försenat färdigställande (4.3 i Bilaga 6). Klausulen visas i följande utdrag:

För att undvika missförstånd, det ska inte under några omständigheter utgå några viten eller påföljer och/eller några avdrag eller anspråk som kan uppstå mot Entreprenören under Avtalet pga försenat färdigställande.

112. Ändringen var väsentlig och kunde inte motiveras av undantaget för ändringar på grund av oförutsebara omständigheter. Detta utvecklas nedan.

113. Trafiknämnden har inte visat att alla åberopade omständigheter var oförutsebara när Kontraktet tilldelades (se punkt 63–66 ovan). Trafiknämnden har inte heller visat att det fanns något orsakssamband mellan varje omständighet och behovet att permanent ta bort Kontraktets villkor om förseningsvite (jfr punkt 67–68 ovan).

⁴⁵ Kontraktssumman för Kontraktet är 1 313 633 720 kronor (avsnitt 5 i Bilaga 2). Fem procent av 1 313 633 720 kronor är 65 681 686 kronor.

⁴⁶ Nio procent av kontraktssumman, 1 313 633 720 kronor, är 118 227 035 kronor.



114. Vitesvillkor är viktiga kontraktsvillkor, både när ett entreprenadkontrakt upphandlas och utförs. De utgör en stor risk för entreprenören eftersom vitet kan minska eller rent av överstiga vinsten i entreprenaden.⁴⁷ Detta gällde särskilt Kontraktet, där vitet kunde uppgå till ett mycket högt belopp.
115. En rimligt informerad och normalt omsorgsfull leverantör beaktar därför vitesvillkoren när den överväger att delta i en upphandling och när den utformar sitt anbud, till exempel när den bestämmer nivån på sitt anbudspris.⁴⁸ När entreprenaden utförs kan entreprenören också komma att väga viteskostnaden mot kostnader för att vidta åtgärder för att undvika en försening.⁴⁹ Sådana överväganden blir särskilt viktiga när entreprenaden ska utföras till ett fast pris och entreprenören står kostnadsrisken.
116. Ett kontrakt med vitesvillkor skiljer sig alltså dramatiskt från ett kontrakt utan sådana villkor. Det kan antas att resultatet av upphandlingen av Kontraktet skulle ha påverkats om Kontraktet inte innehöll något villkor om förseningsvite, antingen genom att fler leverantörer hade deltagit eller att befintliga anbudsgivare hade utformat sina anbud på ett annat sätt.
117. Borttagningen av villkoret om förseningsvite förändrade därmed Kontraktets övergripande karaktär. Detta stöds av förarbetena, där det framgår att frånfallande av vitesvillkor förändrar ett kontrakts övergripande karaktär.⁵⁰
118. Kontraktets övergripande karaktär ändrades under alla omständigheter av de samlade ändringarna som gjordes genom Tilläggsavtalet (se punkt 78).
119. Med hänsyn till vitesvillkorets stora betydelse för Kontraktet och den ursprungliga konkurrensutsättningen var ändringen väsentlig. Ändringen var också väsentlig eftersom den ändrade Kontraktets ekonomiska jämvikt till Leverantörens förmån. Leverantören ska inte längre betala vite vid försening och dennes övriga åtaganden har inte ändrats i motsvarande mån.
120. Borttagningen av villkoret om förseningsvite är inte mindre väsentlig för att Tilläggsavtalet innehåller en reglering om prisavdrag på det fasta arvudet (4.3 i Bilaga 6). Det rör sig om två olika villkor med olika betydelse.
121. Trafiknämnden har alltså inte visat att ändringen kunde motiveras av något undantag för ändringar i LUF. Ändringen var därför inte tillåten.

⁴⁷ Se Konkurrensverkets uppdragsforskningsrapport 2014:4, *Entreprenadupphandlingar – Hur kan byggherrar främja effektivitet och innovation genom lämpliga upphandlingsstrategier?*, s. 61–62.

⁴⁸ A.a., s. 62. Se även Hedberg, *Kommentarer till AB 04, ABT 06 och ABK 09* (Svensk Byggtjänst, 2010), s. 88 samt Hellner, *Speciell avtalsrätt II, Kontraktetsrätt, 1 häftet, Särskilda avtal* (5:1 uppl., Norstedts Juridik, 2010), s. 146.

⁴⁹ Se Hedberg, *Kommentarer till AB 04, ABT 06 och ABK 09* (Svensk Byggtjänst, 2010), s. 88.

⁵⁰ Se prop. 2015/16:195 s. 850.



5.4.5 Borttagning av villkor om rätt att innehålla betalning

122. Enligt Kontraktet hade SL rätt att innehålla fem procent av entreprenadsumman tills alla fel som konstaterats vid slutbesiktning hade avhjälppts och konstaterats i utlåtande över efterbesiktning (AFD.62 i Bilaga 8). Klausulen visas i följande utdrag:

AFD.62 Betalning

Med ändring av ABT 06 kap 6 §§ 12 och 15 – 17 förfaller fakturor inte till betalning förrän B har erhållit och godkänt handlingar som finns redovisade under AFD.42.

Med ändring av ABT 06 kap 6 § 15 gäller att B:s rätt att innehålla 5 % av entreprenadsumman jämte mervärdesskatt kvarstår intill dess samtliga fel som konstateras i utlåtande över slutbesiktning har avhjälppts och, såvida inte B accepterar annat, konstaterats i utlåtande över efterbesiktning.

123. Enligt Tilläggsavtalet har SL ingen rätt att innehålla medel i enlighet med Kontraktet (5.5.3 i Bilaga 6). Klausulen visas i följande utdrag:

5.5.3 *Innehållna medel*

Beställaren har ingen rätt att innehålla medel i enlighet med Avtalet, utan har genomförandegarantin som säkerhet för fullföljande av Avtalet.

124. Trafiknämnden har uppskattat entreprenadsumman till cirka 2,6 miljarder kronor.⁵¹ Baserat på den uppskattningen hade SL enligt Kontraktet en potentiell rätt att hålla inne på cirka 130 miljoner kronor. Rätten att innehålla betalning avsåg alltså ett mycket högt belopp.

125. Ändringen var väsentlig och kunde inte motiveras av undantaget för ändringar på grund av oförutsebara omständigheter. Detta utvecklas nedan.

126. Trafiknämnden har inte visat att alla åberopade omständigheter var oförutsebara när Kontraktet tilldelades (se punkt 63–66 ovan). Trafiknämnden har inte heller visat att det fanns något orsakssamband mellan omständigheterna och behovet att permanent ta bort rätten att innehålla betalning (jfr punkt 67–68 ovan).

127. En rätt att innehålla betalning fungerar som ett incitament för entreprenören att göra rätt och, när det blir aktuellt, som ett påtryckningsmedel för att entreprenören ska avhjälpa fel. Innehållna medel ger också beställaren en säkerhet för framtida felavhjälpanden.⁵²

⁵¹ Enligt Trafiknämnden består entreprenadsumman av Kontraktssumman (cirka 1,3 miljarder kronor), ersättning för ÄTA-arbeten (cirka 597 miljoner kronor), prisökningar (cirka 300 miljoner kronor), kalkyl för en ny sträckning (cirka 300 miljoner kronor) och en riskreserv (93 miljoner kronor).

⁵² Se Hedberg, *Kommentarer till AB 04, ABT 06 och ABK 09* (Svensk Byggtjänst, 2010), s. 122.



128. Villkor om rätt att innehålla betalning utgör en risk för entreprenören eftersom denne riskerar att bli utan ersättning tills entreprenadarbetena har godkänts, vilket påverkar entreprenörens likviditet negativt. En rimligt informerad och normalt omsorgsfull leverantör beaktar därför dessa villkor och risker när den överväger om den ska delta i en upphandling och när den lämnar anbud, till exempel genom att ta höjd för risken med ett högre anbudspris.
129. Ett kontrakt med villkor om rätt att innehålla betalning skiljer sig dramatiskt från ett kontrakt utan sådana villkor. Det kan antas att resultatet av upphandlingen av Kontraktet skulle ha påverkats om Kontraktet inte innehöll någon rätt för SL att innehålla betalning, antingen genom att fler leverantörer hade deltagit eller att befintliga anbudsgivare hade utformat sina anbud på ett annat sätt. Borttagningen av villkoret om rätt att innehålla betalning vid fel förändrade därmed Kontraktets övergripande karaktär.
130. Kontraktets övergripande karaktär ändrades under alla omständigheter av de samlade ändringarna som gjordes genom Tilläggsavtalet (se punkt 78).
131. Med hänsyn till innehållanderättens betydelse för Kontraktet, och den ursprungliga konkurrensutsättningen av detsamma, var ändringen också väsentlig och stred mot 16 kap. 14 § LUF. Ändringen ändrade dessutom Kontraktets ekonomiska jämvikt till Leverantörens förmån. Leverantören riskerar inte längre att stå utan betalning i väntan på att alla fel som konstaterats i slutbesiktning har avhjälpats och konstateras i utlåtande över efterbesiktning. Detta förbättrar Leverantörens likviditet. Leverantörens övriga åtaganden enligt Kontraktet har inte ändrats i motsvarande mån.
132. Ändringen är inte mindre väsentlig för att Tilläggsavtalet gav SL en utökad genomförandegaranti. Det rör sig om två olika villkor med olika betydelse. Om villkoren hade en identisk betydelse för parterna får det antas att ändringen inte hade gjorts.
133. Trafiknämnden har alltså inte visat att ändringen kunde motiveras av något undantag för ändringar i LUF. Ändringen var därför inte tillåten.

5.5 Inget annat undantag från annonseringskravet var tillämpligt

134. Trafiknämnden har inte anfört att något undantag från annonseringskravet i 6 kap. LUF var tillämpligt på upphandlingen av Tilläggsavtalet. Konkurrensverket anser inte heller att något sådant undantag var tillämpligt.



5.6 Sammanfattning

135. Trafiknämnden måste visa att varje ändring genom Tilläggsavtalet hade stöd i något undantag från annonseringskravet i LUF. Det har nämnden inte gjort. Konkurrensverket anser att ändringarna var för sig och tillsammans var väsentliga, ändrade Kontraktets övergripande karaktär och stred mot LUF.
136. Trafiknämnden har ingått Tilläggsavtalet utan föregående annonsering trots att inget undantag från annonseringskravet var tillämpligt. Upphandlingen av Tilläggsavtalet var därmed en otillåten direktupphandling.

6 Upphandlingsskadeavgift

137. Vid en otillåten direktupphandling får förvaltningsrätten efter ansökan av Konkurrensverket besluta att en upphandlande enhet ska betala en upphandlingsskadeavgift (21 kap. 1 § 3 LUF).
138. En upphandlingsskadeavgift ska vara effektiv, proportionerlig och avskräckande.⁵³ Avgiften syftar till att säkerställa att upphandlingsreglerna följs och att skattemedlen används på ett korrekt sätt.⁵⁴
139. Den upphandlande enheten måste inte ha agerat uppsåtligt eller oaktsamt för att en avgift ska dömas ut.⁵⁵ Bristande kännedom om rättsläget eller misstag om lagstiftningens innehåll ursäktar inte en överträdelse.⁵⁶
140. En upphandlingsskadeavgift ska uppgå till lägst tio tusen kronor och högst tio miljoner kronor. Avgiften får inte överstiga tio procent av upphandlingens värde (21 kap. 4 § LUF).
141. Avgiftens storlek ska bestämmas med hänsyn till alla relevanta omständigheter i det enskilda fallet inom ramen för avgiftens avskräckande syfte.⁵⁷ Särskild hänsyn ska tas till hur allvarlig överträdelsen är, det vill säga överträdelsens sanktionsvärde.⁵⁸ Ju allvarligare överträdelsen är, desto högre belopp bör avgiften fastställas till. Det högsta avgiftsbeloppet är reserverat för särskilt graverande fall.⁵⁹ Någon avgift ska inte beslutas i ringa fall och avgiften får efterges om det finns synnerliga skäl (21 kap. 5 § LUF).

⁵³ Se skäl 13 och artikel 2e.2 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/66/EG av den 11 december 2007 om ändring av rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG vad gäller effektivare förfaranden för prövning av offentlig upphandling (ändringsdirektivet) samt prop. 2009/10:180 s. 197 och prop. 2023/24:3 s. 49.

⁵⁴ Se prop. 2009/10:180 s. 196 och prop. 2023/24:3 s. 45.

⁵⁵ Se prop. 2009/10:180 s. 192 och 368 samt prop. 2023/24:3 s. 36.

⁵⁶ Se prop. 2009/10:180 s. 368.

⁵⁷ Se prop. 2009/10:180 s. 369 och prop. 2023/24:3 s. 49 f. Se även HFD 2014 ref. 49.

⁵⁸ Se prop. 2009/10:180 s. 196 och 370 samt prop. 2023/24:3 s. 50.

⁵⁹ Se HFD 2014 ref. 69 och prop. 2023/24:3 s. 29 och 74.



142. Av förarbetena framgår följande om sanktionsvärdet.⁶⁰ Både försvårande och förmildrande omständigheter ska beaktas. Det bör vägas in hur klar överträdelsen kan anses vara. Ett oklart rättsläge bör till exempel påverka sanktionsvärdet så att överträdelsen anses mindre allvarlig. Sanktionsvärdet kan anses vara högre om ett avtal löper under en förhållandevis lång tid eller avser ett högt värde. Förhållanden hos den upphandlande enheten bör också beaktas. Upprepade otillåtna direktupphandlingar bör till exempel ses som försvårande. Om den upphandlande enheten har drabbats av andra negativa ekonomiska konsekvenser till följd av överträdelsen kan det i vissa fall ses som förmildrande.
143. Värdet på upphandlingen av Tilläggsavtalet är minst 300 miljoner kronor. Upphandlingsskadeavgiften kan därför bestämmas till högst tio miljoner kronor.
144. Trafiknämnden har gjort en otillåten direktupphandling. Det är en av de allvarligaste överträdelserna av upphandlingslagstiftningen.⁶¹ Sanktionsvärdet är därför som utgångspunkt högt.⁶² Överträdelsen är klar.
145. Tilläggsavtalet avser ett mycket högt värde och ger dessutom Leverantören en i princip obegränsad rätt till ersättning. Detta är försvårande omständigheter som höjer sanktionsvärdet. Tilläggsavtalet innebar också att villkoret om förseningsvite, som kunde uppgå till ett mycket högt belopp, togs bort. Detta är också en försvårande omständighet.
146. Konkurrensverket anser inte att det finns några förmildrande omständigheter som sänker sanktionsvärdet.
147. Enligt Trafiknämnden finns dock ett flertal förmildrande omständigheter:
- a. **Upphandlingen av Kontraktet annonserades i enlighet med LUF.** Avsikten har varit att följa Kontraktet, men det var inte möjligt på grund av oförutsebara omständigheter. Om Tilläggsavtalet inte ingicks hade många människor i Stockholms län påverkats.
 - b. **Tilläggsavtalets värde är inte avsevärt högt.** När upphandlingsskadeavgiftens storlek fastställs måste avtalets värde ses i ljuset av vilken typ av verksamhet som bedrivs. Verksamheten som bedrivs inom Trafiknämndens område är dyr med höga drift- och

⁶⁰ Se prop. 2009/10:180 s. 197 f. och 369 f.

⁶¹ Se skäl 13 till ändringsdirektivet (2007/66/EG) samt prop. 2009/10:180 s. 197 och prop. 2023/24:3 s. 52 f.

⁶² Se prop. 2009/10:180 s. 197. Jfr även HFD 2014 ref. 69 samt Kammarrätten i Göteborgs domar den 5 december 2014 i mål nr 4402-14 och den 2 december 2014 i mål nr 4915-13.

investeringskostnader. I kontexten av den aktuella entreprenaden och den verksamhet som berörs är avtalsvärdet inte avsevärt högt.

- c. **Agerandet har varit i linje med tvingande hänsyn till allmänintresset.** Kontraktarbetena var inte färdiga när Leverantören ställde in dem. En bro var ofärdig och det fanns ett öppet schakt med hus på båda sidor. Tillsynen av arbetsplatserna försvann. Det kunde därför inte säkerställas att tredje man kunde ta sig in på arbetsområdet, trots att det var stängslat. Ett stillestånd skulle få långtgående konsekvenser för den allmänna säkerheten samt människors liv och hälsa.

148. Konkurrensverket anser inte att någon av de omständigheter som Trafiknämnden har hänvisat till är förmildrande. Ansvaret för att följa LUF är strikt. Det är därför inte förmildrande att Trafiknämnden annonserade upphandlingen av Kontraktet eller att nämnden saknade avsikt att bryta mot lagen. Oavsett vilken verksamhet som berörs är det lika viktigt att upphandlingsreglerna följs och att skattemedlen används korrekt. När avgiften fastställs ska avtalets värde därför inte sättas i relation till den verksamhet som berörs av en otillåten direktupphandling. Trafiknämnden har slutligen inte visat att det förelåg någon faktisk risk för säkerhet, liv eller hälsa eller att den otillåtna direktupphandlingen var nödvändig för att hantera de påstådda riskerna. Det skulle också ha funnits mindre ingripande alternativ till att göra en otillåten direktupphandling av Tilläggsavtalet, till exempel att upphandla bevakning av berörda arbetsplatser.

149. Vid en sammantagen bedömning anser Konkurrensverket att det här är ett sådant särskilt graverande fall som motiverar den högsta avgiften. Konkurrensverket fäster särskild vikt vid att ändringarna genom Tilläggsavtalet avsåg höga värden. En upphandlingsskadeavgift på tio miljoner kronor är en proportionerlig sanktion för överträdelsen.

Ansökan i original undertecknas inte egenhändigt.

Marie Östman
Chefsjurist

Erik Sollenberg
Processråd

Bilagor

- Bilaga 1 Tilldelningsbeslut
- Bilaga 2 Kontraktet
- Bilaga 3 Reglementen för regionstyrelsen och övriga nämnder
- Bilaga 4 Samarbetsavtal
- Bilaga 5 Trafiknämndens beslut
- Bilaga 6 Tilläggsavtalet
- Bilaga 7 Ändringsmeddelande
- Bilaga 8 Administrativa föreskrifter
- Bilaga 9 Tjänsteutlåtande från trafikförvaltningen