

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

Inledning

Konkurrensverket meddelade den 3 maj 2024 att de tagit fram ett förslag till ställningstagande om kraven på ändrings- och optionsklausuler i LOU¹ i förhållande till ÄTA²-bestämmelserna i AB 04³.

Sammanfattningsvis gör Konkurrensverket genom sitt ställningstagande gällande att bestämmelserna om ändringsarbeten, tilläggsarbeten och avgående arbeten i AB 04 kap 2 §§ 3 och 4 inte uppfyller kraven på ändrings- och optionsklausuler i 17 kap. 10 § LOU.⁴ Att genomföra en ändring av ett kontrakt eller ramavtal med hänvisning till ÄTA-bestämmelserna kan således, enligt Konkurrensverket mening, utgöra en otillåten direktupphandling.

Konkurrensverket baserar sitt ställningstagande de tre rekvisit som följer av 17 kap. 10 § LOU, det vill säga (i) har ändrings- eller optionsklausulen angetts i upphandlingsdokumenten i den ursprungliga upphandlingen, (ii) beskriver klausulen klart, exakt och entydigt under vilka förutsättningar den kan tillämpas, och (iii) anger klausulen omfattningen och arten av ändringarna som kan komma att göras.

Advokatfirman Fylgias synpunkter

Som även konstateras i ställningstagandet saknas ledning i förarbetena kring vad som krävs för att uppfylla kraven i 17 kap. 10 § LOU avseende klart, exakt och entydigt. Någon direkt ledning finns heller inte att finna i EU-domstolens praxis. Även svensk praxis saknas i frågan. Frågan är således obesvarad.

Vidare konstaterar Konkurrensverket att det följer av EU-domstolens praxis att fastställandet av betydelsen för uttryck som inte har definierats i unionsrätten ska ske i enlighet med deras normala betydelse i vanligt språkbruk, med beaktande av det sammanhang i vilket de används och de mål som eftersträvas genom det regelverk i vilket de ingår.

¹ Lag (2016:1145) om offentlig upphandling.

² Ändrings-, tilläggs- och avgående arbeten.

³ AB 04. Allmänna bestämmelser för byggnads-, anläggnings-, och installationsentreprenader.

⁴ Såvitt förstås omfattar ställningstagandet indirekt även de motsvarande regler som återfinns i övriga upphandlingsregelverk såsom lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna.

I utkastet redogör Konkurrensverket därefter för hur verket uppfattar formuleringens språkliga betydelse. Enligt Fylgias mening borde Konkurrensverket i denna del även ha redogjort för hur verket ser på den övriga delen av tolkningsregeln, dvs. vilka mål som eftersträvas genom regelverket och hur de stämmer överens med Konkurrensverkets tolkning.

Enligt skälen i direktiv 2014/24/EU är syftet att främja fri rörlighet för varor och tjänster inom EU. Skälet får anses innefatta både en strävan mot att undanröja hinder mot den fria rörligheten och en generell strävan mot ökad omsättning på den inre marknaden.

Som Konkurrensverket anför under punkten 39 är ÄTA-bestämmelserna i AB 04 för allmänt hållna för att kunna användas av flera olika aktörer, för olika entreprenader och för olika typer av ändringar.

Av EU-domstolens praxis framgår att ändringar i avtalsvillkor under ett pågående avtalsförhållande ska anses utgöra en ny upphandling respektive ett nytt ingående av kontrakt, om de ändrade bestämmelserna uppvisar betydande skillnader i förhållande till bestämmelserna i det ursprungliga kontraktet och följaktligen visar på en avsikt från parternas sida att omförhandla de väsentliga villkoren i kontraktet, se bland annat målet *Pressetext Nachrichtenagentur* (C-454/06, EU:C:2008:351, p. 34).

I målet *Finn Frogne* (C-549/14, EU:C:2016:634, p. 30, 36 och 37) förtydligade EU-domstolen argumentationen ytterligare. Enligt avgörandet kan den upphandlande myndigheten använda möjligheten att göra vissa ändringar, även väsentliga sådana, av ett kontrakt efter tilldelningen av detsamma, under förutsättning att detta anges av myndigheten i de dokument som reglerar upphandlingsförfarandet. Genom att i upphandlingsdokumenten uttryckligen ange att villkor – även viktiga sådana – kan komma att justeras, och genom att ange hur detta kan ske, säkerställer den upphandlande myndigheten att samtliga ekonomiska aktörer som är intresserade av att delta i upphandlingen får kännedom om detta redan från början och således behandlas lika när de utformar sina anbud. EU-domstolens praxis innebär alltså att en ändring i ett avtal under avtalstiden kan godtas utan en ny konkurrensutsättning om potentiella leverantörer haft lika möjlighet att vid tiden för anbud inse att en sådan ändring skulle kunna komma i fråga och att då beakta detta.

Enligt Fylgias mening ger nämnda avgöranden från EU-domstolen stöd för en tolkning innebärande att kravet på exakthet kan variera beroende på upphandlingsföremålet. Vad som är avgörande är i stället om potentiella anbudsgivare har haft möjlighet att bedöma kontraktsföremålet och dess eventuella ändringar på samma sätt.

Mot denna tolkning av ändringsreglerna anför Konkurrensverket – såvitt förstås – att ÄTA-bestämmelserna baseras på begrepp som saknar klar definition och innebörd och att det därför finns ett för stort utrymme för olika tolkningar av under vilka förutsättningar ÄTA-arbeten kan bli aktuella.

Konkurrensverket har baserat uttalandet uteslutande på de aktuella bestämmelsernas ordalydelse och tillhörande kommentarer, vilket enligt Fylgias uppfattning inte är korrekt i och med att avtalets uppbyggnad och systematik då inte beaktas i tillräcklig mån. Enligt Fylgia måste man rätteligen vid uttolkningen av vad som kan utgöra ÄTA-arbeten och förutsättningarna för detta se till avtalets helhet och då särskilt de tolkningsregler som återfinns i AB 04 kap. 1 som närmare definierar entreprenörens åtagande, vad som utgör kontraktsarbeten och således vilka tillkommande arbeten som kan anses stå i omedelbart samband med kontraktsarbetena och som inte är av väsentligt annan natur.

En motsvarande kvalificering av förutsättningarna för tillämpningen klausulen, omfattningen av möjliga ÄTA-arbeten samt dess art återfinns även avseende de så kallade likställda arbeten i AB 04 kap. 2 § 4 där det anges de förutsättningar som krävs för att bestämmelsen ska tillämpas och omfattningens yttersta gräns, det vill säga att det förutsätts att det är fråga om felaktigheter i de uppgifter som beställaren lämnat eller att förhållandena avviker från vad entreprenören haft rätt att förutsätta och då avser arbeten som krävs för att fullgöra kontraktsarbetena. Dessa närmare begränsningar i förutsättningarna för tillämpningen av ÄTA-bestämmelsen har vidare utvecklats och förtydligats i rättspraxis, jfr bl.a. NJA 2015 s. 3.

Konkurrensverket anger vidare i punkten 37 av utkastet till ställningstagande att *”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”*.

Konkurrensverket hade i denna del gärna fått vidareutveckla sitt resonemang. Vilken risk för olikbehandling och diskriminering är det verket menar? Formuleringen kan i det närmaste förstås som att utländska aktörer skulle diskrimineras genom att dessa skulle få färre ÄTA-beställningar, vilket framstår som främmande mot bakgrund av att motsvarande ÄTA-bestämmelser, med liknande systematik, återfinns i ett flertal internationella standardvillkor⁵ och tillämpas på liknande sätt i ett stort antal länder, däribland de nordiska.⁶ Det är även oklart hur

⁵ Jfr. Bl.a. FIDIC Conditions of Contract for Construction (Red Book) 2017.

⁶ Jfr. Almindelige betingelser for arbejder og leverancer i bygge- og anlægsvirksomhed 2018 (Danmark), Norsk bygge- og anleggskontrakt NS 8405 (Norge) och Avtalsvillkor för byggentreprenader YSE 1998 (Finland).

Konkurrensverket närmare argumenterar kring risken för olikbehandling. Samtliga anbudsgivare torde rimligen vara medvetna om att ÄTA-beställningar kan komma att ske och vad den yttersta ramen för dessa ÄTA-beställningar är.

I sammanhanget kan det noteras att om formuleringarna i AB 04 inte skulle anses uppfylla kraven i 17 kap. 10 § LOU så kan samhällskonsekvenserna förväntas vara omfattande med kraftigt fördröjade entreprenader till följd. Om konsekvenserna är allvarliga måste höga krav i varje del ställas på den motivering som lämnas. I nuvarande utkast behöver skälen i vissa delar utvecklas ytterligare då det nu inte helt går att förstå hur Konkurrensverket menar.

Sammanfattningsvis delar Fylgia Konkurrensverkets ställningstagande till den del verket konstaterat att ändringsklausul jämlikt 17 kap. 10 § LOU angetts i AB 04, men ifrågasätter Konkurrensverkets ställningstagande i övriga delar.

Enligt Fylgias mening bör ledning för uttolkningen av kravet på tydlighet i utformningen av ändringsklausulen *dels* hämtas avtalets övergripande systematik och det vidare sammanhang som de i klausulen angivna begreppen används i *dels* de övergripande mål som eftersträvas genom det regelverk i vilket de ingår – däribland i förhållande gränsdragningen mellan att gynna den inre marknaden utan att någon av de grundläggande principerna överträds.

Enligt Fylgias uppfattning anges i AB 04 hur ändringsklausulerna ska tillämpas och dess yttersta gräns. Detta genom en systematisk tolkning av hur ändringarna ska göra och i förhållande till vad ändringen sker, vilka formaliakrav som finns samt att dessa måste ha ett omedelbart samband med kontraktsföremålet och inte vara av väsentligt annan natur.

Beträffade omfattningen och arten menar Konkurrensverket att dessa inte anges i AB 04. Fylgia delar inte den bilden utan anser i stället att de båda kraven på omedelbart samband med kontraktsföremålet och att det inte ska avse en väsentligt annan natur utgör en angivelse av begränsning i omfattning och art – särskilt vid en systematisk tolkning av AB 04 i dess helhet. Att viss otydlighet råder får accepteras mot att det omsättningen på den inre marknaden gynnas. Vidare får en sådan tolkning heller inte anse strida mot de grundläggande principerna.

Oaktat detta delar Fylgia Konkurrensverkets övergripande farhåga om att en allt för extensiv tillämpning av ÄTA-bestämmelserna riskerar att negativt påverka konkurrensen på marknaden. Fylgias uppfattning är dock att denna typ av ageranden i första hand inte beror på otydligheter i utformningen av ÄTA-bestämmelserna utan oftare på okunskap eller bekvämlighet inom beställarorganisationen – där det bedöms enklare att slentrianmässigt avropa arbeten från en redan upphandlad leverantör såsom ÄTA.

I denna del åligger ett stort ansvar för att säkerställa att de yttre gränserna av vad som omfattas av ÄTA-bestämmelserna iakttas på beställarorganisationen. Fylgia efterlyser därför en ökad vaksamhet inom de offentliga beställarorganisationerna samt en ökad utbildningsgrad i tillämpningen av AB 04 hos densamma.

Advokatfirman Fylgia KB

Markus Garfvé, Fredrik Winroth, Mikael Ericson och Jesper Linder